

# **Contratto di avvalimento cd. “operativo” (art. 104 d.lgs. n. 36/2023). Inammissibilità dei contratti di avvalimento sottoposti a condizione.**

*di Maddalena De Rosa*

*Data di pubblicazione: 21-6-2024*

*La giurisprudenza ha chiarito che l'avvalimento c.d. “operativo” consiste, pertanto, nella concreta messa a disposizione a favore del concorrente, da parte dell'ausiliaria, dei mezzi e delle risorse specifiche indispensabili per l'esecuzione dell'appalto. Queste, a pena di nullità, vanno puntualmente individuate nel contratto, che tuttavia non deve necessariamente spingersi alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione, ovvero all'indicazione numerica dello stesso personale, purché – in applicazione dei canoni civilistici di interpretazione complessiva e secondo buona fede del contratto (artt. 1363 e 1366 c.c.) – consenta quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione.*

*L'oggetto del contratto di avvalimento va determinato evitando schematismi preconcepi e tenendo presente che esso include l'insieme delle prestazioni ivi dedotte. e non solo l'oggetto materiale di queste prestazioni, con la conseguenza che la messa a disposizione delle risorse deve essere effettiva e sostanziale nel senso di permettere concretamente all'impresa avvalente di utilizzare le risorse dell'ausiliaria come indicate nel contratto di avvalimento.*

Publicato il 16/04/2024

**N. 00448/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 00378/2024 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

## **SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 378 del 2024, proposto da

Consorzio Stabile Argo S.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9929650E63, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Bifolco, Alfredo Cincotti e Alfonso Pepe, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### ***contro***

Comune di Montevarchi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Gratteri e Francesco Barchielli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Provincia di Arezzo, non costituita in giudizio;

### ***nei confronti***

E.D.C. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Caliendo e Giovanni Di Caterino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### ***per l'annullamento***

a) della determinazione n. 197 del 15 febbraio 2024, con cui il Comune di Montevarchi (AR) ha disposto l'aggiudicazione dei "lavori di realizzazione del polo interscambio ferro - gomma di Montevarchi denominato 'Memorario' - CUP E71B08000300002 - CIG 9929650E63" in favore della E.D.C. Costruzioni S.r.l.;

b) della nota prot. n. 0007701 del 16 febbraio 2024, con cui, ai sensi dell'art. 90 del d.lgs. n. 36 del 2023, la ricorrente è stata messa a conoscenza della determinazione di cui al punto che precede;

c) in via derivata, di verbali di gara, delle sedute pubbliche e di quelle riservate, ivi inclusi, in particolare: c.1) il verbale di gara n. 5 del 20 dicembre 2023 (doc. 3), con cui la stazione appaltante ha ammesso la controinteressata E.D.C. Costruzioni S.r.l. alle successive fasi della procedura di gara, previo accertamento e declaratoria del possesso dei requisiti in capo a quest'ultima per effetto della documentazione inerente all'avvalimento con l'impresa Zara Costruzioni in sostituzione della precedente ausiliaria consorzio stabile Appaltitalia depositata nell'ambito del procedimento di soccorso istruttorio appositamente avviato;

d) per quanto possa occorrere, di tutti gli atti posti a base di gara tra cui, in particolare, il bando ed il correlativo disciplinare, qualora interpretati nel senso di consentire l'ammissione alla procedura anche di concorrenti che soddisfino i requisiti di partecipazione facendo ricorso

all'istituto avvalimento, senza che l'impresa ausiliaria si sia obbligata alla messa a disposizione delle risorse e dei mezzi prestati in maniera piena ed incondizionata e senza che la stessa assuma la responsabilità, in solido con l'ausiliata e nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto;

e) di ogni altro atto preordinato, connesso e/o collegato, ove lesivo della posizione della ricorrente, ivi compresi tutti gli altri verbali di gara e gli altri atti emanati dall'Amministrazione resistente;

nonché per la declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto ove *medio tempore* stipulato tra la Stazione Appaltante e la E.D.C. Costruzioni S.r.l..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Montevarchi e della controinteressata E.D.C. Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2024 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Il Consorzio Stabile Argo ha partecipato alla procedura aperta indetta dalla Provincia di Arezzo per conto del Comune di Montevarchi, e avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di realizzazione del polo interscambio ferro – gomma denominato “Memorario”, finanziati con fondi europei nell’ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Con determinazione comunale n. 197 del 15 febbraio 2024, la gara è stata aggiudicata alla E.D.C. Costruzioni S.r.l., previa esclusione dell’operatore primo classificato nella graduatoria provvisoria.

