

Il contratto di avvalimento deve riportare esaurientemente l'oggetto?

Autore: Ventura Marco

In: Giurisprudenza amministrativa, Giurisprudenza commentata

Viene chiesto in particolare di chiarire se il contratto di avvalimento deve riportare esplicitamente ed esaurientemente l'oggetto, indicando le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico, e se tale determinazione

sia rilevante ai fini del requisito della c.d. forma-contenuto.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con ordinanza n. 52/2016, ha rimesso all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato una serie di questioni di diritto inerenti l'istituto dell'avvalimento.

In particolare, alla Plenaria viene richiesto di risolvere le seguenti questioni: a) se l'articolo 88 del Regolamento di esecuzione ed attuazione del D.lgs. 163/2006 (d.P.R. 207/2010), nel prevedere che il contratto di avvalimento riporti esplicitamente ed esaurientemente l'oggetto, indicando le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico, riguarda solamente la determinazione dell'oggetto del contratto oppure, oltre all'oggetto, anche il requisito della c.d. forma-contenuto; b) se nell'ipotesi di categorie che richiedono particolari requisiti (come, nel caso di specie, la categoria OS18A), tali particolari requisiti debbano essere indicati in modo esplicito nel contratto di avvalimento oppure possano essere desunti dall'interpretazione complessiva del contratto; c) se l'istituto del soccorso istruttorio possa essere utilizzato anche con riferimento ad incompletezze del contratto di avvalimento, posto che, dal punto di

vista civilistico, tali omissioni porterebbero ad affermare la nullità del negozio per mancanza di determinatezza del suo oggetto.

Le soluzioni alle suddette questioni assume particolare rilevanza, sia, in generale, alla luce dell'importanza che l'avvalimento ha acquisito nelle procedure di gara pubbliche, sia perché, nello specifico, le questioni sollevate hanno dato, e danno, luogo a contrasti giurisprudenziali.

Infatti, i giudici siciliani, riassunti i tratti fondamentali dell'istituto dell'avvalimento, anche rifacendosi all'analisi spiegata con la sentenza n. 35 del 21 gennaio 2015, hanno con l'ordinanza in oggetto sviscerato gli opposti orientamenti giurisprudenziali relativi alle suddette questioni.

In particolare, secondo un primo orientamento, avallato dai giudici di primo grado nel caso concreto, gli obblighi interni tra avvalente e avvalso sarebbero del tutto irrilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione della gara sussistendo "l'irrilevanza per la stazione appaltante dei rapporti sottostanti esistenti fra il concorrente e il soggetto imprenditoriale avvalso [...] nella precipua considerazione che la finalità dell'istituto dell'avvalimento è chiaramente quella di consentire la massima partecipazione alle gare ad evidenza pubblica, permettendo alle imprese non in possesso dei requisiti tecnici, di sommare, unicamente per la gara in espletamento, le proprie capacità tecniche ed economico-finanziarie a quelle di altre imprese" (TAR Veneto, I, 20 ottobre 2010 n. 5528).

Inoltre, sempre secondo questo primo orientamento, il contratto di avvalimento sarebbe negozio atipico assimilabile al mandato (TAR Campania, Salerno, I, 28 marzo 2012 n.607) e quindi potrebbe essere concluso - non esistendo "alcun vincolo in ordine alla causa negoziale" (TAR Toscana, I, 21 marzo 2013 n. 443) - senza la pattuizione di un corrispettivo potendo al più soccorrere la previsione di cui all'art. 1709 c.c. (ancora TAR Veneto, I, 20 ottobre 2010 n. 5528). Ancora, il primo orientamento giurisprudenziale ritiene che il contratto di avvalimento, in mancanza di esplicita previsione di legge, non sarebbe assoggettato ad alcun onere formale e potrebbe "rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo" (T.A.R. Lazio, Roma, I, 3 dicembre 2009 n. 12455). Infine, potrebbe essere "configurato quale contratto unilaterale con obbligazioni assunte da una sola delle parti e nel quale la presunzione di onerosità può essere superata da una prova contraria, ovvero dalla prassi" (T.A.R. Lazio, Roma, I, 3 dicembre 2009 n. 12455).

