

## IL CONTRATTO DI AVVALIMENTO

**Dott.ssa Claudia Figliolia**

### **Un nuovo contratto tipico.**

L'avvalimento, quale istituto di matrice comunitaria, consente il "completamento" dell'aspirante aggiudicataria in ordine alla realizzazione della più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure ad evidenza pubblica. Mediante il ricorso ad un'impresa terza rispetto alla convenzione di appalto, infatti, la concorrente si completa di quei requisiti di partecipazione a cui l'amministrazione committente subordina l'aggiudicazione e l'affidamento della commessa pubblica.

In questa dialettica tra ordinamenti giuridici, comunitario e nazionale, l'avvalimento si pone in senso strumentale alla realizzazione di quei principi di massima concorrenzialità nelle gare d'appalto, venendo ad essere "calato" in un sistema giuridico, quello nazionale, positivizzato e storicizzato che necessita di adeguata considerazione da parte del legislatore. Il recepimento delle direttive comunitarie 17 e 18 del 2004 da parte del legislatore nazionale con l'elaborazione dell'art.49 del Codice dei Contratti, è rappresentativo di questo processo di concretizzazione di istituti generali, letti in un'ottica sostanzialista dalla giurisprudenza europea, in norme positive incardinate in sistemi giuridici in cui necessitano di un adeguato adattamento. Con l'elaborazione dell'art.49 del Codice dei contratti e con il successivo innesto correttivo del 2010 il legislatore nazionale ha disegnato il perimetro applicativo dell'istituto definendolo in termini contrattuali ed individuandone i limiti applicativi, contenutistici e formali. Il ricorso a tale "strumento di cooperazione e collaborazione di più operatori economici"<sup>1</sup>, infatti è risultato subordinato alla presenza di specifiche limitazioni già dalla prima elaborazione dell'istituto, attraverso la tassativa elencazione delle concrete modalità mediante le quali l'impresa ausiliata può dare congrua dimostrazione alla stazione appaltante dell'effettiva disponibilità dei requisiti

---

<sup>1</sup> A. CIANFALONE e G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 114.

di cui si è avvalsa costituente oggetto della convenzione di avvalimento. La *ratio* di questa "tipizzazione" è rappresentata da una scelta di politica legislativa sulla base della quale si è voluto garantire all'amministrazione aggiudicatrice un adeguato sindacato avente ad oggetto l'accessibilità da parte dell'impresa avvalente ai mezzi ed agli strumenti di cui si è avvalsa, garantendo così la corretta esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto nell'eventualità di una sua aggiudicazione. Questa tipizzazione ha rappresentato un forte discostamento da quell'impostazione c.d. "sostanzialista" tipica del legislatore comunitario; tanto che, sin dalle prime direttive in materia, emerge quella tendenza a prescindere dalla natura formale del rapporto di avvalimento accentuandone altresì il dato sostanziale relativo alla realtà ed all'effettività del trasferimento, strumentale alla realizzazione di quel regime concorrenziale a cui la legislazione europea è protesa.

Tra gli allegati che devono essere presentati dalle imprese ai fini del ricorso all'avvalimento, infatti, l'articolo 49 comma 2 lett. f) richiede "*in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto*". La disposizione in commento va letta alla luce della impostazione comunitaria: il legislatore europeo, infatti, nelle citate direttive del 2004, non aveva richiesto alcuna formalizzazione del rapporto nascente con l'avvalimento in schemi giuridici predefiniti, limitandosi a disciplinare l'istituto in termini funzionali rispetto alle finalità da esso perseguite; diversamente, il nostro legislatore ha "imbrigliato" il vincolo giuridico nascente con l'avvalimento tra le imprese nelle più stringenti maglie di uno schema negoziale predefinito: il contratto.

Il legislatore si è in un primo momento limitato a predisporre tale strumento, senza dare indicazioni riguardo al contenuto ed alla forma che il rapporto pattizio avrebbe dovuto assumere per poter produrre gli effetti giuridici ad esso connessi. In seguito, mediante il Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici<sup>2</sup>, si è colmata tale "lacuna" legislativa indicando, all'art.88, gli elementi contenutistici e formali di cui la figura contrattuale avrebbe dovuto vestirsi in vista di un ampliamento delle garanzie per la stazione appaltante, relativamente, da un lato, alla verifica della serietà dell'impegno assunto dall'impresa avvalsa nei riguardi della concorrente, e dall'altro lato, all'attestazione circa la concreta disponibilità in

---

<sup>2</sup>D.P.R. 05/10/2010, n. 207

capo a quest'ultima dei requisiti posti dall'amministrazione aggiudicatrice a base di gara. In questa sede, si è, infatti, subordinata la validità del vincolo negoziale nascente dal ricorso al prestito alla puntuale ed esplicita indicazione dell'oggetto, della durata e di ogni altro elemento che si reputi utile nell'ambito dello svolgimento del rapporto negoziale<sup>3</sup>.

