

L'avvalimento nelle gare di appalto.

di Cristina Lenoci

Data di pubblicazione: 24-10-2017

1. Va esclusa dalla gara pubblica l'impresa che, ai fini della partecipazione, abbia prodotto contratto di avvalimento nel quale però manchi del tutto la puntuale indicazione delle risorse, dei mezzi o di altro elemento necessario, che intenda prendere in prestito.

2. Nelle gare pubbliche non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano e senza che tale carenza possa reputarsi colmata dal semplice riferimento contrattuale all'attestazione SOA per le categorie in questione; le parti, principale e ausiliaria, devono infatti impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo quale mero valore astratto, ma è necessario che risulti chiaramente che l'ausiliaria presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, a seconda dei casi: mezzi, personale e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti.

GUIDA ALLA LETTURA

Con la sentenza n. 2338/2017, il TAR Catania ha affrontato quella che indubbiamente è ancora oggi una delle questioni più dibattute in materia di gare di appalto, ossia la nullità o meno del contratto di avvalimento mancante della puntuale indicazione delle risorse, dei mezzi o di altro elemento necessario, che s'intende mettere a disposizione dell'impresa ausiliata.

L'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nel nostro Ordinamento su impulso delle direttive comunitarie nn. 17/2004 e 18/2004, onde consentire agli operatori economici privi dei requisiti di partecipazione prescritti dal bando di concorrere comunque per l'affidamento dell'appalto, giovandosi delle capacità tecnico-professionali ed economico-finanziarie di altre imprese.

Il concetto di avvalimento nasce in ambito europeo dapprima come strumento legato alle logiche ed alle strategie imprenditoriali, sempre più orientate alla creazione di gruppi societari complessi ed articolati, poi, evolve in istituto autonomo finalizzato a promuovere la competizione tra imprese, consentendo l'accesso alle gare anche ad aziende di nuova costituzione o, comunque, non ancora in grado di esprimere tutte le potenzialità richieste per la partecipazione a determinate procedure di affidamento. In buona sostanza, attraverso lo

strumento dell'avvalimento il Legislatore comunitario ha voluto favorire la massima concorrenza dei mercati.

In sede di recepimento delle suindicate direttive, i compilatori del previgente Codice dei Contratti pubblici hanno assunto un atteggiamento assai prudente nei confronti dell'istituto in parola, temendo evidentemente che un suo utilizzo indistinto e strumentale potesse dare la stura a facili elusioni delle condizioni di partecipazione.

Per tale ragione, all'art. 49, comma 2, lett. f), del D. Lgs. n. 163/2006, il Legislatore statale ha previsto l'obbligo per l'impresa partecipante di produrre una puntuale documentazione per potere utilmente ricorrere all'avvalimento.

Onere ulteriormente accentuato dall'art. 88 del D.P.R. n. 207/2010, che ha imposto l'espressa esplicitazione nel contratto di avvalimento dell'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare effettivamente le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificavano l'attribuzione del requisito di qualità.

Su siffatto quadro normativo si è poi formato e via via consolidato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, sfociato nella nota decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 23/2016, che ha rimarcato la necessità di indicare nel contratto di avvalimento, con appropriato grado di determinatezza o determinabilità, i mezzi concreti che l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata, evidenziando altresì che l'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto dell'avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico negli artt. 1325, 1346 e 1418 c.c., che configurano quale causa di nullità del contratto l'indeterminatezza e l'indeterminabilità del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale nella necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche (cfr., sul punto, C.d.S., Ad. Plen., decisione n. 23/2016 cit.; nonché nello stesso senso C.d.S., sez. V, 27 gennaio 2016, n. 264; 6 giugno 2016, n. 2384).

Per evitare i c.d. "prestiti cartolari" dei requisiti di partecipazione, la giurisprudenza amministrativa ha, inoltre, ritenuto insufficiente la mera riproduzione tautologica, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti (cfr. C.d.S., sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; 18 aprile 2011, n. 2344).

