

Raffaele Greco
l'avvalimento premiale
nel nuovo codice dei contratti pubblici*

1. Premessa. – 2. La giurisprudenza pregressa in tema di avvalimento premiale. – 3. Possibili criticità in sede di applicazione della nuova disciplina. – 4. L'autonoma funzione pro- concorrenziale dell'avvalimento premiale. – 5. Conclusioni: un'accentuata rilevanza della fase esecutiva.

1. Premessa.

Tra le principali novità in tema di avvalimento introdotte dal nuovo codice dei contratti pubblici approvato col d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, come evidenziato già dai primi commentatori¹, vi è la “liberalizzazione” del c.d. avvalimento premiale, ossia del “prestito” di dotazioni e risorse da parte di un'impresa (“ausiliaria”) a favore di altro operatore economico che partecipa a una procedura di affidamento di un contratto pubblico, operato al fine di consentire a quest'ultimo – come oggi recita l'articolo 104 del nuovo codice – di “migliorare la propria offerta”. Un'innovazione non di poco momento, se si tiene conto della genesi e dello sviluppo dell'avvalimento quale istituto giuridico finora specificamente finalizzato a consentire la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica di quegli operatori che autonomamente non avrebbero potuto accedervi, in quanto non in possesso di tutti i requisiti “speciali” richiesti dalla disciplina di gara².

Si vedrà anzi come, fino all'entrata del nuovo codice³, la giurisprudenza fosse pressoché concordemente sfavorevole all'ammissibilità di un “prestito” di dotazioni e risorse che fosse totalmente sganciato dall'anzidetta finalità e inteso invece a consentire all'impresa concorrente di rendere più competitiva la propria offerta tecnica, e quindi di avere maggiori *chances* di conseguire l'aggiudicazione.

Secondo la Relazione di accompagnamento al nuovo testo normativo, la novità in questione va ricollegata al “vero e proprio cambio di impostazione” che il legislatore ha inteso perseguire con la nuova disciplina, incentrando quest'ultima non più sul mero “sistema del prestito dei requisiti” ma sul “contratto” di avvalimento⁴. In effetti, è vero che l'attuale normativa, in parte recependo alcuni consolidati approdi giurisprudenziali e in parte risolvendo alcune incertezze interpretative

* Il presente contributo riproduce e amplia la relazione svolta al convegno sul tema *Il Codice “36” tra istituti problematici e questioni di sistema*, organizzato dall'Istituto Grandi Infrastrutture (IGI) e tenutosi in Roma, presso il TAR Lazio, l'8 febbraio 2024.

¹ Cfr. ad esempio C. CONTESSA – P. DEL VECCHIO, *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, pp. 610-611, nonché I. TURTURO, *Tra “vecchio” e “nuovo” codice dei contratti pubblici: analisi dei principali istituti pro-concorrenziali e dei limiti alla libera concorrenza nel rispetto delle pari opportunità di genere e generazionali negli appalti PNRR*, in *www.ildirittoamministrativo.it*, n. 2/2024, § 5.

² Per una analitica ricostruzione degli antecedenti dell'avvalimento, della sua introduzione da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea, della sua “codificazione” nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e del suo recepimento da parte della giurisprudenza nazionale prima ancora dell'entrata in vigore del codice del 2006, cfr. C. ZUCHELLI, *Avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. de Nictolis, vol. II, Milano, 2019, pp. 1104 ss.

³ Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. III, 4 agosto 2023, n. 4756, che evidenzia il carattere innovativo della nuova disciplina e l'impossibilità di invocare la stessa come criterio interpretativo per procedure avviate (e proseguite) sotto il vigore della normativa ante-vigente (nello stesso senso, TAR Campania, Salerno, sez. I, 19 settembre 2023, n. 2014).

⁴ Più specificamente, si afferma: “La diversa impostazione incentrata sul contratto di avvalimento, anziché sul prestito dei requisiti, consente di ricomprendere nell'ambito dell'avvalimento anche quella particolare figura indicata come avvalimento c.d. premiale, in cui il prestito delle risorse è diretto ad ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti”.

ingenerate dal previgente articolo 89 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si concentra sul contratto di avvalimento, disciplinandone i requisiti di causa, forma e contenuto, molto più che sull'avvalimento come istituto partecipativo⁵; ma ciò *ex se* non aiuta granché a comprendere le ragioni del *revirement* del legislatore rispetto alle posizioni finora di fatto granitiche della giurisprudenza, specie se si tiene conto delle regioni addotte a sostegno della “ostilità” all'avvalimento premiale, a lungo considerato un *escamotage* anti-concorrenziale, e quindi in contrasto con la *ratio* stessa dei principi di *par condicio* e massima partecipazione che tradizionalmente ispirano l'intera normativa di derivazione europea in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici.

