

Avvalimento tecnico-operativo: necessaria la puntuale indicazione delle risorse messe a disposizione

Scritto da Interdata Cuzzola | 08/06/2022

Il contratto di avvalimento cd. tecnico-operativo contenente unicamente l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione i propri requisiti ma non determinabile nel contenuto, poiché privo di qualsiasi parametro e indicazione ulteriore da cui poterlo desumere *per relationem*, non può ritenersi valido ed efficace: è quanto ricordato dal TAR Napoli, sez.VI, nella sent. 27 maggio 2022, n. 3616.

Per costante giurisprudenza, infatti, in caso di avvalimento c.d. tecnico - operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria pone a disposizione del concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; V, 21 luglio 2021, n. 5485; V, 12 febbraio 2020, n. 1120); solo così sarà rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, del D.Lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici) nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria (cfr. Cons. di Stato, sent. n. 2784 del 2022; cfr. anche Cons. di Stato, sent. n. 1704 del 2020, secondo cui discende direttamente "*dalla natura operativa dell'avvalimento circostanziare, sul piano tecnico, il quid pluris (in termini ad esempio di know how, di supervisione tecnica, di formazione specifica delle maestranze, di specifici mezzi aziendali, di personale etc..) oggetto della prestazione dell'ausiliaria, non occorrendo che tali profili fossero, in modo rigido, previsti nella legge di gara...L'indicazione contrattuale degli elementi in questione è, infatti, necessaria per definire l'oggetto dell'avvalimento ai sensi dell'art. 1346 cod. civ., donde la nullità (strutturale) del contratto medesimo in base alla comminatoria dell'art. 1418, comma 2, cod. civ., laddove risulti impossibile individuare un'obbligazione assunta dall'ausiliario su un oggetto puntuale e che sia coercibile per l'aggiudicatario, oltre che per la stazione appaltante...*").

È vero che l'interpretazione del contratto di avvalimento non soggiace a rigidi formalismi e il suo oggetto è determinabile anche *per relationem* (cfr., tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2021 n. 5464), ma ciò non può valere a snaturare la regola dettata dall'art. 89 sopra richiamato e a sovvertire l'esigenza di indicazione delle risorse messe a disposizione nel caso di avvalimento c.d. tecnico-operativo, nel senso che occorre quantomeno l'individuazione delle funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione (cfr. Cons. Stato, sent. n. 2784 del 2022 con la giurisprudenza ivi citata).

Inoltre, nell'avvalimento tecnico-operativo, al fine di attestare il possesso dei titoli partecipativi, è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto, la cui presenza dovrà essere rilevata secondo un'indagine - svolta in concreto - dell'efficacia del contratto, sulla base delle generali regole dei contratti e, specificatamente, secondo i canoni di interpretazione complessiva enunciati dal codice civile e secondo buona fede delle clausole

contrattuali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2019, n. 755; sez. V, 20 novembre 2018, n. 6551). Pertanto, è nullo 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 (cfr., tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543).