

Appalti: il contratto di avvalimento è tipicamente oneroso

Scritto da Interdata Cuzzola | 27/07/2023

Come ricordato recentemente dal Consiglio di Stato, sez. V, nella sent. 12 luglio 2023, n. 6826, il contratto di avvalimento è un contratto tipicamente oneroso e, qualora in sede contrattuale non sia stabilito un corrispettivo in favore dell'ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale un interesse - di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale - che abbia indotto l'ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 27 maggio 2018, n. 2953).

La giurisprudenza ha escluso l'automatica invalidità del contratto di avvalimento privo dell'espressa indicazione di un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria o mancante dei criteri per la sua predeterminazione, ogni qualvolta dal tenore dell'accordo possa comunque individuarsi l'interesse patrimoniale dell'ausiliaria (che l'ha indotta ad assumere le relative obbligazioni e le connesse responsabilità), interesse che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo (in tal senso cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 17 maggio 2018 n. 2953).

In definitiva la nullità del contratto di avvalimento non può farsi discendere dalla carenza di un corrispettivo predeterminato o dalla mancanza di criteri per la sua predeterminazione, non potendo estendersi alle pattuizioni relative al compenso l'onere di specificazione di cui all'art. 89, comma 1, ultima parte, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), che riguarda esclusivamente i requisiti e le risorse messe a disposizione.

L'indicazione del preciso ammontare del corrispettivo *"esula dalle prescrizioni imposte al contratto di avvalimento (...), essendo piuttosto frutto di una impropria estensione analogica al caso di specie delle speciali prescrizioni dettate per il c.d. 'avvalimento operativo' (relativo cioè a personale, mezzi ed attrezzature che devono essere puntualmente individuati - ed indicati nell'offerta - proprio al fine di dimostrare l'affidabilità dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria)"* (Consiglio di Stato, Sez. V, 27 gennaio 2021, n. 806). Quello che è invece essenziale è verificare l'effettiva sussistenza della causa concreta del contratto di avvalimento al fine di accertare se l'operazione negoziale arrechi effettivamente il possesso di quei requisiti di cui la concorrente è priva sì da garantire la stazione appaltante sull'affidabilità dell'aggiudicatario in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto: pertanto la nullità del contratto di avvalimento per mancanza del requisito dell'onerosità potrà dichiararsi solo allorquando non sia ravvisabile una ragione pratica giustificativa del contratto o un interesse meritevole di tutela ad esso sotteso. In tale contesto, la prova dell'onerosità del contratto non richiede dunque che sia dimostrata l'esistenza di un corrispettivo predeterminato, ma che sussista il rapporto di sinallagmaticità tra le diverse prestazioni previste a carico delle parti.

La conferma dell'onerosità dell'avvilimento si ha anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici

(Decreto Legislativo n. 36/2023), il cui art. 104, comma 1, 2° cpv. così recita: *“Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell’impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti”*.