

NOTA ALLA SENTENZA DEL 4 NOVEMBRE 2016, N. 23 DEL CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA, a cura della Dott.ssa Allegra D'Incecco

La determinazione dell'oggetto dell'avvalimento nelle gare pubbliche

Con sentenza n. 23 del 4 novembre 2016 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato fornisce importanti chiarimenti in materia di "avvalimento" nelle gare pubbliche, istituto non univocamente ricostruito in dottrina e giurisprudenza. Il Supremo Consesso ha affrontato la *vexata quaestio* 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.

Il fatto

Il Consorzio Autostrade Siciliane indiceva una gara avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di adeguamento statico e miglioramento sismico del viadotto Ritiro A20 Messina-Palermo.

La seconda classificata impugnava gli atti conclusivi della gara. L'aggiudicataria si costituiva in giudizio avanzando, a sua volta, 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 TAR 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 TAR 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.

Avverso la sentenza di primo grado, la seconda classificata proponeva appello dinanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ritenendo, 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.

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, è stato chiesto all'Adunanza Plenaria di stabilire:

- 1) se l'articolo 88 D.P.R. n. 207 del 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 avvalimento 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. n. 90 del 2014, possa essere utilizzato anche con riferimento ad incompletezze del contratto di avvalimento che, sotto un profilo civilistico, portano ad affermare la nullità del negozio per mancanza di determinatezza del suo oggetto.

La decisione

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.

Si evidenzia che il profilo di maggior complessità connesso all'oggetto del contratto è quello dell'individuazione dei casi in cui possa dirsi "sufficientemente determinato".

Secondo il CGA la disciplina in materia di appalti contiene prescrizioni più rigide rispetto a quella del codice civile; ciò al fine di "evitare l'elusione dei requisiti prescritti dalla legge di gara ricorrendo a dichiarazioni e contratti di avvalimento generici non rispondenti a quelle esigenze di serietà ed effettività prima indicate".

Infatti, se l'art. 1346 c.c. prescrive che l'oggetto del contratto debba essere possibile, lecito, determinato o determinabile, l'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010

impone che il contratto di avvalimento riporti "in modo compiuto, esplicito ed esauriente" l'oggetto, 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 avvalimento sia determinato, e non anche solo determinabile.

Il Supremo Consesso, in primo luogo, rileva che l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE e che esso risulta volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile.

Si tratta, secondo la Corte, di un obiettivo perseguito dalle direttive a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici.

L'enucleazione dell'istituto mira inoltre a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18.

Trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento eurounitario (e sulla base di 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.

Inoltre, i caratteri e le finalità di fondo dell'istituto - come delineati dall'art. 47 della direttiva 2004/18/CE - sono stati da ultimo confermati dall'art. 63 della direttiva 2014/24/UE.

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.

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 al precipuo fine di tutelare la posizione negoziale dei contraenti deboli, ove l'obbligo di imporre puntuali vincoli di forma - sotto comminatoria di nullità - anche per ciò che riguarda elementi non essenziali del contratto, rinviene una puntuale ratio giustificatrice nell'esigenza di colmare le asimmetrie informative che tipicamente sussistono fra le parti contraenti.

Alla luce di quanto esposto, il Collegio esclude che l'introduzione di forme di "nullità di protezione" rinvenga un'analogia ratio giustificatrice nel settore della contrattualistica pubblica, nel cui ambito agiscono operatori professionali, gli stessi, peraltro, che invocano l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento - tipicamente individuabili nelle piccole e medie imprese - ai quali potrebbe altrimenti risultare preclusa la stessa partecipazione.

Ogni possibilità in astratto di introdurre forme di nullità di protezione a tutela dei requisiti di "forma-contenuto" del contratto di avvalimento, sarebbe possibile solo de iure condendo.

Quindi, l'indagine deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e, segnatamente, sulla base:

- dell'art. 1363 cod. civ., 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";
- dell'art. 1367 del medesimo codice, secondo cui "nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno".

In ordine al terzo dei quesiti articolati dai Giudici rimettenti, l'Adunanza Plenaria rileva che non si può giungere a conclusioni diverse da quelle sin qui delineate neppure nelle ipotesi in cui il contratto di avvalimento abbia ad oggetto la messa a disposizione di requisiti connotati da rilevante particolarità, in quanto "non si individuano ragioni testuali o sistematiche per aderire a un'impostazione volta a negare la possibilità che l'accertamento di tale possesso avvenga sulla base dell'interpretazione complessiva del contratto".

Il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria

In conclusione l'Adunanza Plenaria, relativamente ai primi due quesiti, enuncia il seguente principio di diritto:

"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").



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6 di A.P. del 2016, proposto dalla Sicurbau s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Prozzo C.F. PRZRRT62T18F839E, Lucia Di Salvo C.F. DSLLCU68E50G273Y e Gianluigi Pellegrino C.F. PLLGLG67T12H501S, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11

contro

Consorzio per le Autostrade Siciliane, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Rotigliano C.F. RTGR72C23G273J, domiciliata ai sensi dell'articolo 25 del cod. proc. amm. presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13

nei confronti di

Toto S.p.a. - Costruzioni Generali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Immordino C.F. MMRGPP63P18B429G, Giovanni Immordino C.F. MMRGNN62A23B429H e Arturo Cancrini C.F. CNCRTR55C13H501S, con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo 101

e con l'intervento di

Simav S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gherardo Marone C.F. MRNGRR40D04F839D e Francesco Marone C.F.

MRNFNC75A07F839O, con domicilio eletto presso Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia, 50

per la riforma della sentenza in forma semplificata del T.A.R. della Sicilia – Sezione staccata di Catania, Sezione I, n. 905/2015

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio per le Autostrade Siciliane e della Toto S.p.a. - Costruzioni Generali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Cancrini, Gruner per delega dell'avvocato Rotigliano, Immordino, Marone, Pellegrino e Prozzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso proposto al T.A.R. per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, e recante il n. 252/2015, l'odierna appellante Sicurbau s.r.l. impugnava gli atti conclusivi della gara, indetta dal Consorzio Autostrade Siciliane, per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di adeguamento statico e miglioramento sismico del viadotto Ritiro A20 Messina-Palermo, per un importo complessivo di euro 57.188.319,47.