Per quanto poi concerne il riferimento alla durata del vincolo, detta previsione esplicitata nel Regolamento, parrebbe sovrapporsi alla disciplina contenuta nell'art.49 lett. f), ove, infatti, è puntualmente richiesto, che il contratto mediante il quale l'impresa ausiliata si avvale delle altrui qualificazioni, debba comportare il mantenimento in capo all'avvalente medesima della disponibilità di queste ultime per tutta la durata dell'appalto. Già prima dell'innesto correttivo al Codice, la giurisprudenza<sup>4</sup> si era orientata verso un configurazione atipica del contratto in esame, qualificandolo in termini di fattispecie non riconducibile ad alcuno schema normativo predeterminato, facendolo rientrare altresì nell'alveo previsionale di quel principio di autonomia contrattuale che il nostro ordinamento disciplina all'art. 1322 c.c. Detta giurisprudenza ha quindi configurato il rapporto intercorrente tra le imprese teso all'integrazione delle risorse occorrenti al concorrente, in termini di contratto unilaterale con obbligazioni assunte da una sola delle parti in cui non è previsto alcun limite in ordine né alla causa del negozio, né alla previsione di un corrispettivo, in quanto, nei riguardi della committenza ed ai fini dell'aggiudicazione della gara, gli obblighi interni tra avvalente e avvalso risultano del tutto irrilevanti. Ciò che conta, dunque, è garantire alla stazione appaltante la disponibilità effettiva in capo alla partecipante di tutti i mezzi e dei requisiti a lei pervenuti per mezzo dell'avvalimento. Di contrario avviso altra dottrina<sup>5</sup>, partendo dall'assodata atipicità del contratto in esame, ha configurato l'istituto in termini di contratto a titolo oneroso a prestazioni corrispettive presupponendo la sussistenza di una resa nei confronti della prestatrice delle risorse, in ragione del suo intervento "compensativo" nella procedura concorsuale. La ragione di tale inquadramento andrebbe ricercata nella natura stessa delle fattispecie atipiche, le quali non possono prescindere dall'individuazione dell'elemento causale che le ispira laddove, altrimenti opinando, verrebbe ad inficiarsi la validità stessa del contratto. Questo indirizzo restrittivo ravvisa la funzione economico sociale del negozio nella sinallagmaticità delle prestazioni da cui deriverebbe la

---

<sup>3</sup>T.A.R. Puglia, Bari, sez. I sent. n. 424 del 21/03/2013; T.A.R. Toscana, sez. I sent. n. 443 del 2013; T.A.R. Sicilia, Palermo sez III, sent. n. 588 del 13.03.2013; T.A.R Puglia, Bari sez. III, sent n. 456 del 28.03.2013; T.A.R . Puglia, Bari, sez.I sent. n. 255 del 20.02.2013; T.A.R. Molise, Campobasso, sez.I, sent. n. 154 del 15.02.2013

<sup>4</sup>T.A.R Veneto, sentenza n. 3451/2008; T.A.R Lazio, sentenza n. 12455/2009; T.A.R Lazio sentenza 1865/2010

<sup>5</sup>L. OLMÍ, "L'istituto dell'avvalimento alla luce del nuovo codice degli appalti pubblici", in Altalex, 04/12/2008.

necessaria onerosità del rapporto contrattuale<sup>6</sup>. Ciò comporterebbe, sotto il profilo probatorio, gravi limiti in ordine all'ammissibilità del ricorso all'avvalimento laddove si consideri che verrebbe ad imporsi un eccessivo ampliamento del sindacato della stazione appaltante, estraneo alla previsione di legge, la quale non potrebbe limitarsi al controllo dell'effettività del prestito, bensì sarebbe onerata alla verifica della sinallgmaticità delle prestazioni non potendo, in termini consequenziali, ammettere la partecipazione alla gara della concorrente tutte le volte in cui non venisse dimostrato il prezzo o comunque una controprestazione specifica a fronte dell'obbligazione assunta. Sotto il profilo pratico inoltre, la presupposizione della corrispettività, implicando il sindacato della committenza sulla controprestazione dovuta dall'impresa ausiliaria, comporta il venir meno di uno dei principali elementi caratterizzanti l'avvalimento: l'estraneità dell'amministrazione al rapporto giuridico intercorrente tra gli operatori economici che vogliono ricorrere al prestito. Il contratto, infatti, deve sempre essere delibato in un'ottica strumentale rispetto ai fini cui è preordinato, non potendo quest'ultimo diventare *ex se* oggetto di sindacato; la valutazione dell'idoneità della convenzione sottoscritta dalle imprese da parte dell'amministrazione deve essere indirizzata, limitatamente alla sua attitudine a garantire la realtà del prestito, in un'ottica strumentale alla corretta esecuzione dell'opera appaltata nell'eventualità di una sua futura aggiudicazione. Ciò non toglie che, solitamente, nel suo concreto manifestarsi nella vita economico-giuridica, il prestito dei requisiti sia oggetto di scambio, e che quindi ad esso corrisponda una controprestazione a cui l'avvalsa risulta obbligata; ma questo rilievo non può assumere rilevanza esterna, ed andare oltre il mero rapporto tra le imprese coinvolgendo la stessa stazione appaltante, in quanto, ritenendo altrimenti, verrebbero frustrate le finalità stesse dell'istituto. Concludendo, se da un lato nulla esclude che il rapporto pattizio abbia natura onerosa, presentandosi nella concreta vita giuridica dei traffici commerciali in forma di scambio, dall'altro, in ragione della sua estraneità alle finalità a cui il sindacato della committenza è rivolto, non può nemmeno, tale carattere, essergli imposto.

