

Il C.G.A. detta alcuni punti fermi in ordine alla disciplina dell'avvalimento.

di Maria Nunzia Natale

Data di pubblicazione: 16-2-2015

Cons. giust. amm. sic., Sez. giurisdiz., 21 gennaio 2015, n. 35

Presidente Lipari; Estensore Neri

La necessità di verificare l'effettività e la serietà del rapporto intercorrente tra ausiliaria e ausiliata, nonché di scongiurare il rischio di "avvalifici" (attraverso mere finzioni preordinate ad eludere le regole delle gare pubbliche), esige l'accertamento del rapporto tra impresa ausiliaria e ausiliata. La normativa comunitaria, 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'irrelevanza dei rapporti tra avvalente e avvalso.

Il contratto atipico di avvalimento non può essere assimilato né al contratto di affitto d'azienda né al contratto di sub-appalto; sotto altro aspetto non sembra pienamente equiparabile al contratto di mandato perché "mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto" è concetto non pienamente sovrapponibile all'obbligo del mandatario, ex art. 1703 c.c., di compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra parte. Nello schema negoziale atipico dell'avvalimento ricorrono tratti del mandato – nella parte in cui prevede il compimento di alcuni atti giuridici da parte dell'ausiliaria (senza tuttavia poterlo a questo assimilare integralmente) – dell'appalto di servizi e aspetti di garanzia atipica da parte dell'ausiliario in favore della stazione appaltante per le prestazioni dovute dall'ausiliato.

Una volta accolta la nozione di causa in concreto quale sintesi degli interessi reali delle parti o ragione pratica del contratto (e respinta la diversa nozione di causa quale funzione economico-sociale del negozio), per consentire al giudice di effettuare il controllo sulla meritevolezza degli interessi perseguiti ex articolo 1322, comma 2, c.c., il contratto di avvalimento deve essere a titolo oneroso oppure, in mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliario, deve emergere dal testo contrattuale l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario nell'assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità. Dall'interpretazione sistematica delle

norme emerge che per il contratto di avvalimento è richiesta la forma scritta ad substantiam. Tale conclusione si ricava dall'interpretazione letterale dell'articolo 49 Cod. Contratti, dalla esigenza di assicurare la responsabilizzazione del consenso dell'ausiliario e la certezza degli impegni assunti nonché dalla necessità di garantire le esigenze proprie della c.d. forma-contenuto.

Non si può ricorrere all'istituto dell'avvalimento per dimostrare i requisiti di idoneità professionale.

Dal confronto tra l'articolo 1346 c.c. e l'articolo 88 d.P.R. 207/2010 emerge che il regolamento al Codice dei Contratti, a differenza del codice civile, ha richiesto che l'oggetto del contratto di avvalimento sia determinato, e non anche solo determinabile, e individuato potendosi al riguardo trarre convincimento dall'aggettivo "specifico" utilizzato dall'articolo 88 d.P.R. 207/2010. Tale diversità di disciplina tra il codice civile e la normativa in materia di appalti si giustifica in ragione della necessità di evitare l'elusione dei requisiti prescritti dalla legge di gara ricorrendo a dichiarazioni e contratti di avvalimento generici non rispondenti alle esigenze di serietà ed effettività perseguite dalla legge.

Con riferimento alla specificità dell'oggetto l'ordinamento non distingue tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo. Nel contratto, anche se riferito all'avvalimento dei requisiti economico-finanziario, devono essere adeguatamente indicati, a seconda dei casi, il fatturato globale e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara nonché gli specifici "fattori della produzione e tutte le risorse che hanno permesso all'ausiliaria di eseguire le prestazioni analoghe".

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 628 del 2014, proposto da Impresa AC.MO. spa, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Immordino, Giuseppe Immordino e Patrizia Longo, con domicilio eletto presso Giovanni Immordino in Palermo, Via Liberta' 171;

contro

Società Saint Gobain Pam Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Grassani e Giuseppe Mazzarella, con domicilio eletto presso Giuseppe Mazzarella in Palermo, Via Caltanissetta N. 1;

nei confronti di

Siciliacque S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Comandè', con domicilio eletto presso Carlo Comandè' in Palermo, V. Nunzio Morello n. 40;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Sicilia – Palermo, sezione III n. 1463/2014, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Società Saint Gobain Pam Italia s.p.a. e di Siciliacque s.p.a;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 novembre 2014 il Cons. Vincenzo Neri e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Immordino, Giuseppe Mazzarella e Lucia Di Salvo, su delega di Carlo Comandè;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato nella GUUE del 25 giugno 2013 la Siciliacque Spa ha dato avvio alla

procedura aperta, da aggiudicarsi al massimo ribasso su di un importo complessivo a base d'asta di euro 3.744.525,00 oltre IVA, per la "fornitura di tubazioni in ghisa sferoidale (comprendente di guarnizioni) nell'ambito degli interventi necessari alla realizzazione dell'opera di adduzione delle acque dal sistema Garcia Montescuro Ovest ai comuni di Mazara del Vallo, Petrosino e Marsala - I stralcio" chiedendo, a tal fine, l'acquisizione di "tubazioni in ghisa sferoidale per il trasporto di acque potabili prodotte in conformità alla norma UNI 545 secondo le caratteristiche e le tipologie specificate nel Capitolato Speciale di Appalto".

Alla procedura selettiva hanno partecipato la Saint Gobain Pam Italia spa ed AC.MO spa; al termine della procedura è stata dichiarata l'aggiudicazione definitiva in favore di AC.MO.

La Saint Gobain ha presentato ricorso al TAR lamentando l'illegittimità dell'aggiudicazione con riferimento ad un unico motivo di censura, relativo alla violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, nonché dell'art. 88 del d.p.r. n. 207/2010, in relazione al contratto di avvalimento stipulato tra la AC.MO e la Fratelli Aguzzi.

All'esito del giudizio il TAR, con la sentenza impugnata, ha accolto il ricorso e, per l'effetto, annullato gli atti e disposto il risarcimento in forma specifica del danno subito mediante aggiudicazione della gara alla ricorrente.

Ha proposto appello la AC.MO deducendo l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il giudice di primo grado ha qualificato il contratto intercorso con l'ausiliara come avvalimento e non anche quale avvalimento di garanzia pur avendo ad oggetto il fatturato specifico.

La Saint Gobain PAM Italia si è costituita nel presente giudizio di appello deducendo, in rito, l'inammissibilità "per giudicato interno formatosi sulla qualificazione attribuita al contributo di partecipazione in esame" (pag. 2 della memoria); l'appellata ha concluso poi per l'infondatezza dell'impugnazione e, in subordine, ha prospettato "dubbi di conformità all'ordinamento comunitario del cosiddetto 'avvalimento di garanzia' e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE".

