

## Appalti

# Avvalimento, per l'attestazione Soa valido il contratto con il prestito di tutti i mezzi dell'azienda

di Roberto Mangani

07 Novembre 2023

Il Tar Calabria chiarisce alcuni principi dell'istituto alla luce delle novità del Dlgs 36/2023

**NT+** Contenuto esclusivo Norme & Tributi Plus

Nel caso in cui oggetto di avvalimento sia l'attestazione Soa deve ritenersi valido e idoneo allo scopo il contratto di avvalimento che preveda la messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di tutti i mezzi, le attrezzature, i macchinari, i beni, i materiali e il personale che hanno consentito il conseguimento della qualificazione Soa che viene prestata. L'oggetto del contratto di avvalimento nei termini indicati deve infatti considerarsi determinato o quanto meno determinabile, in quanto fa riferimento al complesso delle risorse aziendali che hanno consentito l'ottenimento dell'attestazione Soa per una determinata categoria e classifica dei lavori, che è appunto il requisito di qualificazione che l'impresa ausiliaria presta all'impresa principale che ne è carente.

A rafforzare questa conclusione va evidenziato il rilievo che l'ordinamento attribuisce alla funzione di controllo che deve essere esercitata dal Rup, il quale nella fase di esecuzione dell'appalto deve verificare che i mezzi e le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria siano realmente impiegate nello svolgimento delle relative prestazioni, così da rendere l'avvalimento effettivo e non meramente formale e astratto. Sono queste le principali affermazioni contenute nella sentenza del [Tar Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782](#), che ribadisce alcuni principi in materia di avvalimento rivisti anche alla luce delle novità contenute nella disciplina dell'istituto di cui al Dlgs 36/2023.

### Il fatto

Una centrale di committenza indiceva una procedura di gara telematica per l'affidamento di lavori di adeguamento sismico e messa in sicurezza di un edificio scolastico, finanziati con i fondi del Pnrr. Tra i requisiti di qualificazione veniva richiesto ai concorrenti il possesso dell'attestazione Soa per le seguenti categorie: categoria Soa prevalente OS 21, classifica II e categoria scorporabile OG1, classifica II. Il concorrente attuale ricorrente dichiarava di possedere la qualificazione nella categoria prevalente e di ricorrere all'avvalimento ai fini della qualificazione nella categoria scorporabile.

Nel contratto di avvalimento l'impresa ausiliaria dichiarava a sua volta di possedere la qualificazione Soa nella categoria scorporabile e per importo adeguato, e che ai fini del prestito di tale requisito avrebbe messo a disposizione dell'impresa principale – con le modalità del noleggio – tutti i mezzi, attrezzature, macchinari, beni, materiali, personale che avevano consentito il conseguimento della suddetta qualificazione Soa. L'ente appaltante escludeva il concorrente dalla gara in quanto, ritenendo il contratto di avvalimento generico e indeterminato nell'oggetto, considerava lo stesso privo del necessario requisito di qualificazione. Il concorrente impugnava il provvedimento di esclusione davanti al giudice amministrativo. Tra i diversi motivi di censura veniva contestata in particolare la ritenuta genericità del contratto di avvalimento. A sostegno di tale censura il ricorrente evidenziava che nella disciplina dell'avvalimento definita dal Dlgs 36 vi è una specifica disposizione, contenuta all'articolo 104, comma 2, secondo cui nel caso di prestito dell'attestazione Soa è sufficiente che il relativo contratto indichi le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito al concorrente di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta. Di conseguenza doveva ritenersi idoneo il contratto di avvalimento che nella sostanza metteva a disposizione dell'impresa principale l'intero complesso aziendale dell'impresa ausiliaria.

## **Attestazione Soa e contratto di avvalimento**

La questione centrale della controversia si incentra dunque sulla idoneità del contratto di avvalimento ai fini del prestito del requisito costituito dall'attestazione Soa. Secondo l'ente appaltante tale contratto si limiterebbe a manifestare una generica volontà dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione mezzi e risorse, senza indicare nello specifico quali dotazioni tecniche e risorse fossero funzionali all'ottenimento dell'attestazione Soa richiesta nel caso di specie quale requisito di qualificazione. La genericità del contratto di avvalimento comporta che lo stesso sia da considerare nullo, con la conseguenza che il concorrente risulterebbe privo fin dall'origine del requisito di qualificazione richiesto, e quindi da escludere dalla gara. Questa prospettazione non è stata accolta dal giudice amministrativo. Quest'ultimo ricorda in primo luogo che il contratto di avvalimento prevede che l'impresa ausiliaria si obbliga a fornire all'impresa principale i requisiti necessari per la partecipazione alla gara e conseguentemente a mettere a disposizione tutte le risorse a tal fine necessarie per tutta la durata dell'appalto.

