

# La prospettiva sostanzialistica nell'interpretazione del contratto di avvalimento va sempre più affermandosi

**Autore:** Puliatti Donatello

**In:** Diritto amministrativo

**Nota breve a Cons. Stato, sez. V., n. 4024 del 14 giugno 2019**

## Il fatto

Una procedura di affidamento sopra soglia comunitaria per lavori riconducibili a tre diverse categorie (OS22, principale; OG1 e OS24, scorporabili) veniva aggiudicata ad un RTI (composto da tre operatori economici) che indicava quali esecutori dei lavori della categoria OG1:

- la mandataria nella misura del 30%;
- una delle due mandanti nella misura del restante 70%.

Precisamente, i lavori riconducibili alla categoria OG1 ammontavano a circa € 9.500.000.

La mandataria era in possesso di attestazione SOA nella categoria OG1 per la classifica IVbis, sufficiente a coprire l'intero importo dei lavori che le spettavano: tale classifica consente infatti di effettuare lavori fino a € 3.500.000, ovvero in misura superiore al 30% dell'importo dei lavori della categoria OG1.

La mandante, invece, aveva un'attestazione SOA nella categoria OG1 per la classifica V, che consente di effettuare lavorazioni fino a € 5.165.000, in misura quindi inferiore al 70% dell'importo dei lavori della categoria OG1 (ovvero la quota che le spettava in base a quanto dichiarato nell'offerta).

Pertanto, la mandante (che poteva effettuare direttamente al massimo circa il 55% dei lavori della categoria OG1) stipulava un contratto di avvalimento con una impresa estranea al raggruppamento, in base al quale quest'ultima si impegnavo a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto:

- in generale, le risorse necessarie a eseguire il 70% della categoria OG1 e la relativa attestazione SOA con classifica VIII (ovvero la classifica massima, che al ricorrere di altre condizioni consente di effettuare lavori di importo illimitato);
- nello specifico (per quanto interessa in questa sede), n. 6 dipendenti e n. 2 autocarri.

Dalle risultanze processuali è emerso che:

- le risorse indicate nello specifico erano sia insufficienti a garantire l'esecuzione del 70% dei lavori della categoria OG1, sia sufficienti a garantire l'esecuzione della quota di lavori spettanti alla mandataria per cui quest'ultima non era in possesso di adeguata classifica (ovvero circa il 15% dei lavori della categoria OG1);
- il **contratto di avvalimento non aveva il nomen iuris di "avvalimento parziale", o "avvalimento frazionato"** (l'avvalimento è "parziale", o "frazionato", quando investe solo una parte delle lavorazioni riconducibili ad una categoria: si ha generalmente quando il partecipante ha una classifica inferiore a quella necessaria o quando, essendo sprovvisto del tutto di qualificazione in tale categoria, ricorre a più avvalimenti che, singolarmente, investono solo una parte delle lavorazioni).

**Approfondisci il tema con: " Il contenzioso su appalti e contratti pubblici"**

## La vicenda processuale

L'**aggiudicazione veniva impugnata e il Tar Lombardia**, con sentenza n. 1195/2018, accoglieva il ricorso sulla base delle seguenti considerazioni, così liberamente rielaborate e sintetizzate per comodità espositiva:

1. non è sufficiente che il contratto di avvalimento contenga formule generiche onnicomprensive, occorrendo invece che si indichino analiticamente le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria per tutta la durata dell'appalto;
2. la stessa indicazione dell'attestazione SOA non è sufficiente a soddisfare il requisito dell'indicazione specifica delle risorse necessarie, che invece vanno indicate nella loro concretezza (mezzi, personale, ecc.);
3. il numero dei dipendenti e degli autocarri messi a disposizione è inidoneo a garantire l'esecuzione del 70% della categoria OG1, mentre è sufficiente a garantire il solo 15% che eccedeva la classifica dell'attestazione SOA della mandante;
4. il contratto di avvalimento non può essere ritenuto come limitato al solo 15%, in quanto il contratto di avvalimento non aveva il nomen iuris di "avvalimento parziale" o "avvalimento frazionato", o comunque altre espressioni tali che il contratto di avvalimento potesse essere univocamente

interpretato come riferito al solo 15% di lavori della categoria OG1 per cui la mandante era carente di qualificazione;

5. poiché, però, le risorse indicate nello specifico erano inadeguate a coprire il 70% delle lavorazioni (cioè il totale delle lavorazioni di spettanza della mandante), il contratto di avvalimento si deve considerare nullo per indeterminatezza dell'oggetto, in violazione del disposto dell'art. 89 c. 1 D.lgs. 50/2016, che fissa il contenuto necessario del contratto di avvalimento.

