

Distinzione fra avvalimento operativo e di garanzia e conseguenze sul piano della nullità del contratto

Scritto da Interdata Cuzzola | 08/11/2024

Se l'avvalimento riguarda il "prestito" di requisiti speciali come il fatturato globale (requisito speciale di solidità economica) si è al cospetto di un "avvalimento di garanzia"; se l'avvalimento riguarda il "prestito" di requisiti speciali come il fatturato specifico riguardante un preciso arco temporale (requisito speciale di competenza tecnica relativo, in particolare, alle "pregresse esperienze lavorative") si è invece dinanzi ad un "avvalimento operativo": è quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez. V, nella sent. 4 novembre 2024, n. 8711.

Determinante, ai fini della distinzione di cui sopra (avvalimento di garanzia oppure operativo), si rivela l'espressa qualificazione nonché l'esplicita posizione che, in merito ai singoli requisiti speciali, assume la disciplina di gara.

In caso di "avvalimento operativo", il prestito o trasferimento di *requisiti* (esperienza pregressa) e di *risorse* (umane, tecniche e materiali) deve essere *specifico* ed *effettivo*; al fine di valutare il livello minimo di *specificità* e di *effettività* del contratto di avvalimento, ossia del relativo trasferimento di *requisiti* e *risorse*, occorre fare leva sui parametri interpretativi di cui al codice civile in tema di contratti.

Allorché tale trasferimento non risulti *specifico* ed *effettivo* (vuoi perché le risorse non siano specificamente indicate, vuoi perché *know how* ed esperienza pregressa siano solo enunciate e non anche concretamente trasferite, ad esempio mediante messa a disposizione della dirigenza tecnica o attraverso un programma di formazione) e, dunque, nell'ipotesi in cui il contratto si limiti a riportare mere enunciazioni di principio (es. ripetizione del dato legislativo oppure di quello del disciplinare di gara), il contratto si rivela inevitabilmente generico e indeterminato, dunque suscettivo di nullità