

La funzione economico-sociale dell'avvalimento è realizzata solo con una visione sostanzialistica e non formalistica

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 7-12-2021

L'istituto dell'avvalimento, disciplinato dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, consente anche ai concorrenti che non dispongano di tutti i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale (di cui all'art. 83, comma primo, lett. b e c del Codice dei contratti pubblici) previsti dalla lex specialis di gara di parteciparvi, avvalendosi dei requisiti provenienti da un'altra impresa (detta ausiliaria), la quale si impegna a metterli a disposizione del richiedente per il tempo necessario: è presupposto imprescindibile dello stesso che i requisiti mancanti vengano individuati con esattezza al momento della stipulazione del contratto con l'ausiliaria, altresì precisando in tal sede le risorse umane e materiali trasferite per colmare le lacune dell'organizzazione dell'impresa concorrente, per il caso di avvalimento cd. operativo (sempre l'art. 89, comma primo cit. dispone, al riguardo, che "il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria").

Va in particolare confermato il principio per cui, stante la natura "tipica" – in quanto disciplinato dal vigente Codice dei contratti pubblici – del contratto di avvalimento, allo stesso va applicato un approccio sostanzialistico (ex multis, Cons. Stato, VI, 8 maggio 2014, n. 2356; V, 23 ottobre 2014, n. 5244) in conformità alle norme che ne individuano la funzione economico-sociale, in particolare dovendosi considerare che il legislatore non ne ha dettato un contenuto vincolato in ordine ai rapporti interni tra ausiliaria ed ausiliata, ma solo quanto ai rapporti esterni con la stazione appaltante, ponendo in particolare l'accento sulla responsabilità solidale dell'ausiliaria e sul vincolo obbligatorio nei confronti dell'amministrazione

Nel passato, come è noto, i rapporti intercorrenti tra l'autorità amministrativa ed il *cives* si basavano su un metodo essenzialmente incentrato sulla figura pubblica, a scapito del medesimo soggetto privato.

La suddetta autorità agiva *iure imperii*, ossia con il ricorso a tipici poteri autoritari che non lasciavano la possibilità, per il medesimo rappresentante del mondo civile, di contrapporsi alla decisione assunta unilateralmente.

Con il tempo tale situazione è notevolmente cambiata in quanto la p.a., nell'agire sempre più spesso con strumenti privatistici, è venuta sempre di più incontro alle esigenze dei singoli.

Quanto sopra è stato realizzato anche con il superamento dell'approccio tenuto dal soggetto

pubblico; quest'ultimo è passato da un *modus agendi* prettamente formalistico ad una visione tesa essenzialmente al raggiungimento del risultato. Infatti è noto come l'amministrazione agisca non più per atti, ma per il conseguimento di concreti risultati.

Il mezzo con il quale si è realizzata tale metamorfosi è quello consistente, come detto, nel superamento del modello prettamente formalistico al differente approccio sostanzialistico.

La sentenza in commento rappresenta uno degli esempi di tale cambiamento, in particolare nel settore dei contratti pubblici.

Nello specifico il supremo Consesso, dopo aver esaminato in modo dettagliato l'avvalimento (punto 8.2.3.1.)[\[1\]](#), individua in modo scrupoloso la natura effettiva di tale istituto. In particolare la Sezione afferma che il contratto in argomento, oltre ad essere caratterizzato da "tipicità", essendo lo stesso contemplato dal Codice dei contratti pubblici, deve essere interpretato secondo un approccio, appunto, sostanzialistico. Tale asserzione non può che essere condivisa, proprio alla luce di quanto precedentemente indicato in merito all'attività che la p.a. svolge nel raggiungimento del risultato: ossia un 'amministrazione che deve assicurare all'operatore economico l'agognato "bene della vita".

Solo con l'accoglimento di tale principio si giustifica la funzione economica-sociale che assume l'avvalimento, nei confronti del quale i giudici puntualizzano la natura. Infatti "*il legislatore non ne ha dettato un contenuto vincolato in ordine ai rapporti interni tra ausiliaria ed ausiliata, ma solo quanto ai rapporti esterni con la stazione appaltante, ponendo in particolare l'accento sulla responsabilità solidale dell'ausiliaria e sul vincolo obbligatorio nei confronti dell'amministrazione*".