Quindi all'udienza pubblica del 13 novembre 2014 l'appello è passato in decisione.

DIRITTO

1. Per l'appellante la sentenza sarebbe erronea nella parte in cui ha ritenuto che il contratto di avvalimento relativo al fatturato specifico fosse subordinato alla specificazione dei mezzi, del personale e delle risorse messe concretamente a disposizione dell'ausiliara sia perché non sarebbe possibile individuare i particolari mezzi e le unità di personale che un fornitore di tubi di ghisa deve specificare sia perché il "tipo di tubo da rivendere" non renderebbe un commerciante più qualificato rispetto ad un altro. Per l'interessata il TAR avrebbe scambiato "il concorrente, mero fornitore di tubi, con il fabbricante dei tubi da fornire" (pagina 8 dell'appello) con la precisazione che la sanzione prevista per la eventuale inadeguatezza del fabbricante era la sostituzione e non l'esclusione dell'aggiudicatario.

Sempre per l'appellante, inoltre, pur rimanendo fermo il divieto di ricorrere ad un contratto di avvalimento generico (pagina 11 dell'appello), il ricorso a tale ultimo istituto con riferimento al fatturato specifico (e quindi ad un requisito da qualificare per l'interessato come economico-finanziario, pagina 16 dell'appello), escluderebbe la necessità "di individuare specifici aspetti dell'organizzazione" dell'ausiliaria da porre a disposizione dell'impresa ausiliata (pagina 14 dell'appello) anche in considerazione di un recente indirizzo in tal senso della giurisprudenza.

2. Il punto 11.3 del bando, rubricato "requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi", testualmente dispone:

a) avere conseguito nel triennio 2010 2011 2012 un fatturato globale pari ad E 11.233.575,00 al netto di IVA;

b) avere effettuato nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando forniture di tubazioni per un importo complessivo non inferiore ad E 7.489.050,00 al netto di IVA.

Per la sentenza impugnata la lettera a) ora riportata atterrebbe alla dimostrazione del possesso di requisiti economico-finanziari mentre la lettera b), seppur connotata di venature finanziarie (pagina 8 della sentenza), riguarderebbe i requisiti tecnico-operativi. Conseguentemente per il giudice di prime cure il contratto di avvalimento relativo al requisito indicato nella predetta lettera b) non potrebbe essere ascritto al c.d. avvalimento di garanzia ma dovrebbe essere ricondotto all'avvalimento tecnico-operativo con conseguente necessità di maggiore specificità nell'indicazione dell'oggetto del contratto.

3. A giudizio del Collegio per la decisione della causa giova premettere qualche cenno di carattere generale sull'istituto dell'avvalimento.

3.1. Con l'entrata in vigore del Codice dei Contratti pubblici il legislatore ha disciplinato l'istituto dell'avvalimento recependo compiutamente nel nostro ordinamento le indicazioni provenienti dalle Direttive 17 e 18 del 2004. Come è noto, infatti, la Direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE, nel disciplinare i requisiti di capacità economico-finanziaria nonché di capacità tecnico-professionale, prevede che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi; per la direttiva, l'operatore in tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti (art. 47 e, in termini simili, art. 48 dir. cit.).

Nelle intenzioni del legislatore comunitario l'istituto in questione contribuisce concretamente ad ampliare la concorrenza consentendo la partecipazione a operatori che, per le modeste dimensioni o per il loro recente ingresso nel mercato, non possiedono individualmente considerati tutti i requisiti richiesti dal bando. Le direttive valutano positivamente sia l'interesse dell'amministrazione a selezionare soggetti che in ragione dei requisiti posseduti (economico finanziari e tecnico professionali) possono adempiere correttamente gli impegni contrattuali sia l'interesse generale a garantire l'ampliamento del mercato e della concorrenza. In altri termini

lo scopo dell'istituto è quello di permettere «... la massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti di utilizzare i requisiti di capacità tecnico-professionale e economico-finanziaria di soggetti terzi, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con tali soggetti...». Giova infine ricordare che l'articolo 50 Codice Appalti prevede anche l'avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione lasciando al regolamento, nel rispetto di determinati principi previsti dalla legge, la disciplina della possibilità di conseguire l'attestazione SOA in osservanza delle disposizioni stabilite dall'art. 49.

L'importanza di questo istituto è ulteriormente confermata dalla scelta del legislatore comunitario del 2014. L'articolo 63 dir. 2014/24 /UE reca una disciplina analitica dello "Affidamento sulle capacità di altri soggetti" rinviando poi all'allegato XII per l'individuazione di ulteriori aspetti.

3.2. Per il Codice dei Contratti Pubblici il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'art. 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti o dell'attestazione SOA di altro soggetto.

Nonostante vi fossero già state pronunce della giurisprudenza nel senso dell'applicabilità nell'ordinamento interno (Cons. St., V, 28 settembre 2005 n. 5194; Cons. St., VI, 20 dicembre 2004 n. 8145), al momento dell'entrata in vigore del Codice si trattava di previsione innovativa che riscriveva le regole delle procedure di evidenza pubblica superando le 'tradizionali' norme di qualificazione conosciute fino ad allora. Parte della dottrina, in sede di primo commento alle direttive, ha manifestato la possibilità che si potessero creare gli "avvalifici" per consentire ad imprese inidonee (per dimensioni o per organizzazione imprenditoriale) la partecipazione alle gare e così frustrare gli interessi pubblici alla corretta e puntuale esecuzione del contratto. Altri Autori, mossi dalla medesima preoccupazione, hanno messo in evidenza «il rischio che i concorrenti si trasformino in scatole vuote» o in «holding dai contorni oscuri». Per tale ragione, il Codice degli Appalti, pur consapevole dell'importanza dell'istituto e della sua diretta riconducibilità alla tutela della concorrenza, onde evitare pericolosi svuotamenti di responsabilità, stabilisce che quando si ricorre all'avvalimento il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto; possibilità questa oggi confermata dall'art. 63 dir. 2014/24/UE. Per escludere inoltre l'aggiramento della legge penale si stabilisce che gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara; a tale previsione va aggiunto che il concorrente, o impresa ausiliata, deve produrre tra l'altro una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38.