Nel giudizio di primo grado la ricorrente, seconda classificata, deduceva che l'aggiudicataria Toto S.p.A. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto la sua offerta migliorativa prevedeva l'esecuzione di interventi anche su un altro e diverso tronco stradale, né in proprietà, né nella disponibilità della stazione appaltante, ancora in costruzione; in subordine, sempre a giudizio della ricorrente, nel procedimento di gara erano ravvisabili macroscopici vizi di legittimità nell'attribuzione dei punteggi.

L'aggiudicataria, Toto s.p.a., si costituiva in giudizio articolando, altresì, ricorso incidentale. Nella tesi dell'aggiudicataria *“l'ammissione, e, comunque, l'attribuzione del punteggio finale alla Sicurbau S.r.l. risulterebbero viziate”*.

Sempre per Toto s.p.a. – fermo restando che l'articolo II.2.1 del bando individuava quale categoria prevalente la OS18-A, classe VIII, per l'importo di €.22.219.449,19, nonché quali categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria la OG3 per €.14.597.558,02, la OS21 VI per €.7.053.020,62, la OS11 V per €.4.754.363,89, la OS12-A III-bis per €.1.353.251,31 e quale categoria a qualificazione non obbligatoria la OS23 VI E.6.669.356,13 – la Sicurbau, non munita della qualificazione nella categoria prevalente OS18-A, aveva prodotto un contratto di avvalimento privo della specificità richiesta dall'articolo 88 del d.P.R. n. 207 del 2010, quanto meno con riferimento al personale ed allo stabilimento necessario della Omba Impianti Engineering S.p.A, oltre ad aver omesso la produzione di un serie di documenti richiesti dal disciplinare di gara ed incidenti sulla formulazione dell'offerta. Sotto ulteriori profili, la ricorrente incidentale censurava anche l'attribuzione del punteggio finale alla Sicurbau S.r.l. con riferimento all'offerta tempo, ad alcune carenze nelle analisi di prezzo e ad alcune criticità della soluzione tecnica offerta.

Il Tribunale amministrativo adito, con sentenza in forma semplificata n. 905/2015, accoglieva il ricorso incidentale e dichiarava improcedibile il ricorso principale.

In particolare il Giudice di primo grado, dopo aver richiamato la disciplina e la finalità dell'istituto dell'avvalimento, riteneva il contratto prodotto in gara dalla Sicurbau non valido ai fini della qualificazione dell'operatore economico nella gara in discussione.

Tanto, sulla base delle seguenti considerazioni:

- a) il contratto di avvalimento riguardava il “prestito” del requisito nella categoria OS18A, categoria quest'ultima relativa alla produzione in stabilimento ed il montaggio in opera di strutture in acciaio;
- b) l'Autorità di vigilanza (in seguito: ANAC), con una sua determinazione (8 settembre 2004, n. 14), ha chiarito che *“l'elemento di novità introdotto dal legislatore nella categoria specializzata OS18 di cui all'allegato A del D.P.R. n. 34/2000 e s.m., mediante l'introduzione della locuzione 'produzione in stabilimento', rispetto alle declaratorie dei precedenti decreti ministeriali n. 770/82 e n. 304/98, è stato quello di riservare la qualificazione in detta categoria alle imprese che abbiano una effettiva capacità aziendale di produrre in proprio e mettere in opera gli elementi previsti dalla declaratoria della suddetta categoria OS18”*;

- c) tale precisazione sarebbe stata dettata dall'esigenza di individuare in capo allo stesso soggetto la titolarità della produzione e della messa in opera e conseguentemente non si potrebbe prescindere dalla verifica dell'effettiva disponibilità dello stabilimento di produzione; per il giudice di primo grado (*«in altri termini, “per l'attribuzione della qualificazione nella categoria specializzata OS18 deve essere dimostrata la dotazione stabile di uno stabilimento di produzione con macchinari e maestranze idonee. Questa dotazione implica una specifica capacità aziendale nel settore della categoria e, conseguentemente, la sicurezza che l'impresa ha una specifica organizzazione aziendale tesa alla produzione delle strutture previste nella suddetta categoria”*»);
- d) il contratto di avvalimento prodotto da Sicurbau, pur contenendo all'allegato 1 l'analitica indicazione dei mezzi e delle attrezzature messi a disposizione dall'ausiliaria, non sarebbe sufficiente perché non recherebbe alcun riferimento allo stabilimento industriale di produzione, laddove sarebbe stato essenziale indicarlo nel predetto contratto in ragione dell'importanza che lo stabilimento ha per questa particolare categoria;
- e) la circostanza che i mezzi e le attrezzature fossero ubicati all'interno dello stabilimento, non sarebbe sufficiente perché *“un conto è indicare dove le attrezzature sono localizzate, cosa ben diversa è mettere a disposizione uno stabilimento industriale”*, così come non sarebbe possibile ritenere incluso lo stabilimento nelle clausola generale per cui l'ausiliaria mette a disposizione il complesso di beni, personale, servizi, attrezzature e *know-how*;
- f) l'insufficienza del contratto di avvalimento non potrebbe essere neppure oggetto di soccorso istruttorio perché, pur applicandosi l'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, nel testo successivo alle modifiche introdotte dal decreto-legge n. 90 del 2014, sarebbe possibile solo la regolarizzazione della documentazione e non anche la sostanziale sanatoria della mancanza di un requisito al momento dell'offerta.

Avverso la sentenza di primo grado, Sicurbau ha proposto appello dinanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana rilevando che con il contratto di avvalimento l'ausiliaria aveva messo a disposizione il proprio complesso aziendale di cui fa parte anche lo stabilimento.

