

L'AVVALIMENTO NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Avv. Giulia Cavalli

Abbiamo già approfondito, in precedenti articoli, alcune delle novità apportate dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici agli istituti che più interessano le piccole e medie imprese nel rapporto con lo stazioni appaltanti, concentrandoci, in particolare: sull'introduzione di un sistema di [principi ispiratori](#), sulla nuova clausola di [revisione dei prezzi](#), sull'[efficacia](#) e l'auto-esecutività del nuovo codice e, da ultimo, sull'[anticipazione del prezzo](#).

Questa volta, invece, parleremo delle modifiche apportate dal D. Lgs. 36 del 31 marzo 2023 a un altro "strumento" altrettanto caro alle piccole e medie imprese, ovvero, l'avvalimento.

L'avvalimento è un istituto di origine giurisprudenziale europea, introdotto al fine di permettere a un operatore economico, privo di un requisito tecnico-organizzativo o economico finanziario necessario per partecipare a una gara, di "prendere in prestito" da un altro soggetto detto requisito.

In cambio, l'impresa ausiliaria - ovvero quella che "presta" il requisito - riceve un corrispettivo.

La sua versione pre-riforma

Nella sua precedente versione, regolata dall'art. 89 del D. Lgs. 50 del 2016, era prevista la possibilità di avvalersi di tale strumento solamente nel caso in cui fosse necessario soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale non posseduti dall'operatore economico; il tutto a patto che l'operatore economico stesso dimostrasse alla stazione appaltante di disporre dei mezzi necessari, tramite la presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbligava verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

Ricordiamo, poi, che per ciascuna gara non era consentito, a pena di esclusione, che:

- della stessa impresa ausiliaria si avvallesse più di un concorrente, ovvero che

Le novità

Ebbene, questa impostazione è stata parzialmente innovata dal nuovo Codice dei Contratti in cui l'istituto dell'avvalimento viene trattato all'articolo 104 del D. Lgs. 36/2023.

Tra le varie modifiche, di particolare interesse risulta l'introduzione del cosiddetto **avvalimento "premierale"**, ovvero la possibilità di prendere in prestito un requisito non necessario per partecipare alla gara ma utile al miglioramento dell'offerta e, di conseguenza, al posizionamento in graduatoria dell'operatore economico.

L'ultimo comma dell'articolo 104 precisa infatti che *"nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione"*.

Si ammette, di conseguenza, che si possa usufruire di tale strumento sia in caso sia necessario dover sopperire alla mancanza di un requisito necessario per la partecipazione alla gara, sia nell'ipotesi in cui si voglia presentare un'offerta semplicemente "più allettante".

Dalla lettura della seconda parte di questo comma emerge, inoltre, un'ulteriore novità.

Viene infatti limitato il divieto di partecipazione alla medesima gara dell'impresa ausiliaria e dell'impresa ausiliata alla sola ipotesi di avvalimento premierale.

Ne consegue che, in tutte le altre ipotesi, ovvero quelle di avvalimento finalizzato a sopperire alla mancanza di un requisito, all'impresa ausiliaria non è più vietato partecipare alla gara.

Viene altresì meno l'obbligo di dover scegliere anticipatamente se prestare un requisito oppure prendere parte alla gara stessa.

La precedente versione della norma, che precisava espressamente al comma 7 dell'art. 89 che *"In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti"*, infatti, non è stata riportata nel nuovo articolo 104.

Da ultimo, evidenziamo come l'impianto normativo previgente prevedesse che all'interno del contratto di avvalimento stipulato tra ausiliata e ausiliaria dovesse essere prevista la controprestazione economica e quindi il corrispettivo che, in caso di aggiudicazione, l'ausiliata avrebbe corrisposto all'ausiliaria in cambio dei requisiti.

Questa impostazione ha creato, in concreto, diversi problemi interpretativi nel determinare se la controprestazione dovesse essere di natura esclusivamente onerosa o potesse prevedere quale compenso un diverso interesse, come ad esempio l'opportunità derivante all'ausiliaria dall'aggiudicazione della gara per cui venivano prestati i requisiti.
natura giuridica dei legami tra le parti".