2. La giurisprudenza pregressa in tema di avvalimento premiale.

Procedendo con ordine, l'atteggiamento di chiusura della giurisprudenza, cui si è sopra accennato, può essere meglio compreso se lo si colloca all'interno del percorso di progressiva affermazione nell'ordinamento italiano dell'avvalimento – considerato come “*istituto*”, per usare la terminologia della Relazione di accompagnamento al nuovo codice – in esito alle spinte provenienti dal diritto dell'Unione Europea. In effetti, la diffidenza verso un istituto marcatamente estraneo al nostro sistema, il quale per ragioni storiche ed “endogene” ha sempre manifestato diffidenza verso tutte le forme di sostituzione o interposizione di soggetti terzi nel rapporto fra committente e affidatario del contratto di appalto (come testimoniato dall'annosa vicenda relativa al subappalto, un istituto che con l'avvalimento presenta più di un punto di contatto)⁶, ha portato il legislatore, fin dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel cui articolo 49 c'è la prima disciplina nazionale dell'istituto, a preoccuparsi più di predisporre una serie di cautele e limitazioni a tutela della stazione appaltante che ad approfondire i profili tecnici e sistematici del rapporto tra impresa concorrente e impresa ausiliaria⁷.

Come conseguenza, da un lato sono state rimesse all'elaborazione della giurisprudenza tutte le questioni di inquadramento del contratto tra impresa che partecipa alla gara e ausiliaria finalizzato ad assicurare la “provvista” dell'avvalimento (natura giuridica, forma, contenuto, causa etc.)⁸, per altro verso la normativa interna è stata punteggiata di limitazioni e divieti, molti dei quali, in un complesso percorso passato anche attraverso il nuovo codice del 2016, sono poi caduti a causa del loro ravvisato contrasto con la disciplina europea. È il caso del divieto per l'impresa ausiliaria di partecipare, sia in forma singola che quale componente di r.t.i. o consorzio, alla medesima gara in cui presti i requisiti ad altro concorrente, divieto esteso anche alle imprese che rispetto all'ausiliaria si ponessero in rapporto di controllo *ex* articolo 2359 cod. civ. (riprodotto anche nell'articolo 89, d.lgs. n. 50/2016 ed eliminato proprio dall'articolo 104 del nuovo codice, che al comma 12 lo circoscrive – appunto – alla sola ipotesi di avvalimento “premile”); del divieto di avvalimento c.d. plurimo, ossia della impossibilità per un medesimo concorrente di ricorrere a più di una ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione, e del divieto di avvalimento c.d. frazionato, ossia di avvalersi di più ausiliarie per un singolo requisito economico-finanziario o tecnico-organizzativo

⁵ Cfr. L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato – D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Torino, 2023, p. 750.

⁶ Sul travagliato processo di adeguamento della legislazione italiana alle regole europee in tema di subappalto (poi culminato nella disciplina introdotta dall'articolo 49 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, e quindi trasfusa nel nuovo codice), sia consentito rinviare a R. GRECO, *Il subappalto nei contratti pubblici: prospettive in chiave di compatibilità eurounitaria*, in *Riv. trim. appalti*, 2020, 4, pp. 1645 ss. Sul rapporto tra avvalimento e subappalto alla luce della nuova disciplina, cfr. L.R. PERFETTI, *op. cit.*, pp. 760 ss.

⁷ Al riguardo, si vedano già le osservazioni preliminari sulla formulazione dell'articolo 49, d.lgs. n. 163/2006 da C. ZUCHELLI, *Avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. de Nictolis e R. Garofoli, vol. II, Milano, 2008, pp. 1524 ss.

⁸ Sul tema, ampiamente, cfr. C. GUCCIONE, *L'avvalimento: un percorso ancora tortuoso*, in www.giustizia-amministrativa.it, 5 maggio 2020; G.P. CIRILLO, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, *ivi*, 20 aprile 2016.

(entrambi ritenuti dalla Corte di giustizia incompatibili con le direttive europee)⁹; il divieto per una medesima ausiliaria di prestare i propri requisiti a più di un concorrente nell'ambito della medesima gara (anch'esso non più presente nell'articolo 104 del nuovo codice)¹⁰; il divieto di avvalimento c.d. a cascata, ossia della possibilità per l'impresa ausiliaria di avvalersi a propria volta di altra impresa ausiliaria (già contenuto nel comma 6 dell'articolo 89, d.lgs. n. 50/2016, anch'esso non riprodotto nell'articolo 104 del nuovo codice).

In questa temperie, gli ostacoli all'ammissibilità di un avvalimento finalizzato non già a consentire la partecipazione alla procedura selettiva di un operatore sprovvisto dei requisiti tecnici ed economici richiesti dalla *lex specialis*, bensì ad assicurare al concorrente in gara un maggior pregio della propria offerta tecnica, e quindi maggiori *chance* di conseguire l'aggiudicazione, erano individuati dalla giurisprudenza anteriore al nuovo codice sulla base di plurime considerazioni.

