

Appalti

Avvalimento, dal Tar un aiuto alla corretta definizione del contratto

di Roberto Mangani

18 Ottobre 2023

In una sentenza dei giudici di Bologna l'analisi dei punti che devono essere presenti per rendere il documento valido ai fini del prestito dei requisiti tra le imprese

NT+ Contenuto esclusivo Norme & Tributi Plus

Affinché l'avvalimento relativo all'attestazione Soa possa considerarsi legittimo è necessario che il relativo contratto indichi in maniera puntuale i mezzi e le risorse che l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa concorrente. È altresì necessario che tali mezzi e risorse siano funzionali all'esecuzione dello specifico appalto e che vi sia un'effettiva integrazione con i mezzi e le risorse dell'impresa concorrente, cosicché il complesso dell'organizzazione aziendale risulti idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto. Sono questi i principi affermati da [Tar Emilia Romagna Sez. I, 5 ottobre 2023, n. 547](#), che nel ribadire un orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa si caratterizza tuttavia rispetto ad altre pronunce perché analizza puntualmente i contenuti del contratto di avvalimento, anche attraverso alcuni esempi concreti. In particolare la sentenza indica (in negativo) ciò che non è coerente con i contenuti che deve avere il contratto di avvalimento, offrendo specularmente indicazioni (in positivo) sui caratteri che lo devono connotare per poter essere considerato valido ai fini che si propone.

Il fatto

Un ente appaltante aveva bandito una procedura di gara per l'affidamento di un appalto di lavori. Un concorrente veniva escluso per mancanza dei requisiti di qualificazione richiesti: in particolare, lo stesso era in possesso dell'attestazione Soa nella categoria di lavori richiesta (Og6) ma per una classifica inferiore (III bis invece che VI). L'esclusione veniva disposta in ragione del fatto che l'ente appaltante non aveva ritenuto valido e legittimo il contratto di avvalimento con cui il concorrente intendeva ricorrere ai requisiti di un'impresa ausiliaria – in possesso di attestazione Soa per categoria e classifica richiesta dal bando – per colmare il proprio deficit di qualificazione. Il concorrente impugnava il provvedimento di esclusione davanti al giudice amministrativo.

Il contratto di avvalimento: i principi generali

La questione oggetto della controversia si incentra dunque sui caratteri che deve possedere il contratto di avvalimento in caso di prestito del requisito costituito dall'attestazione Soa. Il giudice amministrativo precisa in via preliminare che nel caso di specie si tratta di un'ipotesi di avvalimento operativo, distinto dal così detto avvalimento di garanzia, figura meno netta nei suoi tratti caratterizzanti.

Nell'avvalimento operativo infatti il contratto di avvalimento – secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale – deve contenere una puntuale indicazione delle risorse in concreto messe a disposizione dall'impresa ausiliaria a favore dell'impresa concorrente.

Questo principio trova necessaria applicazione nell'ipotesi in cui oggetto di avvalimento sia l'attestazione Soa. In questa ipotesi è dunque imprescindibile che il prestito di tale requisito non si risolva in un fatto meramente cartolare – ossia l'astratta attestazione – ma comporti la concreta messa a disposizione delle risorse e dell'apparato organizzativo dell'impresa ausiliaria a favore dell'impresa concorrente. Coerentemente, il contratto di avvalimento deve indicare in maniera puntuale i mezzi, il personale e tutti gli altri elementi aziendali che hanno concorso all'ottenimento della qualificazione Soa.

Occorre inoltre che vi sia un'effettiva integrazione delle organizzazioni aziendali dell'impresa ausiliaria e dell'impresa concorrente, in maniera che da tale integrazione emerga l'effettiva capacità del concorrente di eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto. Qualora le condizioni indicate non si verificano, il contratto di avvalimento si risolverebbe in un involucro privo di contenuti, nel senso che darebbe luogo a un prestito meramente formale del requisito cui non corrisponderebbe l'effettivo trasferimento delle risorse idonee all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto. Va conseguentemente esclusa la validità di un contratto di avvalimento che si limiti a

contenere formule generiche (messa a disposizione di tutte le risorse) o meramente riproduttive del dato normativo, che comunque non consentano di individuare con sufficiente precisione le risorse messe a disposizione e conseguentemente le prestazioni che l'impresa ausiliaria dovrà eseguire.

L'applicazione pratica

Di notevole interesse sotto il profilo operativo sono le affermazioni del giudice amministrativo attraverso cui viene data applicazione nel caso concreto ai principi generali sopra riassunti. L'ente appaltante ha infatti ritenuto che il contratto di avvalimento che il concorrente ha prodotto per colmare il deficit di qualificazione relativo al mancato possesso dell'attestazione Soa nella categoria OG 6, classifica VI – possedendo l'impresa concorrente l'iscrizione nella classifica III bis – non fosse idoneo allo scopo.

Il contratto faceva infatti riferimento a un lungo elenco di mezzi messi a disposizione, che appariva del tutto generico e fuorviante. Alcuni di questi mezzi risultavano peraltro del tutto inconferenti rispetto all'esecuzione dell'appalto, cosicché l'elenco appariva predisposto in termini non ragionati, come un mero assemblaggio di elementi da poter utilizzare in qualunque circostanza e a prescindere dalle caratteristiche dello specifico appalto. Ancora, non risultava neanche chiaro se tutti i mezzi indicati fossero già nella disponibilità dell'impresa ausiliaria ovvero dovessero essere successivamente acquisiti ad esempio attraverso appositi contratti di noleggio. La situazione si presentava ancora più critica con riferimento alle risorse umane messe a disposizione. Il contratto di avvalimento indicava infatti un numero molto ristretto di risorse, del tutto insufficiente all'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto.

Né assume rilievo l'obiezione sollevata dall'impresa concorrente, secondo cui tali risorse dovevano ritenersi integrative di quelle già possedute autonomamente dalla stessa, cosicché il numero complessivo di dipendenti occupati nella commessa era di molto superiore e del tutto adeguato all'esecuzione dell'opera.

Il Tar Emilia Romagna ha infatti correttamente evidenziato che le risorse umane dell'impresa concorrente – come tutte le altre risorse aziendali – sono idonee ad eseguire lavori nei limiti della (categoria) e classifica di importo posseduta – cioè III bis – e non possono quindi essere prese in considerazione relativamente a lavori di maggior rilievo, che rientrano nella categoria VI. Cosicché non è ragionevole sostenere che l'incremento di poche unità lavorative sia idoneo ad acquisire quella capacità realizzativa di cui l'impresa concorrente è di per sé carente. La conclusione del giudice amministrativo è quindi nel senso che il giudizio dell'ente appaltante che ha ritenuto inadeguato il contenuto del contratto di avvalimento rispetto alla finalità sua propria deve ritenersi corretto, in quanto esente da vizi di illogicità e irragionevolezza. Ciò in quanto il prestito del requisito si rivela sostanzialmente cartolare, non concretizzandosi nella effettiva messa a disposizione di mezzi e risorse da parte dell'impresa ausiliaria e non configurandosi quindi una collaborazione concreta ed effettiva di quest'ultima ai fini della corretta esecuzione dei lavori.

I passaggi della pronuncia che fanno applicazione dei principi consolidati al caso di specie rappresentano la parte più interessante della stessa.

A differenza di altri casi in cui il giudice amministrativo si è limitato ad affermazioni di carattere generale, la sentenza in commento offre elementi concreti indirizzati a chiarire i motivi per cui il contratto di avvalimento non può considerarsi adeguato allo scopo. E specularmente, rende evidente anche quali debbano essere i contenuti di tale contratto affinché lo stesso possa considerarsi valido ed efficace ai fini del prestito dei requisiti.

Tali indicazioni risultano particolarmente significative proprio per l'ipotesi in cui oggetto di avvalimento sia l'attestazione Soa: prestare tale requisito significa che l'impresa ausiliaria deve mettere a disposizione – al fine di concorrere materialmente all'esecuzione dell'appalto – il complesso dell'organizzazione aziendale nella sua unitarietà o comunque in una parte della stessa che sia idonea a colmare il deficit di qualificazione dell'impresa concorrente.

Il Dlgs 36 e il contratto di avvalimento

L'articolo 104 del nuovo Codice disciplina l'avvalimento riprendendo nella sua impostazione di fondo le previsioni del Dlgs 50. Vi sono tuttavia alcune novità che si incentrano proprio sul contratto di avvalimento e sui contenuti che lo stesso deve avere per essere valido, in quanto idoneo allo scopo. Ed anzi si può dire che la disciplina dell'articolo 104 mette al centro proprio il contratto di avvalimento, riprendendo peraltro i principi che negli anni sono stati affermati dalla giurisprudenza amministrativa in relazione alla disciplina previgente.

Viene così esplicitamente stabilito che con il contratto di avvalimento l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione dell'impresa concorrente dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto (comma 1).

Il successivo comma 2 è poi espressamente dedicato all'ipotesi in cui l'avvalimento abbia ad oggetto l'attestazione Soa. Viene infatti stabilito che nel caso di appalto di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro – che quindi necessita ai fini della qualificazione di attestazione Soa – il contratto di avvalimento deve avere per oggetto le

dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito al concorrente di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta.

Le due previsioni ricordate inducono ad alcune riflessioni. La prima è che nel caso in cui l'avvalimento riguardi l'attestazione Soa all'ente appaltante è demandata una sorta di supplemento di verifica rispetto alla qualificazione delle imprese. Occorre infatti verificare quali siano i mezzi e le dotazioni richieste per una determinata attestazione Soa – facendo evidentemente riferimento alle regole vigenti per ottenere la qualificazione – ed accertare che gli stessi siano oggetto del contratto di avvalimento. Si deve ritenere che questa messa a disposizione possa intendersi anche in termini di integrazione, nel senso che l'astratta idoneità a conseguire l'attestazione Soa potrebbe derivare dall'integrazione tra i mezzi e le risorse dell'impresa concorrente e quelli messi a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Altra considerazione, di carattere più generale, riguarda la distinzione che nel regime normativo previgente la giurisprudenza ha delineato tra avvalimento operativo e avvalimento di garanzia, ritenendo che solo nel primo caso il relativo contratto dovesse contenere l'indicazione puntuale dei mezzi e risorse messi a disposizione.

Di questa differenziazione non sembra esservi traccia nella nuova disciplina del Dlgs. 36. Con la conseguenza che anche nell'avvalimento così detto di garanzia – relativo essenzialmente ai requisiti di carattere economico e finanziario – appare necessario la messa a disposizione di mezzi e risorse aziendali, ritenuti funzionali ai fini del prestito anche di questa tipologia di requisiti.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE