

Ancora sulle “risorse” nel contratto di avvalimento

di Emanuela Vecchione

Data di pubblicazione: 25-2-2014

Tar Lazio, Roma, Sez. III Quater, 3 febbraio 2014, n. 1287

Presidente Riggio; Estensore Ferrari

La messa a disposizione del requisito mancante oggetto del contratto dell'avvalimento di cui all'art. 49, comma 2, lett. f), del Codice dei contratti pubblici, non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario, anche alla luce del chiaro disposto dell'art. 88, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).

Al fine della corretta costituzione del contratto di avvalimento, è insufficiente la sola e tautologica riproduzione della formula legislativa della messa a disposizione delle “risorse necessarie di cui è carente il concorrente”, o espressioni equivalenti. Solo in tal modo si coniuga l'elasticità dell'istituto dell'avvalimento con l'esigenza di assicurare l'effettività dell'impegno assunto con il contratto, a tutela sia dell'interesse pubblico che fa capo alla stazione appaltante (e che potrebbe essere facilmente eluso, se fosse consentito il ricorso a formule puramente verbali), sia delle regole di fondo dell'autonomia privata, secondo le quali la serietà dell'intento e la concretezza dell'obbligo, quali si manifestano nell'oggetto e nella causa negoziale, sono condizioni necessarie perché l'accordo delle parti produca l'effetto vincolante tipico dell'atto di autoregolamento.

La dichiarazione dell'impresa ausiliaria in cui si questa obblighi nei confronti dell'impresa ausiliata e, in solido con essa, anche verso la stazione appaltante a fornire i “requisiti” e “le risorse” necessarie, costituisce un completamento motivazionale del contratto di avvalimento contenente la volontà seria dell'ausiliaria di mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, i mezzi ed i requisiti di cui la ditta ausiliata è carente.

L'obbligo di assicurare l'effettività dell'impegno assunto con il contratto di avvalimento si applica anche agli appalti diversi da quelli di lavori pubblici. Infatti, in ogni tipo di appalto occorre che, in sede d'avvalimento, sia fornita seria e precisa contezza dei requisiti della pregressa esperienza e della capacità economica che sono messe a disposizione. In caso

contrario, verrebbe meno la natura stessa dell'istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti, che ne siano sprovvisti, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti garantendo l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati.

L'art. 88, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, pur se dettato per gli appalti di lavori, non è una regola peculiare di tale comparto, ma esprime l'esigenza generale che ogni stazione appaltante sia messa in grado di comprendere immediatamente l'effettività e la serietà della messa a disposizione dei requisiti, nonché della loro coerenza con l'oggetto dell'appalto.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9576 del 2013, proposto dalla Reha Istituto Tecnico Ortopedico s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Enea Baronti e con questi elettivamente domiciliata in Roma, Via Giunio Bazzone n. 15 presso lo studio dell'avv. Giuseppe Femia,

contro

l'A.S.L. RM D, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenza Di Martino presso il cui studio in Roma via Pompeo Magno n. 7 è elettivamente domiciliata, nonché,

nei confronti di

Lgr Medical Services s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Renato Boccafresca presso il cui studio in Roma, viale Carlo Felice n. 103, è elettivamente domiciliata

