

## **Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 9180 del 24 ottobre 2023**

Appalti di lavori – Contratto di avvalimento – Previsione stipula contratti attuativi – Carenza interesse patrimoniale – Non sussiste

Publicato il 24/10/2023

**N. 09180/2023REG.PROV.COLL.**

**N. 02750/2023 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 numero di registro generale 2750 del 2023, proposto da (...) s.r.l., in persona del legale rappresentante **pro tempore**, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

*contro*

Provincia di (...), in persona del legale rappresentante **pro tempore**, rappresentata e difesa dagli avvocati (...) e (...), con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Regione (...) - Unità Organizzativa Genio Civile di (...), non costituita in giudizio;

*nei confronti*

(...) s.r.l., in persona del legale rappresentante **pro tempore**, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), (...) e (...), con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato (...);

*per la riforma*

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, Sez. I, n. 328 del 2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di (...) e di (...) s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2023 il Cons. Stefano Fantini e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO**

1.- La (...) s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 10 marzo 2023, n. 328 del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, Sez. I, che ha respinto il suo ricorso avverso la determinazione della Provincia di (...) n. 135 in data 8 febbraio 2023, recante l'aggiudicazione dell'appalto in favore della (...) s.r.l., nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto.

La controversia concerne la procedura competitiva preordinata all'affidamento dell'appalto dei "lavori di ripristino officiosità idraulica del fiume Brenta nel tratto tra Curtarolo e Strà L.R. 27/2003-D.Lgs. 50/2016", indetta il 15 dicembre 2022 dalla Regione (...), con delega alla Provincia di (...) a operare quale stazione appaltante.

All'esito della procedura selettiva aperta di tipo telematico la (...) s.r.l. è risultata prima graduata (con un ribasso offerto del 24,240 per cento) mentre la (...) seconda (con un ribasso del 24,222 per cento); ne è conseguita, con determinazione n. 135 dell'8 febbraio 2023, l'aggiudicazione in favore della (...) s.p.a., in possesso del requisito partecipativo di qualificazione (attestazione in OGB, classe III) in forza di contratto di avvalimento con l'operatore (...) s.r.l.

2. - Con il ricorso in primo grado la (...) s.r.l. ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione deducendone l'illegittimità in ragione della nullità del contratto di avvalimento del 20 gennaio 2023, prescrivente che la messa a disposizione delle risorse da parte dell'impresa ausiliaria sarebbe avvenuta "mediante appositi contratti nell'ambito delle figure definite dalla normativa in essere mediante subappalto, noleggio a caldo e a freddo, contratto di servizi di management, distacco

e/o altre forme contrattuali, con la rispettiva autorizzazione, ove necessaria da rilasciarsi nei termini e modalità di legge da parte dell'amministrazione appaltante" (art. 4). Ciò determinerebbe, appunto, la nullità del contratto di avvalimento per carenza di un interesse patrimoniale, diretto o indiretto, all'esecuzione della prestazione da parte dell'operatore ausiliario e anche in ragione della non attualità e concretezza del trasferimento dei requisiti da parte dell'ausiliaria in favore dell'ausiliata, sì da dover riqualificarsi il contratto come mero contratto preliminare preordinato alla stipulazione di diverse figure contrattuali tipiche.

3. - La sentenza appellata ha respinto l'appello ritenendo che l'obbligazione assunta corrisponda allo schema tipico del c.d. avvalimento operativo; «la prescrizione contenuta nell'art. 4 del contratto [...] non inficia la certezza e la specificità dell'obbligo assunto dall'ausiliaria di porre a disposizione il requisito di partecipazione e con esso le risorse necessarie». Con riferimento alla mancata indicazione del corrispettivo fin dal momento della stipulazione del contratto di avvalimento la sentenza ha poi affermato che la carenza di onerosità testuale non legittima a ritenere che il contratto sia privo del carattere della onerosità, «ben potendosi ritenere che la lacuna sia suscettibile di integrazione successiva per volontà delle parti, specie nell'ambito dei negozi attuativi volti a regolare l'esecuzione del contratto di avvalimento».