In conclusione si sottolinea ancora una volta l'importanza rivestita dalla pronuncia in argomento in quanto la stessa ha evidenziato il passaggio da una rigida visione formalistica ad una struttura elastico-sostanziale del contratto in esame.

Quanto sopra è accolto pienamente dal Collegio il quale, nel ricostruire la volontà dei contraenti, mette in risalto come gli elementi prestati abbiano rivestito un ruolo fondamentale e concreto nell'ottica del perseguimento dell'obiettivo finale.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 24/11/2021

N. 07863/2021REG.PROV.COLL.

N. 03403/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3403 del 2021, proposto da AVM Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

contro

GMC Lavori s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Miani, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

nei confronti

Asmel Consortile s.c.a.r.l. - Centrale Unica di Committenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;
Comune di Pietravairano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Bruno Sassani in Roma, via XX Settembre, n. 3;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione Prima, n. 654/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Gmc Lavori s.r.l. e del Comune di Pietravairano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2021 il Cons. Valerio Perotti e udite le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determina n. 67 del 6 aprile 2020 il Comune di Pietravairano indiceva una gara d'appalto per l'affidamento dei lavori per la "sistemazione idraulicoforestale e riqualificazione ambientale dell'asta torrentizia Pientina (tratta Selimate-Molinelle)", da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base di gara di euro 720.645,85 di

cui euro 29.249,60 per oneri di sicurezza.

In ragione della specificità delle lavorazioni era previsto dalla *lex specialis* quale "condizione alla partecipazione", a pena di esclusione, il possesso di attestazione SOA nella categoria OG8, classifica II (prevalente) e nella categoria OG13 (scorporabile) classifica I, oltre alla certificazione di qualità ISO 9001:2015.

2. All'esito delle operazioni di gara risultava prima in graduatoria AVM Costruzioni s.r.l. (d'ora in avanti anche solo AVM) con un punteggio complessivo di 72,720 che, in quanto sfornita in proprio di entrambe le qualificazioni richieste oltre che della certificazione di qualità, si era avvalsa dei requisiti di Scavistrade s.r.l.

3. GMC Lavori s.r.l. (d'ora in avanti anche solo GMC), impugnava innanzi al Tribunale amministrativo regionale della Campania l'aggiudicazione della gara ad AVM, chiedendone l'annullamento sulla base di un unico articolato motivo di censura, con cui lamentava - in intesi - la violazione e falsa applicazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 per l'inidoneità del contratto di avvalimento a soddisfare i requisiti di legge: in particolare a suo avviso l'obbligo assunto dall'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante sarebbe stato infatti del tutto generico ed aleatorio, in quanto sottoposto a condizioni meramente potestative, estranee al modello di cui all'art. 89 del *Codice dei contratti*.

4. L'adito tribunale con la sentenza segnata in oggetto, nella resistenza del Comune di Pietravairano (che aveva eccepito l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame, deducendo che la stessa ricorrente sarebbe stata priva dei requisiti di partecipazione, richiedendo la *lex specialis* di gara la qualificazione mediante attestazione SOA per le categorie OG8 classifica II e categoria OG13 classifica I, laddove il contratto di avvalimento prodotto da GMC Lavori s.r.l. avrebbe avuto ad oggetto la sola categoria OG8 e non anche la OG13) e di AVM (che, oltre ad eccepire l'inammissibilità del ricorso per carenza del requisito di partecipazione dato dall'attestazione SOA per la categoria OG13 e la sua infondatezza, per essere il contratto di avvalimento pienamente rispondente ai requisiti di legge, spiegava appello incidentale avverso la graduatoria finale della gara dalla quale non era stata esclusa GMC, malgrado l'assenza di

attestazione SOA per la categoria OG13 classe II), respingeva il ricorso incidentale, ritenendolo infondato, ed accoglieva quello principale, conseguentemente annullando l'aggiudicazione impugnata.