per l'annullamento, previa sospensiva,

della delibera n. 298 del 6 settembre 2013, con la quale il Dirigente U.O.C. Acquisizione Forniture beni e Servizi dell'A.U.S.L. Rm D ha aggiudicato la gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di riutilizzo dei Dispositivi Medici, di cui al d.m. Sanità del 27 agosto 1999 n. 332 e D.G. Regione Lazio nn. 319/04, 937/04 e 396/05 per il periodo di trentasei mesi dall'1 ottobre 2013 al 30 settembre 2016, alla ditta Lgr Medical Services s.r.l.; della nota n. 80004 dell'11 settembre 2013, con la quale la Direzione U.O.C. Acquisizione Forniture Beni e Servizi dell'Azienda U.S.L. Rm D ha comunicato l'aggiudicazione definitiva; di tutti i verbali della Commissione di gara e, in particolare, dei nn. 1, 2, 3 e 4 del 2013 e della determinazione dirigenziale n. 343 del 16 maggio 2013 di aggiudicazione provvisoria della gara alla Lgr Medical Services s.r.l.; nonché per la declaratoria dell'obbligo dell'A.U.S.L. Rm D di procedere all'esclusione della Lgr Medical Services s.r.l. dalla procedura di appalto per nullità/inefficacia/indeterminatezza del contratto di avvalimento stipulato tra Lgr Medical Services s.r.l. e l'impresa ausiliaria Vassilli s.r.l., e per la condanna dell'A.U.S.L. Rm D ai sensi e per gli effetti degli artt. 30, 110 ss c.p.a. e 245 e 245 bis, ter, quater, quinquies, d.lgs. n. 163 del 2006, previa dichiarazione di inefficacia e/o caducazione del contratto medio tempore stipulato tra la stessa Azienda sanitaria e l'aggiudicataria: a) ad aggiudicare l'appalto alla ricorrente, con pronuncia da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito; b) in subordine, dell'A.U.S.L. a risarcire il danno per equivalente, computando sia il lucro cessante che il danno professionale e d'immagine.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.S.L. Rm D;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Lgr Medical Services s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti in causa costituite a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 29 gennaio 2014 il Consigliere Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:.

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 11 ottobre 2013 e depositato il successivo 17 ottobre la Reha Istituto Tecnico Ortopedico s.r.l. ha impugnato, tra gli altri, la delibera n. 298 del 6 settembre 2013, con la quale il Dirigente U.O.C. Acquisizione Forniture beni e Servizi dell'A.U.S.L. Rm D ha aggiudicato la gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di riutilizzo dei Dispositivi Medici di cui al d.m. Sanità del 27 agosto 1999 n. 332 e D.G. Regione Lazio nn. 319/04, 937/04 e 396/05 per il periodo di trentasei mesi dall'1 ottobre 2013 al 30 settembre 2016, alla ditta Lgr Medical Services s.r.l..

Espone, in fatto, che alla gara hanno partecipato quattro concorrenti. All'esito della procedura al primo posto si è collocata la Lgr Medical Services s.r.l., con punti 81,88 e al secondo posto essa ricorrente, con punti 81,09, e quindi con uno scarto di 0,79 punti. Afferma che l'aggiudicataria ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento ex art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006,

con indicazione della Vassilli s.r.l. quale impresa ausiliaria, perché dichiaratamente carente dei requisiti di capacità economico finanziaria e di capacità tecnica organizzativa previsti ai punti 6 e 7 dell'art. 6 del Capitolato speciale e richiamati ai punti 1.4 e 1.5 dell'art. 8 dello stesso Capitolato Speciale, recante indicazioni circa il contenuto della documentazione amministrativa da inserire nella busta n. 1.

2. Avverso i predetti provvedimenti la ricorrente è insorta deducendo:

a) Violazione e falsa applicazione artt. 41, 42 e 49, d.lgs. n. 163 del 2006 e 88, d.P.R. n. 207 del 2010 - Violazione e falsa applicazione del bando di gara e artt. 6 e 8 del Capitolato Speciale d'onori. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e irragionevolezza nonché per difetto di motivazione e travisamento dei fatti e violazione artt. 3 e 97 Cost. – Illegittimità derivata.

L'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per genericità del contratto di avvalimento sottoscritto con la Vassilli s.r.l..

b) Violazione e falsa applicazione artt. 86 e 87, d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per difetto di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto e carenza di istruttoria.

La Commissione di gara ha erroneamente attribuito il punteggio relativamente al "Personale messo a disposizione per l'esecuzione dell'appalto".

3. La ricorrente ha chiesto altresì la condanna della stazione appaltante a risarcire il danno, in forma specifica e, in via graduata, per equivalente.

4. Si è costituita in giudizio l'A.S.L. Rm D, che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

5. Si è costituita in giudizio la Lgr Medical Services s.r.l., che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

6. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

7. Con ordinanza n. 4283 del 6 novembre 2013, riformata dalla sez. III del Consiglio di Stato con ordinanza n. 21 del 9 gennaio 2014, è stata accolta l'istanza cautelare di sospensiva.

8. All'udienza del 29 gennaio 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo la Reha Istituto Tecnico Ortopedico s.r.l. afferma che l'aggiudicataria Lgr Medical Services s.r.l. - che ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento ex art. 49, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 con indicazione della Vassilli s.r.l. quale impresa ausiliaria, perché dichiaratamente carente dei requisiti di capacità economico finanziaria e dei requisiti di capacità tecnica organizzativa previsti dalla lex specialis di gara - avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per genericità del contratto di avvalimento.

