

Connotazione sostanziale del contratto di avvalimento.

di Arturo Levato

Data di pubblicazione: 18-1-2017

1) L'evidente collegamento tra la dichiarazione ed il contratto di avvalimento con le, pur formalmente separate, dichiarazioni rese dalla ausiliaria è valorizzabile ed anzi imposto dall'applicazione delle regole ermeneutiche scolpite dagli articoli 1366 c.c. (declinato come obbligo di buona fede teso a salvaguardare l'utilità che la parte ritrae dal contratto) nonché dall'art. 1362 c.c. 1° e 2° comma (declinato sia come ricerca della comune intenzione delle parti in senso sostanziale ed al di là del testo letterale, sia come valutazione del comportamento complessivo insito pure in ulteriori dichiarazioni rese dalle parti stesse);

2) Il rapporto di avvalimento si sostanzia in una fattispecie complessa di natura negoziale (incentrata sulla promessa del fatto del terzo di cui alla dichiarazione di avvalimento secondo una logica analoga al cd. contratto "sul patrimonio del terzo") la quale comporta indubbi riflessi pure nei riguardi della stazione appaltante e pertanto i citati canoni ermeneutici valgono pure per l'Amministrazione medesima e non solo per le parti principali del contratto di avvalimento;

3) La determinabilità dell'oggetto nell'avvalimento è altresì imposto dalla doverosità di una lettura sostanziale degli atti di gara, in linea con il formante giurisprudenziale più recente, il quale privilegia una interpretazione non formalistica del rapporto di avvalimento, alieno a profili formalistici e teso a tutelare il principio dalla massima concorrenzialità.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 904 del 2016, proposto dalle società Immobiliare Lo Monaco a r.l. e Soitek a r.l. Agrigento in proprio e rispettivamente quale capogruppo

mandataria e mandante del costituendo RTI, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli Avv.ti Francesco Zaccone e Patrizia Stallone, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Rocco Iemma in Reggio Calabria, via Don Minzoni, 14;

contro

Provincia di Reggio Calabria - Stazione Unica Appaltante Provinciale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv.to Domenico Barresi, domiciliata in Reggio Calabria, via Cimino N. 1/B;

Comune di Reggio Calabria, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avv.to Antonella Paola De Stefano, domiciliata in Reggio Calabria, via S. Anna Il Tr. - Palazzo Cedir;

nei confronti di

Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" S.C.P.A. in persona del legale rappresentante, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa concessione di tutela cautelare

- A) del provvedimento di esclusione delle ricorrenti dalla gara a procedura aperta indetta dalla Provincia di Reggio Calabria - Stazione Unica Appaltante Provinciale - avente ad oggetto i lavori di completamento costruzione Nuovo Palazzo di Giustizia del Comune di Reggio Calabria, comunicato con nota prot. 303930 del 22 novembre 2016 pervenuta a mezzo pec in pari data;
- B) del provvedimento unitario a mezzo del quale sono state determinate e rese note le ammissioni e le esclusioni di tutti i concorrenti ex art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016, nella misura in cui a mezzo dello stesso è stata disposta l'esclusione del RTI odierno ricorrente;
- C) del verbale di gara del 22 novembre 2016, nella parte in cui è stata disposta l'esclusione delle ricorrenti dalla gara, il cui esatto contenuto è allo stato sconosciuto in quanto non rinvenibile sul sito aziendale;
- D) del provvedimento prot. n. 319809 del 13 dicembre 2016, con cui la S.A. ha ritenuto non meritevole di accoglimento la istanza di riesame in autotutela inoltrata dalle odierne ricorrenti in data 24 novembre 2016;
- E) di tutti gli atti della procedura *medio tempore* intervenuti e non conosciuti dall'esponente e di tutti gli atti integrativi dell'efficacia;
- F) per quanto di ragione, della *lex specialis* di gara e, in particolare dell'art. 22 del bando e di ogni ulteriore disposizione pertinente, ove da intendersi come ostativo all'applicazione del soccorso istruttorio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Reggio Calabria - Stazione Unica Appaltante Provinciale e del Comune di Reggio Calabria;

