



## L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

### DISCIPLINA E LIMITI

Il **CONTRATTO DI AVVALIMENTO**, nella sua nuova configurazione, sostituisce l'art. 89 del previgente D.lgs. 50/2016.

L'istituto, di derivazione comunitaria, muta la sua natura e non risulta più focalizzato sul solo prestito dei requisiti, ma sul contratto di avvalimento, di cui vengono specificati la forma, l'oggetto e la necessaria onerosità.

#### NORMATIVA DI RIFERIMENTO

ART. 104 D.LGS. 31 MARZO 2023,  
N. 36 → Avvalimento

#### IL PUNTO SULL'ADEMPIMENTO

L'art. 104 del Codice disciplina il contratto di avvalimento come quel contratto con il quale: *“una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara, dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto.”*

Gli **elementi essenziali** del contratto sono i seguenti:

- deve necessariamente essere stipulato con **forma scritta** a pena di nullità;
- ha *“normalmente”* **titolo oneroso** (salvo che risponda anche ad un interesse dell'impresa ausiliaria);
- nel caso in cui sia finalizzato ad acquisire un requisito necessario alla partecipazione ad una procedura relativa ad un appalto di lavori di importo pari o superiore ad € 150.000 (ossia, le ipotesi in cui è richiesto che l'esecutore del contratto sia in possesso di un'attestazione di qualificazione SOA ai sensi dell'art. 100, comma 4), o di un appalto di servizi e forniture di qualsiasi importo, ha ad oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta.

La nuova norma fornisce un'interpretazione più ampia rispetto al passato: la disciplina non risulta più focalizzata sul prestito dei requisiti, ma sul contratto di avvalimento e consente, superando il precedente dibattito giurisprudenziale, il c.d. **avvalimento premiale**, ossia la possibilità per gli operatori economici di ricorrervi non solo per conseguire i requisiti minimi e necessari alla partecipazione a una procedura di affidamento (che, da sempre, è la finalità tipica dell'avvalimento), ma anche per **migliorare la propria offerta** e avere maggiori chance di conseguire l'aggiudicazione del contratto.

Nella nuova disciplina vengono eliminati, inoltre, il divieto di avvalimento *“a cascata”*, previsto dal precedente D.lgs. n. 50/2016, e il divieto che, della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente in ciascuna gara (possibilità prevista dall'89 del precedente Codice), così da rendere conforme la normativa a quanto evidenziato dalla Commissione europea.

Il **divieto di contestuale partecipazione dell'ausiliaria alla medesima procedura**, è stato circoscritto nella nuova impostazione alla sola ipotesi di **avvalimento premiale**.

Il comma 10 dell'art. 104, ribadisce che **l'avvalimento non può essere utilizzato per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, di cui all'art. 212 del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.**

#### DOCUMENTI CHE L'OPERATORE ECONOMICO DEVE ALLEGARE ALLA DOMANDA DI PARTECIPAZIONE IN CASO DI AVVALIMENTO

Il comma 4 dell'art. 104 indica quali sono i documenti che l'operatore economico deve allegare alla domanda:

- il **contratto di avvalimento** in originale o copia autentica, con la specificazione se intenda avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta;
- nel caso di cui al comma 2, la **certificazione rilasciata dalla SOA o dall'ANAC.**



Inoltre, l'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:

- di essere in possesso dei requisiti di ordine generale;
- di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 del Codice per i servizi e le forniture;
- di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento.

Rispetto a tali previsioni, non si ravvisano differenze con la precedente disciplina dell'avvalimento, se non, appunto, con riguardo all'oggetto del contratto che può riguardare anche l'avvalimento premiale, come sopra evidenziato e che non deve prevedere più a pena di nullità la specificazione dei requisiti forniti all'ausiliata.



## INDIRIZZI ED ORIENTAMENTI



In relazione all'**oggetto del contratto di avvalimento**, si è pronunciato il T.A.R. Reggio Calabria, con sentenza n. 782 del 26/10/2023, specificando come l'**art. 104** del nuovo Codice, a differenza dalla precedente disciplina, non prevede più che l'indicazione delle risorse e delle dotazioni tecniche sia stabilita a pena di nullità del contratto di avvalimento.

Ne deriva l'**illegittimità dell'esclusione di un operatore economico per genericità del contratto medesimo**, laddove sia soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all'esecuzione del contratto, ovvero l'azienda come Il Consiglio di Stato si è espresso in ordine all'**onerosità del contratto di avvalimento** ed indicazione nello stesso del relativo corrispettivo, con la **sentenza n. 6826 del 12/7/2023**, escludendo 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. In particolare ciò che rileva è la possibilità di individuare l'interesse patrimoniale dell'ausiliaria. La mancanza del requisito dell'onerosità (con conseguente nullità del contratto) potrà dichiararsi solo **quando non sia ravvisabile una ragione pratica giustificativa del contratto o un interesse meritevole di tutela ad esso collegato**.