Innanzitutto, si assumeva che nelle procedure a evidenza pubblica la funzione tipica dell'avvalimento fosse quella di consentire al concorrente sfornito di taluni requisiti di partecipazione alla gara di parteciparvi egualmente, in modo da legittimare l'ampliamento della platea dei potenziali concorrenti nella prospettiva pro-concorrenziale del *favor participationis*¹¹. Questa considerazione tutto sommato tautologica, in virtù della quale si negava che l'avvalimento potesse svolgere una funzione ulteriore (arricchire il contenuto dell'offerta tecnica del concorrente avvalso) sulla base della ricostruzione di quella che *a priori* si presumeva essere la sua funzione esclusiva (l'integrazione dei requisiti di un concorrente che ne fosse sfornito), è stata meglio esplicitata nei suoi fondamenti laddove si è ravvisata nel ricorso al prestito di risorse altrui da parte dell'operatore che già in proprio possiede tutti i requisiti di partecipazione un "*abuso di avvalimento, che lo trasforma, di fatto, in un mero escamotage per incrementare il punteggio ad una offerta cui nulla ha concretamente da aggiungere la partecipazione ausiliaria (...) Del resto, a diversamente opinare, non solo si negherebbe la stessa ratio proconcorrenziale dell'istituto, ma si finirebbe per contraddire il canone di par condicio dei competitori, per i quali non sussistono, sul piano generale, preclusioni di sorta alla possibilità di indicare, nell'offerta, beni prodotti da altre imprese ovvero mezzi, personale e risorse, la cui disponibilità fosse acquisita in forza di contratti di subappalto o di subfornitura o di qualunque altro tipo di contratto idoneo*"¹².

Nonostante poi il divieto di avvalimento premiale fosse ricondotto dalla dottrina al più generale principio del divieto di commistione tra criteri di selezione degli operatori economici e criteri di valutazione delle offerte¹³, la giurisprudenza ha prevalentemente ammesso il c.d. avvalimento "misto", ossia la possibilità che il concorrente, il quale abbia fatto ricorso ad un'impresa ausiliaria per integrare i requisiti di cui sia carente, possa anche profittare delle risorse, dei beni e della capacità dell'impresa ausiliaria per conseguire un migliore apprezzamento della propria offerta tecnica, funzionale ad un miglior posizionamento nella graduatoria finale della procedura¹⁴.

⁹ Cfr. la sent. 10 ottobre 2013, in causa C-94/12, su cui v. C. VOLPE, *La Corte di Giustizia dà il via libera all'avvalimento plurimo e frazionato*, in *Giustizia Amministrativa*, n. 12/2013.

¹⁰ Cfr. R. MANGANI, *L'avvalimento tra norme comunitarie e disciplina nazionale, ovvero il paradigma di una difficile convivenza*, Relazione al convegno "I Contratti Pubblici nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", 28 febbraio 2014, in *www.igitalia.it*, pp. 6 ss., secondo cui la ricordata sentenza della Corte di giustizia C-94/12 non poteva non comportare l'incompatibilità comunitaria anche di questo divieto e di quello di partecipazione contestuale.

¹¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526; id., 16 marzo 2020, n. 1881; id., 22 dicembre 2016, n. 5419; id., sez. VI, 19 marzo 2015, n. 1422; id., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5692; id., sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626. In dottrina, sulla natura pro-concorrenziale dell'avvalimento, cfr. F. D'ALESSANDRI, *L'avvalimento nelle procedure di gara*, in *Riv. trim. appalti*, 2020, 4, pp. 1661 ss.

¹² Così Cons. Stato, sez. V, n. 2526/2021, cit.

¹³ Cfr. D. BUZZELLI, *L'avvalimento tra contratto e procedimento amministrativo*, Napoli, 2023, p. 22; C. PEPE – M. MARTINELLI, *Art. 89. Avvalimento*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Milano, 2017, cit., p. 805. In generale, sulla distinzione tra criteri di selezione (requisiti dei concorrenti) e criteri di aggiudicazione (requisiti delle offerte) sia consentito rinviare a R. GRECO, *Requisiti generali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. de Nictolis, vol. II, cit., pp. 758 ss.

¹⁴ In questo senso, cfr. C.g.a.r.s., 15 aprile 2016, n. 109; id., 21 ottobre 2014, n. 569.

Se, allora, la *ratio* del divieto di avvalimento premiale era colta in un possibile connotato anti-concorrenziale dell'istituto (o, per meglio dire, nel costituire esso un uso dell'avvalimento, nato come istituto eminentemente pro-concorrenziale, che paradossalmente poteva produrre effetti restrittivi della concorrenza), c'è da chiedersi come mai il legislatore del 2023 abbia ritenuto di poter superare una criticità così seria e grave senza esplicitare l'analisi a base di tale *revirement*. Infatti, con ogni evidenza le sintetiche osservazioni sopra riportate della Relazione di accompagnamento al codice, circa il legame tra la "liberalizzazione" dell'avvalimento premiale e la nuova impostazione normativa che concentra l'attenzione sull'avvalimento come contratto anziché come istituto, non aiutano a comprendere perché qualcosa, che fino a ieri lo stesso Consiglio di Stato considerava da evitare siccome anti-concorrenziale, sia oggi considerata generalmente ammissibile senza alcuna condizione o limitazione (salvo il già segnalato divieto di partecipazione dell'ausiliario alla medesima gara cui concorre l'operatore cui presta le risorse, ribadito dal comma 12 dell'articolo 104).