Con la sentenza qui commentata, invece, il Consiglio di Stato conferma sì quanto appena indicato alle lettere a), b) e c), ma si discosta dai punti d) ed e) valorizzando il dato che, nel suo complesso, il contratto di avvalimento fornisce sufficienti garanzie che il mandante svolga l'intera quota delle lavorazioni che in sede di gara si è impegnato ad eseguire.

Osserva infatti il **Collegio che il mandante può ben eseguire il 55% delle lavorazioni, essendo in possesso dell'attestazione SOA con quella determinata classifica**: l'avvalimento opererebbe effettivamente per il solo 15% eccedente la classifica e, a tali fini, è sufficiente la messa a disposizione di n. 6 dipendenti e n. 2 dipendenti.

Non rileva, quindi, l'**assenza di espressioni come "avvalimento parziale" o "avvalimento frazionato"**: la valutazione del contratto di avvalimento deve invece appuntarsi sulla reale **attitudine dello stesso a garantire il soccorso, l'ausilio, il supporto dell'ausiliaria nei confronti dell'ausiliata**.

All'uopo, bisogna quindi fare ricorso a tutti i criteri di ermeneusi del contratto, senza limitarsi al criterio del nomen iuris o, comunque, a canoni che valorizzino la sola exteriorità letterale.

## Considerazioni

Apparentemente, la sentenza non sembra dire molto di nuovo: erano già consolidate sul piano giurisprudenziale tanto l'affermazione dell'insufficienza di indicazioni del tutto generiche delle risorse messe a disposizione, quanto la statuizione circa la **necessità che il contratto di avvalimento venga interpretato facendo ricorso all'intero apparato ermeneutico degli artt. 1362ss. c.c.**

La sentenza, tuttavia, riveste una certa importanza per il modo in cui è stata fatta applicazione di tali principi giurisprudenziali: ne scaturisce un'immagine dell'avvalimento come istituto vero, rifuggente da strutture ed interpretazioni iperformalistiche, causalmente orientato e funzionalizzato a colmare le carenze dell'impresa partecipante.

La sentenza, quindi, contribuisce in modo rilevante alla costruzione di una teoria sostanzialistica dell'avvalimento che abbia i caratteri della coerenza e della completezza: costruzione che, a mio avviso, si snoda lungo due momenti.

- 1. Il primo momento è dato dal consolidarsi del già citato principio giurisprudenziale per cui l'indicazione delle risorse messe a disposizione deve essere analitica, specifica, adeguata all'appalto in concreto: direi quasi attenta, seria, ponderata, come attenta, seria e ponderata deve essere l'offerta, tanto nella sua globalità, quanto in ognuno degli elementi che la compongono.**

Tale principio nasce e si sviluppa al fine di fronteggiare un vero e proprio distorto "mercato degli avvalimenti" il quale, scisso dai riferimenti reali all'operazione concreta, rischiava (e tuttora rischia) di tradire radicalmente le esigenze che sorreggono l'avvalimento inteso come istituto.

Per comprendere bene questo passaggio è necessario fare una brevissima parentesi.

L'avvalimento opera non nel senso che l'appalto debba necessariamente eseguito con i mezzi indicati nel contratto di avvalimento: opera, invece, sul piano più "etereo" della concessione di disponibilità, destinata a tradursi in concreta messa a disposizione solo nel caso in cui l'impresa ausiliata, durante l'esecuzione dell'appalto, ne faccia richiesta all'impresa ausiliaria.

La natura dell'avvalimento come forma di assistenza "in potenza" ha dato quindi luogo ad una ingente quantità di avvalimenti (soprattutto da parte delle strutture consortili, che possono beneficiare di molteplici qualificazioni e per classifiche anche molto elevate) "superficiali", i quali venivano stipulati (pur in pienissima buona fede tra le parti) senza prendere in considerazione l'appalto in concreto e, quindi, con indicazioni del tutto generiche.

Questa pratica era (ed è) foriera di due inconvenienti di non poco conto: a) l'avvalimento è ben lontano dal garantire che l'ausiliaria soccorra effettivamente l'ausiliata, con evidenti pregiudizi per la buona esecuzione dell'appalto; b) se l'avvalimento diventa un istituto "vuoto" destinato quindi a non operare, per converso si legittima di fatto ad operare l'impresa ausiliaria pur in assenza di qualificazione, a detrimento anche del principio di par condicio tra i partecipanti.

L'indicazione specifica delle risorse, pertanto, pur non essendo di per sé garanzia in rerum natura della successiva effettiva messa a disposizione delle stesse, è comunque un indice importante attraverso cui la Stazione Appaltante può sindacare la serietà dell'offerta, ai fini della buona esecuzione dell'appalto.

