

## **L'Adunanza Plenaria n. 23 del 2016 e l'esplicitazione dell'oggetto del contratto di avvalimento.**

**di Simona GRAZIUSO\***

**1.** La funzione dell'avvalimento. **2.** Il contratto di avvalimento. **3.** Il fatto che ha dato origine alla controversia. **4.** Le questioni sottoposte all'Adunanza Plenaria. **5.** La soluzione dell'Adunanza Plenaria. **5.1.** Il primo quesito. **5.2** Il secondo quesito. **5.3.** Il terzo quesito. **6.** Il principio di diritto.

L'Adunanza Plenaria n. 23 del 4 novembre 2016 ha affrontato la delicata questione dell'oggetto del contratto di avvalimento e delle modalità per la sua esplicitazione, escludendo la nullità di tale contratto nelle ipotesi in cui una parte del suo oggetto, pur non essendo puntualmente determinata sia, tuttavia, agevolmente determinabile.

### **1. La funzione dell'avvalimento.**

L'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di prescrizioni dell'ordinamento dell'Unione Europea e risponde all'obiettivo di garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche.

Infatti, ogni operatore economico che intenda partecipare ad una procedura di evidenza pubblica deve possedere una serie di requisiti di ordine generale e di ordine speciale.

I requisiti di ordine generale riguardano l'affidabilità "morale" dell'operatore economico; il loro possesso è richiesto, a pena di esclusione, per partecipare ad ogni gara ad evidenza pubblica (art. 38 D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

L'operatore economico che sia privo di tali requisiti non può partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, né è possibile far fronte alla relativa mancanza in alcun modo.

I requisiti di ordine speciale, cioè quelli di carattere economico - finanziario e tecnico - professionale sono, invece, fissati dalla stazione appaltante nel bando e variano, quindi, in relazione ad ogni singolo contratto.

L'eventuale mancanza di tali requisiti può essere colmata attraverso l'istituto dell'avvalimento, che consente all'operatore economico di soddisfare la richiesta

---

\* Avvocato, specializzata in professioni legali.

relativa al loro possesso, avvalendosi delle capacità di altri soggetti (art. 49, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

## **2. Il contratto di avvalimento.**

Attraverso il contratto di avvalimento un'impresa (c.d. ausiliaria) si obbliga, infatti, nei confronti del concorrente (c.d. ausiliata) a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto (art. 49 comma 2, lettere f), del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Ai fini della partecipazione alla gara, il concorrente è tenuto ad allegare alla domanda di partecipazione tale contratto, che, in base all'art. 88 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207<sup>1</sup>, *“deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente:*

*a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico;*

*b) durata;*

*c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.”*

In quest'ottica, è di fondamentale importanza la questione dell'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento e della sua corretta esplicitazione, giacché l'allegazione alla domanda di partecipazione di un contratto di avvalimento privo del contenuto necessario, determinerebbe quale effetto la nullità del contratto e la conseguente esclusione del concorrente dalla gara, per mancanza dei requisiti di partecipazione.

A tale questione è strettamente connessa quella concernente l'utilizzabilità dell'istituto del soccorso istruttorio con riferimento ad incompletezze del contratto di avvalimento tali da determinarne la nullità.

L'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto ha indotto il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana a rimettere la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria.

Per comprendere appieno la portata della decisione dell'Adunanza Plenaria, è, tuttavia, opportuno accennare brevemente al fatto che ha dato origine alla controversia.

## **3. Il fatto che ha dato origine alla controversia.**

Il Consorzio Autostrade Siciliane indiceva una gara per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di adeguamento statico e miglioramento sismico di un viadotto.

La seconda classificata impugnava gli atti conclusivi della gara.

---

<sup>1</sup> Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

L'aggiudicataria si costituiva in giudizio proponendo ricorso incidentale, sostenendo che l'ammissione della seconda classificata fosse illegittima, avendo questa prodotto un contratto di avvalimento invalido, in quanto privo della specificità richiesta dall'art. 88 del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207.

Tale contratto di avvalimento riguardava il "prestito" del requisito nella categoria OS18A, relativa alla produzione in stabilimento e il montaggio in opera di strutture in acciaio.

Il T.a.r. adito accoglieva il ricorso incidentale e dichiarava, conseguentemente, improcedibile il ricorso principale.