3. Possibili criticità in sede di applicazione della nuova disciplina.

La "liberalizzazione" dell'avvalimento premiale, realizzata dal legislatore del codice del 2023, è destinata a incidere, nella prassi concreta delle procedure di affidamento, sui comportamenti di stazioni appaltanti e operatori economici molto di più di quanto forse lo stesso legislatore si sia rappresentato. Proprio dalle ricadute pratiche della nuova disciplina conviene avviare l'analisi, perché queste sovente sono in grado di gettare luce sulle ragioni profonde e sui presupposti teorici, a volte inconsapevoli, che sono a base di determinate scelte normative.

L'ANAC, nell'esercizio della funzione di supporto di cui all'articolo 222, comma 2, del nuovo codice, ha varato il bando-tipo n. 1/2023¹⁵, nel quale, a proposito dell'avvalimento, è precisato: "*Nel caso di avvalimento finalizzato al miglioramento dell'offerta, il contratto di avvalimento è presentato nell'offerta tecnica*" (schema di disciplinare-tipo, § 15.3). Nella Relazione illustrativa questa scelta è motivata con la necessità "*di evitare l'anticipazione di elementi dell'offerta nella domanda*", e in effetti appare del tutto condivisibile la preoccupazione di evitare la *discovery* anticipata di aspetti, magari anche di estrema rilevanza, dell'offerta tecnica qualora la documentazione relativa all'avvalimento, nei casi in cui questo abbia una finalità migliorativa dell'offerta medesima, sia acclusa – come finora è avvenuto – alla documentazione amministrativa allegata alla domanda di partecipazione alla gara. Tuttavia, non si può non rilevare come il "suggerimento" dell'ANAC si ponga in distonia con il dato normativo, che ancora oggi come in passato precisa che: "*L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta*" (articolo 104, comma 4, d.lgs. n. 36/2023).

Evidentemente il legislatore, al di là dell'opportuna previsione di un onere dell'operatore di specificare quale sia la finalità perseguita mercé l'avvalimento nel caso concreto¹⁶, ha trascurato il problema delle cautele da adottare al fine di scongiurare un anticipato disvelamento di contenuti dell'offerta, che sarebbe indubbiamente pregiudizievole per i principi di segretezza delle offerte e di *par condicio* tra i concorrenti in gara¹⁷. La soluzione proposta dall'ANAC appare dunque pressoché

¹⁵ Approvato con deliberazione n. 309 del 27 giugno 2023.

¹⁶ Peraltro, ci si potrebbe chiedere quali siano le conseguenze di un eventuale silenzio dell'operatore economico sul punto, e in particolare se l'avvalimento possa essere qualificato *ex officio* come premiale dalla stazione appaltante, nel caso in cui il concorrente risulti possedere già in proprio tutti i requisiti richiesti dalla disciplina di gara: si tratta di uno di quegli interrogativi a cui solo la prassi applicativa potrà dare risposta.

¹⁷ Al riguardo, nella Relazione AIR-BT che accompagna lo Schema di domanda-tipo approvato con la medesima deliberazione n. 309 del 2023, si legge: "*Poiché il contratto dovrebbe specificare le dotazioni tecniche e le risorse umane e strumentali di cui si avvale che dovrebbero poi trovare corrispondenza in offerta tecnica, si dovrebbe dunque*

obbligata, ma è prevedibile che la questione finisca per formare oggetto di contenzioso, tenuto conto della pacifica prevalenza del dato normativo primario rispetto a qualunque provvedimento dell’Autorità di settore nonché delle possibili incertezze ingenerabili negli operatori economici pure a fronte di leggi di gara conformi al bando-tipo.

Ma il problema è anche più ampio di come sopra rappresentato, come dimostrato dal fatto che, nel corso delle consultazioni promosse dall’Autorità ai fini dell’approvazione di uno Schema di domanda di partecipazione tipo (poi approvato contestualmente al bando-tipo n. 1/2023), esso è stato riproposto in termini specifici con riferimento all’ipotesi richiamata al paragrafo precedente di avvalimento c.d. “misto”. Infatti, nella versione originaria del provvedimento oggetto di consultazione era precisato: “*Nel caso di avvalimento finalizzato sia alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione che al miglioramento dell’offerta, le parti dovranno stipulare due distinti contratti di avvalimento, uno per il prestito dei requisiti di partecipazione e l’altro per il prestito dei requisiti premiali. Tale ultimo contratto è presentato nell’offerta tecnica*”.

Tale precisazione è stata omessa nella versione definitiva dello Schema di domanda-tipo, probabilmente non solo in nome dell’approccio “minimale” che l’Autorità si è data in via generale nel disciplinare l’avvalimento *de quo*¹⁸, ma anche perché l’esigenza di salvaguardare in questi casi la segretezza delle offerte non postula necessariamente una duplicazione dei contratti di avvalimento, ben potendo essere soddisfatta – ad esempio – con la produzione di due copie del medesimo contratto, una delle quali “oscurata” nelle parti potenzialmente idonee a disvelare i contenuti dell’offerta tecnica. Il punto è però di estremo interesse sul piano dommatico, perché induce a chiedersi se fra le due tipologie di avvalimento, sui requisiti e premiale, non possa esservi una differenza di natura giuridica e funzioni, tale da renderli ontologicamente non assimilabili in un istituto unitario; probabilmente è proprio questa la strada da battere per comprendere le ragioni del superamento di un indirizzo giurisprudenziale che, al di là delle diverse sfumature in ordine all’ammissibilità dell’avvalimento “misto”, era concorde nel considerare proprio la “funzione” dell’istituto ostativa a una generalizzata apertura nei confronti dell’avvalimento premiale.