In altri termini, il legislatore del 2006 ha dimostrato cautela per evitare che l'istituto diventasse strumento di 'elusione' delle regole di gara così permettendo la partecipazione a imprese che altrimenti non avrebbero potuto presentare la domanda. Tuttavia va ricordato che alcune precauzioni usate dai compilatori del Codice sono state eliminate per evitare dubbi di

compatibilità comunitaria. Il c.d. primo decreto correttivo, infatti, ha cancellato il divieto di sub-appalto in favore dell'impresa ausiliaria (art. 2, comma 1, lett. d), D.Lgs. 26 gennaio 2007, n. 6) e il terzo correttivo ha soppresso il comma 7 dell'articolo 49 nella parte in cui stabiliva la possibilità per il bando di gara di prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti potessero avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento potesse integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso.

Di recente la Corte di Giustizia, nel pronunciarsi sulla compatibilità comunitaria del c.d. avvalimento plurimo ha stabilito che "gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE ... devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale ... la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese" (Corte di Giustizia UE, V, 10 ottobre 2013 C 94/12).

3.3. La cautela mostrata dal legislatore emerge anche dalla puntuale indicazione della documentazione da produrre per potere utilmente ricorrere all'avvalimento. Vale la pena ricordare che la legge impone di produrre in sede di gara tra l'altro sia una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con la quale quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente sia il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto ([art. 49, lett d) e f]). Si tratta di previsioni che, per parte della dottrina, sono affette da "ridondanza" che dimostra "una certa diffidenza del legislatore" e che sono state oggetto di non sempre univoche interpretazioni in sede giudiziale. La più recente giurisprudenza del Consiglio ritiene, per un verso, il contratto non sostitutivo della dichiarazione unilaterale (Cons. St., V, 28 luglio 2014 n. 3974) e richiede, per altro verso, che la predetta dichiarazione unilaterale abbia un oggetto determinato al pari del relativo contratto (Cons. St., VI, 8 maggio 2014 n. 2365).

4. Prescindendo dalla non facile soluzione in ordine alla tipicità o atipicità del contratto di avvalimento, è interessante osservare che la legge, oltre a non aver stabilito se è richiesta una certa forma, nulla prevede circa il l'ulteriore requisito della gratuità o dell'onerosità del contratto in esame.

4.1. Per un orientamento, avallato dalla giurisprudenza di primo grado, sarebbero corrette queste considerazioni:

a) gli obblighi interni tra avvalente e avvalso sarebbero del tutto irrilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione della gara sussistendo "l'irrelevanza per la stazione appaltante dei rapporti sottostanti esistenti fra il concorrente e il soggetto imprenditoriale avvalso ... omissis ... 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);

b) 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);

c) il contratto, 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);

d) conseguentemente 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” (ancora T.A.R. Lazio, Roma, I, 3 dicembre 2009 n. 12455)

5. A giudizio del Consiglio tali affermazioni non sono del tutto condivisibili.

5.1. In primo luogo il Collegio non condivide la tesi per cui gli obblighi interni, rectius il rapporto interno, tra avvalente e avvalso sarebbero irrilevanti per la stazione appaltante. Le considerazioni prima esposte (§ 3.2), al contrario, dimostrano che il legislatore, pur riconoscendo l’importanza dell’istituto, lo ha circondato di 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’irrelevanza 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”. In via ancora più generale è l’art. 44 dir. cit. a prevedere che «spetta all’amministrazione aggiudicatrice verificare l’idoneità dei candidati o degli offerenti conformemente ai criteri di cui agli articoli da 47 a 52 della menzionata direttiva» (Corte di Giustizia UE, V, 10 ottobre 2013 C 94/12).

5.2. In secondo luogo, giova spendere qualche parola sul contratto di avvalimento. Il Collegio condivide l’affermazione sulla sua atipicità sia perché, in assenza di una disciplina dei tratti essenziali del negozio, non è sufficiente il semplice richiamo operato da una norma di legge per renderlo tipico sia perché persegue una funzione nuova e diversa rispetto a quella propria dei diversi contratti tipici.

Tuttavia, a giudizio del Consiglio, deve essere negata la sua piena assimilabilità al contratto di mandato poiché “mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto” è concetto non pienamente sovrapponibile all'obbligo del mandatario, ex art. 1703 c.c., di compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra parte, pur consapevoli che il concetto di “atto giuridico” non è oggetto di univoca interpretazione nel diritto civile. Giova al riguardo ricordare che per la dottrina sono “atti giuridici” «i comportamenti che vengono in considerazione non per le modificazioni che apportano alla realtà naturale, ma solo per le loro conseguenze giuridiche» ed in via esemplificativa vengono individuati nella riscossione di crediti, nel compimento di pagamenti, nella stipulazione di contratti o nel rilascio di dichiarazioni di scienza o di volontà.

Né pare pienamente accoglibile la tesi che assimila il contratto in questione a quello di affitto d'azienda o al contratto di sub-appalto. In relazione all'affitto di azienda giova qui evidenziare che l'impresa ausiliata non acquista la detenzione della azienda o di un suo ramo non scaturendo dalla conclusione del contratto di avvalimento un obbligo immediato del locatore (ex art. 1617 c.c.) di consegnare la cosa affittata. Più in generale, inoltre, non emerge il tratto tipico dell'affitto di azienda che, come è noto, ha per oggetto “il complesso produttivo unitariamente considerato, secondo la definizione normativa di cui all'art. 2555 c.c.” (Cass., III, 8 luglio 2010 n. 16138) e non un singolo strumento della produzione o addirittura dei requisiti di carattere economico-finanziario. Con riferimento al sub-appalto, a giudizio del Collegio, non ricorre tale figura sia perché si porrebbero «delicati problemi di coordinamento con la disciplina» in generale del sub-appalto sia perché l'istituto è lontano dallo schema tipico del sub-contratto che essenzialmente consiste nel reimpiego della posizione contrattuale già acquisita con il c.d. “contratto base” (come, ad esempio, nella sub-locazione).

Per il Collegio in questo schema negoziale ricorrono tratti del mandato – nella parte in cui prevede il compimento di alcuni atti giuridici da parte dell'ausiliaria (senza tuttavia poterlo a questo assimilare integralmente, come già detto) – nonché dell'appalto di servizi e interessanti aspetti di garanzia atipica da parte dell'ausiliario in favore della stazione appaltante per le prestazioni dovute dall'ausiliato. Sotto tale ultimo profilo si ricordi che, accanto alle figure tipiche dei contratti personali di garanzia, nella pratica sono emersi schemi atipici volti a garantire, con strumenti di carattere indennitario in senso lato, la mancata o l'inesatta esecuzione da parte del debitore principale di un fare (come già affermato da Cass., S.U., 18 febbraio 2010 n. 3947: “una garanzia atipica in quanto essa, non potendo garantire l'adempimento di detta obbligazione, perchè connotata dal carattere dell'insostituibilità, può semplicemente assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento, risultando, quindi, estranea all'ambito delle garanzie di tipo satisfattorio proprie delle prestazioni fungibili, caratterizzate dall'identità della prestazione, dal vincolo della solidarietà e dall'accessorietà, ed essendo, invece, riconducibile alla figura della garanzia di tipo indennitario - cosiddetta “fideiussio indemnitis” -, in forza della quale il garante è tenuto soltanto ad indennizzare, o a risarcire, il creditore insoddisfatto”).