Viste le memorie difensive e le dichiarazioni rese in udienza dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2017 il dott. Filippo Maria Tropiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Vista l'impugnazione proposta dalle società ricorrenti avverso il provvedimento di esclusione dalla gara de qua (esclusione compendiata negli atti gravati indicati alle lettere da A) a D) in epigrafe) nonché avverso la clausola del bando indicata al punto F) dell'epigrafe medesima, laddove interpretata come ostativa al rimedio del cd. "soccorso istruttorio";

Considerato che la causa è suscettibile di decisione immediata;

Rilevato che tutte le parti necessarie hanno manifestato espresso consenso alla definizione immediata della vertenza all'esito della camera di consiglio dell'11 gennaio 2017;

Considerato che, venendo in questione l'impugnazione di un provvedimento di esclusione e non essendo stati assunti ulteriori atti lesivi involgenti interessi di terzi soggetti, non sussistono allo stato controinteressati in senso tecnico;

Ritenuto dunque che il Consorzio Nazionale Cooperativo di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" scpa, destinatario della notifica del ricorso e non costituito in giudizio, non è parte controinteressata in senso tecnico, potendo al più la notificazione dell'atto valere tuzioristicamente quale mera *denuntiatio litis*;

Ritenuta dunque l'integrità del contraddittorio e così rimosso per espresso consenso delle parti ogni ostacolo di rito;

Considerato che la domanda annullatoria, come azionata nei riguardi degli atti di esclusione, deve essere accolta, in forza delle seguenti argomentazioni:

- risultano incontestabilmente depositati gli atti e le dichiarazioni menzionate in ricorso alle lettere A), B), C), D), E), F), pagine 7 e 8 dell'atto introduttivo, vale a dire la domanda di ammissione alla gara, la dichiarazione di avvalimento, il contratto di avvalimento, la dichiarazione all.1 alla domanda di partecipazione redatta dall'impresa Bacchi, l'ulteriore dichiarazione dell'ausiliaria resa in data 16 novembre 2016 ed il Documento G.U.E. allegato

pure alla domanda di partecipazione alla gara;

- dall'esame sinottico e congiunto della suddetta documentazione è dato agevolmente inferire che tutti i requisiti messi a disposizione dalla ausiliaria Impresa Bacchi potevano essere individuati tramite una lettura combinata del contratto e della dichiarazione di avvalimento con le dichiarazioni redatte dall'Impresa ausiliaria medesima, a mezzo delle quali essa dichiarava specificamente di aver realizzato la cifra di affari richiesta dalla legge di gara per il triennio 2013 – 2015;

- in sostanza l'oggetto dell'avvalimento menzionato solo genericamente nel contratto, nella parte in cui si riferiva al requisito della cifra d'affari nel triennio precedente, poteva essere facilmente completato e, per così dire, "riempito" mediante il riferimento alle ulteriori dichiarazioni versate in atti di gara, con le quali l'impresa avvalsa specificava di possedere la cifra di affari in lavori richiesta come requisito dalla Stazione Appaltante (pari a due volte l'importo a base di gara, segnatamente € 155.870.413,00);

-l'evidente collegamento tra la dichiarazione ed il contratto di avvalimento con le (pur formalmente separate) dichiarazioni rese dalla ausiliaria Impresa Bacchi, è invero valorizzabile ed anzi imposto innanzitutto dall'applicazione delle regole ermeneutiche scolpite dagli articoli 1366 c.c. (declinato come obbligo di buona fede teso a salvaguardare l'utilità che la parte ritrae dal contratto) nonché dall'art. 1362 c.c. 1° e 2° comma (declinato sia come ricerca della comune intenzione delle parti in senso sostanziale ed al di là del testo letterale, sia come valutazione del comportamento complessivo insito pure in ulteriori dichiarazioni rese dalle parti stesse);