4. L’autonoma funzione pro-concorrenziale dell’avvalimento premiale.

Sulla causa del contratto di avvalimento la dottrina è estremamente ampia e variegata. Si va da chi lo considera un contratto atipico comprendente elementi del mandato e dell’appalto di servizi e aspetti di garanzia atipica nei rapporti tra impresa ausiliata e amministrazione aggiudicatrice¹⁹, a chi lo riconduce allo schema del contratto a favore di terzo²⁰, a chi ancora lo qualifica come un “contratto mutevole” in cui ad una causa “costante”, rappresentata dal prestito dei requisiti di partecipazione, si affianca una causa “variabile”, coincidente con la messa a disposizione di beni o utilità corrispondenti al requisito prestato²¹, fino a chi ritiene trattarsi di una fattispecie complessa derivante dal collegamento di più negozi giuridici funzionalmente autonomi²². Non manca neanche chi individua nel contratto di avvalimento invece un contratto tipico, corrispondente allo schema

valutare la compatibilità di una possibile anticipazione di parte dei contenuti dell’offerta tecnica con il principio di segretezza dell’offerta” (§ 9).

¹⁸ “*Nel dettaglio, in relazione all’istituto c.d. dell’avvalimento premiale di cui al comma 12 dell’articolo 104, si è scelto volutamente di non dettare una disciplina troppo specifica all’interno del disciplinare e ciò per non imporre limiti ulteriori rispetto alla previsione codicistica su un istituto di nuova introduzione*” (Relazione AIR-BT, cit., § 9).

¹⁹ Cfr. G. IOANNIDES, *La selezione delle offerte* (artt. 83-93), in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, 2019, p. 670. La tesi del contratto atipico è stata condivisa dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 23 del 4 novembre 2016). Nel senso dell’assoluta atipicità, cfr. N. PAOLANTONIO, *L’avvalimento*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, 2010, pp. 541 ss.

²⁰ Cfr. G.P. CIRILLO, *op. cit.*, con ampi richiami di giurisprudenza sul punto.

²¹ Cfr. F. CINTIOLI, *L’avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 6, pp. 1447 ss.

²² È la tesi di C. ZUCHELLI, *Avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. de Nictolis, cit., pp. 1184 ss.

delineato dal codice dei contratti che persegue una propria causa tipica corrispondente a uno specifico interesse, considerato meritevole di tutela da parte del legislatore, avente a oggetto l'ampliamento della partecipazione alle procedure selettive²³.

In questo dibattito si inserisce poi l'ulteriore tema della necessaria onerosità del contratto di avvalimento, su cui il nuovo codice, recependo un indirizzo della giurisprudenza²⁴, ha preso posizione stabilendo che il predetto contratto "è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria". Col che il problema rischia di complicarsi, non solo perché la genericità del riferimento a un "interesse" dell'ausiliaria rimette alla prassi applicativa la questione di che cosa tale "interesse" possa consistere, ma anche perché sul piano delle categorie generali può entrare in crisi il tradizionale insegnamento civilistico della distinzione tra la "causa" del contratto e i "motivi" che possono avere indotto le parti a contrarre e della normale irrilevanza di questi ultimi²⁵.

Probabilmente l'approccio civilistico incentrato sulla definizione della causa negoziale è inadeguato a illuminare le reali specificità dell'avvalimento premiale rispetto all'avvalimento *tout court*. Una corretta impostazione, più che concentrarsi sul rapporto "interno" tra l'operatore economico che partecipa alla gara e quello che gli presta mezzi e risorse, deve muovere dall'individuazione della funzione pubblicistica che l'avvalimento è destinato a svolgere nelle diverse forme in cui oggi può essere declinato; il tutto evidentemente si colloca all'interno di quella prospettiva pro-concorrenziale che costituisce la *ratio* della genesi stessa dell'istituto nel diritto dell'Unione Europea.

In tale prospettiva, è *prima facie* evidente che la possibilità per un operatore economico, il quale intenda partecipare a una procedura selettiva, di ricorrere ai beni e alle risorse di un altro operatore (anche solo) al fine di accrescere la qualità tecnica della propria offerta, rendendola più idonea a conseguire l'aggiudicazione, altro non è che una ulteriore opzione che l'ordinamento mette a disposizione per ripartire con altri soggetti i rischi d'impresa, acquisire maggiore spazio sul mercato e incrementare la propria efficienza produttiva e i propri livelli di redditività. Sotto tale profilo, il ricorso all'avvalimento si colloca a fianco ad altri strumenti predisposti dall'ordinamento per perseguire le ridette finalità, *in primis* la partecipazione in forma aggregata (mediante raggruppamento di imprese, consorzio etc.), di cui non si dubita possano essere funzionali sia a sopperire alla carenza dei requisiti previsti dalla *lex specialis* in capo all'operatore singolo sia – appunto – anche solo a consentire di "unire le forze" in situazioni che tale operazione sinergica impongono o consigliano, corrispondendo sovente a un interesse dello stesso ente aggiudicatore²⁶.

