

EDILIZIA E APPALTI

L'oggetto del contratto di avvalimento si «desume» dagli atti di gara

L'oggetto dell'avvalimento non è indeterminato se desumibile da una lettura sostanziale anche degli atti allegati al contratto. Inoltre, è dovere della stazione appaltante applicare tale interpretazione sostanziale e non formale del negozio giuridico dell'avvalimento, così come quello di azionare il soccorso istruttorio. Così il [Tar Reggio Calabria 17 gennaio 2017 n. 26](#), ha annullato il provvedimento di esclusione da una gara, adottato perché venivano ritenuti dalla stazione appaltante indeterminati l'oggetto e la prestazione del contratto di avvalimento della concorrente. Prevalenza della sostanza sulla forma

La doverosità di una lettura sostanziale degli atti di gara mira a tutelare il principio della massima concorrenzialità. L'esclusione è quindi estrema ratio e non può scattare se è individuabile dalla lettura sistematica del contratto unitamente a tutti i documenti presentati nella gara.

Nel caso specifico erano stati depositati atti e dichiarazioni - domanda di ammissione alla gara, dichiarazione e contratto di avvalimento, come anche la dichiarazione dell'ausiliaria allegata alla domanda di partecipazione alla gara. Per il Tar dalla lettura congiunta di tutta la documentazione sarebbe stato agevole rilevare tutti i requisiti messi a disposizione dall'impresa ausiliaria: «potevano essere individuati tramite una lettura combinata del contratto e della dichiarazione di avvalimento con le dichiarazioni redatte dall'Impresa ausiliaria medesima, a mezzo delle quali essa dichiarava specificamente di aver realizzato la cifra di affari richiesta dalla legge di gara». Nel caso specifico precisa il Tar che - in sostanza - l'oggetto dell'avvalimento menzionato solo genericamente nel contratto, nella parte in cui si riferiva al requisito della cifra d'affari nel triennio precedente, poteva essere facilmente completato e, per così dire, «riempito» mediante il riferimento alle ulteriori dichiarazioni riversate negli atti di gara, con le quali l'impresa avvalsa specificava di possedere la cifra di affari in lavori richiesta come requisito dalla stazione appaltante.

I principi base

Per il Tar vanno applicati i principi del Codice civile in materia di interpretazione del contratto. In materia di gare di appalto, quindi, va tenuto conto detto dell'evidente collegamento tra la dichiarazione e il contratto di avvalimento con le separate dichiarazioni rese dalla ausiliaria. Le norme che impongono tale valorizzazione dell'intera documentazione che fa ingresso nella gara sono gli articoli 1362 e 1366 del Codice civile. I principi che il Codice scolpisce sono rispettivamente la doverosa ricerca della comune intenzione delle parti in senso sostanziale (valutazione del comportamento complessivo e delle dichiarazioni provenienti dalle parti) e l'obbligo di buona fede mirato a salvaguardare l'utilità che la parte ritrae dal contratto.

Infine, dice il Tar che anche in un'ottica pubblicistico-procedimentale caratteristica della fase dell'evidenza pubblica, non c'è dubbio che vada rispettato il principio di buona fede cui deve comunque ispirarsi l'azione amministrativa, la quale deve anche tener conto dell'interesse del privato e della tutela della massima concorrenza.

Doverosità del soccorso istruttorio

Ha, infine, concluso il Tribunale amministrativo calabrese che ove il concorrente abbia fornito un sufficiente principio di prova circa il possesso del requisito, nel dubbio e a fini di maggiore chiarezza, l'Amministrazione deve comunque attivare il doveroso "soccorso istruttorio".

Fonte: Il Sole 24 Ore del 19/01/2017

Autore: Paola Rossi