Molti sono stati i tentativi volti alla sussunzione dell'istituto all'interno di fattispecie predefinite dal legislatore nei loro contorni essenziali, conseguendo a detta tipizzazione la

---

<sup>6</sup>“Il contratto di avvalimento deve, pertanto, essere inquadrato quale contratto a titolo oneroso, essendo illogico presupporre che un'impresa metta a disposizione le proprie risorse, rispondendo matrimonialmente dell'inadempimento dell'impresa avvalente per spirito di liberalità. Tanto più ove si consideri che, rendendosi disponibile all'avvalimento, l'impresa rinuncia a priori alla propria partecipazione diretta alla gara, abdicando quindi alla potenziale acquisizione dell'appalto.”

negazione di una qualche autonomia al prestito dei requisiti funzionale all'accesso alle procedure di evidenza pubblica. In proposito, parte della dottrina ha sostenuto la riconducibilità del contratto in esame alla fattispecie tipica del contratto a favore di terzo ex art. 1411 c.c.<sup>7</sup>;

Altri, hanno altresì ritenuto che di contratto di avvalimento possa parlarsi in termini di promessa del fatto del terzo, in quanto l'art. 1381 c.c. prevede che *“colui che ha promesso l'obbligazione o il fatto di un terzo è tenuto ad indennizzare l'altro contraente, se il terzo rifiuta di obbligarsi o non compie il fatto promesso”*<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup>*“E' valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse. Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente di volerne profittare. In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto”*.

Questa disposizione, rappresentando una deroga al principio generale secondo cui il contratto produce effetti solo nei confronti delle parti contrattuali ex art.1372, tipizza il rapporto negoziale concluso tra lo stipulante e il promittente mediante il quale si accordano ad attribuire gli effetti favorevoli nascenti dalla convenzione ad un terzo, che, in relazione alla stipulazione, diviene creditore di una prestazione da parte del soggetto promittente senza però nel contempo essere qualificato parte contrattuale della rapporto pattizio. Ciò sembrerebbe coerente con la posizione di estraneità assunta nell'ambito del rapporto di avvalimento dall'amministrazione aggiudicatrice, la quale è solo la destinataria di detto rapporto pattizio senza divenire per ciò stesso parte contrattuale. Ma, rilievo decisivo sull'impossibilità di dare al rapporto convenzionale di avvalimento la veste giuridica del contratto a favore di terzo, è da ravvisare nella differente posizione assunta dall'impresa avvalente da un lato e dallo stipulante dall'altro; infatti, mentre nel contratto a favore di terzo lo stipulante (avvalente) non è creditore della prestazione poiché titolare del diritto è solo il terzo beneficiario, nel rapporto che origina dal contratto di avvalimento, invece, l'impresa ausiliaria (promittente) si obbliga nei confronti dell'impresa ausiliata (stipulante) a fornire tutte le risorse e i mezzi che costituiscono oggetto del prestito. In questo senso si veda: CIRILLO, *l'avvalimento: sintesi tra subprocedimento e negozio giuridico*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>8</sup> CIRILLO, *l'avvalimento: sintesi tra subprocedimento e negozio giuridico*, op cit. In questa fattispecie, dunque, uno dei due contraenti si impegna verso l'altro affinché un terzo, che rimane del tutto estraneo alla stipulazione, assuma un'obbligazione ovvero ne esegua una già assunta. Alla luce di tale rilievo si è sostenuta la compatibilità della promessa unilaterale del fatto del terzo con la dichiarazione (unilaterale), richiesta dalla legge all'art. 49 comma II lett. a), mediante la quale l'impresa concorrente attesta l'avvalimento dei requisiti di cui è carente alla committenza. Questo schema risulterebbe dunque compatibile con il rapporto convenzionale intercorrente tra promissario e promittente avente ad oggetto la promessa che l'impresa ausiliaria assumerà su di sé l'obbligazione del prestito attraverso la dichiarazione di cui alla lett. d) del medesimo articolo ulteriormente garantita dal contratto stipulato con l'avvalsa. L'attività documentativa andrebbe inoltre distinta dalla forma negoziale in quanto la prima si tradurrebbe in una mera attività certificativa di una sottostante attività negoziale rappresentata dal contratto tra le imprese. L'avvalimento viene dunque qualificato in termini di *sintesi tra sub-procedimento e negozio giuridico*, in quanto, con la dichiarazione di avvalimento, si apre un sub-procedimento nell'ambito della più generale procedura concorsuale, rappresentato dal rapporto contrattuale che concretamente viene ad instaurarsi tra le imprese ai fini della compiuta realizzazione del prestito. Quindi, in relazione ai su esposti rilievi sembrerebbe compatibile lo schema della promessa del fatto del terzo con la relazione negoziale che origina dall'avvalimento. Ma bisogna considerare che dall'art. 1381 emerge il ricorrere di un rapporto convenzionale tra il promittente e il terzo, laddove, per converso, nell'ambito dell'avvalimento funzionale al procedimento di gara, non sussiste alcuna obbligazione tra l'impresa concorrente e l'ausiliaria; parimenti nelle fase partecipativa al procedimento di gara tra l'impresa concorrente e la committenza ancora non è sorto alcun vincolo negoziale essendo ancora del tutto ipotetica l'aggiudicazione, mentre, viceversa, nell'ipotesi prevista dall'art. 1381 c.c. tra il promissario e il promittente sussiste un vero e proprio rapporto obbligatorio. Dunque non appare condivisibile un'assimilazione tra i due schemi negoziali su esposti.