5.3. Giova ora esaminare il profilo causale del negozio in questione. Il Collegio, pur consapevole che in Europa soffia “il vento anticausalista” (per un Autore la causa sarebbe la quinta ruota del carro), reputa ad oggi, così come affermato dalla migliore dottrina, “imponibile la tesi che vorrebbe cancellarla”. Una volta inquadrato il contratto di

avvalimento nel rapporto tra due operatori economici che potrebbero anche essere concorrenti tra loro, a giudizio del Collegio, il contratto de quo ha tendenzialmente natura onerosa perché, in caso contrario, non si giustificerebbe l'operazione per il tramite della quale l'ausiliaria, soggetto economico potenzialmente in grado di partecipare alla gara, debba gratuitamente mettere a disposizione dell'ausiliata i requisiti in questione, così procurando a quest'ultima la possibilità di partecipare alla gara e, se aggiudicataria, di 'rafforzarsi' in quel mercato. Inoltre, trattandosi di contratti stipulati da operatori economici che tendenzialmente (e legittimamente) perseguono lo scopo di lucro sarebbe scarsamente comprensibile la ragione di tale 'regalo' o, sarebbe meglio dire, di questo atto di liberalità per definizione estraneo ai rapporti di impresa. In una accezione ormai superata di causa quale funzione economico sociale del contratto, mancando il corrispettivo, dovrebbe certamente concludersi per la nullità del relativo negozio così come peraltro ha già fatto in passato la Cassazione (*"Posto che anche i contratti atipici non possono essere privi di causa, ossia di una propria conclamata funzione economico-sociale, la stipulazione contrattuale con la quale taluno trasferisca ad altri un bene, senza specificazione del titolo giustificativo, non è assumibile nella nozione di contratto atipico restando, invece, atto nullo per mancanza di causa"*, Cassazione civile sez. I 20 novembre 1992 n. 12401).

Per la dottrina e la giurisprudenza, invece, appare «oggi predicabile una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che la configurava come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora oggettivamente iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, secondo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale» (ancora Cass., S.U., 18 febbraio 2010 n. 3947 ma prima Cassazione 8 maggio 2006 n. 10490).

Così ricostruito il concetto di causa – e una volta distinta la nozione di atto di liberalità rispetto a quella di contratto a titolo gratuito, contratto quest'ultimo caratterizzato da un interesse patrimoniale anche mediato o "dalla natura economica dell'interesse" anche in assenza di una specifica controprestazione – per il Collegio o il contratto di avvalimento è a titolo oneroso oppure, in mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliario, deve emergere dal testo contrattuale chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario nell'assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità. Tutto questo per realizzare quel controllo sulla meritevolezza che il codice espressamente prevede all'articolo 1322, comma 2, c.c., tenendolo ben distinto dal giudizio di liceità, e allo scopo di evitare che, come detto dalla dottrina, "gli interessi perseguiti dalle parti contrast(i)no con gli interessi generali della comunità e dei terzi maggiormente meritevoli di tutela". Ciò peraltro si pone in continuità con

un indirizzo giurisprudenziale fatto proprio sia dal Consiglio di Stato (Cons. St., IV, 4 dicembre 2001 n. 6073) sia dalla Corte di Cassazione (Cass., III, 28 gennaio 2002 n. 982 che, per i contratti atipici, stabilisce che “non può certamente ritenersi che sia meritevole di tutela solo ciò che è oneroso” purché rimanga ferma la necessità di una verifica della meritevolezza degli interessi perseguiti anche nell’ambito dei contratti gratuiti atipici).

5.4. Occorre ora occuparsi della questione della forma del contratto di avvalimento. Nel caso di specie, la legge stabilisce che il partecipante deve produrre il contratto in originale o in copia autentica così presupponendo che il contratto sia stato stipulato in forma scritta. Tuttavia il Codice non fornisce indicazioni chiare in ordine al requisito formale richiesto e cioè se si tratta di forma *ad substantiam* o *ad probationem*.

Come è noto la dottrina, da tempo, si occupa del problema.

Per un primo indirizzo, quando il legislatore non chiarisce se si tratta di forma *ad substantiam* o *ad probationem*, il requisito formale deve essere richiesto per la prova del contratto e non come requisito di validità. Tale orientamento, che ha trovato riconoscimento nella giurisprudenza italiana (Cass., 3 ottobre 1991 n. 10391) e in quella francese, muove dal presupposto che la “forma è un intoppo al traffico” e che conseguentemente nel dubbio è meglio interpretare la legge nel senso che tale requisito sia richiesto unicamente per la prova.

Per altro orientamento, invece, nel dubbio deve prevalere la qualificazione come requisito di validità anche in considerazione di quanto stabilito per le forme volontarie dall’art. 1352 c.c.

Per un terzo orientamento, infine, il dato letterale di per sé è neutro e spetta all’interprete stabilire di volta in volta, e non con soluzione unica per tutte le fattispecie, quando il requisito formale sia richiesto a pena di validità (art. 1325 e 1418 c.c.) o solo per la prova (art. 2787 c.c.). Seguendo questa opinione se il requisito di forma è prescritto a tutela di una «parte debole del rapporto» sarebbe più corretto qualificarlo come forma *ad substantiam* mentre se «ha di mira rapporti con terzi» potrebbe ritenersi che serva solo per la documentazione del contratto.

Nel caso di specie, per la forma *ad probationem* militerebbero sia l’argomento incentrato sull’assenza di una parte debole da tutelare (trattandosi di rapporti che intervengono tra operatori qualificati e pubbliche amministrazioni) sia la collocazione sistematica della previsione di legge che impone la produzione del contratto unitamente agli altri documenti che l’operatore economico deve fornire per partecipare alla gara.

A giudizio del Consiglio 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*. Depongono in tal senso diversi argomenti.

In primo luogo occorre considerare che la differenza tra forma per la validità e forma per la prova essenzialmente riguarda l’impossibilità, o la possibilità, di concludere validamente il

contratto senza il rispetto della forma scritta. Nel caso di specie 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. Ragionando diversamente, e optando per la forma *ad probationem*, dovrebbe poi coerentemente concludersi che il contratto di avvalimento possa essere dimostrato anche con documenti scritti diversi dal contratto nel quale è stata consacrata la volontà delle parti ma ciò è in contrasto con il dato legislativo,

In secondo luogo, pur non rinvenendosi nei rapporti in questione la presenza di una parte debole (trattandosi di rapporti che intervengono tra operatori qualificati e pubbliche amministrazioni), vi sono altre ragioni che impongono di orientarsi per la forma quale requisito di validità. 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.