Se ci si pone in quest'ottica, l'istituto in esame non potrà che condividere con il ricorso alle forme di aggregazione tra operatori il *favor* genericamente loro riconosciuto dalla giurisprudenza, in nome degli obiettivi di matrice europea di apertura del mercato e di massimo ampliamento della platea dei possibili partecipanti alle procedure selettive²⁷. E allora le preoccupazioni della giurisprudenza ante codice del 2023 per un possibile effetto anti-concorrenziale di un'ammissione generalizzata dell'avvalimento premiale richiamano fortemente gli analoghi timori espressi in passato da dottrina e giurisprudenza circa una possibile "eterogenesi dei fini" del ricorso

²³ Cfr. A. NICODEMO, *Il contratto di avvalimento tra diritto interno e comunitario: uno, nessuno e centomila*, in *www.federalismi.it*, n. 4/2019, pp. 9 ss.

²⁴ Nel senso indicato nel testo, cfr. C.g.a.r.s., 19 febbraio 2016, n. 52; T.A.R. Lazio, sez. III, 15 maggio 2023, n. 5295; id., sez. III-*quater*, 11 novembre 2021, n. 11585; T.A.R. Catania, sez. IV, 13 luglio 2021, n. 2276; T.A.R. Milano, sez. IV, 12 febbraio 2021, n. 395. Per un'analisi della questione, cfr. D. BUZZELLI, *Il contenuto necessario del contratto di avvalimento tra oggetto e causa*, in *Urb. app.*, 2022, 2, pp. 234 ss.

²⁵ Cfr. per tutti P. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1988, p. 186.

²⁶ Cfr. G.M. BARSÌ, *La partecipazione aggregata (art. 48)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, cit., pp. 425 ss.; P. CHIRULLI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento degli appalti di lavori, servizi e forniture*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, cit., pp. 373 ss.

²⁷ Sul punto, cfr. P. CHIRULLI, *op. loc. cit.*, che sottolinea la valenza pro-concorrenziale e anti-monopolistica del ricorso alle forme associative *de quibus*, in ossequio ai principi cardine del diritto dell'Unione Europea, tra cui quelli di libera prestazione dei servizi, parità di trattamento e non discriminazione.

indiscriminato alla partecipazione in forma aggregata: ci si riferisce alla problematica del raggruppamento c.d. “sovrabbondante”, ossia composto da imprese che già da sole possiedono i requisiti di gara e sarebbero del tutto in grado di eseguire le prestazioni oggetto dell’affidamento, e la cui partecipazione alle procedure selettive si è paventato potesse produrre l’effetto di ridurre, anziché ampliare, il numero dei partecipanti alla gara²⁸.

Tali preoccupazioni, come è noto, hanno portato in passato l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ad auspicare l’inserimento nei bandi di gara di clausole che ponessero limiti alla possibilità di partecipazione in forma aggregata, in modo da prevenire il fenomeno dei raggruppamenti “sovrabbondanti”²⁹. Tuttavia, clausole del genere sono oggi ritenute generalmente illegittime in quanto i principi di derivazione europea ostano all’introduzione a monte di preclusioni generalizzate della partecipazione alle procedure di evidenza pubblica: in giurisprudenza, pur non escludendosi affatto che la partecipazione di un raggruppamento “sovrabbondante” possa celare un accordo anti-concorrenziale, e quindi un abuso dello strumento aggregativo, si precisa che ciò può comportare l’esclusione del concorrente dalla gara solo allorché la stazione appaltante, nel singolo caso, disponga di elementi indiziari tali da far ritenere la sussistenza di un illecito antitrust³⁰. L’ANAC, dal canto suo, ha cercato di individuare gli elementi formali e sostanziali in presenza dei quali le stazioni appaltanti, avuto riguardo al carattere concretamente e macroscopicamente anti-competitivo della partecipazione del raggruppamento, possano ritenersi legittimate a disporre l’esclusione³¹.

Si tratta di un terreno molto delicato, sul quale l’approccio “neutrale” delle istituzioni europee, ispirato dal noto principio della indifferenza della forma giuridica attraverso la quale gli operatori economici partecipano alle procedure di affidamento e all’esecuzione dei contratti pubblici, va ricordato con la funzione “valoriale” riconosciuta dalla giurisprudenza a determinate forme di partecipazione, siccome astrattamente idonee ad ampliare le possibilità di accesso degli operatori alle commesse pubbliche³². Pertanto, è verosimile che anche in relazione al “nuovo” strumento rappresentato dall’avvalimento premiale si riproducano nella prassi applicativa le medesime tensioni tra diverse esigenze: da un lato, il divieto di limitazioni e preclusioni generali e astratte al ricorso allo strumento in nome di principi di neutralità delle forme e di massima partecipazione alle procedure; dall’altro, la concreta attenzione a scongiurare che, attraverso un abuso dello strumento, possano prodursi nei singoli casi effetti opposti, restrittivi della partecipazione e quindi della concorrenza.