Per quanto, dunque, dai suddetti rilievi critici risulti dubbia la sussumibilità del rapporto nascente dal contratto di avvalimento in fattispecie astratte positivizzate dal legislatore in ordine alla tutela di uno specifico quadro esigenziale, ciò non esclude la possibilità che quest'ultimo possa richiamare, a seconda della fattispecie concreta in cui si trova ad operare, delle forme contrattuali tipiche che, in base all'oggetto del rapporto, possano reputarsi idonee all'assolvimento dell'onere della prova da parte dell'impresa avvalente nei confronti della committenza attestante la fruibilità in capo all'aspirante aggiudicataria delle risorse occorrenti per la valida partecipazione alla procedura concorsuale. Al riguardo si ritiene comunemente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la possibilità della compiuta realizzazione delle finalità proprie dell'istituto attraverso la sussunzione del rapporto convenzionale sottostante l'avvalimento nella fattispecie tipica del contratto d'affitto di ramo d'azienda. In proposito, una recente giurisprudenza<sup>9</sup> ha ritenuto che, data la portata generale che caratterizza la disciplina del prestito dei requisiti, possa considerarsi elemento sufficiente, ai fini dell'attestazione in capo all'amministrazione appaltante della fruibilità delle risorse trasferite alla concorrente, la stipulazione tra l'impresa avvalente e l'impresa avvalsa di questa forma negoziale tipica, in quanto quest'ultima si reputa idonea alla dimostrazione della materiale disponibilità in capo all'impresa avvalsa di tutti quei beni che sono ricompresi nel complesso aziendale oggetto del contratto, sicché si avrà un avvalimento con assorbimento delle risorse e dei mezzi concessi. Questa riconducibilità del contratto di avvalimento alla fattispecie della cessione d'azienda va comunque intesa in senso strumentale e funzionale all'attestazione della concreta e tangibile presenza nella sfera patrimoniale dell'ausiliata di tutte le risorse imprescindibili poste a base di gara.

Il passaggio dalla prova atipica, come configurata dall'ordinamento comunitario, al contratto atipico, è elemento indicativo da cui poter dedurre l'indifferenza prestata dal legislatore nazionale relativamente al tipo contrattuale utilizzato concretamente dalle parti ai fini probatori, rilevando, quale unico limite all'autonomia pattizia, l'idoneità dello schema contrattuale prescelto ad assolvere la finalità cui è destinato: la dimostrazione della sussistenza e della materiale disponibilità in capo alla concorrente di tutte le risorse che le sono necessarie per aggiudicarsi l'appalto e dunque la serietà dell'impegno assunto dall'avvalsa con l'adesione al rapporto convenzionale sottoscritto con l'aspirante aggiudicataria. L'onere della prova potrà

---

<sup>9</sup>T.A.R. Lazio, Roma, sezione I bis, sentenza, 20-05-2011, n. 4455; si veda anche in proposito: T.A.R. Calabria, Catanzaro, sezione II, sentenza, 10-06-2010, n. 1107.

quindi assumere configurazioni formali diverse a seconda del modo in cui le esigenze del contraente si concretizzano nella prassi commerciale: così, se l'avvalimento avrà ad oggetto la messa a disposizione di un dato complesso aziendale, bene la prova della fruibilità delle risorse in capo all'ausiliata potrà essere prestata mediante un contratto d'affitto di ramo d'azienda; ovvero, qualora oggetto dell'avvalimento sia lo svolgimento di una data attività funzionale alla realizzazione delle lavorazioni, la prova dell'effettiva disponibilità delle risorse necessiterà della predisposizione di un contratto di subappalto tra le imprese il quale comporta, infatti, il coinvolgimento operativo dell'impresa avvalsa-prestatrice nella fase esecutiva del negozio d'appalto sottoscritto dal concorrente con la committenza. Ancora, se per la corretta esecuzione dell'opera fosse necessaria la prova della utilizzabilità da parte dell'aspirante aggiudicataria di un locale, questa potrà essere assolta mediante la sottoscrizione di un contratto di locazione che attesti, per tutta la durata dell'appalto, la disponibilità materiale del bene oggetto di trasferimento in capo all'impresa avvalente.<sup>10</sup> Nei fatti, quindi, la natura dei requisiti trasferiti ricorrendo all'avvalimento condiziona la riconducibilità del contratto ad una specifica tipologia negoziale senza toglierne però quel *quid pluris* rappresentato dalla funzionalizzazione del rapporto pattizio alla compiuta realizzazione dell'opera che ne diviene parametro fondamentale di idoneità. In conclusione è stato ritenuto che il contratto di avvalimento rappresenti concretamente quell'apertura del nostro ordinamento al principio di autonomia negoziale previsto dall'articolo 1322 c.c. che concede alle parti la scelta di regolamentare i reciproci rapporti anche al di fuori di quelle fattispecie tipizzate dal legislatore, purché, ad una valutazione eteronoma, gli interessi ad essi sottesi risultino meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. Il "voluto" del legislatore sembra dunque orientato a dare piena esplicazione al principio di autonomia contrattuale in quanto è proprio in base alla prassi negoziale e alle concrete esigenze che nel caso di specie dovranno trovare compiuto soddisfacimento, che vengono a delinarsi quelle fattispecie contrattuali che consentono l'adempimento degli oneri richiesti dalla pubblica amministrazione per il valido ricorso all'istituto, nell'ottica di un ampliamento del novero dei possibili aggiudicatari di un appalto pubblico.

