

L'avvalimento di garanzia

di Cristina Lenoci

Data di pubblicazione: 18-12-2017

Il contratto di avvalimento può avere ad oggetto sia la messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative sia la messa a disposizione dei richiesti requisiti finanziari (avvalimento di garanzia). In questa seconda fattispecie nella quale non vi è il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione della impresa ausiliaria, non è necessario che nel contratto di avvalimento e nella dichiarazione resa alla stazione appaltante siano minuziosamente indicate le strutture organizzative messe a disposizione.

Guida alla lettura

Con la sentenza n. 11307/2017 il TAR Lazio si è allineato a quello che, invero, da tempo è l'orientamento giurisprudenziale allorquando un'impresa intenda avvalersi, mediante la stipula di un contratto di avvalimento, dei requisiti finanziari, ossia del fatturato di un'altra impresa (c.d. avvalimento di garanzia), ossia all'indirizzo per cui, in siffatta ipotesi, non occorre la minuziosa specificazione dell'organizzazione dell'impresa, poiché la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione di avvalimento 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 leggesi, 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).

E ciò perché 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>> (cfr. C.d.S., sez. V, 20 luglio 2017, n. 3593).

Al riguardo, con estrema lucidità, il Consiglio di Stato ha puntualizzato che <<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'avvalimento 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).

Per la qualcosa, come correttamente ritenuto dal TAR Lazio con la suindicata sentenza n.

11307/2017, deve ritenersi illegittima la disposizione della *lex specialis* che <<prevede sostanzialmente che il contratto di avvalimento deve contenere la dettagliata indicazione delle risorse messe a disposizione anche nel caso dell'autonomo istituto dell'avvalimento di garanzia>>.

Per quanto quello espresso dal TAR Lazio sia un principio, come detto, largamente condiviso, tuttavia non possono non segnalarsi i seguenti arresti giurisprudenziali, che sembrano voler mettere dei paletti sul tema in questione, per evidentemente scongiurare facili strumentalizzazioni dell'avvalimento di garanzia.

Innanzitutto, merita di essere ricordata la sentenza del TAR Sicilia, Catania, n. 122/2017, in base alla quale <<ai fini della determinazione del contenuto necessario per il contratto di avvalimento nelle gare di appalto, ha distinto tra requisiti generali (requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo, ad es. il fatturato globale o la certificazione di qualità) e risorse: solamente per queste ultime è giustificata l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico, in quanto solo le risorse possono rientrare nella nozione di beni in senso tecnico-giuridico, cioè di "cose che possono formare oggetto di diritti" ex art. 821 c.c., con il corollario che soltanto in questa ipotesi l'oggetto del contratto di avvalimento deve essere determinato, in tutti gli altri casi essendo sufficiente la sua semplice determinabilità>>.

Degna di nota è anche la recentissima pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, n. 5429/2017, la quale, pur ribadendo il principio per cui <<quando nelle gare pubbliche l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore ("avvalimento di garanzia"), non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali, o ad indici materiali atti ad esprimere una certa consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione>>, ha comunque tenuto a precisare la necessità che <<dalla ridetta dichiarazione emerga l'impegno contrattuale dell'ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità.

L'impresa ausiliaria, per effetto del contratto di avvalimento, deve diventare, quindi, di fatto, un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario, poiché solo in caso di avvalimento c.d. tecnico o operativo (che quindi abbia ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria) sussiste l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di determinate risorse.

Tuttavia, tale impegno a diventare un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario non può risultare nel contratto in modo generico e quale semplice formula di stile, ma deve essere in qualche modo determinato o, quantomeno, determinabile, poiché l'impegno contrattualmente assunto dall'ausiliaria deve ritenersi completo, concreto, serio e determinato, nella misura in cui attesta la messa a disposizione del fatturato e delle risorse eventualmente necessarie e contenga un vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante, non risultando invece necessari "la quantificazione ed il trasferimento delle risorse finanziarie oggetto del predetto impegno finanziario, anche considerato che quest'ultimo appare del tutto imprevedibile nel contenuto al momento della

sottoscrizione del contratto di avvalimento”.