## ATTESTAZIONE SOA TRAMITE AVVALIMENTO

Ai fini dell'ottenimento dell'Attestazione SOA tramite avvalimento, l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata hanno l'obbligo di documentare alla SOA il rapporto di controllo tra le imprese (ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2, del codice civile). L'impresa ausiliata, presenta all'Organismo di Attestazione la dichiarazione con la quale l'impresa ausiliaria assume l'obbligo di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa ausiliata per tutto il periodo di validità della Attestazione SOA rilasciata mediante avvalimento.

L'art. 26 dell'All. II.12 del nuovo Codice (dedicato al "Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori") precisa il contenuto e i requisiti necessari del contratto di avvalimento, nel caso in cui abbia ad oggetto una attestazione SOA.

La norma sopra citata, indica gli elementi necessari che il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente, per la qualificazione in gara:

- l'oggetto, ossia le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico;
- la durata;
- ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.

E' onere dell'impresa ausiliata presentare alla SOA la dichiarazione con la quale l'impresa ausiliaria assume l'obbligo di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa ausiliata, per tutto il periodo di validità della attestazione SOA rilasciata mediante avvalimento. Ciò ai fini dell'ottenimento dell'attestazione di qualificazione, mediante avvalimento.

Il Tar Calabria, con la sentenza del 26 ottobre 2023 n. 782, ha fornito alcune importanti indicazioni sul ricorso all'avvalimento in ambito di attestazione SOA. Nel caso di specie la ricorrente partecipava alla gara, dichiarando nel DGUE di voler **subappaltare** "nei limiti di legge" sia la categoria OS21 che la OG1 e di possedere per avvalimento la categoria scorporabile. Aveva quindi prodotto in sede di domanda di partecipazione il **contratto di avvalimento** con cui l'impresa si era obbligata verso la Stazione appaltante e verso l'ausiliata a fornire la categoria, con indicazione dei mezzi, materiali, ecc.. La SA escludeva il ricorrente ritenendo che il contratto di avvalimento **fosse generico e indeterminato nell'oggetto**. A parere del TAR, è pertinente il richiamo all'art. 104 comma 9 D.lgs. n. 36/2023 (v. anche art. 8 lett. i) All. n. 1.2) il quale dispone che "In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto." Concludeva pertanto con il reintegro della ricorrente.

## LE DIVISIONI DELFINO & PARTNERS

<p><b>FINANZA E CONTABILITÀ PUBBLICA</b></p> <p>Supporto agli uffici finanziari degli enti locali nell'attuazione di tutte le attività strategiche ed operative collegate agli adempimenti contabili</p>	<p><b>CONTROLLI INTERNI</b></p> <p>Soluzioni sostenibili ed efficaci per i controlli amministrativi, contabili e gestionali nell'ente locale e per il contrasto alla corruzione</p>	<p><b>REVISIONE ENTI LOCALI</b></p> <p>Supporto agli enti locali ed all'organo di revisione nelle procedure di revisione contabile; affiancamento e consulenza per il loro potenziamento</p>	<p><b>FISCALE</b></p> <p>Soluzioni, consulenza e supporto operativo qualificato per la gestione di problematiche ed adempimenti fiscali con proposte personalizzate</p>	<p><b>TRIBUTI ED ENTRATE LOCALI</b></p> <p>Supporto agli uffici tributari degli enti locali sia nella fase di programmazione che in quella di gestione ordinaria e recupero delle entrate</p>
<p><b>AMMINISTRATIVO</b></p> <p>Supporto specialistico ed operativo agli uffici degli enti locali nella gestione dei procedimenti amministrativi, nonché in materia di anticorruzione e trasparenza</p>	<p><b>PERSONALE</b></p> <p>Supporto agli enti locali nella gestione giuridica, economica e strategica del personale impiegato a vario titolo nella loro attività quotidiana</p>	<p><b>SOCIETÀ E ORGANISMI PARTECIPATI</b></p> <p>Supporto gestionale e amministrativo al Gruppo Pubblico locale in tema governance, controlli e altri adempimenti di legge</p>	<p><b>GESTIONALE E SPL</b></p> <p>Affiancamento amministrativo, economico e strategico, di enti e società, per la valutazione di progetti, forme gestionali di servizi e partenariati</p>	<p><b>LAVORI PUBBLICI</b></p> <p>Supporto alle attività dell'ufficio tecnico degli enti locali a carattere amministrativo, contabile, tecnico, progettuale e di controllo</p>