Tale conclusione, peraltro, sarebbe avvalorata dal fatto che il predetto contratto di avvalimento, oltre a descrivere le attrezzature, indica anche la loro ubicazione, ossia il loro inserimento all'interno dello stabilimento, risultando precisato *“quali sono le attrezzature*

operanti nell'area officina (pag. 2); quali sono le attrezzature operanti nel piazzale o nel reparto manutenzione (pag. 3)" (pagina 7 dell'appello). Peraltro, alcune delle attrezzature, oggetto del più volte citato contratto, per le loro caratteristiche non potrebbero essere spostate "dall'area operativa di impiego", in tal modo confermando che anche la puntuale indicazione dello stabilimento è inclusa nel contratto di avvalimento. Sempre per l'appellante dovrebbe poi essere privilegiata un'interpretazione del contratto che individui complessivamente l'oggetto e dovrebbe essere evitato un esame della documentazione di gara che si trasformi in una sorta di "caccia all'errore" (pagina 11 dell'appello).

L'interessata, inoltre, ha dedotto l'erroneità della sentenza anche nella parte in cui ha escluso l'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio perché il decreto-legge n. 90 del 2014 avrebbe ampliato il ricorso al dovere/potere di soccorso istruttorio per supplire alla mancanza di ogni tipo di dichiarazione.

Sicurbau ha infine riproposto i motivi già avanzati con il ricorso principale e dichiarati improcedibili dal giudice di primo grado.

Nel giudizio di appello si è costituita la Toto che, oltre a ritenere infondato il motivo di impugnazione legato alla validità del contratto di avvalimento, ha riproposto le altre censure già formulate con il ricorso incidentale di primo grado e non esaminate dal T.A.R.. Nella tesi dell'appellata, al contrario, Sicurbau non avrebbe prodotto un valido contratto di avvalimento difettando l'indicazione dello stabilimento per la produzione delle strutture in acciaio, dovendosi interpretare in modo rigido i requisiti contenutistici del contratto di avvalimento.

Soprattutto con riferimento alla predetta categoria, la disponibilità dello stabilimento sarebbe essenziale per questa particolare tipologia di produzione e, mancando nel contratto di avvalimento, vi sarebbe una carenza del requisito di partecipazione non sanabile con l'attivazione del soccorso istruttorio.

Con ordinanza 10 luglio 2015 n. 451 il C.G.A.R.S., ritenuto che le esigenze cautelari dedotte dall'appellante potessero essere adeguatamente tutelate attraverso la ravvicinata fissazione dell'udienza di discussione della causa nel merito, ha accolto l'istanza cautelare formulata in sede di appello ai soli fini della sollecita fissazione del merito.

Con ordinanza n. 52/2016 (resa all'esito della pubblica udienza del 18 novembre 2016) il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, dopo avere ricostruito con approfonditi richiami il quadro normativo rilevante ai fini della definizione della res controversa, ha ritenuto di sottoporre all'Adunanza Plenaria di questo Consiglio tre questioni ritenute rilevanti ai fini del decidere. I quesiti articolati vertono su questioni di diritto che hanno dato luogo o possono dar luogo a contrasti giurisprudenziali (comma 1 dell'articolo 99 del cod. proc. amm.).

In particolare, è stato chiesto a questa 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.*

Con atto in data 3 maggio 2016 la Simav s.p.a. ha spiegato intervento volontario nel presente giudizio rappresentato di aver proposto dinanzi a questo Consiglio un ricorso in appello (allo stato pendente dinanzi alla Quarta Sezione con il n. 10790/2015) la cui definizione presuppone la risoluzione della medesima *quaestio iuris* sottoposta a questa Adunanza Plenaria attraverso l'ordinanza di rimessione in oggetto.

Ha inoltre rappresentato che la Quarta Sezione, con ordinanza n. 1334/2016, ha sospeso il giudizio *“in considerazione del fatto che il CGARS ha rimesso all'Adunanza Plenaria la soluzione di questioni da cui può dipendere la soluzione della presente controversia”*.

Ha quindi concluso chiedendo che questa Adunanza Plenaria enunci il principio di diritto secondo cui l'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010 riguarda unicamente la determinazione dell'oggetto del contratto, legittimando interpretazioni di tipo estensivo del relativo contenuto.

Tutte le parti costituite hanno articolato ulteriori memorie e deduzioni.

Alla pubblica udienza del giorno 8 giugno 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio il ricorso in appello proposto dalla Sicurbau s.r.l. (società attiva nel settore degli appalti di lavori che aveva partecipato senza successo alla gara per appalto integrato indetto dal Consorzio Autostrade Siciliane (CAS) ai fini della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di adeguamento statico e miglioramento sismico del viadotto Ritiro A20 Messina-Palermo) avverso la sentenza in forma semplificata del T.A.R. della Sicilia – Sezione staccata di Catania con cui è stato accolto il ricorso incidentale proposto dalla prima classificata Toto s.p.a. e, per l'effetto, è stato dichiarato improcedibile il ricorso principale con cui la seconda classificata – e odierna appellante – Sicurbau aveva contestato gli esiti della gara.

2. L'intervento volontario della Simav s.p.a. proposto ai sensi dell'articolo 28, comma 2 del cod. proc. amm. è inammissibile.

2.1. Come si è anticipato in narrativa, l'interveniente ha dichiarato che l'interesse all'intervento nel presente giudizio deriverebbe dalla duplice circostanza: *i*) che la stessa Simav ha proposto dinanzi a questo Consiglio un ricorso in appello (allo stato pendente dinanzi alla Quarta Sezione con il n. 10790/2015) la cui definizione presuppone la risoluzione della medesima *quaestio iuris* sottoposta a questa Adunanza Plenaria attraverso l'ordinanza di rimessione in oggetto; *ii*) che la Quarta Sezione, con ordinanza n. 1334/2016, ha sospeso il giudizio “*in considerazione del fatto che il CGARS ha rimesso all'Adunanza Plenaria la soluzione di questioni da cui può dipendere la soluzione della presente controversia*”.

2.2. Al riguardo il Collegio osserva in primo luogo che la proposta domanda di intervento non è riconducibile ad alcuna delle figure cui tipicamente si riferisce l'istituto dell'intervento nel processo amministrativo, per come da ultimo disciplinato dall'articolo 28 del cod. proc. amm., nonché – per il grado di appello – dall'articolo 97 (ci si riferisce, in particolare: *i*) all'intervento volontario del controinteressato pretermesso - parte necessaria del processo non evocata in giudizio -; *ii*) all'intervento volontario della parte eventuale del

processo - *ad adiuvandum* o *ad opponendum* -; *iii*) all'intervento per ordine del Giudice, anche su istanza di parte).

