

Il contenuto del contratto di avvalimento verso la teoria della causa in concreto

Autore: Laura Facondini

In: Diritto amministrativo

L'avvalimento è **lo strumento che consente agli operatori economici privi di alcuni requisiti previsti dal bando di gara di essere ammessi alla gara avvalendosi dei requisiti di altro soggetto.**

Pertanto, il contratto di avvalimento viene utilizzato dall'operatore economico al fine di integrare i requisiti di partecipazione ad una gara.

Il ricorso a tale figura è limitato al caso di carenza di requisiti oggettivi di partecipazione alla gara, i quali attengono alla capacità economica finanziaria, tecnico organizzativa e di idoneità professionale.

Il Tar Napoli nella sentenza n.51 del 7 gennaio 2020 compie una disamina del contratto di avvalimento, chiarendo taluni aspetti inerenti all'oggetto e alla causa del contratto.

Natura e la ratio dell'istituto dell'avvalimento

L'avvalimento è un istituto di derivazione comunitaria che permette all'operatore economico che intende partecipare ad una gara ma che non abbia taluni requisiti richiesti dal bando di avvalersi di risorse, mezzi e strumenti di di altro operatore economico. La ratio dell'istituto è quella di ampliare la platea dei possibili contraenti della pubblica amministrazione.

Tale obiettivo deve tuttavia essere bilanciato con l'esigenza di garantire alla stazione appaltante un aggiudicatario affidabile, pertanto il prestito di mezzi e risorse da parte dell'ausiliaria a favore dell'ausiliata deve essere **concreto ed effettivo e non soltanto cartolare ed astratto.**

L'istituto ha matrice europea, in particolare nella sentenza del 14 aprile 1994 in Causa - 389/92 (cd. Ballast), la Corte di Giustizia Europea ha stabilito che una holding può dimostrare la sussistenza dei requisiti di qualificazione tramite una società del suo gruppo di appartenenza. Successivamente le direttive comunitarie del 2004 e del 2014 hanno recepito e disciplinato l'istituto.

Oggi l'articolo 89, comma 1, del Codice dei contratti prevede che: "l'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al

possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste".

Requisiti per partecipare alla gara

La possibilità di partecipare ad una gara ad evidenza pubblica è consentita solo agli operatori economici in possesso di determinati requisiti.

È possibile distinguere due tipologie di requisiti: quelli soggettivi, di ordine generale di onestà ed affidabilità morale e quelli oggettivi di capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa.

I requisiti soggettivi di moralità si sostanziano nell'assenza di condanne penali, di misure di prevenzione antimafia, di violazioni tributarie, di violazioni in materia di previdenza e assistenza di sicurezza sul lavoro. L'art. 80 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede l'elenco dei reati per i quali, in caso di condanna, l'operatore economico viene escluso. In caso di mancanza di tali requisiti soggettivi l'esclusione dell'operatore è obbligatoria.

I requisiti oggettivi attengono alla capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa.

L'art. 83 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici, prevede che "i criteri di selezione riguardano esclusivamente: a) i requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali".

La disposizione di cui all'articolo 83 comma 4 lettera a) del decreto legislativo 50/2016 chiarisce che ai fini del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria le stazioni appaltanti possono richiedere "che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto", includendo anche il requisito del fatturato specifico nel novero di quelli economico finanziari e risolvendo così il contrasto giurisprudenziale che riconduceva il requisito del fatturato talvolta nei requisiti economici e talvolta nei requisiti tecnici. Ne deriva che il fatturato specifico assume il ruolo di elemento indicativo della solidità finanziaria del concorrente, e qualora non sia direttamente posseduto, può essere acquisito in avvalimento nelle forme e modi del cd. avvalimento di garanzia.

Solo i requisiti di cui all'articolo 83 comma 1 del Codice possono formare oggetto di avvalimento, mentre i requisiti soggettivi generali, di cui all'articolo 80 del Codice, devono essere posseduti sia dalla ausiliaria che dall'ausiliata.

Determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento

Nel caso di avvalimento operativo ha chiarito **l'Adunanza Plenaria n. 23/2016** che per determinare l'ambito della nullità del contratto di avvalimento occorre fare riferimento alle regole generali dell'ermeneutica contrattuale. Pertanto, "l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e l'articolo 88 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all'articolo 47, paragrafo 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi (quale quella che qui rileva) in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, **pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento**, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile."

In merito alla determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento, il testo di legge di cui all'articolo 89 del Codice, non aggiunge altro rispetto alla formulazione contenuta nella precedente disposizione, in quanto stabilisce che il concorrente debba allegare alla domanda di partecipazione una dichiarazione sottoscritta dall'ausiliaria con cui questa si obbliga a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente ed il contratto di avvalimento. Pertanto, occorre sempre compiere l'indagine secondo i canoni enunciati dal codice civile sull'interpretazione complessiva del contratto.

Tuttavia, si è precisato come l'obiettivo di tutela della concorrenza dell'istituto deve essere bilanciato con l'esigenza di garantire alla stazione appaltante un aggiudicatario affidabile; sì che il prestito di mezzi e risorse da parte dell'ausiliaria a favore dell'ausiliata deve essere concreto ed effettivo e non meramente cartolare e astratto.

Leggi anche: "La prospettiva sostanzialistica nell'interpretazione del contratto di avvalimento va sempre più affermandosi"

Il contenuto sostanziale del contratto di avvalimento per garantire il possesso del requisito dell'attestazione SOA

Nel caso affrontato dal **Tar Trento nella sentenza n. 121 del 1/10/2019** l'oggetto del contendere aveva

riguardo le risorse e i mezzi che l'impresa ausiliaria avrebbe conferito all'impresa ausiliata attraverso il contratto di avvalimento per la durata dell'appalto.

Nel caso di specie non venivano indicati esaustivamente, attraverso contratto di avvalimento, i mezzi e le risorse messi a disposizione dell'impresa ausiliata.

Ha chiarito la sentenza che **“Il possesso da parte dell'impresa ausiliaria dell'attestazione SOA non accompagnato da un contratto che indichi espressamente quali mezzi e risorse vengono messi a disposizione dell'ausiliata non consente che la stazione appaltante possa confidare su un impegno contrattuale certo e vincolante per le proprie aspettative di buona riuscita del servizio.”**

Pertanto, l'avvalimento di attestazione non può risolversi in un prestito meramente cartolare del requisito di partecipazione.

Al contrario, il **possesso dei requisiti deve essere soddisfatto concretamente** e la pubblica amministrazione deve poter fare affidamento su un impegno contrattuale certo e vincolante.

L'avvalimento è **ammissibile nei limiti dell'effettiva disponibilità dei mezzi necessari.**

La necessità di ravvisare una causa in concreto nel contratto di avvalimento

Il **Tar Napoli nella sentenza n.51 del 7 gennaio 2020** compie una disamina del contratto di avvalimento, chiarendo taluni aspetti inerenti all'oggetto e alla causa del contratto ed affrontando la teoria della causa in concreto nel contratto di avvalimento.

Il contratto di avvalimento, trovando compiuta definizione nell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, si ritiene un contratto tipico.

L'autonomia contrattuale, nel caso di specie è dunque condizionata dagli obiettivi fissati dalla norma e che le parti contrattuali devono perseguire all'atto della stipula del contratto di avvalimento.

Pertanto, si tratta di valutare la legittimità della causa nella sua dimensione in concreto, riferita alla specifica procedura di affidamento per cui il contratto viene stipulato.

La causa in concreto del contratto, come funzione economico-individuale perseguita dalle parti, deve avere riguardo alle specifiche finalità della concreta operazione negoziale.

La causa in concreto del contratto di avvalimento presenta dunque una funzione peculiare, non solamente diretta a colmare il divario del concorrente rispetto ai requisiti di partecipazione, procurandosi risorse finanziarie ed operative di cui lo stesso è carente, ma anche e soprattutto a **garantire la stazione appaltante sulla serietà ed affidabilità dell'impresa concorrente e dunque sulla sua idoneità ad eseguire correttamente le prestazioni richieste dalla gara.**

Di qui la necessità di un controllo più penetrante confronti della causa, e di tenere conto della compresenza di più interessi, **verificando in concreto se l'operazione negoziale arrechi effettivamente il possesso di quei requisiti tali da garantire l'affidabilità del concorrente in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto.**

Da tempo la giurisprudenza della Corte di Cassazione ed in particolare la Terza sezione civile è giunta ad un progressivo abbandono della tradizionale teorica della causa come **funzione economico sociale** del contratto, ovvero cosiddetta causa in senso astratto, per approdare ad un'interpretazione della causa come **funzione economico individuale**, superando una visione di carattere puramente oggettivistico.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/il-contenuto-del-contratto-di-avvalimento-verso-la-teoria-della-causa-in-concreto/>