5. Conclusioni: un’accentuata rilevanza della fase esecutiva.

Può apparire curioso che, per comprendere appieno la *ratio* dell’innovativa scelta del legislatore del 2023 in tema di avvalimento premiale, sia stato necessario disattendere le indicazioni dello stesso codificatore laddove invita a concentrarsi sul contratto di avvalimento, per tornare invece a riflettere sull’avvalimento come istituto³³ e sulla sua funzione pubblicistica. Se dunque occorre ora lasciare alla futura prassi applicativa la definizione degli spazi che il nuovo strumento di aggregazione delle energie imprenditoriali si guadagnerà rispetto agli altri strumenti già da tempo

²⁸ Sul tema, cfr. G.M. BARSÌ, *op. cit.*, pp. 435 ss. (cui si deve l’espressione citata nel testo); F. CARDARELLI, *Raggruppamenti ordinari e consorzi ordinari di operatori economici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. de Nictolis, vol. II, cit., pp. 683 ss.

²⁹ Cfr. Atto di segnalazione n. 251 del 7 febbraio 2003.

³⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047; id., sez. III, 12 febbraio 2013, n. 842.

³¹ Cfr. determinazione 10 ottobre 2012, n. 4 (“*BANDO-TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4 bis e 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti*”), e Comunicato del Presidente del 3 settembre 2014 (“*Indicazioni in materia di esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese “sovrabbondanti”*”).

³² Cfr. F. CARDARELLI, *op. cit.*, pp. 632 ss.

³³ Che l’avvalimento sia al tempo stesso un contratto e un “*subprocedimento*” nell’ambito della procedura di evidenza pubblica è sottolineato da G.P. CIRILLO, *op. cit.*

predisposti dall'ordinamento (cioè a dire, in quali casi e perché un operatore economico preferirà optare per il ricorso all'avvalimento premiale anziché costituire con altre imprese un raggruppamento, un consorzio etc.), può però essere interessante soffermarsi brevemente sulle altre ricadute che le nuove disposizioni potranno avere nella gestione generale dell'istituto nell'ambito delle procedure di gara.

E invero, se si rileggono alla luce dei rilievi fin qui svolti le motivazioni addotte dalla giurisprudenza anteriore alla novella del 2023 a sostegno della ritenuta inammissibilità dell'avvalimento premiale "puro", in esse è possibile cogliere anche l'affermazione che la paventata lesione della *par condicio* tra i partecipanti alla gara, in tale ipotesi, si ricollegerebbe alla circostanza che un operatore economico il quale "*possessa già, in proprio, le risorse necessarie per l'esecuzione della commessa*" finisca per ricorrere "*all'ausilio all'esclusivo (ed evidentemente immeritevole) fine di conseguire un mero punteggio incrementale, cui non corrisponderebbe una reale ed effettiva qualificazione della proposta*"³⁴. Dietro questo rilievo è facile intravedere la "classica" preoccupazione, comune alla giurisprudenza e a molti dei commentatori dell'istituto, che l'avvalimento possa essere di fatto impiegato come strumento per realizzare operazioni puramente "cartolari" di prestito di mezzi e risorse tra operatori economici, a tutto discapito della stazione appaltante qualora le stesse – per l'appunto – restino prive di effettivo riscontro in una concreta prestazione di risorse idonea ad implementare le capacità dell'operatore avvalso³⁵.

Siffatte preoccupazioni potrebbero ritenersi superate, una volta che si dia per acquisito che le "*risorse*" prestate sulla base del contratto di avvalimento entrino a pieno titolo nel patrimonio aziendale dell'operatore economico che partecipa alla gara, in modo da determinare un'oggettiva implementazione della sua "*qualificazione*", e quindi anche un apprezzabile incremento della qualità della sua offerta tecnica³⁶. La possibilità che ciò possa di fatto non avvenire configura anche in questo caso un abuso dello strumento *de quo*, il quale però – così come si è visto per l'ipotesi di raggruppamento "sovrrabbondante" – in una prospettiva di piena ed effettiva applicazione delle regole europee in materia di procedure di evidenza pubblica non può mai giustificare opzioni legislative limitatrici o preclusive in via astratta, dovendo il problema essere risolto attraverso l'attento uso dei poteri di intervento della stazione appaltante a tutela della concorrenza e della *par condicio*: in questo caso, evidentemente, non può che farsi riferimento ai poteri di controllo, repressivi e sanzionatori spettanti all'amministrazione committente nella fase di esecuzione del contratto di appalto.