Da ultimo la Legge Delega n. 11/2016, nell'indicare al Governo i criteri da seguire per il recepimento delle direttive nn. 23/2014, 24/2014 e 25/2016, ha disposto la revisione della disciplina dell'avvalimento, imponendo che il relativo contratto indicasse nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara (cfr. art. 1, comma 1, lett. zz).

L'istituto in parola è oggi così regolamentato dall'art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016, nel testo modificato ed integrato dal D. Lgs. n. 56/2017:

<<1. *L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.*

2. *Nei settori speciali, se le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione comportano requisiti relativi alle capacità economiche e finanziarie dell'operatore economico o alle sue capacità tecniche e professionali, questi può avvalersi, se necessario, della capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi. Resta fermo quanto previsto dal comma 1, periodi secondo e terzo, da intendersi quest'ultimo riferito all'ambito temporale di validità del sistema di qualificazione.*

3. *La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici.*

4. *Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al*

raggruppamento.

5. *Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.*

6. *E' ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie. L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto.*

7. *In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.*

8. *Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.*

9. *In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto di appalto. Ha inoltre l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni di cui all'articolo 52 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità.*

10. *L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo [212](#) del [decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152](#).*

11. *Non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. E' considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, è definito l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la qualificazione ai fini dell'ottenimento dell'attestazione di qualificazione degli esecutori di cui all'articolo 84, che possono essere periodicamente revisionati. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma 15>>.*

Il suindicato art. 89 va letto in combinato disposto con gli artt. 216, comma 14, e 217, lett. u),

del D. Lgs. n. 50/2016, in virtù dei quali, fino all'adozione delle Linee Guida Anac, deve ritenersi ancora temporaneamente vigente, in materia di avalimento, l'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010.

Di primo acchito, dunque, con l'introduzione del nuovo Codice sui contratti pubblici sembra essersi cristallizzato l'orientamento culminato con la sopra ricordata decisione della Plenaria n. 23/2016.

Cionondimeno, per quelle che sono la *ratio* sottesa all'istituto in parola e la delicatezza degli interessi coinvolti, risulta difficile ipotizzare che, con l'entrata in vigore della nuova disciplina, debba ritenersi *tamquam non esset* tutta quella copiosa giurisprudenza che, ai fini dell'obbligo della specificazione dell'oggetto del contratto di avalimento, ha tenuto a nettamente distinguere l'avalimento c.d. "operativo" dall'avalimento c.d. "di garanzia", a seconda che il bando di gara richieda un requisito di natura tecnica ovvero meramente finanziaria.

Segnatamente, secondo il filone giurisprudenziale da ultimo citato, allorché un'impresa intende avvalersi, mediante la stipula di un contratto di avalimento, dei requisiti finanziari, ossia del fatturato di un'altra impresa (c.d. avalimento di garanzia), la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato (sul punto leggasi, tra le tante, C.d.S. sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032; C.d.S. sez. III, 4 novembre 2015, n. 5038; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 4 dicembre 2016, n. 935; TAR Lazio, Latina, sez. I, 30 luglio 2016, n. 514; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 5 febbraio 2016, n. 256). In buona sostanza, poiché il prestito del mero fatturato <<serve essenzialmente non già ad arricchire un'impresa ausiliata che già possiede gli altri requisiti di partecipazione, ma solo a fornire risorse di carattere economico e finanziario, senza effettivo coinvolgimento di mezzi, attrezzature o personali>>, il G.A. ha definitivamente chiarito che, in siffatta ipotesi di avalimento, non è necessario che gli <<aspetti specifici dell'organizzazione dell'impresa siano specificati in contratto e nella dichiarazione resa alla stazione appaltante>> (cfr. C.d.S., sez. V, 20 luglio 2017, n. 3593). Ciò perché, come pure con estrema lucidità puntualizzato dal Consiglio di Stato, <<l'affidabilità sul piano economico-finanziario richiesta dalla stazione appaltante non riposa sulla disponibilità di specifici elementi dell'azienda, ma sulla complessiva capacità di quest'ultima di generare un volume d'affari minimo ed in grado di dimostrare che la concorrente, attraverso l'avalimento dell'impresa ausiliaria, è in grado di produrre un simile fatturato>> (cfr. C.d.S., sez. V, 20 luglio 2017, n. 3593 cit.; nello stesso senso C.d.S. sez. III, 17 novembre 2015, n. 5703; C.d.S., sez. III, 3 novembre 2015, n. 5038; C.d.S., sez. III, 2 marzo 2015, n. 1020).