5. Di tale decisione AVM ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello, lamentandone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua dei seguenti motivi di gravame:

1) *Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione dell'art. 89 d.lgs. 50/2016 – Violazione e falsa applicazione dell'art. III.2 del bando di gara e 3.2.3 del disciplinare di gara in combinato disposto con l'art 92 dPR 207/2010 – Violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1366 e 1367 c.c.*; 2) *Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione dell'art. 89 d.lgs. 50/2016 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 88 dPR 207/2010 – Violazione e falsa applicazione dei canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362-1366 e 1367.*

6. Si è costituito in giudizio il Comune di Pietravairano, inizialmente chiedendo – con un primo atto di mera forma – la reiezione del gravame, salvo poi insistere, nelle successive memorie difensive, per l'accoglimento dell'appello.

Ha resistito al gravame GMC, che ne ha invece chiesto il rigetto per l'infondatezza dei relativi motivi.

7. Nell'imminenza dell'udienza di trattazione le parti hanno ulteriormente precisato ed illustrato con apposite memorie le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 28 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

8. L'appello è fondato e va accolto alla stregua delle considerazioni che seguono.

8.1. Occorre premettere che con il primo motivo di appello viene riproposto il motivo del ricorso incidentale spiegato in primo grado, ma respinto dalla sentenza impugnata, con cui AVM aveva eccepito la carenza in capo alla controinteressata GMC dell'attestazione SOA per la categoria OG13 classe II.

Senonché ragioni di economia processuale inducono il Collegio ad esaminare preliminarmente il secondo motivo di gravame, la cui eventuale fondatezza è idonea a determinare l'eventuale assorbimento della doglianza formulata col primo motivo.

8.2. Con il secondo motivo di gravame l'appellante sostiene che erroneamente il primo giudice avrebbe ritenuto che il contratto di avvalimento da essa appellante stipulato Scavistrade contenesse delle clausole (in particolare, all'art. 3) incompatibili con l'assunzione di un obbligo univoco e determinato nei confronti della stazione appaltante, in quanto aventi carattere potestativo.

8.2.1. Tale carattere, secondo le motivazioni della sentenza impugnata, avrebbe vanificato la ragione giustificativa dell'obbligazione solidale dell'ausiliaria, atteso che *“il regime di responsabilità può, infatti, operare soltanto se viene specificamente indicata la prestazione cui*

tale responsabilità si riferisce e il relativo obbligo sia assunto in modo certo dall'ausiliaria.

Non è possibile postulare un inadempimento contrattuale e la conseguente responsabilità di un soggetto il cui obbligo è stato genericamente dedotto in contratto: l'incertezza dell'impegno assunto, perché sottoposto a condizione, impedisce alla stazione appaltante di far valere in via immediata la responsabilità dell'ausiliaria, la quale, per andare esente da responsabilità, potrebbe limitarsi ad invocare proprio la sussistenza di una condizione di efficacia non avveratasi”.

8.2.2. Secondo l'appellante, invece, nel caso di specie il contratto di avvalimento *de quo* sin dalle premesse chiariva “[...] che l'impresa Avvalente intende partecipare alla [...] procedura; che come richiesto dal bando di gara i concorrenti debbono essere in possesso delle Categorie OG8 [...] e OG13 [...]; l'Impresa Avvalente non è in possesso del requisito richiesto [...] e pertanto intende utilizzare lo strumento dell'avvalimento [...]; l'Impresa Ausiliaria, sottoscrive il presente contratto di Avvalimento [...] e si impegna a mettere a disposizione le risorse necessarie all'impresa Avvalente per l'intera durata del contratto di appalto; le parti peraltro prevedono espressamente che, in caso di proroga dello stesso contratto, l'obbligo permarrà fino alla effettiva esecuzione delle opere [...]; che l'Impresa Ausiliaria [...] dichiara di disporre di idonei requisiti e capacità tecniche [...] ed idonea Attestazione SOA – di cui è carente l'Impresa Avvalente [...] per le seguenti categorie: [...] categoria OG8 [...] categoria OG13 [...]; che l'Impresa Avvalente [...] è carente del requisito sopra indicato”.