- il rapporto di avvalimento si sostanzia infatti in una fattispecie complessa di natura negoziale (incentrata sulla promessa del fatto del terzo di cui alla dichiarazione di avvalimento secondo una logica analoga al cd. contratto "sul patrimonio del terzo") la quale comporta indubbi riflessi pure nei riguardi della Stazione Appaltante e pertanto i citati canoni ermeneutici valgono pure per l'Amministrazione medesima e non solo per le parti principali del contratto di avvalimento;

- per altro, *ad abundantiam*, anche alla stregua dell'ottica pubblicistico-procedimentale che connota la fase dell'evidenza, non par dubbia la valenza generale del principio di buona fede cui deve ispirarsi l'azione amministrativa, siccome tesa a salvaguardare l'interesse pretensivo del partecipante entro il limite dell'apprezzabile sacrificio;

- si aggiunga che, in linea con le acute osservazioni della migliore dottrina civilistica, la piana individuazione del requisito de quo, prestato dalla avvalsa, è deducibile altresì dal rilievo secondo cui, nella fattispecie de qua, non viene tanto in questione una problematica legata alla determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento, bensì alla mera identificazione del bene oggetto di prestazione, specificato per *relationem* mediante l'esame congiunto delle dichiarazioni;

Ritenuto dunque che una interpretazione logica, sistematica e condotta secondo buona fede della documentazione depositata dall'esponente, doveva condurre agevolmente la

Commissione a ritenere la sussistenza del requisito richiesto ed erroneamente ritenuto mancante;

Rilevato altresì che in ogni caso il partecipante aveva fornito un sufficiente principio di prova circa il possesso del requisito e che pertanto, nel dubbio e a fini di maggiore chiarezza, l'Amministrazione avrebbe dovuto comunque attivare il doveroso "soccorso istruttorio" al fine di consentire la migliore illuminazione di ciò che, per vero, già sembrava esistere, come detto, alla stregua di una lettura combinata e secondo buona fede dell'intera documentazione allegata alla domanda;

Considerato dunque che il provvedimento di esclusione e così gli atti indicati ai punti da A) a D) dell'epigrafe devono essere annullati siccome illegittimi per la ricorrenza dei vizi lamentati in ricorso ai punti 1) e 2);

Ritenuto infine che non vi è luogo a provvedere sull'impugnativa proposta contro la clausola del bando di gara di cui al punto F) dell'epigrafe, posto che non emerge alcuna possibilità di interpretarla in senso ostativo rispetto all'operatività del "soccorso istruttorio";

Ritenuto dunque di accogliere il gravame nei termini sopra esposti e tuttavia di compensare integralmente le spese di lite in presenza dei presupposti di legge;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in parte motiva e per l'effetto annulla gli atti impugnati indicati ai punti da A) a D) dell'epigrafe.

Spese interamente compensate tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Filippo Maria Tropiano, Referendario, Estensore

Donatella Testini, Referendario

L'ESTENSORE
Filippo Maria Tropiano

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

Guida alla lettura.

Le società di un costituendo R.t.i. vengono escluse da una procedura selettiva, in ragione della genericità dell'oggetto del contratto di avvalimento prodotto.

Il provvedimento è quindi gravato dalla mandante e dalla mandataria innanzi al T.a.r., che ritiene fondate del doglianze prospettate nel ricorso.

Il Collegio, nello specifico, fa proprie le argomentazione espresse in tema dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 23/2016.

Come noto, per mezzo della menzionata pronuncia il Supremo Consesso Amministrativo ha disatteso l'opzione ermeneutica che, richiamando il moderno requisito della c.d. forma-contenuto, postulava la nullità del negozio di avvalimento, laddove in esso non fosse delineato in maniera puntuale l'ausilio fornito.