Il motivo, alla luce delle ulteriori argomentazioni espresse dalle parti in causa alla vigilia dell'udienza di discussione e pur nella sua evidente problematicità, non è suscettibile di positiva valutazione.

Costituisce giurisprudenza consolidata del giudice amministrativo che il limite di operatività dell'istituto dell'avvalimento, di cui all'art. 49, comma 2, lett. f), del codice dei contratti pubblici, di per sé suscettibile di un amplissimo campo operativo, è dato dal fatto che la messa

a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario, anche alla luce del chiaro disposto dell'art. 88, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti). In altri termini, è insufficiente allo scopo la sola e tautologica riproduzione, nel testo del contratto di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti (Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; id., sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386; id., sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; id., sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; id., sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; id., sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344). Solo in tal modo si coniuga l'elasticità dell'istituto dell'avvalimento con l'esigenza di assicurare l'effettività dell'impegno assunto con il contratto, a tutela sia dell'interesse pubblico che fa capo alla stazione appaltante (e che potrebbe essere facilmente eluso, se fosse consentito il ricorso a formule puramente verbali), sia delle regole di fondo dell'autonomia privata, secondo le quali la serietà dell'intento e la concretezza dell'obbligo, quali si manifestano nell'oggetto e nella causa negoziale, sono condizioni necessarie perché l'accordo delle parti produca l'effetto vincolante tipico dell'atto di autoregolamento (Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135).

Né sarebbe possibile dubitare dell'applicazione di tale principio anche agli appalti diversi da quelli di lavori pubblici, atteso che in ogni tipo di appalto occorre che, in sede d'avvalimento, sia fornita seria e precisa contezza dei requisiti della pregressa esperienza e della capacità economica che sono messe a disposizione. In caso contrario, verrebbe meno la natura stessa dell'istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti, che ne siano sprovvisti, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti (Cons. St., sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386), garantendo l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati. L'art. 88, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 dunque, pur se dettato per gli appalti di lavori, non è una regola peculiare di tale comparto, ma esprime l'esigenza generale che ogni stazione appaltante sia messa in grado di comprendere immediatamente l'effettività e la serietà della messa a disposizione dei requisiti, nonché della loro coerenza con l'oggetto dell'appalto (Cons. St., sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386; id. 15 novembre 2011, n. 6040).

Della correttezza di tali principi sembra peraltro che nessuna delle parti in causa abbia dubitato, atteso che la questione controversa è la sufficienza degli impegni assunti dalla Vassilli s.r.l. per garantire la serietà del ricorso all'istituto dell'avvalimento da parte della Lgr Medical Services s.r.l..

Ritiene il Collegio, a seguito di una più approfondita valutazione propria della fase del merito, che nel caso in esame l'asserita genericità del contratto di avvalimento, stipulato tra la Lgr Medical Services s.r.l. e la Vassilli s.r.l. il 25 settembre 2012, possa trovare sufficiente e legittima integrazione nella dichiarazione, richiamata in detto contratto, resa dalla Vassilli s.r.l. lo stesso 25 settembre. In tale dichiarazione la società ausiliante ha chiarito i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa in proprio possesso, debitamente elencandoli, requisiti di cui in giudizio non è stato messo in dubbio il possesso. Si è poi obbligata (punto b della dichiarazione), sia nei confronti dell'ausiliata che della stazione appaltante, a fornire, in caso di affidamento dell'appalto alla Lgr Medical Services, "i requisiti" di cui quest'ultima è carente e a mettere a disposizione "le risorse" necessarie per tutta la durata dell'appalto. Si è, infine, dichiarata responsabile in solido con la concorrente nei

confronti della A.S.L. Rm D in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto.

Il richiamo, operato nel contratto di avvalimento, a tale dichiarazione ne costituisce completamente motivazionale.

Il contratto di avvalimento quindi, integrato dalla dichiarazione resa dalla Vassilli s.r.l., non risulta in contrasto con le esigenze di specificità previste dall'art. 49, comma 2, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 e dall'art. 88, d.P.R. n. 207 del 2010 in quanto contiene la volontà seria dell'ausiliaria di mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, i mezzi ed i requisiti di cui la ditta ausiliata è carente (Cons. St., sez. V, 12 novembre 2013, n. 5384).