Nello specifico, l'impresa ausiliaria ha prestato il requisito costituito dall'attestazione Soa nella categoria OG1 per la classifica III e a tal fine ha messo a disposizione tutti i mezzi, attrezzature, beni e personale che hanno consentito l'ottenimento di tale attestazione.

L'oggetto del contratto di avvalimento nei termini indicati è, secondo il giudice amministrativo, idoneo al prestito del requisito alla luce del quadro normativo delineato dal Dlgs 36.

Tale oggetto è infatti in primo luogo coerente con la previsione sopra richiamata dell'articolo 104, comma 2, secondo cui nel caso in cui l'avvalimento sia utilizzato ai fini del prestito del requisito costituito dall'attestazione Soa, il relativo contratto deve avere per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che, se autonomamente possedute dal concorrente, avrebbero consentito allo stesso di ottenere la suddetta attestazione Soa. Nella stessa direzione si muove l'articolo 26 dell'Allegato II. 12 del Dlgs 36, secondo cui il contratto di avvalimento deve contenere in modo compiuto, esplicito ed esauriente l'indicazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione, della durata e ogni altro elemento utile ai fini dell'avvalimento.

In sostanza, nel caso di specie il contratto di avvalimento deve ritenersi valido e idoneo in quanto mette a disposizione l'intera organizzazione aziendale dell'impresa ausiliaria correlata alla qualificazione (nella categoria e classifica richiesta dal bando) oggetto di prestito, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse funzionali allo scopo. Sulla base di queste considerazioni il giudice amministrativo ha ritenuto che l'interpretazione della stazione appaltante che ha ritenuto nullo il contratto di avvalimento per indeterminatezza dell'oggetto fosse da considerare eccessivamente restrittiva e comunque non in linea con il nuovo assetto normativo delineato dal Dlgs 36.

Al riguardo il Tar Calabria evidenzia in primo luogo come l'articolo 104 non preveda più – a differenza dell'articolo 89 del Dlgs 50 – che la specificazione delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria sia contenuta a pena di nullità del contratto di avvalimento. Inoltre, già nel regime previgente la giurisprudenza consolidata si era espressa nel senso che il prestito del requisito costituito dall'attestazione Soa comportava la messa a disposizione dell'intero sistema gestionale dell'azienda e dei suoi processi operativi.

In maniera ancora più chiara la stessa giurisprudenza aveva precisato che nell'ipotesi di avvalimento dell'attestazione Soa l'impresa ausiliaria doveva mettere a disposizione l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione, che aveva consentito alla stessa di ottenere l'attestazione Soa oggetto di prestito. È stato altresì precisato che tale risultato si può ottenere ricorrendo alle forme tipiche di messa a disposizione dell'azienda – affitto di azienda o ramo di azienda – ma anche a tipologie contrattuali atipiche, purchè le stesse assicurino l'effettiva messa a disposizione delle risorse necessarie a favore dell'impresa principale per tutta la durata dell'appalto.

Secondo il giudice amministrativo queste condizioni sono pienamente rispettate dal contratto di avvalimento presentato dal concorrente nel caso di specie. Infatti, l'oggetto di tale contratto indica in maniera sufficientemente definita i mezzi e le risorse che vengono messe a disposizione dall'impresa ausiliaria, che nel loro complesso costituiscono il complesso produttivo che ha consentito alla stessa impresa ausiliaria di ottenere l'attestazione Soa (nella categoria e classifica) richiesta in sede di gara. Con ciò dovendosi escludere che il prestito del requisito si traduca in un fatto meramente formale e cartolare, senza alcuna valenza effettiva.

## **Il controllo dell'avvalimento in fase esecutiva**

Di rilievo risulta anche il richiamo all'articolo 104, comma 9. Questa disposizione affida al Rup un'importante

compito di vigilanza e controllo in fase esecutiva, finalizzato a verificare che i mezzi e le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria siano effettivamente impiegate per lo svolgimento delle prestazioni. Questa previsione deve ritenersi a completamento delle considerazioni sopra riportate in merito alla necessità che l'avvalimento dell'attestazione Soa non si esaurisca in un prestito "cartolare". Essa attribuisce infatti al Rup un ruolo incisivo al fine di verificare l'effettività dell'avvalimento, che qualora non trovi riscontro sul campo – per la mancata evidenza dell'impiego delle risorse dell'impresa ausiliaria in fase esecutiva - legittimerebbe la stazione appaltante a procedere alla risoluzione del contratto di appalto.

### **Le novità del Dlgs 36 e i punti ancora aperti**

La nuova disciplina dell'avvalimento contenuta nell'articolo 104 del Dlgs 36 introduce alcune novità che, anche sulla base dell'elaborazione giurisprudenziale intervenuta negli anni, offrono maggiori elementi di chiarezza sul concreto funzionamento dell'istituto. Due profili emergono già dalla pronuncia del Tar Calabria. Il primo riguarda il venir meno della sanzione della nullità del contratto di avvalimento per indeterminatezza dell'oggetto. Il che sembra comportare che un'eventuale carenza sotto questo aspetto potrebbe essere sanata ricorrendo al soccorso istruttorio.

Il secondo profilo attiene proprio alla specificazione delle condizioni affinché l'avvalimento possa legittimamente essere utilizzato per il prestito dell'attestazione Soa. Il comma 2 opera infatti una consacrazione legislativa dell'orientamento giurisprudenziale prevalente, nei fatti imponendo che in questa ipotesi l'impresa ausiliaria debba mettere a disposizione l'intera organizzazione aziendale che ha consentito di ottenere l'attestazione Soa.

Restano aperte alcune questioni di fondo, che derivano dalle caratteristiche intrinseche dell'istituto e che nonostante lo stesso sia ormai presente da anni non hanno ancora trovato una loro definizione compiuta e pienamente soddisfacente.

Una prima questione è relativa proprio all'ipotesi in cui l'avvalimento riguardi il requisito dell'attestazione Soa o in alternativa altri requisiti come il fatturato o le prestazioni analoghe. Se infatti è vero che queste ipotesi si fondano sulla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria della propria intera organizzazione aziendale, ne dovrebbe conseguire che l'impresa ausiliaria perde la disponibilità della propria azienda per l'intera durata dell'appalto. Con l'ulteriore conseguenza che non potrebbe partecipare all'esecuzione di altri appalti, neanche in proprio.

Si potrebbe obiettare che in linea generale non è precluso a un'azienda di eseguire contestualmente più appalti. E tuttavia nel caso dell'avvalimento il dato differenziale è che l'impresa ausiliaria perde totalmente la disponibilità della propria azienda, cosa che non avviene nell'ipotesi di partecipazione contestuale a più appalti.

Va evidenziato che non è questa la prospettiva fino ad oggi normalmente condivisa, anche per la difficoltà di individuare meccanismi di controllo in tal senso. E tuttavia la questione appare come una naturale conseguenza della soluzione accolta in caso di avvalimento che presuppone la messa a disposizione dell'intera organizzazione aziendale.

Un secondo tema che si pone discende invece dalla nuova disciplina contenuta nel Dlgs 36. L'articolo 104 al comma 1 ribadisce che il contratto di avvalimento deve indicare le risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria, precisando che tale indicazione deve essere specifica.

Sotto questo profilo non sembra che il legislatore abbia fatto propria la distinzione tra avvalimento operativo e avvalimento di garanzia elaborata dalla giurisprudenza nella vigenza del precedente regime normativo. Secondo questa distinzione nell'avvalimento di garanzia – relativo ai requisiti economico-finanziari – non sarebbe necessario che il relativo contratto contenga l'elencazione specifica dei mezzi e risorse messe a disposizione.

La circostanza che la nuova disciplina non contenga questa distinzione – unitamente al fatto che su altri profili gli orientamenti giurisprudenziali pregressi sono stati recepiti – porta quanto meno a dubitare che con l'entrata in vigore del nuovo Codice trovi ancora spazio la figura dell'avvalimento di garanzia.