In particolare, non sembra che possa essere sufficiente a consentire l'istanza di intervento la sola circostanza per cui il proponente tale istanza sia parte in un giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris analogata* a quella divisata nell'ambito del giudizio principale.

A tacere d'altro, sembra ostare in modo radicale a tale riconoscimento l'obiettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due procedimenti, sì da non configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*.

Al contrario, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di 'interesse' del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, in toto scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce.

Non a caso, del resto, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale (sul punto -*ex multis* -: Cons. Stato, IV, 29 febbraio 2016, n. 853; *id.*, V, 2 agosto 2011, n. 4557).

Si tratta, come è del tutto evidente, di un presupposto che non ricorre nel caso in esame, pacifica essendo in tale ipotesi la piena indipendenza (*rectius*: la radicale indifferenza) fra la posizione della società che richiede l'intervento e l'appellante principale.

2.3. Si osserva poi che risulterebbe sistematicamente incongruo ammettere l'intervento volontario in ipotesi quale quella che qui ricorre in quanto si demanderebbe in tal modo a un Giudice diverso da quello naturale (art. 25, I, Cost.) il compito di verificare in concreto l'effettività dell'interesse all'intervento (e, con essa, la concreta rilevanza della questione ai fini della definizione del giudizio a quo), in assenza di un adeguato quadro conoscitivo di carattere processuale (si pensi, solo a mo' di esempio, alla necessaria verifica che il Giudice *ad quem* sarebbe chiamato a svolgere, ai fini del richiamato giudizio di rilevanza,

circa l'effettiva sussistenza in capo all'interveniente dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del giudizio *a quo*).

2.4. Non è irrilevante osservare, del resto, che la stessa Quarta Sezione, nel sospendere il giudizio n. 10790/2015 proposto dalla Simav, non ha affermato in modo certo e tassativo la dirimente connessione fra il principio di diritto demandato al giudizio di questa Adunanza Plenaria e la definizione del giudizio *a quo*, ma si è limitato ad enunciare tale connessione in termini sostanzialmente probabilistici (come si è già detto, la Sezione che ha disposto la c.d. 'sospensione impropria' del giudizio si è limitata sul punto a rilevare che questa Adunanza Plenaria è stata investita "*[della] soluzione di questioni da cui può dipendere la soluzione della presente controversia*" [enfasi aggiunta]).

Il che depone ulteriormente nel senso della carenza nel caso in esame di univoci elementi idonei a supportare l'ammissibilità della spiegata domanda di intervento.

3. Venendo al merito della questione, si osserva che il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, pur avendo rimesso a questa Adunanza Plenaria i soli tre quesiti di cui in narrativa, ha operato un'ampia e articolata disamina sulla genesi e sull'attuale evoluzione dell'istituto dell'avvalimento che, per la sua completezza, merita certamente di essere richiamata con alcune notazioni puntuali.

3.1. Il CGA ha in primo luogo richiamato la genesi dell'istituto, la cui enucleazione in ambito eurounitario risponde all'obiettivo di garantire "*[la] massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti di utilizzare i requisiti di capacità tecnico-professionale e economico-finanziaria di soggetti terzi, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con altri soggetti*".

I caratteri e le finalità di fondo dell'istituto (per come delineati dall'articolo 47 della direttiva 2004/18/CE) sono stati da ultimo sostanzialmente confermati dall'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE (cui corrispondono le analoghe previsioni dell'articolo 38, paragrafo 2 della direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni e dell'articolo 79 della direttiva 2014/25/UE in tema di cc.dd. 'settori speciali').

3.2. I Giudici rimettenti hanno altresì sottolineato che i compilatori del previgente 'Codice dei contratti, consapevoli dei potenziali rischi connessi a un uso indistinto e strumentale dell'istituto, avevano associato alla sua prima disciplina talune disposizioni volte a prevenire il rischio della nascita di veri e propri 'avvalifici'.

E' noto tuttavia che l'evoluzione normativa degli anni successivi (anche su impulso della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE) ha temperato alcune delle più rigide preclusioni inizialmente a tal fine introdotte (in particolare: *i*) il c.d. 'primo correttivo' ha eliminato il divieto di subappalto in favore dell'impresa ausiliaria [in tal senso l'articolo 2, comma 1, lettera d) del decreto legislativo 26 gennaio 2007, n. 6], mentre *ii*) il c.d. 'terzo correttivo' ha eliminato la possibilità per le stazioni appaltanti di stabilire in sede di bando che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti potessero avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento potesse integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura percentuale fissata nel bando stesso [in tal senso l'articolo 1, comma 1-ter, lettera n), n. 2) del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152]).

3.3. E' comunque indubbio che il Legislatore abbia introdotto, sino a tempi recenti, disposizioni in tema di avvalimento evidentemente ispirate da un accentuato atteggiamento di cautela (e in taluni casi da una vera e propria 'diffidenza') in ordine alle possibili derive opportunistiche connesse a veri e propri abusi dell'istituto in questione (in tal senso, ad esempio, l'obbligo per l'impresa ausiliaria di presentare un'apposita dichiarazione d'obbligo circa la messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto – dichiarazione che la giurisprudenza più recente ha ritenuto necessaria nonostante il suo contenuto risulti in parte riproduttivo di quello proprio del contratto stesso di avvalimento -).

3.4. I Giudici rimettenti hanno poi dato atto dell'orientamento secondo cui il contratto di avvalimento (qualificabile come contratto atipico) presenta tratti propri: *i*) del contratto di mandato di cui agli articoli 1703 e seguenti del codice civile, *ii*) dell'appalto di servizi, nonché *iii*) aspetti di garanzia atipica nei rapporti fra l'impresa ausiliaria e l'amministrazione aggiudicatrice per ciò che riguarda l'assolvimento delle prestazioni dedotte in contratto.

3.5. Ancora, deve essere condivisa la tesi dei Giudici rimettenti secondo cui il contratto di avvalimento presenta tipicamente un carattere di onerosità.

Laddove, peraltro, in sede contrattuale non venga espressamente stabilito un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale l'interesse

– di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che ha indotto l'ausiliaria medesima ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità.