La circostanza, poi, che la Lgr Medical Services avesse dichiarato di essere una società nuova sul mercato e quindi carente di tutti i requisiti e che la Vassilli si fosse impegnata a fornire sia "i requisiti" di cui la Lgr è carente che e a mettere a disposizione "le risorse" necessarie per tutta la durata dell'appalto porta ad escludere che l'avvalimento in questione sia di sola garanzia e dunque insufficiente, alla luce del recente arresto del Consiglio di Stato (sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294). Aggiungasi che la stazione appaltante ha potuto rinvenire la conferma della serietà dell'avvalimento nel progetto prodotto dall'aggiudicataria, nel quale, nel paragrafo dedicato alla presentazione della Lgr Medical Services, si fa presente che questa è una società appena costituita, nata dall'idea di due grandi imprese del settore, la Fumagalli s.r.l. e la Vassilli s.r.l., appunto.

La conclusione cui il Collegio è pervenuto lo esime dal verificare se il legame sussistente tra Lgr Medical Services s.r.l. e la Vassilli s.r.l. possa rientrare nel c.d. legame infragruppo e se lo stesso in ogni caso esonerava la concorrente Lgr dal depositare in gara un contratto di avvalimento specifico.

2. Con il secondo motivo di ricorso si afferma l'illegittima attribuzione all'aggiudicataria del punteggio in relazione alla voce dell'offerta tecnica relativa al "Personale messo a disposizione per l'esecuzione dell'appalto", inclusa nella "Qualità del Servizio". Chiarisce la ricorrente che la Commissione di gara ha assegnato all'aggiudicataria - che ha indicato complessivamente 14 persone impiegate nel servizio, di cui 4 tecnici ortopedici - 14 punti (id est, il punteggio massimo attribuibile) mentre ad essa ricorrente 11 punti, pur avendo essa indicato complessivamente 23 persone impiegate, di cui 2 tecnici ortopedici. Essendo lo scarto tra il punteggio totale assegnato all'aggiudicataria (punti 81,88) e quello assegnato ad essa ricorrente (punti 81,09) di soli 0,79 punti, sarebbe sufficiente attribuire alla Reha 12 punti, per la voce "Personale messo a disposizione per l'esecuzione dell'appalto", perché essa si collochi al primo posto in graduatoria.

Il motivo è in punto di fatto privo di pregio.

Esso si fonda, infatti, sull'erroneo presupposto che la Lgr Medical Services s.r.l. abbia indicato 14 persone in luogo delle 23 della Reha. Come quest'ultima dà correttamente atto nella memoria depositata il 13 gennaio 2014 (pur insistendo sulla fondatezza del motivo), l'aggiudicataria ha in effetti offerto 25 persone, di cui 4 tecnici ortopedici, in luogo delle 23 della ricorrente, di cui 2 tecnici ortopedici. Il più elevato numero di lavoratori, unitamente alla maggiore presenza di tecnici ortopedici, è dunque alla base del diverso punteggio attribuito, in parte qua, all'offerta tecnica, senza che possa aver assunto valore esclusivo e determinante la circostanza che la Commissione avesse affermato che la ricorrente non aveva specificato quanto e quale personale avrebbe messo a disposizione.

3. L'infondatezza nel merito del ricorso comporta il rigetto della domanda di risarcimento del danno atteso che l'illegittimità del provvedimento impugnato è condizione necessaria per accordare il risarcimento richiesto; la reiezione della parte impugnatoria del gravame

impedisce infatti che il danno stesso possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione (Cons. St., sez. V, 13 gennaio 2014, n. 85; id., sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4628; id., sez. V, 15 gennaio 2013, n. 176).