L’aggiudicazione è stata altresì preceduta dalla sostituzione – sollecitata dal R.U.P. mediante soccorso istruttorio, in conformità al parere di precontenzioso chiesto all’A.N.A.C. – dell’impresa ausiliaria originariamente indicata da parte di E.D.C. Costruzioni, rivelatasi sprovvista dei necessari requisiti di qualificazione, con la nuova ausiliaria Zara Appalti S.r.l..

Ad avviso del Consorzio ricorrente, collocatosi al secondo posto della graduatoria definitiva, il contratto di avvalimento stipulato fra l’aggiudicataria e Zara Appalti S.r.l. non avrebbe, tuttavia, posto rimedio alle mancanze già accertate dalla stazione appaltante a carico di E.D.C. Costruzioni, la quale avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura.

Affidate le proprie doglianze a due motivi in diritto, il Consorzio conclude come in epigrafe.

1.1. Resistono al gravame e alle domande avversarie il Comune di Montevarchi e la controinteressata.

1.2. Sull'istanza cautelare formulata in seno al ricorso, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella camera di consiglio del 4 aprile 2024, con avviso alle parti circa la possibile definizione del giudizio ai sensi dell'art. 60 c.p.a..

2. La controversia va definita con sentenza in forma semplificata, sussistendo le condizioni richieste dall'art. 120 co. 5, primo periodo, c.p.a., come sostituito dall'art. 209 del d.lgs. n. 36/2023.

2.1. Con il primo motivo di ricorso, il Consorzio Stabile Argo lamenta che il contratto di avvalimento sottoscritto dalla controinteressata E.D.C. Costruzioni con Zara Appalti S.r.l. sottoporrebbe a plurime condizioni la messa a disposizione delle dotazioni di personale e mezzi fornite dall'ausiliaria, in aperto contrasto con l'art. 104 del d.lgs. n. 36/2023.

In particolare, il contratto di avvalimento subordinerebbe alla stipula di contratti *“da distacco o di consulenza”* l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione del Consorzio e della stazione appaltante, per tutta la durata dell'appalto il *“numero di tecnici necessari per le varie tipologie di lavoro”*; così come sarebbe subordinato alla stipula di appositi contratti di noleggio l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione le attrezzature e i mezzi necessari *“all'esecuzione dell'opera”*. Mancherebbe di conseguenza l'impegno necessariamente incondizionato dell'ausiliaria, la quale, stando al contratto di avvalimento, dovrebbe considerarsi obbligata a fornire le risorse umane, i mezzi e le attrezzature ivi elencate solo, ed eventualmente, nel caso di raggiungimento di nuove intese negoziali fra le parti e, comunque, dopo aver ricevuto il corrispettivo pattuito negli accordi di distacco/consulenza e di noleggio cui il contratto di avvalimento rinvia. La conferma di tale impostazione sarebbe costituita dal *“Modulo di manleva”* allegato al contratto stesso, ove si precisa che l'impresa ausiliaria *“è sollevata da qualsiasi richiesta di danni sia da parte dell'impresa avvalente che da terzi e/o Ente appaltante”* e che l'impresa avvalente *“manleva l'impresa ausiliaria da qualsiasi responsabilità sia diretta che indiretta, nessuna esclusa”*.

Invocando la giurisprudenza formatasi nella materia, il ricorrente sostiene che l'unica condizione ammissibile sarebbe quella che subordina l'efficacia del contratto di avvalimento all'avvenuta aggiudicazione della procedura di affidamento, mentre sarebbero inammissibili condizioni che di fatto rendono incerta la stessa disponibilità delle risorse umane e materiali occorrenti per l'esecuzione dell'appalto. E, nella specie, la controinteressata e la sua ausiliaria avrebbero proprio inteso derogare agli effetti tipici del contratto di avvalimento, a partire dall'assunzione di responsabilità dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante.

Con il secondo motivo, il Consorzio deduce che E.D.C. Costruzioni non avrebbe prodotto in sede di gara neppure la dichiarazione prevista dall'art. 104 co. 4 del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui l'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione

per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento. La dichiarazione prodotta, infatti, conterrebbe le medesime previsioni condizionali inserite nel contratto di avvalimento, che, associate alla dichiarazione di "irresponsabilità" contenuta nel sopra citato "Modulo di manleva", determinerebbero l'evidente inefficacia dell'impegno assunto.

Il Comune di Montevarchi eccepisce in via pregiudiziale la non integrità del contraddittorio, atteso che il ricorso, relativo all'affidamento di contratto finanziato con fondi del P.N.R.R., non è stato notificato all'amministrazione centrale titolare dell'intervento, come prescritto dall'art. 12-*bis* co. 4 del d.l. n. 68/2022, convertito con modificazioni in legge n. 108/2022.

Nel merito, con difese sostanzialmente sovrapponibili che qui si riportano in estrema sintesi, il Comune e la controinteressata negano che, in forza del contratto di avvalimento in questione, l'impegno dell'impresa ausiliaria abbia natura condizionata. Il riferimento alla stipula di contratti di distacco, di consulenza, di noleggio avrebbe il solo scopo di precisare le modalità di messa a disposizione del personale e dei mezzi occorrenti per l'esecuzione dell'appalto, e, al più, potrebbe essere giudicato ridondante, ma certamente non inciderebbe sull'efficacia immediata dell'avvalimento. Il modulo di manleva allegato al contratto, dal canto suo, riguarderebbe la sola eventualità che l'avvalimento possa essere ritenuto inidoneo dalla stazione appaltante e, in ogni caso, rilevarebbe nei soli rapporti interni fra controinteressata ed ausiliaria, la cui assunzione di responsabilità verso la stazione appaltante non sarebbe in discussione.

2.1.1. I motivi di ricorso sono manifestamente infondati, ciò che, ai sensi dell'art. 49 co. 2 c.p.a., esime il collegio dal disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'amministrazione centrale identificata come parte necessaria dall'art. 12-*bis* co. 4 del d.l. n. 68/2022.

Ai sensi dell'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 36/2023, l'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico, partecipante a una procedura per l'affidamento di un contratto pubblico, dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per l'intera durata dell'appalto.

La norma, sulla falsariga dell'art. 89 dell'abrogato d.lgs. n. 50/2016 (che, *in parte qua*, aveva affinato l'originaria disciplina dell'istituto, contenuta nell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006), richiede peraltro che il contratto di avvalimento, da stipularsi in forma scritta, contenga l'indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico.

La giurisprudenza ha chiarito che l'avvalimento c.d. "operativo" consiste, pertanto, nella concreta messa a disposizione a favore del concorrente, da parte dell'ausiliaria, dei mezzi e delle risorse specifiche indispensabili per l'esecuzione dell'appalto. Queste, a pena di nullità, vanno puntualmente individuate nel contratto, che tuttavia non deve necessariamente spingersi alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione, ovvero all'indicazione numerica dello stesso personale, purché – in applicazione dei canoni civilistici di interpretazione complessiva e secondo buona fede del contratto (artt. 1363 e 1366 c.c.) – consenta quantomeno l'individuazione delle esatte

funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione. L'oggetto del contratto di avvalimento, in altri termini, va determinato evitando schematismi preconcepi e tenendo presente che esso include l'insieme delle prestazioni ivi dedotte, e non solo l'oggetto materiale di queste prestazioni; con la conseguenza che la messa a disposizione delle risorse dev'essere effettiva e sostanziale, nel senso di permettere concretamente all'impresa avvalente di utilizzare le risorse dell'ausiliaria, come indicate nel contratto di avvalimento (fra le moltissime, cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2022, n. 4116, e i numerosi precedenti ivi citati; id., 21 febbraio 2020, n. 1330).

Coerentemente con tali principi, che pur maturati in costanza della previgente disciplina dei contratti pubblici conservano la loro attualità, la giurisprudenza ha ripetutamente escluso l'ammissibilità di contratti di avvalimento sottoposti a condizione e, nello specifico, all'adempimento di prestazioni preliminari a carico dell'impresa ausiliata, giacché l'apposizione di condizioni ha l'effetto di rendere incerta la disponibilità dei requisiti "prestati" dall'ausiliaria ai fini della partecipazione alla procedura di affidamento (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2021, n. 3773).

Nel caso in esame, il contratto di avvalimento intercorso fra la controinteressata E.D.C. Costruzioni e l'ausiliaria Zara Appalti contiene, al punto 2), l'esplicito impegno dell'impresa ausiliaria *"a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto oltre al requisito oggetto di avvalimento, sia all'ausiliata, sia alla Stazione Appaltante per tutta la durata dell'appalto"* il know-how tecnologico e commerciale e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento; il numero di tecnici necessari per le varie tipologie di lavoro strettamente funzionali, sulla base delle specifiche competenze da approfondire nell'esecuzione dell'appalto, quali un ingegnere, un architetto, un geometra; le attrezzature necessarie all'esecuzione dell'opera, quali ponteggi omologati, gru rotativa, container alloggio attrezzi e uffici, molazze da cantiere, impastatrice/betoniere, macchine da taglio legno/ferro, martelli demolitori ad aria e/o elettrici, puntelli varie misure, badili, secchi, attrezzatura minuta, ecc.; i mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, quali camion con ribaltabile, escavatori, mini escavatori, furgoni attrezzati, ecc..

Il Consorzio ricorrente, come detto, non nega che le risorse messe a disposizione dell'ausiliata siano sufficientemente individuate dal contratto, ma sostiene che l'avvalimento sarebbe sottoposto alla condizione della preventiva stipula di contratti di distacco o di consulenza, quanto al personale, e di noleggio quanto ad attrezzature e mezzi.

L'affermazione non è condivisibile. L'autonomia e immediata operatività degli obblighi assunti dall'ausiliaria sono espressamente sancite non soltanto dal punto 2) del contratto, ma anche dal successivo punto 3), che fa decorrere *"dalla data del presente contratto fino all'occorrenza"* l'impegno alla messa a disposizione delle risorse sopra elencate; e trovano conferma nei punti 4) e 5), in virtù dei quali, rispettivamente, il *"concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto"*, e la responsabilità *"si estende in relazione all'intero importo dell'appalto indicato nel presente contratto"* fino al collaudo delle opere e, per i servizi, forniture e attività, fino alla conclusione del contratto.

A fronte delle obbligazioni assunte dall'impresa ausiliaria, il contratto prevede a carico dell'ausiliata l'obbligo di corrispondere un compenso pari al 3% del valore dell'appalto al netto del ribasso d'asta, oltre al costo delle risorse materiali, immateriali, tecniche o finanziarie fornite dall'ausiliaria. L'obbligo di pagamento sorge in capo all'ausiliata nel solo caso di aggiudicazione definitiva dell'appalto, la quale opera dunque, allo stesso tempo, come condizione sospensiva del pagamento e come condizione risolutiva, pur implicita, delle obbligazioni gravanti sull'ausiliaria, le quali, lo si è visto, sorgono invece con la sottoscrizione del contratto, a garanzia del possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento (è evidente che, nell'ipotesi di mancata aggiudicazione dell'appalto al concorrente che abbia fatto ricorso all'avvalimento, divengono inefficaci gli impegni reciprocamente assunti dalle imprese ausiliaria e ausiliata: cfr. Cons. Stato, n. 3773/2021, cit.).