L’assunzione della generica obbligazione di “mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell’appalto” ... costituisce una locuzione o proposizione contrattuale del tutto generica, assimilabile ad una semplice formula di stile, dalla quale non si evince in alcun modo, un impegno contrattualmente assunto dall’ausiliaria di mettere a disposizione il fatturato e le risorse eventualmente necessarie con il contestuale vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante>> (cfr. C.d.S., sez. V, 22 novembre 2017, n. 5429 cit.).

Il tema dell’avvalimento, quindi, si conferma ancora una volta come argomento assai spinoso e fonte di dibattito anche in ordine a profili che, per quanto in linea di massima riposino su principi pacificamente acquisiti, potrebbero comunque suscitare ancora dissensi.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso integrato da motivi aggiunti n. 6804 del 2017 proposto dalla spa SO.GE.SI., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Zanetti presso il cui studio in Roma, Corso Vittorio Emanuele II n.18, è elettivamente domiciliata;

contro

-la Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Fiammetta Fusco ed elettivamente domiciliata presso la sede dell'Avvocatura Regionale in Roma, Via Marcantonio Colonna n.27;

- Azienda Sanitaria Locale di Rieti, Azienda Sanitaria Locale di Viterbo, Fondazione Ptv Policlinico Tor Vergata, Azienda Sanitaria Locale Roma 6, Azienda Sanitaria Locale Frosinone, Azienda Sanitaria Locale Latina, non costituite in giudizio;

nei confronti di

RTI tra Servizi Sanitari Integrati srl e Lavanderia D'Alessio srl, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentate e difese, anche disgiuntamente, dagli avv.ti

Marcello Anastasio Pugliese ed Antonio Sasso ed elettivamente domiciliate presso lo studio dell'avv. Pugliese in Roma, Via G.G. Porro n.26;

per l'annullamento:

- della determinazione della Centrale Acquisti della Regione Lazio n.G07904 DEL 6 GIUGNO 2017. RELATIVA ALLA "Individuazione dei soggetti ammessi ad esito della valutazione dei requisiti generali e speciali concernente la gara comunitaria centralizzata a procedura aperta finalizzata all'acquisizione del servizio di lavanolo occorrente alla Aziende Sanitarie della Regione Lazio" nella parte in cui è stata disposta l'ammissione al prosieguo della gara del raggruppamento tra Servizi Integrati srl e Lavanderie D'Alessio srl";

- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Lazio e di Servizi Sanitari Integrati srl, e di Lavanderia D'Alessio srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2017 il dott. Giuseppe Sapone 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 gravame in trattazione, proposto ai sensi dell'art.120, comma 2 bis del D.lgvo n.104/2010, la società ricorrente, la quale era stata ammessa a partecipare per tutti gli 8 lotti alla gara indetta dalla Regione Lazio ed in epigrafe indicata, ha impugnato la determinazione, pure in epigrafe descritta, con cui la resistente regione ha ammesso al prosieguo della gara di qua, relativamente ai lotti n.2, 4 e 7, il raggruppamento temporaneo tra Servizi Integrati srl e Lavanderie D'Alessio srl.

Il ricorso è affidato al seguente ed articolato motivo di doglianza:

Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art.89 del D.lgvo n.50/2016. Violazione dell'art.88 del DPR n.207/2010. Violazione del disciplinare di gara. Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art.97 della costituzione. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, per illogicità e per disparità di trattamento. Violazione della par condicio.

Sostiene in merito la ricorrente che il raggruppamento controinteressato doveva essere

escluso in quanto il contratto di avvalimento sottoscritto dalla srl Servizi Integrati, diversamente da quanto disposto dall'art.89 del D.lgvo n.50/2017 nonchè dalla lex specialis della gara, non indicava nè le risorse nè i mezzi messi a disposizione da parte dell'ausiliaria.