4. Il ricorso deve quindi essere respinto ma la complessità della questione controversa giustifica la compensazione delle spese e degli onorari del giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:
Italo Riggio, Presidente
Domenico Lundini, Consigliere
Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la sentenza in esame, il TAR Lazio ha affrontato la questione dell'operatività dell'istituto dell'avvalimento di cui all'articolo 49, comma 2, lett. f), del Codice dei contratti pubblici anche alla luce della previsione contenuta nell'articolo 88 del d.P.R. n. 207/2010. Il TAR ha approfondito la natura di un istituto finalizzato, da un lato, a consentire a soggetti privi dei requisiti di capacità tecnica ed economica di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti e, dall'altro, a garantire l'affidabilità dei lavori, dei servizi e delle forniture appaltate. In ultimo, viene chiarito che l'articolo 88 del d.P.R. n. 207/2011, seppur previsto espressamente per i soli appalti di lavori, ha portata generale ed è dunque applicabile anche al settore dei servizi e delle forniture.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La pronuncia in commento origina dall'impugnazione avanzata da parte dell'impresa seconda graduata nei confronti dell'aggiudicazione definitiva di una gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di riutilizzo di dispositivi medici. Più recisamente, tra le altre cose, veniva dedotta in giudizio l'illegittimità dell'aggiudicazione per non aver la stazione appaltante proceduto all'esclusione dell'impresa aggiudicataria attesa la "genericità" del contratto di avvalimento da questa presentato.

Il TAR Lazio, nel respingere il ricorso ribadisce, innanzitutto, il principio generale affermato dal Supremo Consesso della giustizia amministrativa assieme all'AVCP (cfr., tra le altre, Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. 16 gennaio 2014, n. 135; AVCP det. 1 agosto 2012, n. 2) secondo il quale il contratto di avvalimento non può sostanziarsi nell'impegno generico di "mettere a disposizione in caso di aggiudicazione le risorse necessarie di cui il concorrente è carente" ma deve offrire un *quid pluris*. Infatti, dal contratto deve risultare chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti), in conformità a quanto previsto dall'articolo 88, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010, secondo il quale il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente l'oggetto: ossia le risorse e i mezzi prestati.

In tal modo, infatti, il contratto di avvalimento è al contempo idoneo a tutelare:

(i) l'interesse pubblico della Stazione Appaltante (che attraverso una specificazione dei mezzi e risorse prestate potrà verificare l'effettiva disponibilità di tali risorse);

(ii) l'effetto vincolante tipico dell'autonomia privata (che ha quale condizione necessaria la serietà dell'impegno, la concretezza dell'obbligo e la determinatezza dell'oggetto negoziale).

Ciò posto, il TAR Lazio afferma che – nel caso di specie – il contratto di avvalimento integrato dalla dichiarazione dell'impresa ausiliante, con cui si chiariscano e si elenchino i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa prestati, sia 'in linea' con le esigenze di specificità previste dall'articolo 49, comma 2, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006. Tale dichiarazione, invero, sarebbe di per sé idonea a significare la volontà seria dell'ausiliaria di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto "i requisiti" ed "i requisiti" di cui l'impresa ausiliata è carente.

Infine, il TAR Lazio ribadisce che tale principio sia meritevole di applicazione anche agli appalti diversi da quelli di lavori pubblici, dal momento che in ogni tipo di appalto, in sede di avvalimento, occorre che siano indicati in modo compiuto, esplicito ed esauriente i requisiti che sono messi a disposizione.

Pertanto, l'articolo 88, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010 ha una portata generale ed è applicabile anche al settore dei servizi e forniture in quanto consente a ciascuna Stazione Appaltante di comprendere immediatamente l'effettività e la serietà della messa a disposizione dei requisiti e la loro coerenza con l'oggetto dell'appalto.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con tale sentenza, i giudici della sezione III-Quater del TAR Lazio hanno ribadito le modalità di operative dell'istituto dell'avvalimento avente ad oggetto i requisiti economico-finanziari e di capacità tecnica-organizzativa in conformità all'orientamento espresso da una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato e da quanto più volte ribadito dalla stessa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici.

Come noto, tali modalità operative garantiscono che il contratto di avvalimento non si sostanzia in una mera riproduzione della formula legislativa (della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui il concorrente è carente) svincolata da qualsiasi collegamento con le risorse prestate. In generale, quindi, nel contratto di avvalimento diventa cruciale il passaggio alla

specificazione ed elencazione di mezzi e risorse prestate così da consentire alla Stazione Appaltante di effettuare un'attenta verifica sulla effettiva disponibilità di tali risorse e se queste siano sufficienti a garantire la corretta esecuzione del contratto d'appalto.

Peraltro, l'indicazione in modo specifico e determinato delle risorse e dei mezzi prestati è in linea con la regola generale di cui all'articolo 1346 del codice civile secondo la quale l'oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile, pena la nullità del contratto.

Ciò posto, il TAR Lazio sembrerebbe suggerire un'interpretazione elastica del principio appena richiamato. Infatti, secondo il Collegio la dichiarazione allegata al contratto di avvalimento con la quale l'impresa ausiliaria (i) chiarisca i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa in proprio possesso, debitamente elencandoli, (ii) si obblighi sia nei confronti dell'ausiliata che della stazione appaltante, a fornire, in caso di affidamento dell'appalto "i requisiti" di cui quest'ultima è carente e a mettere a disposizione "le risorse" necessarie per tutta la durata dell'appalto e (iii) si dichiari responsabile in solido con la concorrente nei confronti della stazione appaltante è valida ed efficace, costituendo sufficiente "completamento motivazionale" al contratto di avvalimento

In ultimo, per quanto concerne la possibilità di applicare i principi appena delineati anche agli appalti di servizi e forniture, il TAR Lazio si è mosso su un solco tracciato in maniera forse ancora più chiara:

(i) dal TAR Campania, Napoli, Sez. I, 4 aprile 2012, n. 1589;

(ii) dall'AVCP con la determinazione del 1 agosto 2012 n. 2.

Invero, il TAR Campania con la sentenza citata ha rilevato che il requisito dell'esperienza pregressa rappresenta, nell'ambito dei servizi e delle forniture, quello che l'attestazione SOA è per gli appalti di lavori, vale a dire il principale elemento di qualificazione dell'impresa, va a questo riguardo osservato che, ai sensi dell'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010 e s.m.i., per la qualificazione in gara il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del d.lgs. 163/06 deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati, in modo determinato e specifico, e che, atteso il predetto parallelismo, lo stesso principio non può che valere anche per la dimostrazione del possesso, mediante avvalimento, dei requisiti di capacità tecnica e professionale negli appalti di servizi, quale nella specie una pregressa esperienza specifica nel settore dell'appalto per cui è causa.

L'AVCP con la determinazione citata ha precisato che, benché l'articolo 88 d.P.R. n. 207/2010 sia esplicitamente riferito ai soli appalti di lavori, esso svolge una funzione integrativa rispetto a quanto prescritto dall'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006. Pertanto, secondo l'Autorità, le prescrizioni di cui al primo comma dell'art. 88 d.P.R. n. 207/2010 hanno portata generale sono applicabili anche al settore dei servizi e delle forniture, non ravvisandosi ragioni per effettuare una incongrua differenziazione nell'ambito degli appalti pubblici.

Rimane da segnalare, prima di concludere, la Circolare del 30 ottobre 2012, n. 4536 con cui il Ministero delle Infrastrutture ha affermato che, attesa la specificità dei contratti pubblici di lavori, il Legislatore ha previsto solo ed unicamente per tale settore che il contratto di avvalimento debba avere un oggetto determinato (quindi, per esempio, con allegazione specifica e identificata delle risorse prestate). Al contrario, secondo il Ministero, mancando un'espressa previsione al riguardo, nel settore degli appalti di servizi e forniture tale specifica allegazione documentale non sarebbe necessaria.

L'interpretazione proposta dal Ministero appare senz'altro strettamente ancorata al dettato normativo. Tuttavia, se così fosse, permarrebbero alcune perplessità circa la scelta operata dal Legislatore regolamentare di identificare le risorse e i mezzi da mettere a disposizione soltanto

nel settore dei lavori pubblici. D'altro canto, se la ratio della disposizione è quella di consentire alla stazione appaltante di verificare che siano messe concretamente a disposizione le risorse necessarie ad eseguire la prestazione prevista dal contratto di appalto, tale esigenza dovrebbe sussistere nell'intero ambito degli appalti, anche per i settori dei servizi e delle forniture.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

F. Caringella, M. Giustiniani, Manuale di Diritto Amministrativo, IV. I Contratti Pubblici, Ed. Dike, 2014;

In generale, sull'avvalimento, cfr.: A. Cianflone, G. Giovannini, L'Appalto di Opere Pubbliche, Ed. Giuffrè, 2012.