3.6. I Giudici rimettenti hanno altresì osservato (e in modo parimenti condivisibile) che prevalenti ragioni di carattere sistematico depongono nel senso che la forma scritta del contratto di avvalimento sia prescritta *ad substantiam*.

Depongono in particolare in tal senso:

i) l'articolo 49, comma 2, lettera f) del previgente 'Codice' il quale, nel prevedere che il concorrente debba produrre ai fini della partecipazione alla gara "*in originale o copia autentica il contratto [di avvalimento]*", presuppone – sia pure in modo implicito – che il Legislatore richieda la forma scritta per la stessa stipula del contratto;

ii) la sussistenza nel caso di specie delle ragioni di responsabilizzazione del consenso che tipicamente presiedono alla scelta legislativa di imporre che il contratto sia stipulato con forma scritta prescritta *ad substantiam*.

4. Si può quindi passare alla disamina puntuale dei primi due quesiti articolati dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana i quali, come anticipato in narrativa, concernono l'oggetto del contratto di avvalimento, le modalità per la sua esplicitazione e le forme di invalidità conseguenti alle violazioni che vi si possano riferire.

4.1. Al riguardo il CGA si è in primo luogo soffermato sull'apparente diversità disciplinare che emerge dal raffronto fra:

- (da un lato) l'articolo 1346 del codice civile (secondo cui l'oggetto del contratto deve essere "*possibile, lecito, determinato o determinabile*" – in tal modo escludendo che l'invalidità del contratto possa essere pronunciata in ragione della non immediata determinatezza dell'oggetto) e

- (dall'altro) l'articolo 88, comma 1 del d.P.R. 207 del 2010, secondo cui il contratto di avvalimento deve indicare "*le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico*" (in tal modo legittimando, secondo parte degli osservatori, l'interpretazione secondo cui un contratto di avvalimento dal contenuto – soltanto – determinabile risulterebbe per ciò stesso invalido).

4.2. I Giudici rimettenti hanno poi dato atto dei diversi orientamenti formatisi sul tema del contenuto formale del contratto di avvalimento (anche per ciò che attiene l'esplicitazione dell'oggetto della pattuizione), sottolineando

i) che, in base a un primo – e rigoroso - orientamento, sarebbe sempre insufficiente, ai fini della validità del contratto di avvalimento la mera e tautologica riproduzione, in sede contrattuale, dell'impegno di mettere a disposizione *“i requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria”*;

ii) che, in base a un secondo orientamento, sarebbe possibile distinguere, ai richiamati fini: i) fra un avvalimento di garanzia (con cui l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata la propria complessiva solidità economico-finanziaria, in tal modo ampliando lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto) e ii) un avvalimento operativo (nel cui ambito occorre effettivamente indicare in modo specifico le risorse che l'ausiliaria mettere a disposizione dell'impresa principale);

iii) che, in base a un ulteriore orientamento (il quale a ben vedere condivide il rigore applicativo che caratterizza quello dinanzi richiamato *sub i*)), tanto nel caso del c.d. 'avvalimento di garanzia', tanto nel caso del c.d. 'avvalimento tecnico-operativo' le parti dovrebbero necessariamente indicare in sede contrattuale l'oggetto specifico in modo determinato (e, in particolare, dovrebbero indicare gli specifici *“fattori della produzione e tutte le risorse che hanno permesso all'ausiliaria di eseguire le prestazioni analoghe nel periodo richiesto da bando”* – in tal senso il punto 5.5.3 dell'ordinanza di rimessione -).

Secondo i Giudici rimettenti, prevalenti ragioni sistematiche deporrebbero nel terzo dei sensi indicati.

A tal fine viene richiamata la teorica della c.d. 'forma-contenuto' la quale, muovendo dalla distinzione fra contenuto formale e contenuto sostanziale dell'atto, giunge ad individuare casi di 'nuovo formalismo' in relazione ai quali viene imposta, ai fini della validità dell'atto, la puntuale esplicitazione di una serie di elementi individuati dal Legislatore.

In siffatte ipotesi la forma non rappresenterebbe solo il mezzo di manifestazione della volontà contrattuale ma recherebbe anche *“l'incorporazione di un contenuto minimo (...) di informazioni che attraverso il contratto devono essere fornite”*, in tal modo evitando sovrapposizioni con la tematica della determinatezza o della determinabilità dell'oggetto.

Per quanto riguarda il caso in esame, la mancata indicazione nel contratto di avvalimento fra la Sicurbau e la Omba Impianti Engineering S.p.A dello stabilimento ove effettuare la produzione comporterebbe l'indeterminatezza dell'oggetto del contratto – per violazione dell'obbligo di indicare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestatati in modo determinato e specifico (art. 88 del d.P.R. 207 del 2010) –, nonché la violazione del requisito di forma-contenuto.

Mancando tale indicazione compiuta, esplicita ed esauriente il contratto di avvalimento fra le due richiamate società sarebbe nullo con conseguente assenza del requisito di partecipazione in capo all'operatore economico che ha presentato la domanda.

5. L'impostazione non può essere condivisa.

5.1. Va premesso al riguardo che l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE e che esso risulta volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile.

Si tratta, secondo la Corte, di un obiettivo perseguito dalle direttive a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici (in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009 in causa C-305/08, *CoNISMa*).

L'enucleazione dell'istituto mira inoltre a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18, come posto in rilievo dal considerando 32 (in tal senso la sentenza del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12 –*SWM Costruzioni*).

Trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento eurounitario (e sulla base di 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 (si tratta di un corollario applicativo dei generali principi di parità di trattamento e di non discriminazione che devono assistere le posizioni giuridiche e gli istituti di matrice eurounitaria).

Anche di recente la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è soffermata sui vincoli e sui limiti che i Legislatori nazionali possono legittimamente imporre in sede di disciplina positiva dell'istituto dell'avvalimento.

