

Contratto di avvalimento: occhio a durata e condizioni economiche

Il Consiglio di Stato interviene in un caso di nullità del contratto di avvalimento, che deve avere sempre causa onerosa o rispondere a un interesse concreto dell'ausiliaria

di [Redazione tecnica](#) – 04.12.2023

La stipula di un **contratto di avvalimento** è sempre soggetta non soltanto alla specifica di mezzi, risorse e competenze messe a disposizione dall'ausiliaria, ma deve avere sempre una causa onerosa o esservi alla base un interesse da parte dell'ausiliaria alla sua conclusione.

Contratto di avvalimento: casi di nullità

A specificarlo è il **Consiglio di Stato** con la **sentenza del 28 novembre 2023, n. 10207**, con cui ha accolto il ricorso di un operatore economico in relazione al contratto di avvalimento stipulato da un altro concorrente per partecipare a una procedura di affidamento di un servizio di trasporti.

Secondo il ricorrente, la società aveva stipulato un contratto di avvalimento illegittimo, in quanto il corrispettivo pattuito era così esiguo da privare la stessa ausiliaria di un **concreto interesse al contratto**. Si trattava di una garanzia inattendibile prestata ai fini del corretto espletamento del servizio in appalto. Il TAR aveva respinto il ricorso, specificando che il contratto di avvalimento prevedeva la locazione finanziaria dei mezzi per espletare il servizio, motivo per cui l'ausiliaria aveva interesse a concludere il contratto.

Di diverso avviso Palazzo Spada, che ha ritenuto nullo il contratto di avvalimento stipulato con l'ausiliaria, la quale avrebbe messo a disposizione *“le proprie dotazioni aziendali e il proprio apparato organizzativo per la migliore esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto”*, per un corrispettivo lordo di circa 59 euro mensili, importo che non sarebbe sufficiente a coprire e a giustificare le relative componenti.

A differenza di quanto statuito dal TAR, secondo cui il contratto di avvalimento era valido perché prevedeva la locazione di 8 mezzi, pari a 24mila euro, *“il che permette di comprendere l'interesse sostanziale dell'ausiliaria al complessivo assetto negoziale in tal modo venutosi a creare”*, il Consiglio ha evidenziato che questo accordo partiva successivamente rispetto al termine di presentazione dell'offerta, ma soprattutto la durata era di soli sei mesi a fronte di un affidamento decennale.

Di conseguenza, spiegano i giudici d'appello, non sembra possibile intravedere un **collegamento negoziale** tra il contratto di avvalimento e il predetto contratto di locazione, ai fini dell'attendibilità della prestazione offerta dall'ausiliaria per il corretto espletamento del servizio in appalto di durata decennale.

Dal tenore dell'accordo non è possibile **rinvenire un interesse patrimoniale**, né diretto né indiretto, dell'ausiliaria che ha assunto le relative obbligazioni e gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, a fronte di un corrispettivo mensile di circa 59 euro lordi.

Le indicazioni nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici

Sul punto, il Consiglio ha anche richiamato l'art. 104, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023 (recante il **nuovo codice dei contratti pubblici**), non applicabile 'ratione temporis' ma utile ai fini interpretativi, il quale espressamente stabilisce che *“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”*.

Il ricorso è stato quindi accolto: nel caso in esame, dal contratto di avvalimento non è emerso con evidenza un interesse dell'impresa ausiliaria, non potendo essere considerato tale un contratto di locazione di automezzi di durata semestrale inferiore alla durata complessiva dell'appalto (dieci anni); né la società si è fatta carico di allegare motivazioni utili a rappresentare un interesse concreto all'esecuzione di un contratto sostanzialmente senza corrispettivo.