Le parti avevano perciò pattuito (art. 1) che “l'esecuzione di tutte le prestazioni per l'esatto e tempestivo adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto di appalto costituirà diritto ed onere esclusivo dell'Avvalente, così come saranno a vantaggio di esso tutti i diritti ed oneri contrattuali nei confronti della Stazione Appaltante derivanti dalla gara”, altresì prevedendo “la responsabilità solidale dell'Impresa Avvalente e dell'Impresa Ausiliaria, secondo le condizioni ed i termini stabiliti nello Schema di contratto di appalto, in relazione ai requisiti per i quali opera l'avvalimento, ai sensi dell'art. 83 comma 1 lett. b) e c) e dell'art. 89 del D. Lgs. 50/2016. La predetta responsabilità si estende fino al collaudo e, dopo quest'ultimo, in relazione alle eventuali responsabilità, di cui agli artt. 1667 e 1669 del Codice civile [...]”.

Inoltre secondo l'art. 2 “L'impresa Ausiliaria [...] mette a disposizione in modo pieno ed incondizionato senza limitazioni di sorta e per tutta la durata dell'appalto, i propri requisiti di carattere tecnico-economico-finanziario, mezzi, attrezzature, risorse materiali e immateriali [...]”, di seguito specificamente indicati; né le previsioni di cui all'art. 3 del contratto di avvalimento potevano oggettivamente intendersi come “condizioni” apposte in violazione della prescrizione di cui all'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale l'obbligo solidale assunto nei confronti della stazione appaltante dev'essere certo ed – appunto – incondizionato.

8.2.3. Il motivo è fondato.

8.2.3.1. L'istituto dell'avvalimento, disciplinato dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, consente anche ai concorrenti che non dispongano di tutti i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale (di cui all'art. 83, comma primo, lett. b e c del Codice dei contratti

pubblici) previsti dalla *lex specialis* di gara di parteciparvi, avvalendosi dei requisiti provenienti da un'altra impresa (detta ausiliaria), la quale si impegna a metterli a disposizione del richiedente per il tempo necessario: è presupposto imprescindibile dello stesso che i requisiti mancanti vengano individuati con esattezza al momento della stipulazione del contratto con l'ausiliaria, altresì precisando in tal sede le risorse umane e materiali trasferite per colmare le lacune dell'organizzazione dell'impresa concorrente, per il caso di avvalimento cd. operativo (sempre l'art. 89, comma primo cit. dispone, al riguardo, che *"il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria"*).

Quanto al contenuto essenziale di detto contratto, la medesima norma precisa infine che *"L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui 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"*.

8.2.3.2. Secondo la sentenza impugnata, le previsioni del contratto stipulato tra AVM Costruzioni s.r.l. e Scavistrade s.r.l. non avrebbe rispettato i presupposti minimi di legge per potersi parlare di effettivo trasferimento dei requisiti di partecipazione mancanti, essendo state inserite delle condizioni che non avrebbero consentito ad AVM di dimostrare la disponibilità – se non in via meramente ipotetica ed eventuale (ossia incerta, per tale non sufficiente ai fini della partecipazione alla gara) – delle risorse umane e materiali necessarie all'esecuzione della prestazione.

8.2.3.3. Le conclusioni raggiunte dalla sentenza di primo grado non possono essere condivise, non emergendo nel caso di specie elementi univoci dai quali poter desumere che l'efficacia del contratto di avvalimento sia stata effettivamente subordinata all'adempimento di prestazioni preliminari a carico dell'ausiliata e che dunque si sia in presenza di una condizione potestativa, tale da rendere incerto il possesso dei requisiti di partecipazione per i quali si era fatto ricorso all'avvalimento.

Va in particolare confermato il principio per cui, stante la natura "tipica" – in quanto disciplinato dal vigente *Codice dei contratti pubblici* – del contratto di avvalimento, allo stesso va applicato un approccio sostanzialistico (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 8 maggio 2014, n. 2356; V, 23 ottobre 2014, n. 5244) in conformità alle norme che ne individuano la funzione economico-sociale, in particolare dovendosi considerare che il legislatore non ne ha dettato un contenuto vincolato in ordine ai rapporti interni tra ausiliaria ed ausiliata, ma solo quanto ai rapporti esterni con la stazione appaltante, ponendo in particolare l'accento sulla responsabilità solidale dell'ausiliaria e sul vincolo obbligatorio nei confronti dell'amministrazione.