E' stato affermato al riguardo che gli articoli 47, paragrafo 2 e 48 paragrafo 3 della direttiva 2004/18/CE (in tema, appunto, di avvalimento) non ostano in via assoluta a disposizioni di diritto interno volti a limitare - in casi eccezionali - la possibilità per gli operatori di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Tuttavia, in assenza di siffatte e motivate condizioni eccezionali, l'applicazione dei richiamati principi di parità di trattamento e di non discriminazione osta all'introduzione da parte dei Legislatori nazionali di vincoli e limiti alla generale possibilità per gli operatori di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti (in tal senso la sentenza 7 aprile 2016 in causa C-324/14 –*Partner Apelski Dariusz*).

5.2. Riconducendo i principi appena richiamati alle peculiarità del caso di specie, il Collegio osserva che l'applicazione dei richiamati canoni di parità di trattamento e di non discriminazione osta alla proposta interpretazione secondo cui l'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento dovrebbe 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 disposto di cui all'art. 88, comma 1, del D.P.R. n. 207 del 2010, che va pertanto letto in coerenza con le predette disposizioni codicistiche.

In particolare, l'applicazione dei richiamati canoni osta alla tesi secondo cui:

- mentre per la validità dei contratti in generale è richiesto un oggetto di carattere *determinato* ovvero *determinabile*,
- al contrario per il contratto di avvalimento sarebbe sempre e comunque richiesto un oggetto determinato (restando esclusa la determinabilità dello stesso sulla base degli ordinari criteri dell'ermeneutica contrattuale).

Potrebbe in astratto discutersi della legittimità *de iure comunitario* di una disposizione di diritto interno volta ad imporre in modo esplicito il richiamato canone della necessaria *determinatezza* dell'oggetto (e, sulla base dei richiamati orientamenti

giurisprudenziali, la legittimità di un siffatto orientamento potrebbe essere affermata solo previa adeguata motivazione circa il carattere eccezionale e motivato di tale deroga).

Ma il punto è che non può certamente essere condivisa la tesi interpretativa volta ad introdurre (e in deroga alle generali previsioni di cui all'articolo 1346 cod. civ.) in via necessaria il canone della determinatezza dell'oggetto in assenza – non solo di una valida ragione giustificatrice, ma anche – di una espressa disposizione che chiaramente deponga in tal senso.

5.3. Si osserva in secondo luogo che, nonostante la formulazione non chiarissima delle disposizioni regolamentari che qui rilevano, la previsione di cui all'articolo 88, comma 1, lettera f) del d.P.R. 207 del 2010 (secondo cui *“per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico”*) non può essere intesa nel senso di avere introdotto una sostanziale deroga (in senso restrittivo) ai generali canoni civilistici in tema di requisiti dell'oggetto del contratto.

Si osserva al riguardo:

- che, secondo quanto previsto dall'articolo 5, comma 1 del previgente 'Codice dei contratti', il regolamento approvato con d.P.R. 207 del 2010 appartiene al *genus* dei regolamenti di esecuzione e attuazione di cui all'articolo 17, comma 1, lettere a) e b) della legge 23 agosto 1988, n. 400: si tratta – come è ben noto - di uno strumento normativo attraverso il quale non è possibile introdurre disposizioni sostanzialmente derogatorie della normativa primaria di riferimento;

- che le disposizioni primarie che disciplina(va)no l'istituto dell'avvalimento nella vigenza del decreto legislativo 163 del 2006 (si tratta, in particolare, degli articoli 49 e 50) non legittima(va)no in alcun modo l'introduzione in sede regolamentare di disposizioni volte a derogare all'ordinaria disciplina civilistica in tema di oggetto del contratto (e segnatamente, all'articolo 1346 cod. civ.). Al contrario, l'unica disposizione che rinvia(va) alla valenza attuativa e integrativa del regolamento era il comma 1 dell'articolo 50 il quale, oltre a riferirsi alla diversa materia dell'avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di qualificazione, non legittima(va) in alcun modo l'introduzione della richiamata disciplina derogatoria;

- che, più in generale, l'articolo 5, comma 5 del previgente 'Codice' (*i.e.*: la disposizione che, in generale, individuava gli ambiti in relazione ai quali il regolamento avrebbe potuto introdurre disposizioni di attuazione ed esecuzione) non contemplava a propria volta l'introduzione di disposizioni derogatorie in tema di oggetto del contratto di avvalimento (né può ritenersi che un'indicazione in tal senso fosse desumibile dalla lettera g) del comma 5, cit., il quale demandava al regolamento il compito di emanare disposizioni attuative ed esecutive in tema di requisiti soggettivi e di qualificazione degli operatori economici).

5.4. Ai limitati fini che qui rilevano, si osserva che neppure le sopravvenute disposizioni di cui al decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50 (di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e comunque non rilevanti ai fini della presente decisione) recano, in tema di avvalimento, disposizioni derogatorie e di maggior rigore in tema di determinabilità dell'oggetto del contratto.

Si osserva al riguardo:

- che l'articolo 1, comma 1, lettera zz) della legge di delega prevedeva “*[la] revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto, al fine di escludere la possibilità di ricorso all'avvalimento a cascata e prevedendo che NON possa essere oggetto di avvalimento il possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare*”;

- che l'articolo 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (il quale probabilmente non ha *in parte qua* utilizzato in modo integrale gli ambiti della delega conferita e non ha introdotto le più rigorose prescrizioni che verosimilmente la l. 50 del 2016 avrebbe consentito) non ha introdotto disposizioni puntuali volte a vincolare le forme di rappresentazione dell'oggetto del contratto, limitandosi a stabilire che esso debba esplicitare l'obbligo nei confronti del

concorrente “a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto”. Anche in questo caso non ne risulta suffragata la più rigida lettura proposta in sede di ordinanza di rimessione, secondo cui la mera determinabilità (e non già la diretta determinatezza) dell'oggetto del contratto di avvalimento ne determinerebbe per ciò stesso la radicale invalidità.

5.5. Si osserva in terzo luogo che le considerazioni dinanzi svolte *sub* 5.1. e 5.2. (relative al potenziale contrasto con il diritto UE di un'interpretazione volta ad imporre in modo indefettibile il requisito della determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento, nonché l'assenza di disposizioni primarie che confortino una siffatta interpretazione) neppure consentono di prestare adesione alla teorica della nozione di ‘forma-contenuto’ richiamata in sede di ordinanza di rimessione.

Al riguardo, pur dandosi atto dell'enucleazione di orientamenti volti a propugnare una nozione lata di forma del contratto (sì da individuare ipotesi in cui la puntuale esplicitazione di taluni elementi rilevarebbe ai fini della validità del contratto, esplicitandone in qualche misura il contenuto minimo essenziale), non sembra che i richiamati orientamenti siano declinabili in relazione alla materia (che qui viene in rilievo) della forma del contratto di avvalimento.

Si osserva al riguardo:

- che la richiamata teorica della c.d. ‘forma-contenuto’ è stata enucleata in relazione ad ipotesi in cui il Legislatore, al precipuo fine di tutelare la posizione negoziale dei contraenti deboli, predetermina in modo chiaro e tassativo gli specifici elementi che il contratto deve esplicitare in relazione a un determinato oggetto (vengono tradizionalmente richiamati al riguardo: *i*) i contratti tra imprese e consumatori [Parte III, Titolo I del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 – c.d. ‘Codice del consumo’ -], *ii*) 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’], *iii*) i contratti di credito ai consumatori di cui all'articolo 124, comma 4 del medesimo testo unico; *iv*) 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’);

- che, nelle ipotesi appena richiamate, l'obbligo di imporre puntuali vincoli di forma (sotto comminatoria di nullità) anche per ciò che riguarda elementi –*aliunde*– non essenziali del contratto rinviene una puntuale *ratio* giustificatrice nell'esigenza di colmare, anche attraverso siffatte imposizioni, le asimmetrie informative che tipicamente sussistono fra le parti contraenti. Nelle medesime ipotesi, l'imposizione dei richiamati vincoli di forma richiede una inequivoca esplicitazione normativa e – stante la gravità delle conseguenze connesse alla loro violazione – richiede che la relativa imposizione risponda ai generali canoni della proporzionalità e del minimo mezzo, stante il generale sfavore del Legislatore all'introduzione di vere e proprie forme di '*esclusione occulta*' dalle gare;
- che, tuttavia, l'imposizione delle ridette forme di tutela per il contraente debole (e la correlativa introduzione di forme di 'nullità di protezione') non rinviene un'analogia *ratio* giustificatrice nel settore della contrattualistica pubblica, nel cui ambito agiscono operatori professionali. Non è irrilevante osservare, poi, che gli operatori in cui danno sarebbero destinate ad operare le richiamate ipotesi di 'nullità di protezione' sono coloro che invocano l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento, tipicamente individuabili nelle piccole e medie imprese, alle quali potrebbe altrimenti risultare preclusa la stessa partecipazione alle gare;
- che anche a ritenere (ipotesi qui denegata) che il Legislatore possa in astratto introdurre forme di nullità di protezione a tutela dei requisiti di 'forma-contenuto' del contratto di avvalimento, ciò sarebbe possibile solo *de iure condendo*, laddove – al contrario – la disamina puntuale delle disposizioni che qui rilevano (e, segnatamente, degli articoli 49 e 50 del previgente 'Codice dei contratti', così come dell'articolo 88 del previgente 'Regolamento') non conforta affatto la tesi prospettata con il grado di chiarezza e tassatività che – al contrario – l'imposizione di così stringenti vincoli formali avrebbe imposto in modo indefettibile. Al contrario, si osserva che appare difficilmente sostenibile sotto il profilo sistematico la scelta di porre in comparazione una disposizione (quale l'articolo 1346 del codice civile) che disciplina l'oggetto del contratto – e quindi i suoi requisiti intrinseci e contenutistici – e una disposizione (quale l'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010) che disciplina gli aspetti estrinseci e rappresentativi del contratto di avvalimento.

5.6. Concludendo sul punto, deve ritenersi che l'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010, per la parte in cui prescrive che il contratto di avvalimento debba riportare *“in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico”*, non legittimi né un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto a fronte di un oggetto che sia stato esplicitato in modo (non determinato, ma solo) determinabile, né un'interpretazione volta a riguardare l'invalidità del contratto connessa alle modalità di esplicitazione dell'oggetto sulla base del c.d. 'requisito della forma-contenuto'.

5.6.1. In ipotesi quale quella che qui viene in rilievo, quindi, l'indagine in ordine agli elementi essenziali del contratto (anche ai fini dell'individuazione di eventuali forme di invalidità) deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e, segnatamente, sulla base:

- dell'articolo 1363 cod. civ. (rubricato *‘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 del medesimo codice (rubricato *‘Conservazione del contratto’*), secondo cui *“nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno”*.

6. Si osserva poi (rispondendo *in parte qua* al terzo dei quesiti articolati dai Giudici rimettenti) che non si può giungere a conclusioni diverse da quelle sin qui delineate neppure nelle ipotesi in cui il contratto di avvalimento abbia ad oggetto la messa a disposizione di requisiti connotati da rilevante particolarità (come quelli propri della categoria OS18A - relativa *“[alla] produzione in stabilimento ed [al] montaggio in opera di strutture di acciaio”* -).

Al riguardo ci si limita ad osservare che, pur dandosi atto dell'evidente necessità che in siffatte ipotesi il possesso del requisito venga accertato in modo rigoroso (e in modo parimenti rigoroso verificato quando esso costituisca oggetto di avvalimento, come sottolineato dall'appellata Toto), non si individuano ragioni testuali o sistematiche per aderire a un'impostazione volta a negare la possibilità che l'accertamento di tale possesso avvenga sulla base dell'interpretazione complessiva del contratto.

A tacer d'altro, l'adesione a una siffatta impostazione finirebbe per far prevalere un approccio di carattere formalistico rispetto alla prevalente esigenza (propria di un istituto di matrice eurounitaria quale l'avvalimento) di garantire la verifica in senso sostanziale circa il possesso effettivo del requisito, se del caso attraverso l'attivazione degli ordinari strumenti dell'ermeneutica contrattuale.

7. Ebbene, riconducendo i principi sin qui individuati alle peculiarità del caso in esame, deve ritenersi che il contratto di avvalimento prodotto dalla Sicurbau ai fini della partecipazione alla gara non risultasse viziato dei lamentati profili di nullità, presentando lo stesso un oggetto agevolmente determinabile dal complessivo tenore del contratto stesso.

7.1. Al riguardo ci si limita ad osservare:

- che il contratto di avvalimento (in atti), di dimensione inusitatamente consistente, indicava in modo effettivamente analitico e puntuale le componenti dell'organizzazione aziendale della Omba Impianti Engineering S.p.A che costituivano oggetto di messa a disposizione in favore della Sicurbau;
- che in particolare, per quanto riguarda l'indicazione dello stabilimento di produzione delle strutture in acciaio, veniva fornito in sede contrattuale un esaustivo elenco dei macchinari e delle attrezzature – voluminosi e di fatto inamovibili - a ciò destinati, con indicazione delle relative matricole identificative;
- che il contratto in questione, pur non indicando *nominatim* lo stabilimento presso cui le lavorazioni sarebbero state effettuate, consentiva tuttavia – e in modo piuttosto agevole – di determinarne l'esatta ubicazione, attraverso l'univoco richiamo ai macchinari ivi stabilmente collocati (oltretutto, le tabelle incluse nel contratto di avvalimento ricevano un'apposita colonna intestata 'area di impiego' che consentiva in modo univoco e piuttosto agevole la richiamata determinazione spaziale);
- che non può essere condivisa la tesi della Toto secondo cui il contratto di avvalimento in questione risulterebbe comunque invalido per non avere le parti esplicitato in sede contrattuale che l'ausiliaria Omba Impianti Engineering S.p.A ponesse in modo totale e incondizionato la propria capacità produttiva ad esclusivo servizio della Sicurbau. In tal modo, secondo l'appellata, le parti non avrebbero soddisfatto l'obbligo per l'impresa

ausiliaria “*[di] mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente*” (articolo 49, comma 1, lettera d) del ‘Codice dei contratti’).

Secondo l'appellata, il contratto in tal modo predisposto risulterebbe invalido in quanto dal suo complessivo tenore emergerebbe che “*l'avvalso (Omba Impianti Engineering S.p.A) non ha perso la piena e incondizionata disponibilità del proprio stabilimento industriale [con] la conseguente facoltà di privilegiare la propria programmazione produttiva a scapito di quella dell'avvalente*”.

La tesi non può essere condivisa.

Al riguardo ci si limita ad osservare che l'applicazione del generale canone (di matrice anche eurounitaria) della proporzionalità induce ad interpretare ed applicare le disposizioni in tema di avvalimento nel senso di imporre all'impresa ausiliaria di porre a disposizione della concorrente le risorse di cui essa è carente in base a un canone di effettività, senza che ciò comporti l'instaurazione di un sostanziale rapporto di esclusiva, ovvero la necessaria deprivatione dell'ausiliaria della possibilità di dedicare ad altri utilizzi la propria capacità imprenditoriale non immediatamente dedicabile al concordato avvalimento.

Si osserva poi che non può essere condiviso (in quanto oltretutto formulato in termini sostanzialmente ipotetici e dubitativi) l'argomento secondo cui, nel corso delle lavorazioni, la Omba Impianti Engineering S.p.A avrebbe potuto distogliere verso ad altre finalità (e secondo diversi ordini di priorità) le risorse organizzative che si era invece impegnata a mettere a disposizione dell'appellante Sicurbau.

7.2. Anche per tale ragione non può essere condivisa la tesi volta a sostenere l'invalidità del contratto di avvalimento fra la Sicurbau e la Omba Impianti Engineering S.p.A.

8. In base a quanto sin qui esposto, non vi è ragione per esaminare il terzo dei quesiti articolati dai Giudici rimettenti (relativo alla possibilità di invocare il beneficio del c.d. ‘soccorso istruttorio’ a fronte di incompletezze del contratto di avvalimento che, sotto il profilo civilistico portano ad affermare la nullità del contratto).

Ciò in quanto, per le ragioni dinanzi esposte, in ipotesi quale quella sottoposta al vaglio di questa Adunanza Plenaria non è neppure ravvisabile un'ipotesi di nullità del contratto di avvalimento.

Difetta, quindi, il presupposto della rilevanza della questione in tal modo posta ai fini della risoluzione della *res controversa*.

9. In conclusione l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato enuncia il seguente principio di diritto relativo ai primi due quesiti posti nell'ambito dell'ordinanza di rimessione in epigrafe:

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").

Resta invece assorbito il terzo dei quesiti articolati dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, atteso che non si pone nel caso in esame la questione di riconoscere o negare il beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio'.

10. Ai sensi del comma 4 dell'articolo 99 del cod. proc. amm. l'Adunanza Plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente.

Il Collegio ritiene che nel caso in esame sussistano i presupposti perché, a seguito dell'enunciazione del principio di diritto di cui al precedente punto 10, la questione sia rimessa al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

11. Per le ragioni sin qui esposte, deve essere in primo luogo dichiarata l'inammissibilità dell'intervento in giudizio della Simav.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite per quanto riguarda la posizione della Simav.

Nel merito, l'appello principale deve essere accolto in parte e per l'effetto, alla luce dei principi di diritto dinanzi enunciati *sub* 10, deve essere disposta la riforma dell'appellata sentenza n. 905/2015 per la parte in cui, in accoglimento del primo motivo di ricorso incidentale proposto dalla Toto, i primi Giudici hanno stabilito che la Sicurbau avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per cui è causa stante l'invalidità del contratto di avvalimento prodotto ai fini della partecipazione.

Per il resto il giudizio deve essere restituito alla Sezione rimettente che dovrà statuire anche in ordine ai residui capi inerenti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto

dichiara inammissibile l'intervento in giudizio della Simav s.p.a.;

accoglie in parte il ricorso in appello, nei sensi di cui in motivazione, ed enuncia il principio di cui al precedente punto 10;

rimette per il resto la definizione della questione al Giudice rimettente.

Spese compensate per quanto riguarda la posizione della Simav.

Spese al definitivo per il resto.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Claudio Zucchelli, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Fabio Taormina, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Vincenzo Neri, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

IL PRESIDENTE

Alessandro Pajno

L'ESTENSORE

Claudio Contessa

IL SEGRETARIO