Si è costituita la Regione Lazio contestando la fondatezza delle dedotte doglianze e concludendo per il rigetto delle stesse.

Si sono pure costituite le società componenti del rti de quo, le quali:

- a) hanno confutato le argomentazioni ricorsuali;
- b) hanno proposto ricorso incidentale avverso l'art.9 del Disciplinare di gara che disciplinava il contenuto del contratto di avvalimento.

Alla camera di consiglio del 6 novembre 2017 il gravame è stato assunto in decisione.

In ordine logico il Collegio è chiamato ad esaminare per prima la fondatezza del ricorso incidentale, il cui eventuale accoglimento, con il conseguente annullamento dell'art.9 del Disciplinare, comporterebbe il rigetto del ricorso principale.

Al riguardo deve essere osservato che:

- a) la lex specialis prevedeva il possesso del requisito di capacità economico-finanziaria pari ad un fatturato medio annuo specifico per servizi analoghi, realizzato nei tre esercizi finanziari per i quali risulta approvato il relativo bilancio, antecedenti alla data di pubblicazione del bando di gara, complessivamente non inferiore ai valori specificatamente indicati per ciascun lotto;
- b) il raggruppamento controinteressato ha presentato offerta per i lotti 2, 4 e 7 e ai fini della dimostrazione del requisito di cui sopra la srl Servizi Integrati Sanitari, si è avvalsa ai sensi dell'art.80, comma 1, del D.lgvo n.50/2016 del fatturato medio annuo specifico per servizi analoghi della Lavanderia Valdivara srl;
- c) il relativo contratto di avvalimento stabiliva che l'impresa ausiliaria si obbligava a mettere a disposizione della Società Servizi Integrati srl, che accetta, e della Stazione appaltante Regione Lazio e nello specifico degli enti compresi nei lotti di partecipazione...il seguente requisito per tutta la durata dell'appalto, ivi comprese eventuale proroghe e/o rinnovi: - la disponibilità a sostegno del requisito di capacità economica e finanziaria previsto dal Disciplinare di Gara al punto 5.5. ed in particolare: Euro 2.500.000,00 di fatturato medio annuo specifico per servizi analoghi a fronte di Euro 7.648,509,54 richiesti";
- d) l'art.9 del Disciplinare di gara che regola il contenuto del contratto di avvalimento prevede che " Il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente, secondo quanto previsto dall'art.88 del DPR n.207/2010 le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico. La mancata sottoscrizione alla data di scadenza per la presentazione delle offerte, di un contratto avente i contenuti sopra descritti comporta l'esclusione della gara".

Ciò premesso il Collegio sottolinea che:

1) come si evince chiaramente dal panorama giurisprudenziale, dettagliatamente richiamato sia dall'amministrazione resistente che dal rti odierno controinteressato, il contratto di avvalimento può avere ad oggetto sia la messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative sia la messa a disposizione dei richiesti requisiti finanziari (avvalimento di garanzia);

2) in questa seconda fattispecie nella quale non vi è il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione della impresa ausiliaria, non è necessario che nel contratto di avvalimento e nella dichiarazione resa alla stazione appaltante siano minuziosamente indicate le strutture organizzative messe a disposizione;

3) in tale contesto ne discende l'illegittimità della gravata disposizione del disciplinare, la quale prevede sostanzialmente che il contratto di avvalimento deve contenere la dettagliata indicazione delle risorse messe a disposizione anche nel caso dell'autonomo istituto dell'avvalimento di garanzia.

L'accoglimento del ricorso incidentale e il conseguente annullamento della contestata disposizione del disciplinare di gara, giusta quanto sopra indicato, comporta il rigetto del ricorso principale che si basa unicamente sull'interpretazione restrittiva della clausola de qua.