- 2. Il secondo momento è dato proprio da sentenze che, come quella in esame, esaltano la centralità della funzione del contratto di avvalimento non tanto nella connotazione causale della**

**sua tipizzazione normativa astratta, quanto nella dimensione concreta e specifica della procedura di affidamento in cui e per cui è stipulato.**

È sulle risorse specificamente messe a disposizione che la Stazione Appaltante deve appuntare principalmente l'attenzione.

Il giudizio sulla congruità e sulla sufficienza delle stesse ai fini della buona esecuzione dell'appalto diventa quindi il momento cardine di valutazione dell'intero contratto di avvalimento: se il giudizio avrà esito positivo, i margini per una declaratoria di indeterminatezza dell'oggetto (o, forse più propriamente, di mancanza di causa in concreto) sono molto ristretti, se non addirittura difficilmente immaginabili.

È qui, a parer mio, il compimento di un approccio sostanzialistico verso il contratto di avvalimento, che si presenta sempre più coerente e completo.

È coerente perché, come non è accettabile una formalistica generica messa a disposizione delle risorse, così non è auspicabile che il contratto di avvalimento sia interpretato formalisticamente in base a canoni che privilegino l'esteriorità letterale, al punto da pretermettere o comunque sopravanzare l'indagine positiva sulla congruità delle risorse indicate.

È completo perché la prospettiva sostanzialistica non potrà spingersi oltre, a pena di snaturare l'istituto dell'avvalimento e farlo trascinare in quelli, diversi, caratterizzati dalla plurisoggettività dell'operatore economico partecipante.

Una possibile tentazione (che spingerebbe all'estremo la prospettiva sostanzialistica) è infatti quella di imporre che, in fase esecutiva, l'ausiliaria utilizzi effettivamente le risorse dichiarate come messe a disposizione.

Se così fosse, tuttavia, l'avvalimento incontrerebbe di fatto una sorta di divieto surrettizio di modificazione della composizione soggettiva.

E cioè, se l'impresa ausiliata dovesse utilizzare obbligatoriamente le parti del complesso aziendale dell'impresa ausiliaria, è come se la parte delle prestazioni contrattuali oggetto di avvalimento non potrebbe essere eseguita direttamente ed effettivamente dall'impresa ausiliata, che rimarrebbe quindi limitata ad eseguire con piena autonomia di risorse la sola parte di lavori per cui è qualificata. Va ricordato, infatti, che seppure il potere di direzione aziendale sulle risorse messe a disposizione sia in capo all'impresa ausiliata, non può certamente negarsi che una cosa è disporre di mezzi propri, altra di disporre di mezzi "in prestito".

Tale divieto è però limitato dall'art. 48 c. 9 D.lgs. 50/2016 ai raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari di concorrenti. E, per quanto riguarda specificamente la materia dell'avvalimento, l'art. 89 c. 1 II periodo prevede l'obbligo di esecuzione tramite le risorse oggetto di avvalimento solo quando si

tratti di “titoli di studio professionali” o “esperienze professionali pertinenti”.

**L'avvalimento è un istituto che invece ha nella potenzialità della messa a disposizione il suo tratto caratteristico: nulla esclude, infatti, che l'impresa ausiliata possa conseguire medio tempore la qualificazione necessaria a svolgere le lavorazioni, o che comunque il suo complesso aziendale si riveli concretamente pienamente in grado di eseguire quelle lavorazioni il cui rischio (seppur “qualificato dall'assistenza” dell'impresa ausiliaria) ricade comunque interamente su di sé.**

**Leggi anche: "La disciplina dell'avvalimento con particolare riferimento all'avvalimento della certificazione SOA"**

## **Conclusioni**

L'avvalimento è elemento dell'offerta e prefigurazione di una potenziale modalità esecutiva: la Stazione Appaltante deve valutarne quindi l'attitudine a fungere da reale e serio sostegno dell'offerta.

È centrale quindi l'indicazione delle risorse messe a disposizione.

Se questa manca, o è eccessivamente generica, il sostegno non può definirsi né reale né serio.

Simmetricamente, se questa esiste, ed è puntuale, ed il sostegno può definirsi reale e serio, una valutazione di indeterminatezza dell'oggetto non può discendere dall'applicazione di canoni ermeneutici meramente formalistici.

## **Volume consigliato**

<https://www.diritto.it/la-prospettiva-sostanzialistica-nellinterpretazione-del-contratto-di-avvalimento-va-sempre-piu-affermandosi/>