Secondo l'assunto dell'Adunanza, al fine di svolgere una verifica sull'esatta portata dello strumento negoziale, occorre applicare i canoni interpretativi contemplati nel codice civile, cosicché è da ritenersi valida l'operazione economica il cui oggetto, sebbene non determinato, sia comunque determinabile.

Per un verso, infatti, è indubbio che la compiuta circoscrizione dell'apporto dell'ausiliaria in favore dell'ausiliata sia condizione essenziale per consentire -in applicazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa ex art. 97, comma 2, Cost.- il controllo sull'affidabilità dell'offerta da parte della stazione appaltante.

Sotto altro profilo, di contro, l'istituto dell'avvalimento, improntato al *favor participationis*, non può incontrare limiti formalistici.

Sul richiamato solco interpretativo si muove quindi la decisione in commento.

Dall'esame complessivo della documentazione versata dall'ausiliaria, invero, il Collegio inferisce agevolmente che tutti i requisiti da essa messi a disposizione "*potevano essere individuati tramite una lettura combinata del contratto e della dichiarazione di avvalimento con le dichiarazioni redatte dall'impresa ausiliaria medesima*".

Pertanto, l'oggetto dell'avvalimento -descritto solo genericamente- avrebbe potuto essere qualificato per il tramite delle ulteriori dichiarazioni presenti negli atti di gara.

Infatti, "*l'evidente collegamento tra la dichiarazione ed il contratto di avvalimento con le (pur formalmente separate) dichiarazioni rese dalla ausiliaria, è valorizzabile ed anzi imposto innanzitutto dall'applicazione delle regole ermeneutiche scolpite dagli articoli 1366 c.c. (declinato come obbligo di buona fede teso a salvaguardare l'utilità che la parte ritrae dal contratto) nonché dall'art. 1362 c.c. 1° e 2° comma (declinato sia come ricerca della comune*

intenzione delle parti in senso sostanziale ed al di là del testo letterale, sia come valutazione del comportamento complessivo insito pure in ulteriori dichiarazioni rese dalle parti stesse”.

Il T.a.r. calabrese prosegue rilevando come l'avvalimento si sostanzia *“in una fattispecie complessa di natura negoziale (incentrata sulla promessa del fatto del terzo di cui alla dichiarazione di avvalimento secondo una logica analoga al cd. contratto “sul patrimonio del terzo”) la quale comporta indubbi riflessi pure nei riguardi della Stazione Appaltante e pertanto i citati canoni ermeneutici valgono pure per l'Amministrazione medesima e non solo per le parti principali del contratto di avvalimento”.*

A corroborare la posizione espressa, il Collegio richiama altresì -nell'ottica procedimentale, che connota la fase dell'evidenza- la valenza generale del principio di buona fede, cui deve ispirarsi l'azione amministrativa, che impone di salvaguardare l'interesse pretensivo del partecipante entro il limite dell'apprezzabile sacrificio.

Aggiunge ancora il T.a.r., in linea con le considerazioni della migliore dottrina civilistica, che l'individuazione del requisito prestato dall'ausiliaria è anche desumibile dalla circostanza che non viene tanto in questione il profilo della determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento, quanto, piuttosto, la mera identificazione del bene oggetto di prestazione, specificato per *relationem* mediante l'esame congiunto delle dichiarazioni;

Sulla scorta di tali valutazioni, il g.a. accoglie il ricorso, disponendo la caducazione dell'impugnato provvedimento di esclusione, avuto riguardo alla finale circostanza che *“una interpretazione logica, sistematica e condotta secondo buona fede della documentazione depositata dall'esponente, doveva condurre agevolmente la Commissione a ritenere la sussistenza del requisito richiesto ed erroneamente ritenuto mancante”* e, in ogni caso, avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante ad attivare *“il doveroso soccorso istruttorio, al fine di consentire la migliore illuminazione di ciò che, per vero, già sembrava esistere, alla stregua di una lettura combinata e secondo buona fede dell'intera documentazione allegata alla domanda”.*