Ciò posto, non vi è alcun elemento da cui trarre che nel caso di specie l'intento negoziale in concreto perseguito dalle parti sia stato di dar vita ad un contratto (di avvalimento) improduttivo di responsabilità solidale nei confronti dell'amministrazione – ossia un contratto in cui le presunte clausole condizionanti abbiano avuto l'effetto di scriminare, nei confronti di

quest'ultima, le singole posizioni – atteso che i contraenti avrebbero dovuto manifestare espressamente (ed inequivocabilmente) tale volontà derogatoria. In mancanza di quest'ultima deve ragionevolmente ritenersi che la comune volontà delle parti sia stata di non derogare agli effetti tipici del contratto di avvalimento, tanto più laddove, come nel caso di specie, le parti dell'accordo hanno sottolineato la loro volontà di aderire al modello tipico di legge, connotato dalla responsabilità solidale ed incondizionata di ausiliaria ed ausiliata (in termini, Cons Stato, III 11 luglio 2017, n. 3422; VI 8 maggio 2014, n. 2365; V, n. 5244 del 2014, cit.); il che emerge con chiarezza sia dalle dichiarazioni rese nella DGUE da AVM e Scavistrade, sia nelle premesse e nell'articolato del contratto di avvalimento.

Quest'ultimo ha previsto espressamente la responsabilità solidale di entrambe le parti del contratto nei confronti della stazione appaltante, né la successiva previsione del rilascio di un'obbligazione di garanzia da parte dell'ausiliata in favore dell'ausiliaria è idonea a condizionare (o svincolare) il predetto impegno solidale: si è infatti in presenza di una semplice controprestazione (appunto, di garanzia) di AVM in favore di Scavistrade, rilevante solo nell'ambito dei rapporti interni tra le parti del contratto di avvalimento ed idonea ad incidere sull'impegno assunto nei confronti del terzo (la stazione appaltante), al quale non sarebbe stata opponibile.

Analogamente la previsione di cui all'art. 3, comma 2, punto 3 del contratto di avvalimento, statuente l'obbligo di AVM di corrispondere preventivamente all'ausiliaria un corrispettivo commisurato al costo di mercato non rende affatto eventuale ed incerto il predetto l'impegno assunto da quest'ultima nei confronti della stazione appaltante, né sarebbe stato ad essa opponibile per eventualmente liberarsi dagli obblighi assunti nei suoi confronti o dalla responsabilità solidale.

A scanso di equivoci del resto proprio la suddetta disposizione contrattuale ha ribadito la responsabilità solidale di entrambi gli operatori economici nei confronti dell'amministrazione.

Deve quindi concludersi nel senso che le previsioni negoziali censurate dalla sentenza impugnata, lungi dall'incidere anche sugli obblighi assunti dalle parti nei confronti della stazione appaltante – rendendoli pertanto incerti – assolvono ad una funzione meramente "interna" al rapporto privatistico intercorso tra le parti private, regolandone la fase esecutiva (in particolare, gli adempimenti di carattere patrimoniale) al fine precipuo di bilanciare i reciproci rischi d'impresa; nessuna previsione contrattuale, per contro, ha assoggettato a termini o condizioni gli obblighi assunti dalle parti nei confronti della stazione appaltante, di talché non può parlarsi di avvalimento condizionato, idoneo al prestito dei requisiti.

8.2.4. L'accoglimento del motivo esaminato, determinando la conferma per AVM della legittimità dell'aggiudicazione disposta in suo favore dall'amministrazione appaltante rende superfluo l'esame del primo motivo dell'appello (con cui, come accennato, era stata riproposta il motivo sollevato col ricorso incidentale di primo grado).

9. Di conseguenza l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, va respinto il ricorso proposto in primo grado da GMC Lavori e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto da AVM.

La particolarità delle questioni esaminate giustifica peraltro l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto respingendo, in riforma dell'impugnata sentenza, il ricorso originariamente proposto da GMC Lavori s.r.l. e dichiarando improcedibile il ricorso incidentale proposto in primo grado da AVM.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

[1] In relazione all'istituto dell'avvalimento cfr. Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 23 del 4 novembre 2016.