

L'avvalimento nel nuovo Codice dei contratti pubblici: le ultime indicazioni della giurisprudenza

Scritto da Interdata Cuzzola | 05/07/2024

L'istituto dell'avvalimento è disciplinato dall'art. 104 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 36/2023) la cui formulazione, mutata rispetto al previgente D.lgs. n. 50/2016, stabilisce che: *"1. L'avvalimento è il 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. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. 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"*.

La giurisprudenza elaborata sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici (art. 89) aveva distinto due tipologie di avvalimento:

- quello "tecnico-operativo" finalizzato a mettere a disposizione i requisiti tecnico-organizzativi, per il quale è necessaria l'indicazione specifica delle dotazioni tecniche, strumentali e delle risorse umane prestate;
- quello "di garanzia" finalizzato a mettere a disposizione la capacità economico-finanziaria dell'impresa ausiliaria, senza necessità di messa a disposizione (e, quindi, di specifica indicazione) delle risorse tecniche, strumentali ed umane, in quanto logicamente configurabili solo per l'avvalimento operativo.

Invero, l'art. 104 del nuovo Codice contempla una definizione più ristretta dell'avvalimento che non comprende più la tipologia "di garanzia".

Il primo comma, infatti, configura l'operazione negoziale dell'avvalimento come obbligo da parte dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione del concorrente le *"dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali"*, precisando poi che deve essere prevista *"l'indicazione specifica delle risorse messe a disposizione"*.

Tale formulazione è chiaramente riferita al solo avvalimento tecnico-operativo, non consentendo più di ricondurvi (come avvenuto per l'art. 89 del precedente Codice) quello di garanzia nel quale l'impresa ausiliaria non presta dotazioni o risorse ma, al pari di un garante, si obbliga a rendere disponibile la propria capacità economico-finanziaria al fine di integrare quella dell'ausiliata per far fonte alle obbligazioni assunte, oltre a rispondere in solido in caso di inadempimento.

Che l'art. 104 del nuovo Codice non sia applicabile all'avvalimento di garanzia è stato rilevato anche dalla recente giurisprudenza secondo cui *"3.5. ... l'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, che definisce*

l'avvalimento come "il 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", risulta tagliato in relazione al cd. "avvalimento operativo", non in relazione all'avvalimento di garanzia, ove per consolidata giurisprudenza non è necessaria la concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche" (TAR Veneto, sez. I, sent. 10 giugno 2024, n. 1389; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, ord. 23 maggio 2024, n. 166).

Secondo il TAR Liguria, sez. I, sent. 25 giugno 2024, n. 462, l'espunzione dell'avvalimento di garanzia dall'art. 104 del nuovo Codice non ne comporta, tuttavia, l'inapplicabilità, atteso che la Direttiva appalti n. 2014/24/UE (di cui anche il D.lgs. n. 36/2023 è attuativo) prevede lo strumento equipollente del contratto di "affidamento". Tale Direttiva, infatti, ha stabilito:

- all'art. 58, comma 3, che *"Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto. A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo [cd. fatturato GENERICO, n.d.e.], compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto" [cd. fatturato SPECIFICO, n.d.e.];*
- all'art. 63 ("Affidamento sulle capacità di altri soggetti") che: *"Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. [...] Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine. [...] Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto."*

Pertanto, la possibilità di porre in essere un avvalimento di garanzia o, più precisamente, un *affidamento sulle capacità di altri soggetti* per acquisire alcuni requisiti economico-finanziari non posseduti dall'operatore economico, è tuttora ammessa in forza dell'applicazione diretta delle suddette disposizioni autoesecutive, quantomeno negli appalti sopra-soglia.