In terzo luogo 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.

In quarto luogo, a giudizio del Collegio, solo in questo modo possono meglio essere garantite le esigenze proprie della c.d. forma-contenuto di cui si dirà più avanti (§ 5.5.5).

5.5. Particolarmente complessa è la tematica relativa all'oggetto del contratto di avvalimento.

5.5.1. Occorre in primo luogo comprendere se oggetto di avvalimento possano essere, oltre ai "requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA", espressamente indicati dall'articolo 49 Codice Contratti, anche quelli di idoneità professionale di cui all'articolo 39 Codice Contratti. A tale riguardo va ricordato che nessun dubbio vi è nell'ordinamento circa la necessità che sia l'impresa ausiliaria sia quella ausiliata posseggano i requisiti di ordine generale stabiliti dall'articolo 38 Codice; più complessa invece è la tematica relativa ai requisiti di idoneità professionale che, come è noto, sono individuati dalla legge con riferimento alla "iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali" (articolo 39 Codice Contratti) trovando esplicito riferimento nell'articolo 46 direttiva 2004/18/CE.

Per il Consiglio, de iure condito e in attesa del recepimento delle direttive varate nel 2014, deve essere esclusa la possibilità di utilizzare l'istituto dell'avvalimento per dimostrare i

requisiti di idoneità professionale perché:

a) il Codice dei Contratti espressamente limita il ricorso all'avvalimento ai soli requisiti "di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA";

b) tale scelta è conforme alle indicazioni che ci provengono dalla direttiva 2004/18/CE che ammette l'avvalimento per la capacità economica e finanziaria (art. 47, comma 2) e per quelle tecniche e professionali (art. 48, comma 3) ma non anche per l'abilitazione all'esercizio di attività professionale di cui al precedente articolo 46;

c) ragionando diversamente si creerebbe confusione tra i requisiti attinenti alla solidità e capacità dell'operatore economico e quelli relativi all'iscrizione nei registri o presso o presso i competenti ordini professionali;

d) una conferma, seppure limitata ad uno specifico caso, la ritroviamo oggi all'articolo 49, comma 1 bis, Codice Contratti (introdotto dall'art. 34, comma 2, del decreto legge n. 133 del 2014) che vieta il ricorso all'avvalimento per dimostrare l'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali;

e) anche l'articolo 63, paragrafo 1, direttiva 2014/24/UE ritiene possibile il ricorso all'avvalimento con riferimento ai requisiti di capacità economico-finanziaria di cui all'art. 58, paragrafo 3, e tecnico-professionale ex art. 58, paragrafo 4, intenzionalmente non includendo i requisiti di abilitazione all'esercizio di attività professionale di cui all'articolo 58, paragrafo 2, dir. cit.

5.5.2. In secondo luogo occorre comprendere quando è sufficientemente determinato l'oggetto del contratto di avvalimento. In via generale, ai sensi dell'articolo 1346 c.c., l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile. Ai sensi dell'articolo 88 d.P.R. 207/2010 il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del d. lgs. 163/2006 deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente, tra l'altro, l'oggetto del contratto indicando le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico. Dal confronto tra l'articolo 1346 c.c. e l'articolo 88 d.P.R. 207/2010 emerge che il regolamento al Codice dei Contratti, a differenza del codice civile, ha richiesto che l'oggetto del contratto di avvalimento sia determinato, e non anche solo determinabile, e individuato potendosi al riguardo trarre convincimento dall'aggettivo "specifico" utilizzato dall'articolo 88 d.P.R. cit. Tale diversità di disciplina tra il codice civile e la normativa in materia di appalti si giustifica in ragione della necessità di evitare l'elusione dei requisiti prescritti dalla legge di gara ricorrendo a dichiarazioni e contratti di avvalimento generici non rispondenti a quelle esigenze di serietà ed effettività prima indicate.

5.5.3. A giudizio del Collegio occorre prioritariamente valutare se la disciplina dell'avvalimento è unica per tutte le tipologie di contratto di appalto oppure se debba essere differenziata a seconda del tipo di appalto. Per un verso, non v'è dubbio che l'art. 49 si riferisca in generale – fatte salve alcune previsioni specifiche come quella dettata al comma 6 oggetto peraltro di intervento da parte della Corte di Giustizia UE – a tutte le tipologie di appalto, laddove il successivo articolo 50 chiaramente è destinato esclusivamente agli appalti di lavori.

Più complessa è invece la questione con riferimento al già citato articolo 88 perché questo, per la sua collocazione (parte II, titolo III), sembrerebbe esclusivamente destinato agli appalti di lavori. Per il Consiglio, tuttavia, l'art. 88, comma 1, d.P.R. cit. (e non anche i commi 2 e segg. che sono certamente riferiti agli appalti di lavori) deve essere riferito anche agli appalti di servizi e forniture perché, in caso contrario, verrebbe tradita l'idea ispiratrice del Codice di individuare, per quanto possibile, una disciplina unitaria per lavori, servizi e forniture (la c.d. "merlonizzazione" degli appalti di servizi e forniture). Inoltre, sempre ragionando diversamente, paradossalmente si richiederebbe maggiore specificità nell'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento relativo ai lavori e non nel caso di servizi e forniture ove la qualificazione, come è noto, avviene "in bando" (applicando gli artt. 41 e 42 Cod.) e deve essere dimostrata di volta in volta.

5.5.4. Tutto ciò premesso, occorre ricordare che nella giurisprudenza di questo Consiglio, a fronte di un orientamento particolarmente rigoroso nell'accertamento dell'oggetto del contratto, si è delineato un altro indirizzo per cui sarebbe possibile distinguere il c.d. avvalimento di garanzia da quello tecnico-operativo. Il primo, ossia l'avvalimento di garanzia, sarebbe "figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto" (Cons. St., III, 22 gennaio 2014 n. 594) e, per tale ragione, il relativo contratto non richiederebbe la specificazione delle risorse materiali, immateriali e gestionali concretamente messe a disposizione. Nell'avvalimento operativo, invece, il contratto dovrebbe indicare specificamente tutte le risorse, ex art. 42 Codice Contratti, dell'impresa ausiliaria che vengono messe a disposizione dell'ausiliata.

Per questo Consiglio, e con riferimento alla determinazione dell'oggetto, la distinzione tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo può utilmente descrivere delle circostanze in fatto ma non ha appiglio giuridico.

Se sotto un profilo squisitamente descrittivo è certamente possibile rintracciare una diversità tra l'avvalersi dei requisiti di cui all'art. 41 Cod. e l'avvalersi dei requisiti tecnico-professionali di cui all'art. 42 Codice Contratti, non v'è dubbio che, almeno allo stato, tutto ciò non può tradursi in un differente regime giuridico mancando disposizioni che differenziano la specificità dell'oggetto a seconda dell'una o dell'altra categoria.

In secondo luogo, 'allentando' il requisito della specificità e determinatezza dell'oggetto nel caso di avvalimento dei requisiti economico-finanziari, oltre che compiere un'interpretazione non prevista dalla legge, si rischia di compromettere quei requisiti di serietà ed effettività che sono stati certamente considerati dal legislatore nel momento in cui ha recepito le direttive comunitarie.

In terzo luogo va detto che la direttiva 2004/18/CE non ha posto differenza alcuna. Molto più complessa è invero la disciplina introdotta dalla direttiva 2014/24/UE che, come è noto, è in attesa di recepimento. L'articolo 63, paragrafo 1, dopo aver ammesso il ricorso all'avvalimento, si preoccupa di tutelare, oltre che gli interessi connessi alla concorrenza, anche quelli relativi alla serietà ed effettività dell'offerta stabilendo che se l'avvalimento riguarda una specifica tipologia di requisiti tecnico-professionali, quali i titoli di studio e

professionali, gli operatori possono fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Sempre l'articolo 63, paragrafo 1, si preoccupa poi di subordinare il ricorso all'avvalimento alla dimostrazione all'amministrazione aggiudicatrice che si disporrà dei mezzi necessari; il successivo paragrafo 3, con riferimento ai requisiti economico-finanziari, dà la possibilità all'amministrazione di esigere che ausiliario e ausiliario siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto. Più interessante, ma non rilevante per la decisione della presente controversia, è invece la possibilità di imporre all'operatore economico la sostituzione dei soggetti che non soddisfano i requisiti o per il quale sussista un motivo obbligatorio di esclusione.

5.5.5. In definitiva, come di recente già affermato, il c.d. avvalimento di garanzia "non deve rimanere astratto, cioè svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, che snaturerebbe l'istituto, in elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara, esibiti solo in modo formale, finendo col frustare anche la funzione di garanzia" (Cons. St., III, 22 gennaio 2014 n. 294; in termini analoghi Cons. St., III, 17 giugno 2014 n. 3057). Ciò si traduce nella necessità che nel contratto siano adeguatamente indicati, a seconda dei casi, il fatturato globale e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara nonché, come specificato dalla dottrina (che non può essere citata ex art. 118, comma 3, disp.att. c.p.c.) gli specifici "fattori della produzione e tutte le risorse che hanno permesso all'ausiliaria di eseguire le prestazioni analoghe nel periodo richiesto dal bando".

Tale conclusione peraltro risulta coerente con la funzione che assolve la forma del contratto di avvalimento richiesta dall'articolo 49 Codice dei Contratti. Come è noto di recente nella dottrina civilistica è stata elaborata la nozione di forma-contenuto. Accedendo ad una nozione lata di forma del contratto, ed una volta richiamata la distinzione tra contenuto formale e contenuto sostanziale, per la dottrina 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. In altri termini, e venendo al caso che ci occupa, la necessità di indicare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico (art. 88 d.P.R. 207/2010), per un verso, attiene alla determinatezza dell'oggetto del contratto e, per altro verso, si riferisce al requisito di forma-contenuto che deve esserci per le ragioni sino a qui esposte a pena di validità del negozio stesso.

6. Passando ora all'esame dell'appello, va prioritariamente individuata la natura del requisito per cui v'è stato avvalimento. Al riguardo il collegio ritiene corretta la decisione del giudice di primo grado sia per le ragioni (che si condividono) indicate nella sentenza impugnata sia per queste ulteriori considerazioni.

L'articolo 41 nell'indicare il c.d. fatturato specifico fa riferimento all'importo "relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara realizzati negli ultimi tre esercizi" mentre il successivo articolo 42, tra i requisiti tecnico-professionali, indica alla lettera a) la "presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con

l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi”.

Nel caso di specie il bando, dopo aver indicato un certo fatturato globale, alla lettera b) richiede il requisito consistente nello “avere effettuato nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando forniture di tubazioni per un importo complessivo non inferiore ad E 7.489.050,00 al netto di IVA”. Pur rilevando che la lettera del bando non è chiara, reputa il Collegio che il riferimento al fatturato nella lettera a) e alle “forniture” nella lettera b), nonché la differente terminologia utilizzata, debba portare ad intendere il requisito di cui alla predetta lettera b) nel senso di richiedere la “presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi” ex art. 42 e, dunque, come requisito tecnico-professionale.

Così qualificato il requisito – anche ad ammettere una differenza tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo, differenza che il Collegio, come detto, esclude – l'appello risulta infondato dovendo valutare come corretta la decisione del giudice di primo grado in ordine alla genericità del contratto. Dagli atti emerge infatti che con il negozio ex art. 49 sono stati forniti “...tutti i requisiti – ed in particolare il proprio requisito relativo alla capacità tecnico-organizzativi relativamente alla fatturazione nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di forniture di tubazioni per un importo complessivo non inferiore ad € 7.489.050,00 al netto dell'IVA, necessario per la partecipazione di questa alla gara di cui al punto 1 della premesse del presente contratto nonché a mettere a disposizione della AC.MO. SPA tutte le risorse necessarie alla esecuzione delle prestazioni oggetto di appalto per tutta la durata dello stesso, assumendo, nei confronti della stazione appaltante, tutti i relativi e conseguenti obblighi...”.

Come già affermato dal TAR l'oggetto risulta non sufficientemente determinato. Ancor prima, a giudizio del Collegio, non risulta rispettata la previsione di legge sulla forma-contenuto che il contratto di avvalimento deve possedere. Ed invero nel mettere a disposizione tale requisito non sono stati riportati tutti i contenuti che per legge entrano a far parte della forma del contratto di avvalimento quali, nel caso di specie, l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati delle forniture o la illustrazione degli specifici fattori della produzione e delle specifiche risorse che hanno permesso all'ausiliaria di eseguire le prestazioni analoghe nel periodo richiesto dal bando e che poi fungono da garanzia per la corretta esecuzione del contratto che la stazione appaltante intende aggiudicare.