4. - Con il ricorso in appello la società (...) ha reiterato, alla stregua di motivi di critica della sentenza impugnata, le censure di primo grado, in particolare assumendo che le obbligazioni assunte dalle parti non sarebbero sussumibili nello schema contrattuale di cui all'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, conseguendone l'inidoneità alla dimostrazione del possesso del requisito partecipativo da parte della concorrente dichiarata aggiudicataria.

5. - Si sono costituite in resistenza la (...) s.r.l. e la Provincia di (...) puntualmente controdeducendo e chiedendo la reiezione del ricorso in appello (la (...) ha anche eccepito l'inammissibilità del ricorso di primo grado e del ricorso in appello per non essere stata individuata quale parte del giudizio la Presidenza del consiglio dei ministri, rispetto alla quale la Provincia ha agito quale delegata).

6. - All'udienza pubblica del 13 luglio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

1.-L'appellante deduce che, a termini del predetto art. 4 del contratto, le risorse (in termini di attrezzature, mezzi e personale) che le parti hanno ritenuto integrare il requisito partecipativo, sebbene indicate negli allegati al contratto, non possono ritenersi concretamente e immediatamente poste a disposizione dell'operatore ausiliato; la predetta clausola contrattuale prevede infatti che la messa a disposizione del requisito partecipativo sarà garantita a mezzo della successiva stipula tra le parti di appositi contratti nell'ambito delle figure definite dalla normativa in essere; di qui l'indeterminatezza dell'obbligazione assunta dall'impresa (...) con il contratto e, per conseguenza, la doverosa esclusione della (...) dalla gara in ragione del mancato possesso dei requisiti partecipativi richiesti dalla *lex specialis*. In particolare, secondo l'appellante, le pattuizioni assunte dalle parti integrano una sorta di contratto preliminare di subappalto, nolo o distacco del personale; le stesse non integrano dunque lo schema contrattuale dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, che si caratterizza come contratto tipico, di natura onerosa, con immediati effetti obbligatori in capo alle parti, mediante il quale una parte (ausiliata) si avvale dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale prescritti dalla *lex specialis* per la partecipazione ad una gara, provenienti da un altro operatore economico (ausiliario), il quale si impegna a metterli a disposizione del richiedente per il tempo necessario. Con la stipula di un contratto di avvalimento l'operatore gode con effetto immediato della disponibilità delle risorse oggetto del trasferimento, senza che si renda necessaria la formalizzazione di ulteriori e distinti accordi applicativi. Sempre per l'appellante, difettando nella fattispecie un concreto ed immediato trasferimento delle risorse operative, ne consegue anche la mancanza del requisito dell'onerosità del contratto di avvalimento, atteso che l'interesse patrimoniale in capo all'impresa (...) risulta sotteso e posticipato ai soli contratti accessori.

L'appello è infondato.

Giova premettere che il contratto di avvalimento *de quo* enuclea all'art. 3 i requisiti e le risorse messe a disposizione, in particolare l'idonea attestazione di qualificazione SOA n.26650/11/00 per categoria OG8 classifica III-BIS, nonché le risorse, mezzi e personale specifico, indicati nell'allegato al contratto.

La disciplina nazionale ed europea sull'avvalimento va interpretata nel senso che si configura la

nullità del contratto nei casi in cui non vi sia almeno una parte dell'oggetto del contratto stesso dalla quale si possa determinare il tenore complessivo del negozio, anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 cod. civ.; la giurisprudenza ha poi specificato che occorre distinguere tra requisiti generali e risorse: solamente per queste ultime è giustificata l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico, con il corollario che in questo caso l'oggetto del contratto deve essere determinato, in tutte le altre evenienze essendo invece sufficiente la sua semplice determinabilità (in termini Cons. Stato, V, 5 dicembre 2022, n.10604).

Nella specie l'appellante non pone peraltro un problema di indeterminatezza contrattuale, quanto piuttosto di non immediata suscettibilità della messa a disposizione delle risorse da parte dell'impresa ausiliaria a termini di quanto previsto dall'art. 4, che correla la fruibilità delle stesse a successivi appositi contratti.