Con la sentenza n. 2338/2017, il TAR Catania si è allineato all'indirizzo più restrittivo impartito con la decisione della Plenaria n. 23/2016, ritenendo quindi che deve essere esclusa dalla gara pubblica l'impresa che, ai fini della partecipazione, abbia prodotto contratto di avalimento nel quale però manchi del tutto la puntuale indicazione delle risorse, dei mezzi o di altro elemento necessario, che intende prendere in prestito.

Anche a fronte del dato letterale dell'art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016, la questione in esame è

tutt'altro che pacifica.

Basti pensare che appena dieci giorni dopo la pubblicazione della sentenza del TAR Catania n. 2338/2017, in materia di avvalimento, il TAR Lazio si è così espresso: <<*al di là della configurazione formale operata dall'Amministrazione*>> se il requisito di partecipazione oggetto del contratto di avvalimento <<*non costituisce di per sé un requisito indispensabile per attuare la prestazione richiesta (al pari, ad esempio, della disponibilità del centro cottura), rappresentando e, quindi, dovendo essere correttamente inteso più propriamente in termini di specificazione del fatturato globale d'impresa*>>, detto requisito deve intendersi <<*non richiedente di per sé l'indicazione dei mezzi e delle risorse messi a disposizione dell'ausiliaria in termini specifici e dettagliati*>> (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II *Bis*, 16 ottobre 2017, n. 10371).

Ergo, il contratto di avvalimento sottoscritto per il prestito del suindicato requisito non può ritenersi nullo se mancante della specificazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dell'ausiliaria. Tanto del resto, come pure spiegato dal TAR Lazio, in ossequio al principio a salvaguardia della massima partecipazione alle gare pubbliche, in ragione del quale ha trovato, tra l'altro, riconoscimento il principio di tassatività delle cause di esclusione (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II *Bis*, 16 ottobre 2017, n. 10371 cit.).

Il tema dell'avvalimento resta, quindi, assai controverso.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1246 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Arato Corrado Ditta Individuale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Fianchino, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, c.so delle Province 203;

contro

Comune di Noto, Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Modica, Scicli, Ispica, Noto e Rosolini c/o il Comune di Modica non costituiti in giudizio;

nei confronti di

Ditta Turnè di Luca Licitra, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Alessia Bianca, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Caltabiano in Catania, via Livorno 10;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

ex art. 120, comma 2 bis del C.P.A., del provvedimento di ammissione della ditta controinteressata alla procedura di gara indetta dal Comune di Noto per la gestione, fruizione e valorizzazione dei siti culturali di proprietà comunale in esito al riesame della documentazione operato dalla Commissione sulla scorta della determinazione del RUP prot. n. 9328 del 17-3-2017 (verbale di gara del 9-6-2017, pubblicato in data 11-6-2017);

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 22/9/2017:

annullamento dell'aggiudicazione definitiva adottata con determinazione Reg. Gen. n. 1163 del 10-7-2017 del Dirigente del Settore n. 8 – Turismo e Cultura - del Comune di Noto, comunicata al ricorrente a mezzo Pec, ex art. 76, comma 5 e 6 del D.lgs n. 50/2017, in data 14-7-2017, e dei connessi verbali di gara del 12-1-2017, nei limiti di interesse, del 15-2-2017 e del 9-6-2017, nonché, ove occorra, della presa d'atto del RUP, nonché, ex art. 121 e 122 cpa, per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente, medio tempore, stipulato;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ditta Turnè di Luca Licitra;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2017 il dott. Dauno Trebastoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame, la ditta ricorrente ha impugnato, ex art. 120, comma 2 bis, del C.P.A., il provvedimento di ammissione della ditta controinteressata alla procedura di gara indetta dal Comune di Noto per la gestione, fruizione e valorizzazione dei siti culturali di proprietà comunale, nonché, con motivi aggiunti, l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della medesima ditta.

Nel merito, per ragioni di economia processuale, il Collegio ritiene opportuno esaminare prima il motivo di ricorso, che ritiene fondato, basato sulla violazione dell'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016, relativo all'avvalimento, per difetto dell'impegno dell'impresa ausiliaria a mettere a disposizione le risorse materiali e tecniche necessarie per l'esecuzione dell'appalto.

Il citato articolo prevede che "l'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria".

È vero che l'ultimo periodo è stato aggiunto dall'art. 56, comma 1, lett. a), n. 2), del D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56, e che una tale specificazione non era contenuta nel precedente art. 49, comma 2, del D.Lgs. 163/2006, che si limitava a prevedere l'obbligo di produrre "una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente", nonché "il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto".

Tuttavia, l'art. 216, comma 14, del D.Lgs. 50/2016, recante "Disposizioni transitorie e di coordinamento", ha previsto che "fino all'adozione delle linee guida indicate all'articolo 83, comma 2, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207", che è il "Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163", e che all'art. 88, contenuto nella parte ancora in vigore, e relativo proprio al "contratto di avvalimento in gara e qualificazione mediante avvalimento", prevedeva già che per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice dovesse "riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente", oltre a "durata" e "ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento", "le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico".

E d'altra parte, quanto precisato da Cons. St., ad. pl., 04/11/2016 n. 23 – secondo cui la nullità

del contratto di avvalimento non può essere pronunciata nel caso in cui una parte dell'oggetto del contratto, pur non essendo puntualmente determinata, sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento – non può trovare applicazione al caso di specie, visto che nel contratto di avvalimento stipulato dalla controinteressata l'oggetto specifico del contratto, per come previsto dalla citata disposizione, non è in alcun modo determinabile.

Infatti, il riferimento generico e astratto ai mezzi e alle risorse rese disponibili dall'impresa ausiliaria non consente di ritenere rispettato il disposto dell'art. 88 del DPR 207/2010, ai sensi del quale “per la qualificazione in gara, il contratto... deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente”, quanto all'oggetto, “le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico”.

Ma tali determinatezza e specificità non sono certo rinvenibili nel generico riferimento che la controinteressata vorrebbe far valere.

Con sentenza n. 1403 del 09.06.2017 questa Sezione ha già avuto modo di ribadire che non vi sono ragioni per discostarsi dall'orientamento secondo cui va esclusa dalla gara pubblica l'impresa che, ai fini della partecipazione, abbia prodotto contratto di avvalimento nel quale però manchi del tutto la puntuale indicazione delle risorse, dei mezzi o di altro elemento necessario, che s'intende mettere a disposizione dell'impresa istante (cfr. Cons. St., sez. V, 17/03/2014 n. 1322; C.G.A.R.S, 12/8/2016 n. 272).

Vale a dire che nelle gare pubbliche non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano e senza che tale carenza possa reputarsi colmata dal semplice riferimento contrattuale all'attestazione SOA per le categorie in questione; le parti, principale e ausiliaria, devono infatti impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo quale mero valore astratto, ma è necessario che risulti chiaramente che l'ausiliaria presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, a seconda dei casi: mezzi, personale e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (cfr. Cons. St., sez. IV, 26/05/2014 n. 2675; Id., sez. IV, 02/12/2016 n. 5052).

E poiché nel caso in esame la richiesta specificazione non sussiste, la controinteressata andava esclusa dalla gara.

Ciò perché le lacune dei contratti di avvalimento non possono essere colmate mediante il soccorso istruttorio, dovendo i contratti, necessari per consentire la partecipazione alla gara, essere validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume (cfr. Cons. St., sez. V, 30/03/2017 n. 1456).

In conclusione, assorbiti ulteriori motivi di ricorso non esaminati, il ricorso principale va accolto, con la conseguenza che, per il relativo effetto caducante, vanno accolti anche i motivi aggiunti.

(Omissis)