

## **Il Consiglio di Stato torna, con due pronunce ‘gemelle’, sui requisiti del contratto di avvalimento.**

*di Tommaso Filippo Massari, Lavinia Masini*

*Data di pubblicazione: 11-2-2014*

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 27 gennaio 2014, n. 412.

Presidente Torsello; Estensore Bianchi

La necessità della puntuale individuazione dell’oggetto di un contratto di avvalimento – oltre a trovare un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l’indeterminatezza (ed indeterminabilità) del relativo oggetto – trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche.

L’avvalimento deve essere reale e non formale. La mera riproduzione della formula legislativa della messa a disposizione delle “risorse necessarie di cui è carente il concorrente”, o di espressioni similari, si appalesa, oltre che tautologica ed indeterminata, inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della Stazione appaltante, sull’effettività della messa a disposizione dei requisiti, rendendo il contratto invalido il contratto di avvalimento.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 27 gennaio 2014, n. 413

Presidente Torsello; Estensore Bianchi

Ai sensi dell’art. 1355 c.c. è nulla l’alienazione di un diritto o l’assunzione di un obbligo subordinata ad una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell’alienante o, rispettivamente, da quella del debitore”. Pertanto nel caso di un contratto di avvalimento condizionato ad una condizione meramente potestativa, ciò che viene a mancare è il presupposto stesso per l’assolvimento all’onere di cui all’art. 49, co. 2, lett. f), d.lgs. 163/06, vale a dire un contratto valido ed efficace in virtù del quale l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire requisiti ed a mettere a disposizione le risorse

necessarie per tutta la durata dell'appalto.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3293 del 2013, proposto da:  
Castiello Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Sanino, con domicilio eletto presso Sanino Studio Legale in Roma, viale Parioli, 180;

contro

School Bus Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Aniello Mele, Raimondo Nocerino e Alessandro Barbieri, con domicilio eletto presso Consiglio di Stato-Segreteria in Roma, p.zza Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Comune di Afragola, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Messina, con domicilio eletto presso Gennaro Terracciano in Roma, largo Arenula, 34; Angelino S.r.l.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Campania - Napoli: Sezione II n. 01155/2013

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di School Bus Service S.r.l. e di Comune di Afragola;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2013 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Mario Sanino, Gianpaolo Ruggiero su delega dell'avv. Aniello Mele e Antonio Messina;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con determinazione dirigenziale n. 985/ 2012, il Comune di Afragola indiceva una procedura aperta di gara per l'affidamento del servizio integrativo di trasporto pubblico locale finalizzato alla creazione di una rete di collegamento mediante trasporto su gomma (autobus) tra le varie zone della città ed i principali punti di interesse collettivo e con la stazione ferroviaria di

Afragola/Casoria, per la durata di anni sei.

All'esito della gara, con determinazione dirigenziale n. 1603/ 2012, l'appalto veniva aggiudicato in via definitiva alla Castiello s.r.l., che precedeva la Angelino s.r.l. e la School Bus Service s.r.l., classificate rispettivamente al secondo ed al terzo posto.

Ritenendo illegittimo l'anzidetto provvedimento di aggiudicazione, la School Bus adiva il Tar Campania-Napoli per ottenere il suo annullamento.

Con sentenza n. 1155/2013, il Tribunale adito accoglieva il ricorso "in relazione alla decisiva fondatezza dei motivi.... concernenti i contratti di avvalimento conclusi dalle due ditte che hanno preceduto nella graduatoria finale la ricorrente".

Avverso detta sentenza la Castiello ha quindi interposto l'odierno gravame, chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio la School Bus, chiedendo la reiezione del gravame siccome infondato.

Si è altresì costituito in giudizio il Comune di Afragola, chiedendo viceversa l'accoglimento dell'appello.

Con successive memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi giuridiche.

Alla pubblica udienza del 13 dicembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Con il primo mezzo di censura l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove "ha ritenuto il contratto di avvalimento, con il quale la società Turismo Fratarcangeli Cocco si era impegnata a prestare..... i requisiti ivi indicati, inidoneo a dar conto dell'effettiva disponibilità, in capo all'ausiliata, dei requisiti oggetto d'avvalimento" e tanto "con riferimento al requisito di qualità UNI EN ISO 9001: 2008 per il quale.... ha ritenuto che le indicazioni a tal fine contenute nel contratto..... fossero insufficienti a dar conto dell'effettiva disponibilità in capo all'ausiliata delle requisito stesso".

