

Il contenuto del contratto di avvalimento

Il TAR Lombardia con sentenza n. 3290 pubblicata il 29 dicembre 2012 ha chiarito che, nella disciplina dell'avvalimento, assume valore decisivo la dimostrazione dell'effettiva disponibilità da parte della concorrente dei mezzi e dei requisiti offerti dall'impresa ausiliaria.

A tale fine, infatti, l'art. 49 del D.Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) richiede che il concorrente produca: a) una sua dichiarazione attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria, b) 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, c) il contratto di avvalimento, in originale o copia autentica, 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.

Il TAR Lombardia nella recente pronuncia in esame ha chiarito che la dichiarazione dell'impresa ausiliaria (di cui al comma 2, lett. d) dell'art. 49) e il contratto di avvalimento (comma 2, lett. f) dell'art. 49) sono atti tra loro diversi, per natura, contenuto e finalità e che, pertanto, non è sufficiente a dimostrare il possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara un contratto che presenti un "contenuto" (inteso come complesso delle reciproche obbligazioni e prestazioni delle parti stipulanti), meramente riproduttivo della dichiarazione unilaterale.

Il contratto di avvalimento deve rispettare la disciplina civilistica in tema di contenuto del contratto, con particolare riferimento all'esistenza e alla determinatezza dell'oggetto.

Ciò che occorre verificare, precisa il TAR Lombardia, è se il contratto individui in modo chiaro ed esaustivo la volontà dell'impresa ausiliaria di impegnarsi, la natura dell'impegno assunto e la sua durata per tutto il tempo dell'appalto, la concreta ed effettiva disponibilità di porre a disposizione della concorrente i requisiti considerati. L'esigenza di specificità è ribadita dall'art. 88 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, che in relazione agli appalti di opere richiede che il contratto riporti in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati, in modo determinato e specifico; si tratta di una disposizione che, seppure dettata in materia di appalti di opere, ha portata generale perché riflette un principio di ordine generale correlato al contenuto del contratto e, pertanto, da applicare anche per la dimostrazione del possesso, mediante avvalimento, dei requisiti di capacità tecnica e professionale negli appalti di servizi (in argomento si considerino Consiglio di Stato, sez. IV, 01 agosto 2012, n. 4406; Consiglio di Stato, sez. VI, 02 maggio 2012, n. 2508).

Da ultimo il Consiglio di Stato, Sezione V, con sentenza n. 90 pubblicata il 10 gennaio 2013 ha ribadito che *"è inidoneo il contratto di avvalimento formale con cui, tramite l'assunzione di impegni assolutamente generici, viene prestata dall'ausiliaria la certificazione posseduta rinviando all'eventuale, nonché inammissibile, aggiudicazione della procedura la regolazione degli impegni assunti, senza, di conseguenza, una reale messa a disposizione di risorse, mezzi o di altro elemento"*.