Sulla base di un'interpretazione sistematica è necessario valutare inoltre il combinato disposto tra la lett. f) e la lett. d) dell'art. 49 dal quale emerge che il contratto di avvalimento, a

---

<sup>10</sup> G. FISCHIONE e F. LILLI, *la collaborazione tra le imprese nel settore dei contratti pubblici*, Libreria dello stato, 2011, a cura di A. CLARIZIA e G. MORBIDELLI.

D. NOSTRO, *l'avvalimento*, da "il nuovo codice degli appalti pubblici di lavori servizi e forniture", commentario sistematico a cura di F. SAITTA, Padova 2008.



prescindere dal suo concreto manifestarsi, deve comunque essere integrato da un'apposita dichiarazione sottoscritta dall'impresa avvalsa mediante la quale quest'ultima si obbliga non solo verso la concorrente ma anche nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse di cui l'impresa ausiliata è carente per tutta la durata dell'appalto. Mediante l'esegesi delle disposizioni in commento si possono dunque dedurre due ordini di considerazioni: l'una di carattere positivo, secondo cui la dichiarazione di cui alla lett. d) conferisce un'ulteriore garanzia in capo alla committenza circa la reale disponibilità materiale delle risorse in capo all'aspirante aggiudicataria ai fini della concreta realizzazione dell'opera appaltata consentendo così alla committenza di assolvere all'interesse pubblico di cui è principale interprete; l'altra di carattere negativo, che permette di limitare la portata del contratto alle sole due imprese contraenti senza coinvolgere la stazione appaltante nel rapporto negoziale.

Detto elemento può essere considerato come un'ulteriore prova della natura atipica che contraddistingue il contratto di avvalimento laddove si consideri che quest'ultimo non detiene una tipicità causale che lo sostiene, bensì, pur rimanendo funzionalizzato al raggiungimento di quei fini alla realizzazione dei quali è preordinato, è contraddistinto da una propria autonomia che gli consente, a seconda delle esigenze concrete, di assumere la veste giuridica di qualunque fattispecie contrattuale. Infatti, il coinvolgimento dell'ausiliaria anche nei riguardi della stazione appaltante, a cui rimane obbligata in relazione alla sottoscrizione della citata dichiarazione, è un momento ulteriore del rapporto intercorrente tra le imprese, nei confronti del quale il contratto assolve solo una funzione strumentale. Risulta in definitiva indefettibile la possibilità in capo all'impresa aggiudicataria di usare in via diretta ed immediata le risorse oggetto dell'accordo con qualsiasi strumento giuridico, comprensivo sia dei contratti tipici (ad esempio il comodato, il contratto di nolo, il contratto d'affitto d'azienda o di un ramo di questa, il contratto di locazione), sia di pattuizioni atipiche ai sensi del capoverso dell'art. 1322c.c.<sup>11</sup>

Per quanto concerne la prova dell'esistenza del contratto si<sup>12</sup> è ritenuto che questa possa essere assolta in qualunque modo purché risulti idonea a garantire in capo alla committenza la corretta esecuzione delle lavorazioni nell'eventualità dell'aggiudicazione dell'appalto in capo alla destinataria del prestito<sup>13</sup>. L'Autorità per la vigilanza<sup>14</sup> sui contratti pubblici ha

<sup>11</sup> Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 3791, 12/06/2009

<sup>12</sup> S. FANTINI, *Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Garofoli – G. Ferrari, tomo I, Nel diritto editore, IV ed. 2011.

<sup>13</sup> Ad esempio è stata ritenuta adeguata all'assolvimento di detto onere anche la produzione di una certificazione notarile sostitutiva dell'originale, ovvero, ancora, la presentazione di una copia dello stesso contratto da cui derivi la



