

## L'oggetto del contratto di avvalimento può essere anche solo determinabile: prime applicazioni della Plenaria

di Marco Gentile

Data di pubblicazione: 14-2-2017

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.

*Conformi: Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016 n. 23; Consiglio di Stato sentenza n. 2952/2016, Sez. III, 30 giugno 2016; Consiglio di Stato, sentenza n. 5423/2016 Sez. V, 22 dicembre 2016.*

*Difformi: Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 22 gennaio 2014, n. 294.*

### Guida alla lettura

La ricorrente, a seguito della presentazione di offerta nella procedura aperta indetta dalla Provincia di Reggio Calabria - Stazione Unica Appaltante Provinciale - ed avente ad oggetto i lavori di completamento-costruzione del Nuovo Palazzo di Giustizia del Comune di Reggio Calabria, era stata esclusa dalla procedura di gara perché la stazione appaltante riteneva non specificato l'oggetto del contratto di avvalimento al quale la concorrente aveva fatto ricorso per ovviare alla carenza del requisito relativo alla cifra d'affari nel triennio precedente.

Con il proprio gravame l'operatore economico aveva censurato il provvedimento di esclusione evidenziando che l'oggetto del contratto di avvalimento era facilmente evincibile da una lettura combinata del contratto e della dichiarazione di avvalimento in uno con le dichiarazioni redatte dall'Impresa ausiliaria.

Il TAR di Reggio, in applicazione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016. n. 23), ha accolto il ricorso, fornendo una lettura secondo buona fede dell'art. 88 del d.P.R. 207 del 2010 (a mente del quale il contratto di avvalimento deve riportare "*in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico*"), in combinato disposto con l'art. 1348 del codice civile (secondo il quale il contratto è nullo solo ove l'oggetto non sia determinato o, quantomeno determinabile).

La lettura della sentenza è di particolare interesse nella parte in cui affronta la questione relativa all'interpretazione del contratto di avvalimento facendo riferimento al principio di buona fede e al criterio ermeneutico, di carattere oggettivo, relativo alla ricerca della comune volontà dei contraenti.

Tali criteri interpretativi sono da estendere anche alla stazione appaltante, ancorché questa non sia parte del contratto, potendosi dunque risolvere la questione sulla base dell'intero compendio documentale in cui si sostanzia la complessa figura negoziale dell' "avvalimento di garanzia" – che il TAR, acutamente, assimila al contratto sul patrimonio del terzo – e, in particolare, attraverso l'esame sussidiario della dichiarazione, resa dall'ausiliaria, con la quale questa si impegna nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione i requisiti posseduti.

È interessante osservare, *in limine*, che il caso dell'avvalimento di garanzia è solitamente trattato in termini meno rigorosi dalla giurisprudenza, che oramai da tempo ha avuto modo di evidenziare come ciò che viene in rilievo nel caso in cui il requisito "prestato" si sostanzia in una determinata garanzia economica per l'adempimento delle prestazioni oggetto dell'appalto, non sono tanto i mezzi e i beni aziendali che hanno concorso a far maturare quel fatturato, quanto, piuttosto, la solidità economico-finanziaria che l'ausiliaria mette a disposizione con la garanzia solidale in ordine alle obbligazioni assunte dalla ausiliata.

In giurisprudenza l'avvalimento di garanzia veniva differenziato dall'avvalimento operativo, il quale si sostanzia nel "prestito" di requisiti afferenti la capacità tecnica o professionale. La tematica relativa all'avvalimento è stata in ultimo superata dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, secondo cui non può essere ritenuto nullo un contratto di avvalimento laddove, pur non essendo puntualmente determinata una parte dell'oggetto, essa sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento. Per meglio approfondire sulla differenza tra avvalimento di garanzia ed avvalimento operativo si segnala il commento, già trattato in questa rivista, della Sentenza TAR Sardegna, Sez. I, 5 dicembre 2016 n. 935.

Infine, si segnala che il Collegio reggino ha ritenuto di evidenziare che a tutto voler concedere non si dovrebbe ritenere precluso neppure il ricorso al c.d. "soccorso istruttorio", vista l'ampiezza del campo di applicazione dell'istituto e considerato che, certamente, in casi come quello trattato la concorrente offre in gara un principio di prova circa il possesso del requisito.

**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;

-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 (Ad. Plen n. 23/2016 e Consiglio di Stato sentenza n. 2952/2016, citata dalla difesa dei ricorrenti), il quale privilegia una interpretazione non formalistica del rapporto di avvalimento, alieno a profili formalistici e teso a tutelare il principio dalla massima concorrenzialità;

- 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

IL PRESIDENTE

Filippo Maria Tropiano

Roberto Politi