Le considerazioni sino a qui esposte, unitamente alla constatata nullità per mancanza di forma-contenuto e indeterminatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento intercorso tra l'appellante e l'ausiliaria, portano al rigetto dell'appello. Giova in ultimo precisare che va respinta la difesa di parte appellante incentrata sulla circostanza che si sarebbe fatta confusione tra il “concorrente, mero fornitore di tubi, con il fabbricante dei tubi da fornire” (pagina 8 dell'appello) perché non v'è dubbio che si trattava di appalto per la fornitura di tubi e che per tale fornitura erano richiesti dal bando alcuni requisiti di cui l'operatore partecipante non era in possesso. Pertanto l'unico modo per partecipare era di ricorrere ad un valido contratto di avvalimento rispettoso di tutte le prescrizioni di legge, circostanza questa che nel caso di specie non si è realizzata.

Conseguentemente vanno assorbite tutte le questioni in rito e in merito proposte anche da parte appellata.

7. La complessità delle questioni trattate, la difficoltà delle soluzioni interpretative e l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali non uniformi costituiscono giuste ragioni per compensare tra le parti costituite le spese di questo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 13 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Antonino Anastasi, Consigliere

Vincenzo Neri, Consigliere, Estensore

Giuseppe Mineo, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La vicenda oggetto della presente pronuncia fornisce ai giudici amministrativi lo spunto per una analitica **ricostruzione dell'istituto dell'avvalimento**, chiarendo alcuni profili dibattuti sia nella prassi che in sede giurisprudenziale.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Come è noto, con l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici il legislatore ha disciplinato l'istituto in parola recependo le indicazioni provenienti dalle Direttive 17 e 18 del 2004. In particolare, la **Direttiva n. 2004/18/CE**, nel disciplinare i requisiti di capacità economico-finanziaria nonché di capacità tecnico-professionale, prevede che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi; per la direttiva, l'operatore in tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti (art. 47 e, in termini simili, art. 48 dir. cit.). Nelle intenzioni del legislatore comunitario l'istituto in questione contribuisce concretamente ad ampliare la concorrenza consentendo la partecipazione a operatori che, per le modeste dimensioni o per il loro recente ingresso nel mercato, non possiedono individualmente considerati tutti i requisiti richiesti dal bando. Le direttive valutano positivamente, pertanto, sia l'interesse dell'amministrazione a selezionare soggetti che in ragione dei requisiti posseduti (economico finanziari e tecnico professionali) possono adempiere correttamente gli impegni contrattuali sia l'interesse generale a garantire l'ampliamento del mercato e della concorrenza.

Passando alla disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici, la pronuncia in commento si segnala, come rilevato, per il contributo chiarificatore in ordine a taluni punti che, in tale disciplina, restano ancora oscuri.

In primo luogo, i **rapporti intercorrenti tra avvalente ed avvalsa**. Sul punto, il Collegio non condivide la tesi per cui gli obblighi interni, tra avvalente e avvalso, sarebbero irrilevanti per la stazione appaltante. Il legislatore, pur riconoscendo l'importanza dell'istituto, lo ha circondato di una serie di cautele necessarie 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. Del resto, la normativa comunitaria 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'irrelevanza 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*". In via ancora più generale è l'art. 44 dir. cit. a prevedere che «*spetta all'amministrazione aggiudicatrice verificare l'idoneità dei candidati o degli offerenti conformemente ai criteri di cui agli articoli da 47 a 52 della menzionata direttiva*» (Corte di Giustizia UE, V, 10 ottobre 2013 C 94/12).

In secondo luogo, la **natura giuridica del contratto di avvalimento**. Il Collegio depone per la sua **atipicità** sia perché, in assenza di una disciplina dei tratti essenziali del negozio, non è sufficiente il semplice richiamo operato da una norma di legge per renderlo tipico sia perché persegue una funzione nuova e diversa rispetto a quella propria dei diversi contratti tipici. Per il Collegio in particolare, in questo schema negoziale ricorrono sia tratti del mandato – nella

parte in cui prevede il compimento di alcuni atti giuridici da parte dell'ausiliaria (senza tuttavia poterlo a questo assimilare integralmente) – nonché dell'appalto di servizi e interessanti aspetti di garanzia atipica da parte dell'ausiliario in favore della stazione appaltante per le prestazioni dovute dall'ausiliato.

In terzo luogo, il **profilo causale del negozio** in questione. A giudizio del Collegio, il contratto *de quo* ha tendenzialmente natura onerosa perché, in caso contrario, non si giustificerebbe l'operazione per il tramite della quale l'ausiliaria, soggetto economico potenzialmente in grado di partecipare alla gara, debba gratuitamente mettere a disposizione dell'ausiliata i requisiti in questione, così procurando a quest'ultima la possibilità di partecipare alla gara e, se aggiudicataria, di 'rafforzarsi' in quel mercato. Inoltre, trattandosi di contratti stipulati da operatori economici che tendenzialmente (e legittimamente) perseguono lo scopo di lucro sarebbe scarsamente comprensibile la ragione di questo atto di liberalità per definizione estraneo ai rapporti di impresa. Quindi, per il Collegio, o il contratto di avvalimento è a titolo oneroso oppure, in mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliario, deve emergere dal testo contrattuale chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario nell'assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità. Tutto questo per realizzare quel controllo sulla meritevolezza che il codice espressamente prevede all'articolo 1322, comma 2, c.c., tenendolo distinto dal giudizio di liceità.

In quarto luogo, la **forma del contratto di avvalimento**. Nel caso di specie, la legge stabilisce che il partecipante deve produrre il contratto in originale o in copia autentica così presupponendo che il contratto sia stato stipulato in forma scritta. Tuttavia il Codice non fornisce indicazioni chiare in ordine al requisito formale richiesto e cioè se si tratta di forma *ad substantiam* o *ad probationem*. Nel caso di specie, per la forma *ad probationem* militerebbero sia l'argomento incentrato sull'assenza di una parte debole da tutelare (trattandosi di rapporti che intervengono tra operatori qualificati e pubbliche amministrazioni) sia la collocazione sistematica della previsione di legge che impone la produzione del contratto unitamente agli altri documenti che l'operatore economico deve fornire per partecipare alla gara. A giudizio del Consiglio, tuttavia, la forma è richiesta *ad substantiam*. Depongono in tal senso diversi argomenti. In primo luogo occorre considerare che la differenza tra forma per la validità e forma per la prova essenzialmente riguarda l'impossibilità, o la possibilità, di concludere validamente il contratto senza il rispetto della forma scritta. Nel caso di specie 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. Ragionando diversamente, e optando per la forma *ad probationem*, dovrebbe poi coerentemente concludersi che il contratto di avvalimento possa essere dimostrato anche con documenti scritti diversi dal contratto nel quale è stata consacrata la volontà delle parti ma ciò è in contrasto con il dato legislativo. In secondo luogo, pur non rinvenendosi nei rapporti in questione la presenza di una parte debole (trattandosi di rapporti che intervengono tra operatori qualificati e pubbliche amministrazioni), vi sono altre ragioni che impongono di orientarsi per la forma quale requisito di validità. 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.

