

Il contratto di avvalimento deve possedere le caratteristiche di ordinaria onerosità

Scritto da Interdata Cuzzola | 02/11/2020

Com'è noto, la fattispecie dell'avvalimento è disciplinata dall'art. 89 del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016).

L'avvalimento può essere di garanzia oppure operativo.

Il primo ricorre nel caso in cui l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto di appalto anche in caso di inadempimento: tale avvalimento riguarda i requisiti di carattere economico - finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico.

L'avvalimento c.d. operativo ricorre, invece, quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico - organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto; esso concerne i requisiti di capacità tecnico - professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale dell'ausiliaria e/o i mezzi e strumenti di cui questa è in possesso (TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. 1° luglio 2020, n. 2795).

Ai sensi dell'art. 89 del Codice, l'impresa concorrente deve dimostrare alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto o della concessione 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 o della concessione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Detto contratto deve indicare in modo specifico le risorse e l'apparato organizzativo che la società ausiliaria presta all'impresa concorrente, presentando quindi un appropriato grado di determinatezza o determinabilità, come richiesto sul terreno civilistico dagli artt. 1325,1346 e 1418 c.c., attesa anche l'esigenza di evitare aggiramenti al sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche (TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. 1° luglio 2020, n. 2795).

Il contratto deve, poi, avere i tratti dell'ordinaria onerosità.

Per superare il controllo di "meritevolezza" ex art. 1322, comma 2 c.c., il contratto atipico di avvalimento, indifferente se "operativo" o "di garanzia", deve essere necessariamente caratterizzato dalla ricerca di una qualche forma di utilità economico-patrimoniale da parte dell'ausiliario, utilità che può manifestarsi tanto nella previsione di un corrispettivo a suo beneficio, quanto nella sussistenza in capo a questo di un diverso interesse economico-patrimoniale, diretto o indiretto, alla conclusione dell'accordo.

L'esistenza di un simile interesse può anche emergere dal tenore complessivo del regolamento contrattuale, sicché la mancata previsione di un corrispettivo non importa "ex se" l'illegittimità del

contratto di avvalimento (TAR Roma, Sez. III, 06.12.2019, n.14019; TAR Roma, Sez. III, 16/11/2016, n.11382; Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 19/02/2016, n.52).

Tanto premesso, secondo il TAR Campania, Salerno, sez. II, sent. 29 ottobre 2020, n. 1577, la presenza di un corrispettivo (nel caso specifico, pari a € 3.200) è sufficiente a conferire al contratto di avvalimento, unitamente alle altre previsioni legalmente richieste e parimenti osservate dalle parti, il crisma di validità alla fattispecie negoziale, stante la evidenza di un certo interesse patrimoniale dell'ausiliaria.

In aderenza alle impostazioni giurisprudenziali summenzionate, quindi, se la mancata previsione del corrispettivo legittima comunque il contratto allorchè dal contesto negoziale emerge un interesse dell'ausiliaria, a maggior ragione la fissazione dello stesso soddisfa il criterio dell'onerosità, posto che la sua previsione.