Il Giudice di primo grado riteneva, infatti, che il contratto di avvalimento prodotto dalla seconda classificata fosse invalido, in quanto privo di ogni riferimento allo stabilimento industriale di produzione, laddove sarebbe stato necessario indicarlo nel contratto, tenuto conto dell'importanza che lo stabilimento ha per la categoria OS18A .

Il T.a.r. escludeva, peraltro, l'ammissibilità, in tal caso, del soccorso istruttorio, consentendo questo solo la regolarizzazione della documentazione e non anche la sanatoria della mancanza di un requisito al momento della presentazione dell'offerta.

La seconda classificata proponeva, quindi, appello avverso tale sentenza dinanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sostenendo, da un lato, la validità del contratto di avvalimento, in quanto contenente la puntuale indicazione dello stabilimento e, dall' altro, l'erroneità della sentenza nella parte in cui aveva escluso l'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio.

#### **4. Le questioni sottoposte all'Adunanza Plenaria.**

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, rilevata l'esistenza di punti oggetto di contrasti giurisprudenziali ( art. 99, comma 1, c.p.a). riteneva di sottoporre all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato tre questioni di diritto.

In particolare, il CGA chiedeva all'Adunanza Plenaria di stabilire:

*"1) se l'articolo 88 d.P.R. 207/2010 – nel richiedere che il contratto deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente, l'oggetto indicando le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico – riguarda unicamente la determinazione dell'oggetto del contratto (così legittimando anche interpretazioni di tipo estensivo) oppure, oltre all'oggetto, anche il c.d. requisito della forma-contenuto;*

*2) se nell'ipotesi di categorie che richiedono particolari requisiti – come nel caso di specie risulta per la categoria OS18A – tali particolari requisiti debbano essere indicati in modo esplicito nel contratto di avalimento oppure possano essere desunti dall'interpretazione complessiva del contratto;*

*3) se l'istituto del soccorso istruttorio, come disciplinato dopo le novità introdotte dal d.l. 90/2014, possa essere utilizzato anche con riferimento ad incompletezze del contratto di avalimento che, sotto un profilo civilistico, portano ad affermare la nullità del negozio per mancanza di determinatezza del suo oggetto.”*

I primi due quesiti riguardavano, quindi, l'oggetto del contratto di avalimento e le modalità per la sua esplicitazione; il terzo quesito concerneva, invece, l'utilizzabilità del soccorso istruttorio in caso di nullità del contratto di avalimento.

Il problema dell'oggetto del contratto di avalimento si pone poiché se, in via generale, ai sensi dell'articolo 1346 c.c., l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile, ai sensi dell'articolo 88 d.P.R. 207/2010 il contratto di avalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente l'oggetto del contratto, indicando le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico.

Dal confronto tra l'articolo 1346 c.c. e l'articolo 88 d.P.R. 207/2010 sembrerebbe, dunque, emergere che il regolamento al codice dei contratti, a differenza del codice civile, richieda che l'oggetto del contratto di avalimento sia determinato, e non anche solo determinabile.

Con riferimento a tale questione, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, nell'ordinanza di rimessione, dava atto dell'esistenza di tre orientamenti.

Per un primo orientamento, più rigoroso, occorrerebbe la determinatezza dell'oggetto del contratto, non essendo sufficiente la mera determinabilità.

Non sarebbe, quindi, sufficiente la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei relativi contratti, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti; il contratto dovrebbe, infatti, contenere un'analitica e specifica indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati<sup>2</sup>.

In base ad un secondo indirizzo interpretativo sarebbe possibile distinguere il c.d. avalimento di garanzia da quello tecnico-operativo.

---

<sup>2</sup> Cons. St., sez.V, 30 novembre 2015 n. 5396; Cons. St., sez. V, 23 settembre 2015 n. 4456; Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2014 n. 2365.

Nel caso dell'avvalimento di garanzia, tenuto conto che l'ausiliaria mette a servizio dell'ausiliata la propria solidità economica e finanziaria, il relativo contratto non richiederebbe la specificazione puntuale delle risorse concretamente messe a disposizione.

Nell'avvalimento operativo, invece, il contratto dovrebbe indicare specificamente tutte le risorse dell'impresa ausiliaria che vengono messe a disposizione dell'ausiliata.