Diversamente, un secondo orientamento giurisprudenziale, al quale ritiene di aderire il Collegio rimettente, non condivide la tesi per cui i rapporti interni tra avvalente e avvalso sarebbero irrilevanti per la stazione appaltante. Al contrario, secondo il Collegio, il legislatore, pur riconoscendo l'importanza dell'istituto, lo ha circondato delle cautele necessarie proprio per verificare l'effettività e la serietà del rapporto intercorrente tra ausiliaria e ausiliata scongiurando il rischio di "avvalifici" (attraverso mere finzioni preordinate ad eludere le regole delle gare pubbliche) e, in ultima analisi, tutelando l'interesse pubblico alla corretta esecuzione del contratto da parte dell'aggiudicatario che ha fatto ricorso all'avvalimento.

La normativa comunitaria, dunque, nella parte in cui permette l'avvalimento, "a prescindere dalla natura giuridica" dei legami tra ausiliario e ausiliato, vieta discriminazioni basate sulla differente natura giuridica dei diversi "legami" ma non depone per l'irrilevanza dei rapporti tra avvalente e avvalso onerando, tra l'altro, l'impresa ausiliata di "provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a

disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie”.

Per altro verso, l'ordinanza di rimessione in commento pone l'attenzione sulla questione della forma del contratto di avvalimento, ovvero se, alla stregua del dato normativo, la forma scritta sia richiesta ad substantiam o ad probationem.

In esito ad una accurata ricostruzione degli orientamenti sviluppatisi sul punto, il remittente ritiene che la forma (che naturalmente può essere assolta sia con la 'tradizionale' scrittura privata sia attraverso l'uso del documento informatico e, a seconda dei casi, della relativa firma elettronica avanzata, qualificata o digitale ex art. 21 comma 2 e 2 bis d. lgs. 7 marzo 2005 n. 82) è richiesta ad substantiam, e ciò alla stregua di molteplici argomenti: i) il legislatore non ha richiesto genericamente la produzione di un documento dal quale risulta l'accordo tra impresa ausiliaria e ausiliata (così spingendo l'interprete verso la qualificazione in termini di forma ad probationem) ma, al contrario, ha imposto la produzione, al momento della partecipazione, del contratto in originale o copia autentica; in tal modo, seppur implicitamente, il codice ha dato per presupposto che l'accordo debba avere la forma scritta; ii) la serietà e l'effettività dell'impegno assunto dall'ausiliario meglio possono essere accertati se a monte c'è un impegno sorto rispettando il requisito formale. La funzione di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto - che per la dottrina giustificano la prescrizione della forma - ricorrono nel caso di specie a giustificare la scelta prima indicata. Con il contratto si responsabilizza l'ausiliario imponendo l'individuazione espressa degli obblighi che assume e contemporaneamente si dà alla stazione appaltante certezza di quelli che sono gli impegni effettivamente presi tra le parti proprio per evitare quelle elusioni alle regole sulla partecipazione alle gare tanto temute dalla dottrina; iii) la dottrina attualmente maggioritaria ritiene che nel dubbio la forma sia richiesta ad substantiam perché in tal senso si è orientato il legislatore nel (diverso) caso in cui le parti, ex art. 1352 c.c., hanno convenuto una certa forma senza specificare se per la validità o per la prova; iv) solo in questo modo possono meglio essere garantite le esigenze proprie della c.d. forma-contenuto, posto che, come osservato da recente dottrina civilistica,

esistono casi di nuovo formalismo che impongono nel documento contrattuale, “richiesto per lo più a fini di validità”, “una serie di elementi predeterminati dal legislatore”. In altri termini la forma non è solo il mezzo di manifestazione della volontà contrattuale ma anche “l’incorporazione di un contenuto minimo di informazioni che attraverso il contratto devono essere fornite”, evitando sovrapposizioni con la tematica della determinatezza o della determinabilità dell’oggetto.

<https://www.diritto.it/il-contratto-di-avvalimento-deve-riportare-esaurientemente-l-oggetto/>