È vero che, nel descrivere le risorse messe a disposizione di E.D.C. Costruzioni, il contratto di avvalimento menziona la stipula di altri contratti relativi al personale (distacco/consulenza) e alle attrezzature (noleggio), ma il tenore testuale delle disposizioni (l'impresa ausiliaria "*si impegna a mettere a disposizione [...]: il numero di tecnici necessari per le varie tipologie di lavoro [...] assunti con contratto da distacco o di consulenza; le attrezzature necessarie [...] attraverso contratto di noleggio; i mezzi necessari [...] attraverso contratto di noleggio*") lascia intendere con chiarezza che, nella comune intenzione delle parti, quei contratti sono volti a dare concreta esecuzione dell'avvalimento, e, segnatamente, agli impegni assunti dall'impresa ausiliaria, e in quanto tali non costituiscono condizioni di efficacia dell'avvalimento, bensì meri strumenti operativi aventi lo scopo di disciplinare le modalità dell'esecuzione e giustificare, appunto nella fase esecutiva, il passaggio di personale e attrezzature dall'ausiliaria all'ausiliata.

Si può parlare, al più, di sovrabbondanza di mezzi giuridici, la quale non mette in discussione l'immediata insorgenza dell'obbligo di messa a disposizione gravante sull'ausiliaria, obbligo che, nella fase della procedura di gara, sarebbe stato peraltro sufficiente a garantire la stazione appaltante anche in mancanza di precisazioni relative alle modalità scelte dalle parti dell'avvalimento per darvi esecuzione (sulla dichiarazione resa dall'ausiliaria ai sensi dell'art. 104 co. 4 d.lgs. n. 36/2023 si tornerà fra breve).

D'altro canto, l'ausiliata trae la propria legittimazione a vedersi affidato l'appalto pubblico dall'impegno assunto in suo favore dall'ausiliaria, che dopo l'aggiudicazione non può sostituire e della quale è obbligata ad avvalersi, sottoscrivendo se del caso i contratti attuativi all'uopo occorrenti. Specularmente, l'ausiliaria è obbligata verso l'ausiliata a stipulare i contratti strumentali all'esecuzione dell'avvalimento, e questo, di nuovo, in virtù dell'impegno assunto nei confronti suoi e della stessa stazione appaltante (in esatti termini, cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 dicembre 2021, n. 8486).

Se, pertanto, la stipula dei negozi di distacco/consulenza e di noleggio non attiene all'efficacia del contratto fra ausiliata e ausiliaria dell'avvalimento, ma al suo adempimento, deve parimenti escludersi che l'avvalimento sia condizionato al pagamento dei corrispettivi pattuiti con quei negozi, trattandosi, ancora una volta, di questioni che attengono all'esecuzione del contratto di avvalimento, inclusa la determinazione dei corrispettivi medesimi, fisiologicamente rimessa alla fase esecutiva (cfr. Cons. Stato, n. 8486/2021, cit.), fermo restando che l'onerosità

dell'avvalimento è assicurata dalla già ricordata pattuizione, a favore dell'ausiliaria, di un compenso pari al 3% del valore dell'appalto, al netto del ribasso.

2.1.2. Al contratto di avvalimento fra la controinteressata e Zara Costruzioni è allegato un "Modulo di manleva" contenente le "condizioni generali" dell'avvalimento stesso. Si tratta di una serie di clausole che esonerano l'impresa ausiliaria da eventuali responsabilità derivanti, in primo luogo, dall'inidoneità della documentazione occorrente per la partecipazione alla gara e che operano nei soli rapporti con l'ausiliata.

Nessuna di tali "condizioni generali" mette in discussione gli effetti del contratto di avvalimento, che ne costituiscono anzi il presupposto, e lo stesso vale per le clausole – cui il Consorzio ricorrente fa riferimento – che sollevano l'ausiliaria "*da qualsiasi richiesta di danni sia da parte dell'impresa avvalente che da terzi e/o Ente appaltante*", ovvero "*da qualsiasi responsabilità sia diretta che indiretta, nessuna esclusa*", le quali, oltre a valere nei soli rapporti interni fra le imprese contraenti, non escludono certo la cogenza immediata gli impegni assunti dall'ausiliaria, ma disciplinano le conseguenze di un ipotetico inadempimento o non corretto adempimento di quegli impegni.