ulteriormente chiarito i limiti che la valutazione dell'idoneità delle prove incontra nella dimostrazione della concretezza e della realtà del prestito, sottolineando come, data la "assodata" atipicità del contratto in esame, l'onere della prova assolto dalla convenzione pattizia si sostanzierà in relazione alla natura ed alle caratteristiche del singolo requisito di cui la concorrente di volta in volta si avvale. Si può, quindi, configurare il contratto in esame in termini di figura negoziale "composta" la quale può, nella sua declinazione pratica, concretarsi in qualunque struttura pattizia a prescindere dalla sua sussumibilità in fattispecie negoziali predefinite dal legislatore, purché mantenga ed assolva alla sua destinazione unitaria: rendere il prestito effettivo. Così inteso, dunque, il contratto si mostra nella sua *ratio* essenziale, rappresentata dalla funzione probatoria che viene ad assumere, in un'ottica strumentale rispetto alla realizzazione di interessi che prescindono quelli delle imprese contraenti, ma che sono destinati alla soddisfazione di un quadro esigenziale di natura pubblicistica facente capo alla stazione appaltante. Dunque per quanto concerne la *ratio* dell'istituto è di importanza fondamentale non confonderne la finalità con gli effetti; infatti, il "voluto" del legislatore non è rappresentato dall'ampliamento del novero delle capacità economiche, tecniche, finanziarie dell'impresa avvalente, bensì, coerentemente con i principi di matrice comunitaria, è diretto all'ampliamento della platea concorrenziale, quale obiettivo che l'avvalimento mira a realizzare consentendo anche a quelle imprese che in ragione delle piccole dimensioni ovvero a causa del limitato capitale finanziario, non sarebbero in grado di partecipare autonomamente alle procedure di gara, di concorrere con altri operatori economici all'aggiudicazione dell'appalto. Ciò risulta ulteriormente confermato dalla suddetta indifferenza del vincolo giuridico che lega le imprese, potendosi, così, prescindere dalla qualificazione rapporti tra queste intercorrenti<sup>15</sup>.

Risulta comunque necessaria la considerazione secondo cui sostenere da un lato la atipicità del contratto di avvalimento e, dall'altra, l'autonomia della causa che lo sottende rispetto allo schema negoziale a cui concretamente si fa ricorso, significa affermare che il

---

disponibilità in capo all'avvalente di tutte le risorse di cui risulta carente per la sua valida partecipazione alla procedura concorsuale.

<sup>14</sup> AVCP, documento di consultazione, *L'avvalimento nelle procedure di gara*.

<sup>15</sup> In proposito: Consiglio di Stato, sezione V, 17 Marzo 2009, n. 1589; TAR Puglia, sezione I, 10 ottobre 2007, n.2486;

G. FISCHIONE e F. LILLI, "La collaborazione tra le imprese nel settore dei contratti pubblici", op cit.

Consiglio di Stato, sezione IV, 20 novembre 2008, n. 5742 "La finalità dell'istituto dell'avvalimento non è affatto quella di arricchire la capacità (tecnica ed economica che sia) del concorrente ma anzi all'opposto, quella di consentire a soggetti, che ne sono privi, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti."

parametro valutativo di riferimento per determinare la tipicità o atipicità di un rapporto pattizio va ravvisato non già nell'esistenza di una specifica e ricorrente funzione economico sociale "convalidata" dal legislatore e di una relativa disciplina legale, bensì nell'ampiezza dei suoi concreti contenuti possibili: infatti dedurre l'atipicità di un contratto dal fatto che esso possa concretizzarsi diversamente in ragione dei subcontratti ai quali le parti negoziali fanno di volta in volta ricorso significa negare quella ormai convalidata configurazione della tipicità contrattuale che rinviene l'elemento qualificante la tipicità stessa nella predisposizione legale di uno schema negoziale essenziale a cui può darsi diverso contenuto in ragione delle diverse esigenze concrete, di fronte alle quali il contratto rappresenta il principale strumento di realizzazione, ma mantenendo costante la funzione economico sociale a cui questo è proteso. Inoltre potrebbe sembrare contraddittorio parlare di autonomia di un contratto da un lato ma configurarlo dall'altro atipico giustificando tale qualificazione in ragione della possibile sua concretizzazione in fattispecie negoziali distinte: infatti, così opinando, si finisce per negare la stessa autonomia di quell'assetto di interessi volto al prestito di requisiti, che, come da più parti sostenuto, non può trovare completo esautoramento nella causa sottostante il subcontratto a cui si è fatto ricorso. In altre parole, far discendere l'atipicità del rapporto negoziale dalla mutevolezza dello schema contrattuale accessorio concretamente usato dalle parti, ma nello stesso tempo affermare l'autonomia del contratto principale di avvalimento è probabilmente un "non senso". Infatti, una volta affermata l'autonomia del rapporto negoziale nascente dall'avvalimento rispetto alla funzione accessoria assolta dal subcontratto non potrà dedursi l'atipicità proprio da quest'ultimo dato, in quanto, questo elemento è per definizione solo accessorio e strumentale rispetto alla realizzazione dell'assetto di interessi a cui le parti preordinano il contratto stesso. In tal caso le "clausole" subordinate comporteranno soltanto una *deviazione inessenziale*<sup>16</sup> degli effetti del contratto principale, ma ciò non può ritenersi sufficiente a far perdere al contratto la sua autonomia e non potrà da ciò dedursi la sua atipicità. Una volta affermata l'autonomia di uno schema legale predisposto dal legislatore per la regolamentazione di specifiche ed astratte finalità non può parlarsi di atipicità. Se si volesse altrimenti conferire al negozio una qualificazione atipica in ragione della mutevolezza del subcontratto che viene utilizzato come prova, allora bisognerebbe negarne l'autonomia causale e far coincidere il negozio stesso con il subcontratto a cui concretamente si è fatto ricorso.

---

<sup>16</sup>MESSINEO, Enciclopedia del diritto, giuffrè editore 1962, vol. X, p.96.

Non manca dunque chi<sup>17</sup>, negando la natura innominata del contratto in esame, ne asserisce altresì il carattere tipico, ma non mediante al sussunzione del rapporto convenzionale in un preesistente schema legale, bensì qualificandolo alla stregua della stessa disciplina prevista dal parametro normativo di riferimento. A giustificare tale assunto si è messo in rilievo il dato fondamentale della menzione legislativa, che lo contempla in modo puntuale e specifico, definendone cause ed effetti giuridici, nonché le varie forme che il contratto stesso può assumere onde assolvere alla funzione che gli è propria. Detta dottrina, pur sottolineando la natura mutevole dell'istituto, definito infatti in termini di "*contratto camaleonte*", non nega unicità al negozio, ricercandone, altresì, il momento unificante nella stessa *ratio legis* che lo sottende: il prestito dei requisiti diviene dunque l'elemento tipizzante l'avvalimento, la sua matrice causale *costante* che gli permette di astrarsi dal contenuto *variabile*, che, a seconda del caso di specie, ne costituisce l'oggetto. In altre parole, detta esegesi, individuando un elemento costante ed immutabile nel rapporto convenzionale, ne rende tipica la natura, ulteriormente valorizzata, quest'ultima, dalla menzione stessa della legge che lo rende appunto *nominato*.

Al fianco di un c.d. *contenuto causale costante*, si pone, dunque, un contenuto *variabile*, coincidente con altro strumento negoziale, non importa se tipico o atipico, purché superi il vaglio dell'idoneità concreta a conseguire l'obiettivo della messa a disposizione dei beni e dei requisiti di cui l'ausiliata è carente: in quanto incostante, la sostanza di questo rapporto pattizio assumerà la veste di altri, appunto, negozi tipici o atipici, a seconda del concreto quadro esigenziale ed alla stregua del contesto fattuale e giuridico nell'ambito del quale versano il soggetto contraente e l'ausiliario. Detto *contenuto causale variabile*, coerentemente con quanto appena affermato, assumerà forme distinte in base alla diversa consistenza dell'oggetto del prestito; infatti, dalla materialità del requisito potrebbe conseguire la possibilità di trasferire quest'ultimo attraverso contratti tipici quali ad esempio il subappalto e l'affitto di ramo d'azienda; diversamente, la sua eventuale intangibilità presupporrebbe la necessità che il trasferimento avvenga mediante forme negoziali di più generico ed ampio contenuto, come ad esempio la cessione del *know how* con ogni conseguente messa a disposizione delle risorse e dei mezzi all'uopo occorrenti.

Il pregio di tale linea esegetica è da ricercare nell'affermazione dell'autonomia del contratto di avvalimento rispetto agli istituti negoziali in cui tale rapporto di volta in volta si concretizza; infatti, come già accennato, il principale limite delle interpretazioni che asseriscono

---

<sup>17</sup> F. CINTIOLI, *l'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in "rivista italiana di diritto pubblico comunitario", anno XXI, fasc. 6-2011.

la natura tipica del contratto, pretendendo di sussumere il rapporto convenzionale in questione all'interno di fattispecie legali preesistenti, è da rilevare, probabilmente, in questo stesso tentativo teso all'inquadramento del contratto di avvalimento, che costituisce il veicolo formale e sostanziale per concretizzare le intenzioni delle parti di ricorrere al prestito nell'ambito di uno specifico contratto d'appalto con la committenza, nei rapporti giuridici intercorrenti tra l'ausiliata e l'ausiliaria anche per assolvere all'onere probatorio nei confronti della committenza medesima, sì da garantire a quest'ultima che la disponibilità del prestito avverrà per l'ausiliata senza la intermediazione dell'ausiliaria. L'avvalimento, quindi, non si esaurisce nel contratto tipico usato dalle parti per mettere a disposizione i requisiti di cui l'avvalente è carente, bensì costituisce un *quid pluris* distinto, caratterizzato nella sua destinazione autonoma al soddisfacimento di un interesse costante che ne costituisce l'elemento tipizzante a cui viene connessa una specifica disciplina funzionale alla realizzazione della ragione economico individuale ad esso sottesa.

Ci si imbatte a questo punto nell'analisi di nozioni civilistiche sulla base delle quali individuare il discrimine tra il tipico e l'atipico, in quanto, anche ammettendo che si tratti di un contratto nominato, ci troveremmo di fronte alla nascita di un nuovo tipo negoziale non sussumibile in alcuna fattispecie preesistente.

Sulla base del principio di tipicità causale un contratto può definirsi tipico in ragione dell'esistenza di una specifica funzione economico sociale che lo sottende, e tale finalità nel contratto di avvalimento è individuabile nella sua declinazione funzionale all'integrazione dei requisiti mancanti in capo ad un'impresa concorrente da parte di altro operatore economico, completamento che, per la sua realizzazione, può valersi, sotto il profilo probatorio, di subcontratti sia tipici che atipici, non esaurendosi mai la sua causa in quella di questi ultimi, ma mantenendo ferma la sua finalizzazione unitaria all'integrazione dei mezzi mancanti al concorrente. Inoltre, la tipicità è connotato di quei rapporti negoziali che trovano espressa regolamentazione nel dettato legislativo, che nel caso di specie bene può essere individuato nella previsione di cui all'art.88 del Regolamento nella quale il legislatore nazionale ha specificamente individuato, seppur in modo poco analitico data l'ampiezza dell'istituto, i parametri di legittimità entro i quali formalizzare detta relazione convenzionale.

Si ritiene comunemente<sup>18</sup> che per contratto innominato deve intendersi quel rapporto

---

<sup>18</sup> MESSINEO in Enciclopedia del diritto, Giuffrè 1962, vol. X, p.98.

pattizio per la regolamentazione del quale l'ordinamento giuridico non ha predisposto una particolare disciplina positiva. Infatti il non avere un *nomen* è il riflesso della carenza di uno schema legale predefinito contenente il "minimo comun denominatore" di tutti quei rapporti negoziali che vi rientrano; ma nello stesso tempo non basta l'elemento nominato, e dunque l'astratta previsione di un *nomen contractus* a permettere la definizione del rapporto contrattuale in termini tipici, ritenendosi altresì indispensabile, per detta qualificazione, la previsione di una disciplina positiva che concretamente ne tracci il perimetro essenziale.

Orbene, nel contratto nominato, l'elemento causale riceve riconoscimento *diretto* dalla legge, diversamente che in quelli atipici in cui, tale individuazione, avviene indirettamente ed è ulteriormente subordinata alla concreta valutazione della meritevolezza dell'interesse sotteso al negozio da parte dell'ordinamento giuridico. In base a questo secondo profilo caratterizzante la qualificazione tipica di un contratto, sembra che la valutazione della meritevolezza dell'interesse sotteso al contratto di avvalimento sia stata compiuta già dal legislatore nel porre in essere detto rapporto contrattuale con la relativa disciplina, non necessitando, diversamente, di una concreta analisi che coinvolga l'ordinamento ai fini del legittimo ricorso allo schema negoziale, come seguirebbe dall'affermazione dell'atipicità del contratto. La causa sottostante il rapporto nascente dall'avvalimento sembra, dunque, essere già stata "convalidata" dal legislatore nazionale mediante la sua positivizzazione in uno schema predefinito idoneo all'assolvimento di quella funzione economico-sociale che giustifica il ricorso all'istituto.

Tale profilo risulta direttamente connesso all'altro parametro sulla base del quale valutare la natura tipica o atipica di un dato rapporto contrattuale; infatti una volta valutata a priori dal legislatore la meritevolezza dell'interesse sotteso al rapporto pattizio mediante la sua esplicita positivizzazione, ne consegue la predisposizione di una disciplina analitica prefigurata almeno nei suoi tratti essenziali, entro la quale le utilità private che hanno dato avvio al rapporto convenzionale ritenute meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico possono trovare espressa concretizzazione. Tale regolamentazione positiva è rilevabile non solo dall'art.88 del Regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice, ma anche dalle conseguenze in termini di responsabilità che discendono dal rapporto di avvalimento disciplinate all'art.49, in cui è sancita la responsabilità dell'impresa avvalsa nei riguardi della stazione appaltante. Il regime risarcitorio in esame, però, non vuole essere considerato come nascente in seno al rapporto convenzionale, in quanto, coinvolgendo l'amministrazione committente, che non è assolutamente parte

contrattuale, si pone nel più ampio perimetro del contratto di appalto essendo infatti stata configurata come responsabilità legale e non già contrattuale. Ma ciò non toglie che la predisposizione di un apposito regime di valore anche sanzionatorio connesso all'inadempimento delle prestazioni, sia comunque elemento dimostrativo delle intenzioni del legislatore di disciplinare, anche sotto il profilo effettuale, il rapporto nascente dall'avvalimento degli altrui requisiti, funzionale al riempimento del "vuoto" di mezzi e strumenti in capo all'ausiliata. Inoltre, è comunque necessario ascoltare quelle "voci" che rivelano la sproporzione di un simile regime di responsabilità rispetto alle prestazioni a cui le parti sono tenute, rilevando sicuramente una maggiore congruità nella limitazione della responsabilità dell'ausiliaria alle sole prestazioni a cui si è vincolata mediante la sottoscrizione del contratto di avvalimento trasformando così il regime di responsabilità in esame da "legale" a "contrattuale".

Per quanto su esposto sembra sostenibile la tesi per cui, negare l'autonomia del contratto di avvalimento significhi negare l'esistenza stessa del contratto. Infatti, è utile ribadire, che la tipicità di un rapporto convenzionale non si determina dal contenuto che di volta in volta il contratto assume nelle singole fattispecie concrete, come tali variabili in ragione delle esigenze che li sottendono e ciò anche quando questa circostanza comporti il ricorso ad una specifica tipologia pattizia, bensì dall'individuazione di elementi costanti che si ripetono e dunque dall'esistenza di *un astratto schema regolamentare che racchiude in sé la rappresentazione di un'operazione economica ricorrente nella pratica commerciale*<sup>19</sup> come sembra essere avvenuto per il rapporto contrattuale di avvalimento.

---

<sup>19</sup> F. GAZZONI, *manuale di diritto privato*, XIV edizione, 2008, p. 809.