Assume, al riguardo, che contrariamente a quanto sostenuto dal Tar, le parti, con il contratto di avvalimento, avrebbero "indicato espressamente i requisiti che l'ausiliaria avrebbe concretamente posto a disposizione..... nonché la durata di tale disponibilità".

Aggiunge, poi, che con "il progetto tecnico redatto congiuntamente con la ditta ausiliaria", avrebbe indicato alla P. A. "le risorse tecniche e organizzative sottese all'attribuzione del requisito di qualità oggetto di avvalimento effettivamente e concretamente poste a disposizione dell'ausiliata", dovendosi pertanto "ritenere adeguatamente determinato l'oggetto del contratto di avvalimento".

Deduce, pertanto, che la decisione di prime cure si sarebbe "soffermata soltanto sul dato formale senza tuttavia verificare in concreto se l'ausiliaria avesse o meno effettivamente messo a disposizione..... le risorse e l'apparato organizzativo idonee a giustificare l'attribuzione del requisito di qualità".

Rileva, infine, come in ogni caso, ai sensi dell'articolo 46 comma 1-bis del Codice dei contratti, "ove l'Amministrazione avesse ritenuto che il contratto di avvalimento..... non avesse soddisfatto in pieno il dettato previsto dalla disposizione normativa..... non avrebbe comunque dovuto escludere l'appellante..... bensì al più procedere a consentire, a fronte di un contratto comunque valido..... la regolarizzazione e l'integrazione degli atti depositati".

2. La censura non può essere condivisa.

3. Ed invero, come la giurisprudenza anche della Sezione ha già avuto modo più volte di precisare, l'articolo 49 del d. lgs. 163/ 2006, in materia di avvalimento nelle gare di appalto,

contempla un procedimento negoziale complesso composto dagli atti unilaterali del concorrente (lettera a) e dell'impresa ausiliaria (lettera d), indirizzati alla stazione appaltante, nonché da un contratto tipico di avvalimento (lettera f) stipulato tra il concorrente e l'impresa ausiliaria.

Le parti (ausiliata e ausiliaria) devono impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo «quale mero valore astratto», ma è necessario altresì che risulti chiaramente che l'ausiliaria presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).

Si è inoltre affermato, con riferimento al contratto di avvalimento, che l'esigenza di una puntuale individuazione del suo oggetto, «oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (ed indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere - fin troppo - agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche (requisiti pur solennemente prescritti e, di solito, attentamente verificati nei confronti dei concorrenti che se ne dichiarino titolari in proprio) ».

In questa prospettiva, «la pratica della mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente" (o espressioni similari) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della Stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti» (Cons. Stato Sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310 ; Sez. V, 10 gennaio 2013 n. 90 ; 6 agosto 2012, n. 4510; Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344).).

L'art. 88, primo comma, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ) ha recepito poi, a livello normativo, questi principi stabilendo che il contratto di avvalimento deve riportare «in modo compiuto, esplicito ed esauriente [(...)] le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico».

L'esigenza di determinazione dell'oggetto del contratto di avvalimento esiste anche con riferimento alla dichiarazione unilaterale in quanto «nell'istituto dell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicché l'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante» (Cons. Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956).

Ciò in quanto occorre soddisfare «esigenze di certezza dell'amministrazione», essendo la dichiarazione dell'impresa ausiliaria «volta a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario» (Cons. Stato, VI, n. 2956 del 2010, cit.).

Ciò posto in linea di principio, osserva il Collegio come nella specie con il contratto di avvalimento la società ausiliaria Turismo Fratarcangeli Cocco si è impegnata verso la Castiello a mettere a sua disposizione, ai fini della partecipazione alla gara, «tutte le risorse, nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione del lavoro, in particolare, parte dei requisiti, ovvero [...] di essere in possesso del certificato UNI EN ISO 9001:2008 per i settori di attività»;

analogamente, la Turismo Fratarcangeli Cocco ha dichiarato al Comune di « obbligarsi nei confronti della concorrente e della Stazione Appaltante, a fornire i propri requisiti di ordine speciale dei quali è carente il concorrente e mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, rendendosi inoltre responsabile in solido con il concorrente nei confronti della Stazione Appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto».