Zara Costruzioni ha inoltre reso alla stazione appaltante le separate dichiarazioni richieste dall'art. 104 co. 4 del d.lgs. n. 36/2023, espressamente obbligandosi fornire alla controinteressata "*i requisiti e le risorse necessarie per partecipare alla gara, di cui al predetto contratto e di seguito descritte, ed a mantenerle per tutta la durata dell'appalto*". Segue l'illustrazione delle risorse messe a disposizione, mutuata dal contratto di avvalimento e comprensiva del riferimento ai contratti (distacco/consulenza, noleggio) da stipularsi in fase esecutiva: rispetto ad essa, non può che rinviarsi a quanto già osservato circa l'inconfigurabilità di previsioni condizionali e l'immediata operatività ed efficacia degli impegni assunti dall'ausiliaria anche nei confronti del Comune di Montevarchi.

3. In forza delle considerazioni che precedono, il ricorso non può trovare accoglimento.

3.1. Le spese di lite seguono la soccombenza del Consorzio Stabile Argo e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e condanna il Consorzio Stabile Argo alla rifusione delle spese processuali, che liquida in euro 3.000,00, oltre agli accessori di legge, in favore di ciascuna delle controparti resistenti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente



Luigi Viola, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

## Guida alla lettura

Con la sentenza in commento, il TAR TOSCANA esamina l'istituto dell'avvalimento cd. operativo, oggi disciplinato dall'art. 104 del nuovo Codice degli Appalti, sulla falsariga dell'abrogato art. 89, d.lgs. n. 50/2016.

L'istituto dell'avvalimento è di derivazione europea, trovando le sue origini nella giurisprudenza della Corte di giustizia, per essere poi introdotto nella normativa nazionale con il primo codice degli Appalti n. 163/2006 e quindi con il successivo n. 50/2016, che ne dettava la disciplina all'art. 89, per poi trovare oggi definitiva collocazione nell'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023.

Ai sensi dell'art. 104 del nuovo codice degli Appalti, **l'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico, che concorre ad una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto.**

Il contratto di avvalimento richiede la forma scritta *ad substantiam*, quindi a pena di nullità, **con l'indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico.** Esso è, inoltre, normalmente oneroso, salvo che risponda anche ad un interesse dell'impresa ausiliaria e prescinde dalla natura giuridica dei legami tra le parti.

La sentenza in commento esamina la validità di un contratto di avvalimento, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, che, nella specificazione delle risorse di personale e mezzi messi a disposizione dell'ausiliata, richiama, per le prime, *“il numero di tecnici necessari per le varie tipologie di lavori”*, mentre, per le seconde, si riporta alla stipula di appositi contratti di noleggio, aventi ad oggetto le attrezzature e gli strumenti necessari *“alla esecuzione dell'opera”*.

Secondo la tesi del ricorrente, la mancata puntuale specificazione, nel contratto di avvalimento, delle dotazioni umane e tecniche messe a disposizione della società ausiliata, con il generico riferimento ad un non precisato numero di tecnici, nonché alla futura stipula di contratti di noleggio, subordinerebbe l'efficacia del contratto di avvalimento alla condizione della futura stipula, da parte della ausiliaria, di contratti di noleggio, rendendo così incerta la effettiva disponibilità delle risorse umane e delle dotazioni strumentali per tutta la durata dell'appalto, come richiesto dall'art. 104 Codice degli Appalti.

Il TAR Toscana, sede di Firenze, nel respingere i motivi addotti, richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale, formatosi sotto la vigenza dell'art.89, d.lgs. n. 50/2016.

