

L'avvalimento premiale nel nuovo Codice degli appalti pubblici

Scritto da Interdata Cuzzola | 18/09/2023

L'art. 104, comma 4, del nuovo Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 36/2023) prevede 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 [...]"*.

La norma positivizza il c.d. avvalimento premiale, caratterizzato dalla circostanza che il concorrente è già in possesso dei requisiti necessari per poter partecipare alla gara di appalto e ricorre all'avvalimento al solo scopo di presentare un'offerta migliore ed aspirare ad un punteggio più alto.

Come evidenziato dal TAR Campania, Napoli, sez. III, nella sent. 4 agosto 2023, n. 4756, *"la principale innovazione portata dall'art. 104 consiste nella "formalizzazione" dell'avvalimento premiale puro, ovvero quello adottato non esclusivamente a fini partecipativi bensì per permettere all'operatore economico di ottenere un punteggio maggiore nella valutazione della propria offerta tecnica. Viene superato il divieto, individuato nella precedente giurisprudenza, dell'avvalimento meramente premiale finalizzato esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria proposta negoziale (in tal senso Cons. St. V n. 2526/ 2021, TAR Palermo n. 2378/2022)"*.

L'operatività dell'avvalimento premiale, tuttavia, incontra un limite importante: l'ultimo comma dell'art. 104 puntualizza che, nei soli casi in cui l'avvalimento (come previsto dal comma 4) 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.

Le disposizioni normative dell'art. 104 in materia di avvalimento premiale hanno un evidente carattere innovativo e non interpretativo: conseguentemente, non può essere predicata la loro interpretazione retroattiva, estesa anche alle gare già bandite e svolte sotto il regime del previgente Codice (Decreto Legislativo n. 50/2016).