Per altro orientamento<sup>3</sup> sia nel c.d. avvalimento di garanzia sia in quello operativo sarebbe necessaria la specificità dell'oggetto del contratto e quindi la sua determinatezza, non essendo sufficiente la mera determinabilità.

La distinzione tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo, infatti, non avrebbe alcun appiglio normativo, mancando disposizioni che differenziano il grado di specificità dell'oggetto a seconda dell'una o dell'altra categoria.

Il C.G.A.R.S. riteneva che l'orientamento maggiormente condivisibile fosse quest'ultimo, sulla base di due principali argomentazioni.

Sotto un primo profilo, un argomento a favore di tale tesi veniva desunto dal raffronto tra l'art. 1346 c.c. l'art. 88 d.P.R. 207 del 2010, da cui emergerebbe che, mentre in base all'articolo 1346 del codice civile l'invalidità del contratto non può essere pronunciata in ragione della non immediata determinatezza dell'oggetto, qualora questo sia comunque determinabile, in base all'articolo 88, comma 1 del d.P.R. 207 del 2010, un contratto di avvalimento dal contenuto soltanto determinabile sarebbe da considerare, per ciò stesso, invalido.

A sostegno di tale conclusione veniva, inoltre, richiamata la teorica della forma-contenuto secondo cui esistono casi di nuovo formalismo che impongono, a fini di validità del contratto, la puntuale esplicitazione di una serie di elementi individuati dal legislatore.

Mancando tale indicazione compiuta, esplicita ed esauriente il contratto sarebbe nullo e conseguentemente, l'operatore economico che ha presentato la domanda sarebbe privo di un requisito di partecipazione.

L'adesione a tale tesi avrebbe posto il problema dell'utilizzabilità, in ipotesi siffatte, del potere/dovere di soccorso istruttorio.

L'ordinanza di rimessione dava atto dell'esistenza, sul punto, di tre diversi orientamenti.

---

<sup>3</sup> C.G.A. 21 gennaio 2015 n. 35; poi seguito da Cons. St., sez. III, 7 luglio 2015 n. 3390 e Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2015 n. 4544

Secondo un primo orientamento, l'articolo 46, comma 1 ter, Codice Contratti imporrebbe di utilizzare il soccorso istruttorio anche nei casi in cui la mancanza è relativa al contratto di avvalimento.

Per altro orientamento, invece, il soccorso istruttorio, anche dopo l'ampliamento operato dal d.l. 90/2014, non potrebbe essere utilizzato con riferimento al contratto di avvalimento perché quest'ultimo, lungi dall'essere un documento da allegare alla domanda per dimostrare il possesso di un requisito, è il presupposto per la partecipazione alla gara, fornendo all'avvalente il requisito mancante.

Il soccorso istruttorio non può, infatti, essere utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

Secondo altro orientamento, il soccorso istruttorio potrebbe operare limitatamente all'ipotesi di mancata allegazione del contratto che sia stato già siglato alla data di presentazione dell'offerta.

## **5. La soluzione dell'Adunanza Plenaria.**

### **5.1. Il primo quesito**

L'Adunanza Plenaria ha ritenuto che l'impostazione prospettata dal CGA sulle modalità di esplicitazione dell'oggetto del contratto di avvalimento non potesse essere condivisa, sulla base di una pluralità di considerazioni.

Innanzitutto, si è rivelata dirimente la considerazione relativa alla ratio dell'introduzione in ambito comunitario dell'istituto dell'avvalimento, che è quella di conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non solo degli operatori economici, ma anche delle amministrazioni aggiudicatrici<sup>4</sup>.

Secondo l'Adunanza Plenaria, l'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea, delle norme di diritto interno, nonché i principi di parità di trattamento e non discriminazione degli istituti di matrice euro-unitaria ( quale l'avvalimento) rispetto alle analoghe figure di diritto interno, impongono di ritenere che non possa essere accolta la tesi secondo cui l'individuazione dell'oggetto del contratto debba sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli previsti per la generalità dei contratti ex artt. 1325 e 1346 c.c. Non è stata, dunque, accolta la tesi secondo cui mentre per la validità dei contratti in generale è richiesto un oggetto di carattere determinato o determinabile, per il contratto di avvalimento sarebbe richiesto sempre un oggetto determinato.

---

<sup>4</sup> In tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009 in causa C-305/08.

In secondo luogo, è stata evidenziata la mancanza di un'espressa disposizione che deponga chiaramente in tal senso, non essendo a tal fine sufficiente la previsione di cui all'art. 88 co 1 del d.P.R. 207/2010, trattandosi, peraltro, di una norma di rango secondario, come tale inidonea ad introdurre disposizioni derogatorie della normativa primaria di riferimento.

L'Adunanza Plenaria ha, infine, contestato anche l'argomentazione fondata sulla teorica della forma -contenuto, osservando che questa è stata enucleata in relazione ad ipotesi in cui il Legislatore persegue lo scopo di tutelare la posizione negoziale dei contraenti deboli e di colmare le asimmetrie informative che sussistono tra le parti contraenti, predeterminando in modo tassativo gli elementi che il contratto deve esplicitare<sup>5</sup>.

È stato, conseguentemente, escluso che tale teorica possa essere richiamata nel settore della contrattualistica pubblica, in quanto, in primo luogo, in essa agiscono operatori professionali; in secondo luogo, perché la supposta nullità del contratto per difetto della forma - contenuto, opererebbe in danno dello stesso operatore che invoca l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento.

In conclusione, l'Adunanza Plenaria ha escluso che l'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010 legittimi un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto di avvalimento il cui oggetto sia stato esplicitato in modo non determinato, ma solo determinabile.

Ha quindi sostenuto che l'indagine in ordine agli elementi essenziali del contratto, anche ai fini dell'individuazione di eventuali forme di invalidità debba essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e, quindi, sulla base:

- dell'articolo 1363 cod. civ. "Interpretazione complessiva delle clausole", secondo cui "le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto" e
- dell'articolo 1367 cod. civ. "Conservazione del contratto", secondo cui "nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui

---

<sup>5</sup> Vedi ad es. i contratti tra imprese e consumatori [Parte III, Titolo I del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 – c.d. 'Codice del consumo' -], i contratti bancari di cui all'articolo 117 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 [*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*], i contratti di credito ai consumatori di cui all'articolo 124, comma 4 del medesimo testo unico; i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento di cui all'articolo 23 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 [*Testo unico in materia di intermediazione finanziaria*], nonché *vi*) i contratti di vendita c.d. 'multiproprietà' di cui agli articoli 71 e 72 del richiamato 'Codice del consumo')

possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno”.

### **5.2 Il secondo quesito.**

L'Adunanza Plenaria ha ritenuto che la medesima conclusione debba valere anche per le ipotesi in cui il contratto di avvalimento abbia ad oggetto la messa a disposizione di requisiti di rilevante particolarità, non essendoci ragioni testuali o sistematiche per aderire a una diversa impostazione.

Secondo l'Adunanza Plenaria, infatti, occorre evitare di far prevalere un approccio formalistico rispetto all'esigenza di garantire la verifica in senso sostanziale circa il possesso effettivo dei requisiti.

Alla luce di tali considerazioni, ha dunque ritenuto che il contratto di avvalimento prodotto dalla seconda classificata non fosse nullo, presentando un oggetto agevolmente determinabile dal complessivo tenore del contratto.

### **5.3. Il terzo quesito.**

L'irrelevanza della questione relativa all'ammissibilità del soccorso istruttorio nelle ipotesi di nullità del contratto di avvalimento ai fini della risoluzione della controversia ha indotto l'Adunanza Plenaria a non esaminare il terzo quesito.

## **6. Il principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria.**

In conclusione, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha enunciato il seguente principio di diritto relativo ai primi due quesiti posti nell'ambito dell'ordinanza di rimessione:

*“L'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e l'articolo 88 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all'articolo 47, paragrafo 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi (quale quella che qui rileva) in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile.*

*In siffatte ipotesi, neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica c.d. del 'requisito della forma/contenuto', non venendo in rilievo l'esigenza (tipica dell'enucleazione di tale figura) di assicurare una particolare tutela al contraente debole attraverso l'individuazione di una specifica forma di*



*'nullità di protezione'. Le conclusioni di cui sopra trovano applicazione, non ravvisandosi ragioni in senso contrario, anche nel caso di categorie che richiedono particolari requisiti di qualificazione come la OS18A (riguardante "la produzione in stabilimento ed il montaggio in opera di strutture di acciaio").*