In sesto luogo, l'**oggetto del contratto di avvalimento**. Occorre in primo luogo comprendere se oggetto di avvalimento possano essere, oltre ai *“requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA”*, espressamente indicati dall'articolo 49 Codice Contratti, anche quelli di idoneità professionale di cui all'articolo 39 Codice Contratti. A tale riguardo va ricordato che nessun dubbio vi è nell'ordinamento circa la necessità che sia l'impresa ausiliaria sia quella ausiliata posseggano i requisiti di ordine generale stabiliti dall'articolo 38 Codice; più complessa invece è la tematica relativa ai requisiti di idoneità professionale che, come è noto, sono individuati dalla legge con riferimento alla *“iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali”* (articolo 39 codice contratti) trovando esplicito riferimento nell'articolo 46 direttiva 2004/18/CE. Per il Consiglio, *de iure condito* e in attesa del recepimento delle direttive varate nel 2014, deve essere esclusa la possibilità di utilizzare l'istituto dell'avvalimento per dimostrare i requisiti di idoneità professionale perché: a) il Codice dei contratti espressamente limita il ricorso all'avvalimento ai soli requisiti *“di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA”*; b) tale scelta è conforme alle indicazioni che ci provengono dalla direttiva 2004/18/CE che ammette l'avvalimento per la capacità economica e finanziaria (art. 47, comma 2) e per quelle tecniche e professionali (art. 48, comma 3) ma non anche per l'abilitazione all'esercizio di attività professionale di cui al precedente articolo 46; c) ragionando diversamente si creerebbe confusione tra i requisiti attinenti alla solidità e capacità dell'operatore economico e quelli relativi all'iscrizione nei registri o presso o presso i competenti ordini professionali.

In settimo luogo, occorre comprendere quando possa dirsi **sufficientemente determinato l'oggetto** del contratto di avvalimento. In via generale, ai sensi dell'articolo 1346 c.c., l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile. Ai sensi dell'articolo 88 d.P.R. n. 207/2010 il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del d.lgs. n. 163/2006 deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente, tra l'altro, l'oggetto del contratto indicando le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico. Dal confronto tra l'articolo 1346 c.c. e l'articolo 88 d.P.R. 207/2010 emerge che il regolamento al Codice dei contratti, a differenza del codice civile, ha richiesto che l'oggetto del contratto di avvalimento sia determinato, e non anche solo determinabile, e individuato potendosi al riguardo trarre convincimento dall'aggettivo *“specifico”* utilizzato dall'articolo 88 d.P.R. cit. Tale diversità di disciplina tra il codice civile e la normativa in materia di appalti si giustifica in ragione della necessità di evitare l'elusione dei requisiti prescritti dalla legge di gara ricorrendo a dichiarazioni e contratti di avvalimento generici non rispondenti a quelle esigenze di serietà ed effettività prima indicate.

L'ultimo profilo, attiene alla distinzione da taluni avanzata tra **c.d. avvalimento di garanzia e quello tecnico-operativo**. Il primo, ossia l'avvalimento di garanzia, sarebbe *"figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto"* (Cons. St., Sez. III, 22 gennaio 2014, n. 594) e, per tale ragione, il relativo contratto non richiederebbe la specificazione delle risorse materiali, immateriali e gestionali concretamente messe a disposizione. Nell'avvalimento operativo, invece, il contratto dovrebbe indicare specificamente tutte le risorse, ex art. 42 Codice dei contratti, dell'impresa ausiliaria che vengono messe a disposizione dell'ausiliata. Tuttavia, ad avviso dei giudici, e con riferimento alla determinazione dell'oggetto, la distinzione tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo può utilmente descrivere delle circostanze in fatto ma non ha appiglio giuridico. Se sotto un profilo squisitamente descrittivo è certamente possibile rintracciare una diversità tra l'avvalersi dei requisiti di cui all'art. 41 del Codice e l'avvalersi dei requisiti tecnico-professionali di cui all'art. 42 del Codice, non v'è dubbio che, almeno allo stato, tutto ciò non può tradursi in un differente regime giuridico mancando disposizioni che differenziano la specificità dell'oggetto a seconda dell'una o dell'altra categoria. In secondo luogo, 'allentando' il requisito della specificità e determinatezza dell'oggetto nel caso di avvalimento dei requisiti economico-finanziari, oltre che compiere un'interpretazione non prevista dalla legge, si rischia di compromettere quei requisiti di serietà ed effettività che sono stati certamente considerati dal legislatore nel momento in cui ha recepito le direttive comunitarie. In terzo luogo va detto che la direttiva 2004/18/CE non ha posto differenza alcuna. Molto più complessa è invero la disciplina introdotta dalla direttiva 2014/24/UE che, come è noto, è in attesa di recepimento.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Passando ora dal piano astratto alla vicenda concreta, le puntualizzazioni enunciate conducono i giudici amministrativi nel caso di specie a ritenere non integrate le condizioni per un legittimo ricorso all'avvalimento, con conseguente rigetto dell'appello.

In particolare, la tesi dell'appellante faceva leva proprio sull'evidenziata distinzione tra avvalimento operativo ed avvalimento di garanzia, ricorrente nel caso di specie, per giustificare la non analiticità e specificità del contratto; distinzione che, pur accoglibile in astratto, a giudizio del Collegio, non può determinare una differente disciplina. Ne deriva la conferma della sentenza del Tar in ordine alla non sufficientemente determinazione dell'oggetto del contratto. Anzi, ancor prima, a giudizio del Collegio, non risulta rispettata la previsione di legge sulla forma-contenuto che il contratto di avvalimento deve possedere. Ed invero non sono stati riportati tutti i contenuti che per legge entrano a far parte della forma del contratto di avvalimento quali, nel caso di specie, l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati delle forniture o la illustrazione degli specifici fattori della produzione e delle specifiche risorse che hanno permesso all'ausiliaria di eseguire le prestazioni analoghe nel periodo richiesto dal bando e che poi fungono da garanzia per la corretta esecuzione del contratto che la stazione appaltante intende aggiudicare.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale di diritto amministrativo. IV. I contratti pubblici*, Ed. Dike, 2014, pp. 650 ss.; F. Caringella, M. Giustiniani, *Codice dei contratti pubblici*, Ed. Dike, 2014.