Tali dichiarazioni non rispondono, alla luce di quanto sopra esposto, ai requisiti prescritti dalla legge che disciplina l'istituto, siccome del tutto generiche ed astratte.

Del tutto correttamente, pertanto, il primo giudice ha osservato che nella specie "il contratto è, in buona sostanza, una mera ripetizione del testo dell'art. 49, co. 2, d.lgs. n. 163/2006", precisando che la giurisprudenza ha chiarito che «l'avvalimento, così come configurato dalla legge, deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente "prestare" la certificazione posseduta.... assumendo impegni assolutamente generici, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti..., garantendo l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati" e concludendo, quindi, che "poiché niente di ciò emerge dal contratto e dalla dichiarazione prodotta in sede di gara, la censura proposta con il quarto motivo di ricorso è fondata e la Castiello S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara".

Né la rilevata genericità degli impegni assunti con il contratto di avvalimento in questione può essere validamente superata dall'invocato progetto tecnico, mediante il quale sarebbe stato fornito "alla S.A. l'indicazione specifica delle procedure nonché del personale qualificato effettivamente forniti dall'ausiliaria".

Per un verso, infatti, il rilievo sostanzia una "deduzione nuova..... sia sotto il profilo dell'indebito allargamento del thema decidendum, sia sotto il profilo della novità della produzione documentale" per cui, come esattamente eccepito dalla School Bus, lo stesso è da ritenersi inammissibile.

Per altro verso, il rilievo si appalesa comunque inconducente, atteso che l'unica firmataria del progetto tecnico (e, dunque, l'unico soggetto a cui lo stesso può essere formalmente imputato) è la Castiello di talché, sempre con esattamente osservato dalla School Bus, giammai potrebbe da questo discendere l'effetto della formale e specifica messa a disposizione di risorse da parte dell'ausiliaria.

A ciò aggiungasi, che nel sistema normativo delineato dall'art. 49 del Codice dei contratti, le dichiarazioni di avvalimento ed il relativo contratto hanno natura e funzioni tipiche e, pertanto, non ammettono in linea di principio equipollenti e, tantomeno, di essere sostituiti da un mero progetto tecnico sottoscritto dalla sola impresa ausiliata.

Nella specie, infine, non può di certo trovare applicazione l'invocato art. 46, comma 1 bis, del medesimo Codice, atteso che l'omissione in cui è incorsa l'appellante integra la violazione dello specifico adempimento imposto direttamente dalla legge, ovvero dal combinato disposto degli articoli 49 del d. lgs. 163/2006 e 88 del d.p.r. 167/ 2010.

Contrariamente a quanto dedotto in ricorso, pertanto, l'Amministrazione era tenuta ad escludere l'impresa, e non a consentire la regolarizzazione degli atti in virtù del c.d. soccorso istruttorio, applicabile a carenze documentali di diversa natura.

4. Con il secondo mezzo di censura l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove ha ritenuto priva di fondamento "l'eccezione dell'amministrazione resistente, secondo cui la ditta Castiello avrebbe documentato in sede di offerta di essere direttamente

munita del requisito in questione, ragion per cui essa si sarebbe avvalsa pure della società Turismo Fratarcangeli Cocco per uno spropositato eccesso di zelo”.

Assume, infatti, di avere attestato in sede di gara “il possesso della certificazione di qualità ISO 9001: 2008 per l'erogazione dei servizi di noleggio bus con conducente” e che “tale certificazione... era senza dubbio inerente le attività previste dal bando genericamente indicate con l'allocuzione trasporto pubblico locale”.

5. La censura è priva di fondamento.

6. Ed invero, è appena il caso di rilevare come alla scelta di ricorrere all'istituto dell'avvalimento, consegua la giuridica assunzione di precisi obblighi e responsabilità nei confronti della stazione appaltante, che non possono di certo essere unilateralmente disattesi o modificati in base al semplicistico rilievo per cui gli stessi sarebbero stati assunti esclusivamente “per uno spropositato eccesso di zelo”.

Pertanto, a prescindere dalla circostanza che l'appellante posseda o meno in proprio il requisito in questione, del tutto correttamente il primo giudice ha osservato via assorbente come la stessa abbia “espressamente manifestato in gara la volontà di avvalersi della società Turismo Fratarcangeli Cocco in relazione (anche) al requisito del «certificato UNI EN ISO 9001:2008 per i settori di attività, ovvero servizio di Trasporto Pubblico Urbano» (cfr. dichiarazione in atti )....., in piena conformità a quanto dalla stessa premesso nel contratto di avvalimento e a quanto dichiarato in sede di gara dalla ditta ausiliaria sulla carenza, in capo alla ausiliata, di detto requisito.

Significativamente, d'altronde, non risulta utilizzato in giudizio un analogo argomento difensivo da parte della stessa società Castiello.”

7. Per le ragioni esposte il ricorso si appalesa infondato e, come tale, da respingere.

8. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio, attesa la peculiarità delle questioni giuridiche dedotte in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Sabato Malinconico, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

---

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3450 del 2013, proposto da:  
Angelino S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ferdinando Pinto e Giulio Renditiso, con domicilio eletto presso Michele Sandulli in Roma, via XX Settembre 3;

contro

Soc. School Service Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Barbieri, Raimondo Nocerino e Aniello Mele, con domicilio eletto presso Consiglio di Stato-Segreteria in Roma, p.za Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Soc. Castiello Srl; Comune di Afragola, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Messina, con domicilio eletto presso Gennaro Terracciano in Roma, largo Arenula, 34;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Campania - Napoli: Sezione II n. 01155/2013

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Soc. School Service Srl e del Comune di Afragola;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2013 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Antonio Messina su delega dell'avv. Ferdinando Pinto, Gianpaolo Ruggiero su delega dell'avv. Aniello Mele e Antonio Messina;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con determinazione dirigenziale n. 985/ 2012, il Comune di Afragola indiceva una procedura aperta di gara per l'affidamento del servizio integrativo di trasporto pubblico locale finalizzato alla creazione di una rete di collegamento mediante trasporto su gomma (autobus) tra le varie zone della città ed i principali punti di interesse collettivo e con la stazione ferroviaria di Afragola/Casoria, per la durata di anni sei.

All'esito della gara, con determinazione dirigenziale n. 1603/ 2012, l'appalto veniva aggiudicato in via definitiva alla Castiello s.r.l., che precedeva la Angelino s.r.l.e la School Bus Service s.r.l.,classificatesi rispettivamente al secondo ed al terzo posto.

Ritenendo illegittimo l'anzidetto provvedimento di aggiudicazione, la School Bus adiva il Tar

Campania-Napoli per ottenere il suo annullamento.

Con sentenza n. 1155/2013, il Tribunale adito accoglieva il ricorso “in relazione alla decisiva fondatezza dei motivi....concernenti i contratti di avvalimento conclusi dalle due ditte che hanno preceduto nella graduatoria finale “la ricorrente.

Avverso detta sentenza la Angelino ha quindi interposto l'odierno appello,chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio la School Bus chiedendo la reiezione del gravame siccome infondato.

Si è altresì costituito in giudizio il Comune di Afragola, chiedendo viceversa l'accoglimento dell'appello.

Con successive memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi giuridiche.

Alla pubblica udienza del 13 dicembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Con l'unico ancorché articolato mezzo di censura l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove “ha affermato l'invalidità del contratto di avvalimento ....., in quanto (presuntivamente) assoggettato ad una condizione sospensiva potestativa, ravvisata..... nella previsione contrattuale secondo cui “il rappresentante legale dell'impresa ausiliaria, o un suo delegato tecnico, potrà preventivamente verificare le gare e i capitolati d'appalto prima di consentire l'avvalimento. In caso di effettiva aggiudicazione dell'appalto, l'impresa ausiliaria potrà verificare e monitorare costantemente l'esecuzione dei servizi, la regolarità dell'esecuzione degli stessi ed avrà diritto a visionare tutti gli atti tecnici ed amministrativi relativi”.

Assume al riguardo:

a. che l'anzidetta previsione contrattuale altro non sarebbe “che una pattuizione diretta a vincolare reciprocamente le parti senza condizionare in alcun modo la chiara ed univoca volontà dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione dell'appellante i requisiti e le risorse necessarie allo svolgimento dell'appalto...” ;

b. che sarebbe “irrilevante per la stazione appaltante quali siano i rapporti sottostanti esistenti fra il concorrente e il soggetto imprenditoriale avvalso, essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo, in adesione all'attuale normativa comunitaria...”;

c. che nella fattispecie in contestazione il requisito della verifica della volontà contrattuale di avvalimento tra impresa concorrente e impresa ausiliaria dovrebbe “ritenersi soddisfatto con le dichiarazioni depositate, dalle quali si evince che l'impresa ausiliaria ha manifestato in forma inequivoca la volontà di obbligarsi verso la concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse (o per meglio dire le garanzie) necessarie”;

d. che il contratto di avvalimento - per giurisprudenza costante - sarebbe “cristallizzazione di un'obbligazione destinata a perfezionarsi (solo) al momento dell'aggiudicazione in favore del concorrente ausiliato”, come precisato dalla AVCP nella deliberazione n. 2 del 2012, con la quale ha dettato le Linee Guida in materia di avvalimento ;

e. che nessuna valenza invalidante potrebbe attribuirsi alla clausola secondo cui “l'impresa avvalente non verserà alcun importo all'impresa ausiliaria”, in quanto il contratto di avvalimento ben può essere a titolo gratuito, atteso il carattere atipico dello stesso.

2. La doglianza non può essere condivisa.

3. Ed invero, con riferimento ai primi tre profili di censura (lettere a,b,c), osserva il Collegio come nel contratto di avvalimento in questione stipulato tra la DAV e la Angelino sia statuito tra l'altro che "in considerazione della responsabilità solidale che il legislatore nazionale addossa all'impresa ausiliaria, ferma restando l'irripetibilità dei corrispettivi previsti nel presente contratto, le obbligazioni assunte dalla stessa sono subordinate alle seguenti condizioni:

- il rappresentante legale dell'impresa ausiliaria, o un suo delegato tecnico, potrà preventivamente verificare le gare e i capitolati d'appalto prima di consentire l'avvalimento. In caso di effettiva aggiudicazione dell'appalto, l'impresa ausiliaria potrà modificare e monitorare costantemente l'esecuzione dei servizi la regolarità di esecuzione degli stessi ed avrà diritto a visionare tutti gli atti tecnici ed amministrativi relativi come, a titolo esemplificativo ma non esaustivo: comunicazione di stipula contratti ed atti di sottomissione verbali di consegna, sospensione e ripresa, verbali di regolare esecuzione ed inoltre la facoltà di procedere, anche a mezzo di proprio delegato, ad accedere sui luoghi di svolgimento dei servizi onde verificare il regolare e legittimo svolgimento degli stessi;
- l'impresa ausiliaria non sarà responsabile a nessun titolo in caso di rifiuto della stazione appaltante di riconoscere la validità degli accordi scaturenti dal presente contratto ed eventuali oneri legali e non, necessari per un eventuale ricorso, saranno a carico dell'impresa avvalente".

Ciò posto, osserva il Collegio come una clausola siffatta si sostanzia in una condizione sospensiva meramente potestativa, che contrasta oggettivamente con la natura e le finalità del contratto di avvalimento.

Infatti, sebbene quest'ultimo non sia stato tipizzato in ogni suo aspetto dalla legge, non può di certo ritenersi che alle parti sia consentito di definire un regolamento pattizio meramente potestativo e tale, comunque, da ricondurre all'esclusiva volontà dell'ausiliaria il presupposto di operatività di un sinallagma ontologicamente destinato a produrre effetti anche nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice.

Né, peraltro, l'invocata circostanza per cui nella specie il contratto di avvalimento sarebbe da qualificare di "garanzia" piuttosto che "operativo", è di per sé idonea a legittimare l'assunzione di un accordo tra le parti nei termini sopra evidenziati.

Infatti, l'articolo 49 del Codice non opera distinzione alcuna in ragione della natura del contratto e dei requisiti oggetto di avvalimento, imponendo viceversa sempre comunque che gli obblighi che le parti si impegnano ad assumere fra di loro e nei confronti della stazione appaltante siano chiari, univoci e, quel che qui rileva, non sottoposti a condizioni sospensive meramente potestative.

Del tutto correttamente, quindi, il primo giudice ha osservato che il "contratto concluso tra la Angelino S.r.l. e la D.A.V. S.r.l. contiene una pattuizione secondo cui «in caso di aggiudicazione delle gare, l'impresa avvalente non verserà alcun importo all'impresa ausiliaria» – configurandosi, pertanto, come contratto in cui una parte si obbliga senza alcun corrispettivo – e che, non corrispondendo in qualche altro modo anche ad un interesse dell'impresa ausiliaria l'assunzione da parte sua dell'impegno ipotizzato nel contratto .....la condizione potestativa apposta all'obbligazione dell'impresa ausiliaria finisce per dipendere unicamente dalla sua volontà e cioè per essere meramente potestativa", precisando che ai sensi dell'art. 1355 c.c. è però "nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata ad una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore" e concludendo pertanto che, nella specie, ciò che "viene a mancare è il presupposto stesso per

l'assolvimento all'onere di cui all'art. 49, co. 2, lett. f), d.lgs. 163/06, vale a dire un contratto valido ed efficace in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto".

4. Atteso il carattere assorbente delle argomentazioni che precedono, non v'è poi ragione per attardarsi sui restanti due profili di censura (lettere a, b) dedotti con riferimento a quanto precisato dalla AVCP nella deliberazione n. 2 /2012 ed alla possibilità che il contratto di avvalimento possa essere a titolo gratuito, essendo tali rilievi del tutto irrilevanti ai fini del decidere.

7. Conclusivamente il ricorso si appalesa infondato e, come tale, da respingere.

8. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio, attesa la peculiarità delle questioni giuridiche dedotte in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Sabato Malinconico, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

## **BREVI ANNOTAZIONI**

### **OGGETTO DELLE PRONUNCE**

Con le due sentenze in commento, il Consiglio di Stato – nel confermare quanto statuito dal giudice di primo grado – ripercorre alcuni dei caratteri essenziali e dei requisiti posti a pena di invalidità del contratto di avvalimento di cui all'art. 49 del d.lgs. 12 aprile 2006. n. 163.

### **IL PERCORSO ARGOMENTATIVO**

Entrambi i giudizi originano dalla medesima sentenza di primo grado con cui il Tribunale Amministrativo campano ha accolto il ricorso avanzato da parte della concorrente terza classificata avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva emanato a favore della prima e della seconda classificata. La gara, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa, era stata indetta dal Comune di Afragola per l'affidamento di un servizio integrativo del trasporto pubblico locale.

La ricorrente impugnava, tra le altre cose, la legittimità della partecipazione delle due controinteressate e soprattutto della loro mancata esclusione dalla gara, contestando l'invalidità dei contratti di avvalimento da entrambe presentati ex art. 49 del Codice dei contratti pubblici in sede di partecipazione.

Più nello specifico, per quanto attiene alla prima classificata, veniva eccepito che il contratto di avvalimento fosse eccessivamente generico ed indeterminato e che in sostanza fosse manchevole dell'oggetto. Per quanto attiene alla seconda classificata, la ricorrente evidenziava che il contratto di avvalimento presentato fosse non solo assoggettato ad una condizione sospensiva, ma che tale condizione fosse altresì meramente potestativa, fonte di nullità dell'accordo.

La ricorrente domandava così l'annullamento dal provvedimento di aggiudicazione in favore della prima e seconda classificata, l'esclusione delle due imprese e l'aggiudicazione in proprio favore dell'appalto.

Il Tar Campania accoglieva il ricorso, annullava il provvedimenti di ammissione in gara della prima e seconda classificata e il provvedimento di aggiudicazione definitiva, consentendo – non essendo ancora stato sottoscritto – di procedere alle necessarie verifiche di legge antecedenti alla stipula del contratto di appalto.

Avverso la sentenza del Tar Campania, venivano proposti due distinti ricorsi in appello. I) Il primo, da parte dell'impresa aggiudicataria, afferente all'oggetto del contratto di avvalimento e all'indeterminatezza degli impegni assunti dall'impresa ausiliaria; II) l'altro, avanzato dalla seconda classificata, in merito alla validità del contratto di avvalimento sottoposto a condizione sospensiva potestativa. Entrambi i ricorsi sono stati respinti dai giudici di Palazzo Spada in quanto infondati.

Passando all'esame della **prima** delle pronunce in esame, è stato ribadito che il contratto di avvalimento sia da ritenersi invalido qualora le indicazioni ivi contenute fossero insufficienti a determinarne puntualmente l'oggetto. Infatti, la mera riproduzione della formula legislativa della messa a disposizione delle *“risorse necessarie di cui è carente il concorrente”* ex art. 49 del Codice appalti, non è sufficiente né a determinarne l'oggetto, né a realizzare la ratio sottesa alla previsione normativa che, nel richiedere l'allegazione del contratto di avvalimento, intende consentire alla stazione appaltante di esercitare controlli penetranti *“sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti”* (in questo stesso senso, si v. Cons. Stato, Sez. VI, sent. 13 giugno 2013, n. 3310; Sez. V, sent. 10 gennaio 2013, n. 90; Sez. V, sent. 6 agosto 2012, n. 4510; Sez. III, sent. 18 aprile 2011, n. 2344). Qualora l'oggetto del contratto di avvalimento consista esclusivamente nel 'conferimento' di un mero requisito soggettivo (nel caso di specie, era il requisito di qualità ISO 9001), questo non è stato ritenuto valido. Invero, secondo il Consiglio di Stato, *“le parti (ausiliata e ausiliaria) devono impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo «quale mero valore astratto», ma è necessario altresì che risulti chiaramente che l'ausiliaria presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti)”*.

In altri termini, l'avvalimento *“deve essere reale e non formale”*, non potendosi considerare a tal fine sufficiente *“prestare la certificazione posseduta, assumendo impegni assolutamente generici, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a*

soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, garantendo l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati".

La **seconda** delle pronunce in commento affronta il tema della validità del contratto di avvalimento sottoposto a condizione e, più precisamente, di quello sottoposto a condizione meramente potestativa. I giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto non sufficiente, ai fini della validità dell'avvalimento, una semplice manifestazione della volontà di obbligarsi, senza che tale obbligo sia stato effettivamente assunto dall'ausiliaria. In sostanza, la presenza di una clausola limitativa dell'assunzione dell'obbligo dipendente esclusivamente dalla volontà dell'ausiliaria, è motivo invalidante del contratto.

Nel caso di specie, all'interno del contratto di avvalimento vi era la possibilità per il "rappresentante legale dell'impresa ausiliaria, (o un suo delegato tecnico), di poter preventivamente verificare le gare e i capitolati d'appalto prima di consentire l'avvalimento".

Ciò posto, sia il Tar Campania che il Consiglio di Stato hanno ritenuto che una clausola siffatta si sostanzi in una condizione sospensiva meramente potestativa, che contrasta oggettivamente con la natura e le finalità del contratto di avvalimento. Invero, nonostante tale tipologia di accordo non sia stata ancora tipizzata dal Legislatore, non è consentito alle parti di "definire un regolamento pattizio meramente potestativo e tale, comunque, da ricondurre all'esclusiva volontà dell'ausiliaria il presupposto di operatività di un sinallagma ontologicamente destinato a produrre effetti anche nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice".

D'altro canto, il contratto sottoposto a condizione meramente potestativa è nullo, come prescrive l'art. 1335 del Codice civile. Infatti, "è nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore".

Nel caso di specie, quindi, ciò che secondo i giudici di Palazzo Spada sarebbe venuto a mancare è il presupposto stesso dell'avvalimento, ossia un contratto valido ed efficace "in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto".

## **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

Con le due sentenze in commento, il Consiglio di Stato torna nuovamente – confermandone l'importanza determinante sull'esito delle gare pubbliche – sui requisiti essenziali che il contratto di avvalimento deve rivestire.

In primo luogo, viene affrontato il tema dell'oggetto del contratto di avvalimento e della sua genericità. In altri termini, il tema relativo alla "effettività della messa a disposizione dei requisiti". Come evidenziato anche in precedenti commenti apparsi su questa stessa rivista, la giurisprudenza amministrativa sembra progressivamente accedere ad una concezione sempre più attenta rispetto allo strumento dell'avvalimento (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 12 novembre 2013, n. 5384; Tar Lazio, Roma, Sez. III-bis, sent. 12 novembre 2013, n. 9670; Tar Lazio, Roma, Sez. III-quater, sent. 29 novembre 2013, n. 10231).

Come noto, la ratio sottesa allo 'strumento' dell'avvalimento è da individuarsi nell'intento del Legislatore di assicurare la massima partecipazione alle gare pubbliche anche a concorrenti

non muniti di tutti i requisiti prescritti dalla lex specialis di gara. In sostanza, si consente ad un potenziale concorrente sprovvisto di alcuni dei requisiti necessari alla partecipazione in gara di poter usufruire (*rectius* condividere) dei requisiti in possesso di un altro soggetto.

È tuttavia evidente che tale facoltà possa facilmente trasformarsi da ‘strumento utile’ a ‘strumento elusivo’. Infatti, qualora il contratto di avvalimento si riducesse ad un mero “prestito” di certificazioni possedute – tra l’altro attraverso l’assunzione di impegni assolutamente generici e pedissequamente ripetitivi del dettato normativo – verrebbe meno la stessa essenza dell’istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a “consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti” (Cons. Stato, Sez. V, sent. 10 gennaio 2013, n. 90; Sez. III, sent. 18 aprile 2011, n. 2343; Sez. V, sent. 3 dicembre 2009, n. 7592).

Così, non può considerarsi correttamente instaurato un contratto di avvalimento che abbia ad oggetto “*meri valori astratti*” ma è invece necessario che l’ausiliaria presti chiaramente le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo “*in tutte le parti che giustificano l’attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti)*”.

In conclusione, e come d’altronde più volte sottolineato dal Consiglio di Stato, “*la dichiarazione di avvalimento non può quindi consistere in una dichiarazione meramente formale e riprodottriva della disposizione di legge, ma deve contenere la volontà seria dell’impresa ausiliaria di mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto i mezzi dei quali la ditta ausiliata è carente*”.

In merito alla seconda pronuncia, il Consiglio di Stato si esprime sulla validità del contratto di avvalimento sottoposto a condizione. Il Collegio anche in questo caso conferma l’interpretazione da tempo accolta presso la giurisprudenza amministrativa.

In ipotesi di partecipazione ad una gara mediante avvalimento, l’efficacia del medesimo non può essere condizionata alla libera ed insindacabile scelta del soggetto ausiliario. Non è consentito, in altri termini, che il legale rappresentante dell’impresa ausiliaria possa verificare la gara e i capitolati d’appalto prima di consentire l’avvalimento o negarlo. In tal modo, infatti, verrebbe dedotto in condizione sospensiva un evento che dipende dalla mera volontà della parte e che, perciò, darebbe luogo ad una condizione sospensiva meramente potestativa, rendendo nullo il contratto e, quindi, tam quam non esset l’assolvimento all’onere di cui all’art. 49, comma 2, lett. f), d.lgs. 163/2006.

## PERCORSO BIBLIOGRAFICO

U. DE LUCA, L’avvalimento: uno strumento di concorrenza ‘a cavallo’ tra il raggruppamento temporaneo e il subappalto, in F. CARINGELLA - M. GIUSTINIANI (a cura di), Manuale di diritto amministrativo, IV, I contratti pubblici, Ed. Dike, 2014;

I. GOBBATO, L’avvalimento deve essere “effettivo”, commento alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5384, pubblicato in questa stessa rivista;

F. CARINGELLA - M. GIUSTINIANI, Codice dei contratti pubblici, Ed. Dike, 2014.