Infatti, nella sentenza in commento, si chiarisce che **la puntuale individuazione nel contratto di avvalimento dei mezzi e delle risorse specifiche indispensabili per l'esecuzione dell'appalto non richiede la rigida quantificazione dei mezzi d'opera o l'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione, né tantomeno l'indicazione numerica dello stesso, dovendosi invece fare ricorso ad una interpretazione complessiva del contratto, secondo il canone di buona fede di cui agli artt. 1363 e 1366 c.c..**

In virtù di tale principio ermeneutico, il Giudice dovrà pertanto verificare se dal contratto siano desumibili con chiarezza le funzioni operative che l'ausiliaria andrà ad esercitare, direttamente o in ausilio con l'impresa ausiliata, ritenendo valido il contratto di avvalimento, qualora, dalla portata complessiva delle norme contrattuali, emerga che l'impresa avvalente potrà concretamente utilizzare le risorse dell'ausiliaria, come indicate nel contratto stesso.

**Pur riconoscendo la fondatezza del consolidato principio, secondo cui è esclusa l'ammissibilità di contratti di avvalimento sottoposti a condizione**, in particolare all'adempimento di prestazioni preliminari a carico dell'impresa ausiliata, **rendendo la condizione incerta la disponibilità dei requisiti "prestati" dall'ausiliaria per la partecipazione alla gara**, il Giudice Amministrativo, nella sentenza in commento, esclude tuttavia che, nella fattispecie esaminata, possa ritenersi sottoposto a condizione il contratto di avvalimento, nel quale l'individuazione delle risorse umane e dei mezzi tecnici avviene attraverso l'assunzione dell'obbligo, in capo all'ausiliaria, della preventiva stipula di contratti di consulenza o di noleggio, qualora essi siano sufficientemente determinati e soprattutto decorrano dalla stipula del contratto di avvalimento fino all'occorrenza.

In tale ipotesi, secondo la sentenza in commento, deve ritenersi, invece, che la previsione della stipula di contratti di consulenza o di noleggio attenga alle modalità di esecuzione del contratto stesso tra le parti, cioè al suo adempimento.

Ciò sarebbe confermato dalla previsione di uno specifico corrispettivo per l'avvalimento, a favore della ausiliaria, e dall'obbligo, previsto in contratto, per l'impresa ausiliaria verso l'ausiliata alla stipula dei contratti strumentali alla esecuzione dell'avvalimento.

La sentenza rappresenta un interessante contributo, in materia di avvalimento "operativo", ratificando, anche nell'applicazione della nuova disciplina in materia di avvalimento, contenuta nell'art. 104 cit., il precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale, che, nell'ottica del *favor participationis*, escludeva la nullità del contratto di avvalimento, per indeterminatezza dell'oggetto, qualora, pur se non specificamente indicate le risorse umane e i mezzi tecnici, messi a disposizione dall'impresa ausiliata per l'esecuzione dell'avvalimento, questi potessero evincersi dalla interpretazione complessiva delle norme contrattuali, attraverso l'indicazione di specifici parametri contenuti nel contratto.

**Le perplessità sulla soluzione accolta nella sentenza in commento derivano piuttosto dalla considerazione della diversa formulazione dell'art. 104, cit. rispetto all'art. 89, cit. il quale, a differenza della attuale disposizione, non faceva alcun riferimento alla "indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico",**

**che invece viene espressamente richiesta dal più volte citato art. 104 tra i requisiti del contratto di avvalimento.**

Tra l'altro, tali perplessità sono avvalorate dalla relazione illustrativa al Codice del 2023, laddove si legge che: *“Nella disciplina dell'avvalimento si è cercato di procedere ad un vero e proprio cambio di impostazione, **incentrando la disciplina sul contratto di avvalimento piuttosto che sul mero sistema del prestito dei requisiti**”*, con ciò lasciando intendere che la ratio del Legislatore è quella di dettare norme specifiche per la disciplina del contratto, di cui si conferma la tipicità, piuttosto che incentrarsi sulle finalità che con lo stesso le parti vogliono conseguire, date appunto dal “prestito” dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara.