

L'Adunanza plenaria, recependo gli indirizzi sostanzialisti espressi dalla più recente giurisprudenza europea, aderisce alla tesi secondo cui l'oggetto del contratto di avvalimento può essere determinato avuto riguardo al complesso degli elementi risultanti dal contesto del documento, purché risulti univocamente che l'impresa ausiliaria abbia effettivamente messo a disposizione della controparte la propria capacità organizzativa e produttiva

[Cons. St., A.P., 4 novembre 2016, n. 23 – Pres. Pajno, Est. Contessa](#)

Appalti pubblici – Avvalimento – Determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento – Ammissibilità.

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 in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile. (1)

(1) I. - L'Adunanza plenaria – in relazione ad un contratto di avvalimento caratterizzato da una analitica e puntuale descrizione delle componenti dell'organizzazione aziendale messe a disposizione dell'impresa ausiliata per la produzione di strutture in acciaio di cui alla categoria OS18A (riguardante “la produzione in stabilimento ed il montaggio in opera di strutture di acciaio), ed in cui non veniva indicata in modo diretto l'ubicazione dell'impianto industriale che però si ricavava univocamente dal complesso degli elementi richiamati – ha formulato il principio di cui in massima avallando l'indirizzo giurisprudenziale meno formalista in merito ai requisiti del contratto di avvalimento; indirizzo debitamente rappresentato, unitamente agli altri due contrapposti, dall'ordinanza di rimessione del C.g.a., n. 52 del 19 febbraio 2016 oggetto della News dell'US in data 22 febbraio 2016.

II. – Prima di esaminare le questioni sottoposte dall'ordinanza di rimessione, la Plenaria ha dichiarato inammissibile l'intervento proposto da una impresa – completamente estranea al contenzioso ed alla sottostante vicenda procedimentale – che aveva manifestato il proprio interesse ad invocare una esegesi sostanzialista della norma sancita dall'art. 88 d.P.R. n. 207 cit. in quanto parte di un diverso giudizio pendente presso il Consiglio di Stato ma sospeso in attesa della decisione dell'Adunanza plenaria.

La sentenza in commento ha negato l'ammissibilità dell'intervento per le seguenti ragioni:

a) impossibilità di inquadrarlo nelle categorie dell'intervento volontario del controinteressato pretermesso, dell'intervento volontario della parte eventuale del processo (*ad adiuvandum* o *ad opponendum*), dell'intervento per ordine del giudice (anche su istanza di parte);

b) insufficienza, ai fini della configurabilità dell'interesse, della sola circostanza per cui il proponente sia parte di un giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris analogata* a quella divisata nell'ambito del giudizio principale; l'obiettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due processi è tale da vanificare in capo al richiedente il requisito di uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*;

c) necessità di evitare che nel processo amministrativo si introduca una nozione di "interesse" del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endo processuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce e in contrasto con l'orientamento consolidato secondo cui l'intervento *ad adiuvandum vel opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale;

d) necessità di evitare, in violazione del principio del giudice naturale sancito dall'art. 25, co. 1, Cost., che il giudice *ad quem* accerti l'effettiva sussistenza in capo all'interveniente dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del giudizio *a quo*;

e) impossibilità di assodare nel caso di specie (non risultando dal tenore dell'ordinanza di sospensione impropria del giudizio *a quo*), la diretta incidenza della risoluzione delle questioni sottoposte alla Plenaria sull'esito della causa *a quo*.

La tesi propugnata dalla sentenza in commento riecheggia il costante disfavore della giurisprudenza della Corte costituzionale per la presenza, nel giudizio incidentale di legittimità costituzionalità, del c.d. *amicus curiae*; si ritiene, infatti, che in tale giudizio possono intervenire le sole parti del giudizio principale ed i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura, per cui l'incidenza sulla posizione soggettiva delle parti intervenienti non deve derivare, come per tutte le altre situazioni sostanziali governate dalla legge denunciata, dalla pronuncia della Corte sulla legittimità costituzionale della legge stessa, ma dall'immediato effetto che la decisione di quest'ultima produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio *a quo* (cfr. fra le tante Corte cost., ordinanza 22 marzo 2016, in *Foro it.*, 2016, I, 1509; ordinanza 1 dicembre 2015, *ibidem*, I, 776; 20 ottobre 2015, *id.*, 2015, I, 3758; in dottrina da ultimo R. ROMBOLI, L'«interesse qualificato» che legittima l'intervento del terzo nel giudizio incidentale sulle leggi, in *Giur. costit.*, 2014, 1810).

Per completezza si segnalano, in ordine alla consistenza dell'interesse all'intervento adesivo o in opposizione nel giudizio amministrativo, i principi enucleati da due recenti sentenze dell'Adunanza plenaria – 28 gennaio 2015, n. 1 e 2 novembre 2015, n. 9, rispettivamente in *Foro it.*, 2015, III, 446, con nota di DE HIPPOLYTIS; *id.*, 2016, III, 65, con note di CONDORELLI e E. TRAVI ivi ogni ulteriore riferimento di dottrina e giurisprudenza – non menzionate dalla decisione in epigrafe, che sono pervenute a conclusioni non perfettamente coincidenti (riprese successivamente anche da Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2016, n. 442), secondo cui:

f) la valutazione della legittimazione dell'intervento nel giudizio di appello va compiuta avendo riguardo alla posizione che avrebbe assunto la parte rispetto alla lite in primo grado;

g) conseguentemente, rispetto all'appello proposto dall'Amministrazione ha la stessa funzione e incontra gli stessi limiti dell'intervento *ad opponendum*, nel primo grado di giudizio, rispetto al ricorso proposto contro il provvedimento dell'Amministrazione;

h) per tale tipo di intervento, spiegato in primo grado *ad opponendum* rispetto al ricorrente e, dunque, a sostegno delle ragioni rappresentate dall'Amministrazione, è sufficiente la titolarità di un semplice interesse di fatto, a differenza dell'intervento *ad adiuvandum*, in primo grado, rispetto alla posizione del ricorrente, intervento che richiede, invece, la titolarità di una posizione giuridica dipendente da quella dedotta dal ricorrente in giudizio e ad essa accessoria;

i) è configurabile il suddetto "interesse di fatto" in relazione alla definizione di giudizi, in cui è proposto intervento, che possano influenzare positivamente altri distinti giudizi in cui è parte sostanziale il medesimo interventore.

III. – Questi gli snodi essenziali del ragionamento sviluppato dalla sentenza per rispondere ai quesiti sottoposti:

l) l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE; esso risulta volto a conseguire: l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici; il più facile accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici (cui tende altresì la direttiva 2004/18, come posto in rilievo dal considerando 32); trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento euro unitario (e sulla base dei generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano

in relazione alle analoghe figure del diritto interno; limitare - in casi eccezionali - la possibilità per gli operatori di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento;

m) conseguentemente l'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento non deve sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli ordinariamente previsti per la generalità dei contratti ai sensi degli articoli 1325 e 1346 e del codice civile; sicché, al contenuto di tali disposizioni, ed all'interpretazione che ne è comunemente data, va riportato anche il compendio delle norme nazionali che disciplinano l'istituto dell'avvalimento (art. 88, d.P.R. n. 207 del 2010 e artt. 49 e 50 del d.lgs. n. 163 del 2006); poiché manca una norma nazionale (della cui legittimità dal punto di vista europeo sarebbe lecito dubitare) che imponga il requisito della determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento, tale requisito non può essere introdotto in via esegetica sicché è ammissibile la determinabilità dello stesso sulla base degli ordinari criteri dell'ermeneutica contrattuale;

n) neppure le sopravvenute disposizioni recate dal nuovo codice dei contratti pubblici (di cui al decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50 di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, in particolare art. 89, comunque inapplicabile *ratione temporis*) recano, in tema di avvalimento, disposizioni derogatorie e di maggior rigore in tema di determinabilità dell'oggetto del contratto;

o) non può trovare ingresso la teorica della c.d. forma-contenuto del contratto (incentrata sulla puntuale esplicitazione di taluni elementi del rapporto che rileverebbero ai fini della validità del contratto, rappresentandone in qualche misura il contenuto minimo essenziale con la conseguente comminatoria di forme di "nullità di protezione"), in quanto elaborata in base alle disposizioni normative che nel tempo hanno apprestato tutela al contraente debole per mitigare la situazione di asimmetria informativa in cui normalmente versa; non rinviene un'analogia *ratio* giustificatrice nel settore della contrattualistica pubblica, nel cui ambito agiscono operatori professionali;

p) il contratto di avvalimento è un contratto atipico (connotato dai caratteri del mandato, dell'appalto di servizi e della garanzia), normalmente oneroso (dovendo emergere anche indirettamente l'interesse patrimoniale della ausiliaria nel caso non sia previsto un corrispettivo espresso), in relazione al quale la forma scritta è prescritta *ad substantiam*;

q) l'obbligo per l'impresa ausiliaria di presentare un'apposita dichiarazione d'impegno circa la messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto nonostante il suo contenuto risulti in parte riproduttivo di quello proprio del contratto stesso di avvalimento

IV. – Per completezza si segnala, in materia di avvalimento e suoi eventuali limiti, oltre alle sentenze della Corte UE menzionate dalla decisione in commento (fra cui Corte giust., Sez. I, 7 aprile 2016, C-324/14 oggetto della NEWS dell'US del 13 aprile 2016):

r) Corte giust., Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15 (oggetto della News dell'US del 5 luglio 2016 cui si rinvia);

s) Corte giust., Sez. III, 14 luglio 2016, C-406/14, *Wroclaw*, in *Foro it.*, 2016, IV, 389, secondo cui tendenzialmente non vi sono limiti al ricorso a soggetti terzi per poter provare i requisiti minimi di capacità tecnica, professionale e finanziaria (fattispecie relativa a sub appalto);

t) Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 88, con nota di GIACALONE (non menzionata dalla sentenza in commento), secondo cui:

- è necessario accertare in modo rigoroso il possesso, da parte dell'impresa ausiliaria, dei requisiti generali e di capacità tecnica e finanziaria (incluse le certificazioni SOA) perché la finalità dell'avvalimento è quella di fornire alle imprese la possibilità di ricorrere ai requisiti di altri soggetti solo se ed in quanto da questi autonomamente posseduti

- la cessione della capacità non può risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare 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;

u) Cons. Stato, Sez. V, ordinanza 17 febbraio 2016, n. 636 (oggetto della News dell'US del 17 febbraio 2016) che ha rimesso alla Corte del Lussemburgo un quesito circa la possibilità che un progettista incaricato ricorra all'istituto dell'avvalimento (analogo quesito era stato rivolto da Cons. Stato, Sez. V, ordinanza 4 giugno 2015, n. 2737;

v) Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 15 aprile 2016, n. 1522 (oggetto della News del 18 aprile 2016) che ha rimesso alla Corte del Lussemburgo un quesito sulla sostituibilità dell'impresa ausiliaria che abbia perso i requisiti di partecipazione.