In effetti, il comma 9 dell'articolo 104 del nuovo codice riproduce invariata la disposizione, già presente nell'articolo 89, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, circa il dovere della stazione appaltante di effettuare in corso di esecuzione "*verifiche sostanziali*", le quali dovranno avere a oggetto non soltanto "*l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria*", ma anche "*l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto*". In passato, questa disposizione è stata interpretata come attinente soprattutto all'obbligo dell'ausiliaria di mettere effettivamente le proprie risorse a disposizione dell'offerente, senza necessariamente comportare un obbligo di quest'ultimo, in caso di aggiudicazione, di impiegare sempre e in ogni caso le dette risorse: tale precisazione nasceva dalla necessità di definire gli obblighi incombenti alle parti del contratto di avvalimento nei casi (comunemente denominati di avvalimento "di garanzia") in cui lo stesso avesse a oggetto requisiti di capacità tecnica afferenti alla pregressa esperienza professionale e non direttamente alla disponibilità di personale e

³⁴ Cons. Stato, sez. V, n. 2526/2021, cit.

³⁵ Questa esigenza è alla base del granitico indirizzo giurisprudenziale che, nel vigore del codice del 2016, ha inteso in senso rigoroso la necessità che il contratto di avvalimento indicasse in termini puntuali e non generici le risorse che l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'impresa che partecipa alla gara: sul punto, cfr. D. BUZZELLI, *op. ult. cit.*, pp. 235 ss. (con ampi richiami di giurisprudenza).

³⁶ Questo è evidentemente il postulato delle pronunce che anche nel vigore del codice del 2016 hanno parzialmente ammesso la possibilità di ricorso all'avvalimento premiale (v. nota 14).

attrezzature³⁷, ma investiva la più delicata problematica dell'individuazione del confine tra il ricorso all'avvalimento e l'esecuzione diretta delle prestazioni oggetto del contratto da parte dell'impresa ausiliaria.

Su quest'ultimo aspetto, la giurisprudenza europea, pur rimettendo all'autorità nazionale la verifica circa l'integrazione nei singoli casi dei presupposti per far ricorso a normale avvalimento, oppure poter esigere l'esecuzione diretta da parte dell'ausiliaria, ha avvertito di come un ricorso massiccio alla seconda opzione possa determinare l'obliterazione della natura e del significato proprio del contratto di avvalimento, che comunque consiste non già nell'associare altri nell'esecuzione del contratto in affidamento, bensì nell'acquisire in prestito le risorse altrui per svolgere in proprio la prestazione a favore della stazione appaltante³⁸. Si comprende dunque il perché ritenere sempre doverosa l'integrazione di beni, maestranze ed attrezzature dell'ausiliario nell'organizzazione d'impresa dell'aggiudicatario in fase esecutiva potesse comportare il rischio di smarrire la linea di confine tra due situazioni così ontologicamente diverse.

Questa impostazione, e forse la stessa distinzione tra avvalimento operativo e avvalimento di garanzia, dovrà probabilmente essere rivista: nel senso che, quanto meno in tutti i casi in cui l'avvalimento abbia una natura premiale, e quindi consenta all'operatore economico che vi ricorre di conseguire un punteggio aggiuntivo per l'offerta tecnica in modo da consentirgli di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, l'impiego effettivo delle risorse e dotazioni "prestate" dall'ausiliario dovrà considerarsi sempre doveroso. Diversamente opinando, si realizzerebbe proprio il risultato, paventato dalla giurisprudenza anteriore al codice del 2023, di premiare indebitamente un concorrente che abbia fatto valere in sede di gara una maggiore qualità della propria offerta solo apparente, senza poi che a questa corrisponda un reale e percepibile maggior pregio delle sue capacità.

In tale prospettiva, le "verifiche sostanziali" rimesse alla stazione appaltante in fase esecutiva costituiranno lo strumento essenziale per individuare e reprimere quei possibili abusi, il cui rischio è stato per lungo tempo addotto da legislatore e giurisprudenza a giustificazione di limitazioni e divieti posti a monte. Anche sotto questo riguardo, la parabola dell'avvalimento si avvicina a quella del subappalto, dove pure da ultimo, all'esito di un ben più tormentato percorso normativo e giurisprudenziale, si è finiti per dover sottolineare come altri e diversi rispetto ai divieti generalizzati siano gli strumenti da impiegare per prevenire distorsioni e abusi, e alcuni di questi presuppongano necessariamente una maggiore attenzione ai poteri/doveri di controllo spettanti all'amministrazione nella fase di esecuzione del contratto³⁹.

³⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 novembre 2023, n. 10214. Sulla distinzione tra avvalimento c.d. "operativo", avente a oggetto le risorse tecnico-organizzative dell'ausiliaria, e avvalimento c.d. "di garanzia", avente a oggetto la sua solidità economico-finanziaria ovvero il suo patrimonio esperienziale, cfr. F. D'ALESSANDRI, *op. cit.*, pp. 1669 ss.

³⁸ Cfr. Corte di giustizia UE, 7 aprile 2016, causa C-324/14; nella giurisprudenza interna, cfr. Cons. Stato, III, 9 marzo 2020, n. 1704.

³⁹ Cfr. R. GRECO, *Il subappalto nei contratti pubblici: prospettive in chiave di compatibilità eurounitaria*, cit., pp. 1658-1659.