Ritiene il Collegio che tale peculiarità non escluda di inferire la causa in concreto dell'avvalimento, vale a dire la ragione giustificativa dello scambio, suscettibile di essere evidenziata nei negozi attuativi volti a regolare l'esecuzione del contratto, come condivisibilmente ritenuto dal primo giudice. La previsione di negozi attuativi non elide l'immediata esigibilità delle risorse messe a disposizione e neppure contraddice il carattere di contratto obbligatorio dell'avvalimento.

Non può, del resto, trascurarsi che proprio l'art. 89, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 precisa che l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prescritti, ammettendo dunque anche un successivo contratto. Si intende in tale modo osservare che la sottoscrizione del contratto di avvalimento non esclude la conclusione di ulteriori contratti che servono a rendere più efficace e utile il trasferimento delle risorse dall'ausiliaria all'ausiliata, ovvero, per meglio dire, a rendere più funzionale la gestione delle risorse già trasferite, secondo quanto previsto dall'art. 3 del contratto in esame.

Ciò dicasi anche con particolare riguardo alla mancata predeterminazione del corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria, che sarebbe indice sintomatico della violazione del canone dell'onerosità del contratto.

A questo riguardo va ricordato come la giurisprudenza abbia affermato che non è postulabile l'automatica invalidità del contratto di avvalimento privo dell'espressa indicazione di un

corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria o mancante dei criteri per la sua predeterminazione, ogni qualvolta dal tenore dell'accordo possa comunque individuarsi l'interesse patrimoniale dell'ausiliaria, interesse che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo; in altri termini la nullità del contratto di avvalimento non può farsi discendere dalla carenza di un corrispettivo predeterminato o dalla mancanza di criteri per la sua predeterminazione, non potendosi estendere alle pattuizioni relative al compenso l'onere di specificazione di cui all'art. 89, comma 1, ultima parte, del d.lgs. n. 50 del 2016, che riguarda solamente i requisiti e le risorse messe a disposizione. L'indicazione del preciso ammontare del corrispettivo esula invero dalle prescrizioni imposte al contratto di avvalimento, essendo piuttosto frutto di un'impropria estensione analogica al caso di specie delle speciali prescrizioni dettate per l'avvalimento operativo, relative al personale, ai mezzi e alla attrezzature, che devono essere puntualmente individuati ed indicati nell'offerta, allo scopo di dimostrare l'affidabilità dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria (in termini Cons. Stato, V, 12 luglio 2023, n.6826).

Va, del resto, osservato che il carattere dell'onerosità del contratto si desume anche dal rinvio alle figure contrattuali del subappalto, del noleggio per l'uso dei mezzi e attrezzature messi a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Peraltro nella fattispecie in esame sussiste la peculiarità per cui le società (...) e (...) costituiscono, sul piano economico, un unico centro di interessi, con la stessa base sociale, come bene dimostra l'assetto proprietario e gestionale delle medesime, che fa perno sulla sig.ra (...) (amministratrice unica di entrambe le società e titolare del 50 per cento delle quote della (...) s.r.l.) e sul sig. (...) (socio unico e direttore tecnico della (...) e titolare dl 50 per cento delle quote della (...)). Ciò evidentemente giustifica la mancata indicazione del corrispettivo nel contratto di avvalimento, ma non esclude affatto l'interesse patrimoniale dell'ausiliaria, anche nella prospettiva che l'impresa ausiliata si aggiudichi la gara (così Cons. Stato, V, 10 giugno 2019, n.3885). Merita, a completamento delle osservazioni che precedono, rilevare come l'art. 104, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023 (recante il nuovo codice dei contratti pubblici) espressamente stabilisce che «il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti».

2. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello con l'unita domanda risarcitoria deve essere respinto in quanto infondato (ciò esime anche il Collegio dalla disamina della preliminare eccezione di inammissibilità svolta dalla controinteressata).

Sussistono tuttavia, in ragione della complessità e della peculiarità della controversia, le ragioni prescritte dalla legge per la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

**P.Q.M.**

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

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**

**Rosanna De Nictolis**

IL SEGRETARIO