VADEMECUM RUP

***

Il Codice dei contratti pubblici D. Lgs. 36/2023 nella giurisprudenza

TF APPALTI
Avv. Danilo Argeri
Dott.ssa Tiziana Anna Ghiotto
Avv. Anna Lagonegro

D. Lgs. 36/2023
Art. 104 – Avvalimento

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.

L'interesse patrimoniale della ausiliaria può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo (ex multis Cons. Stato, Sez. V, 24/10/2023, n. 9180); deve escludersi, pertanto, l'automatica invalidità del contratto di avvalimento che sia privo dell'espressa indicazione di un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria, o mancante dei criteri per la sua predeterminazione, ogni qualvolta che dal tenore dell'accordo possa comunque individuarsi l'interesse patrimoniale dell'ausiliaria (Cons. Stato, Sez. V, 12/07/2023, n. 6826)

Avvalimento

↓

TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 02.04.2025, n. 1123

↓

La mancata allegazione del contratto di avvalimento necessario ad acquisire un requisito di partecipazione non costituisce motivo di esclusione trattandosi di carenza soccorribile ai sensi dell'articolo 101 del Codice

La lettera b) del comma 1 dell'art. 101 consente di *«sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione»*, oltre la sanatoria «*del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara*», essendo esclusa soltanto la possibilità di integrare «*la documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica*».

Avvalimento tecnico operativo
e
Avvalimento di garanzia

La distinzione tra l'avvalimento «*tecnico-operativo*» e l'avvalimento di «*garanzia*» è stata elaborata in via pretoria dalla giurisprudenza amministrativa.

L'**avvalimento «*tecnico-operativo*»** è 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;

L'**avvalimento di «*garanzia*»** è finalizzato a mettere a disposizione le capacità economico-finanziarie 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.

Avvalimento di garanzia

↓

TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 10.03.2025, N. 4997

↓

L'avvalimento di garanzia non è previsto dall'art. 104 del Codice dei contratti pubblici

L'avvalimento di garanzia rinviene il proprio fondamento normativo nella Direttiva appalti n. 2014/24/UE (di cui anche il D. Lgs. n. 36 del 2023 è attuativo), sotto la voce di «*contratto di affidamento*» (TAR Liguria, Genova, n. 462/2024). Pertanto, la possibilità dell'operatore economico 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, è tuttora ammessa in forza dell'applicazione diretta della suddetta disposizione autoesecutiva.

Avvalimento di garanzia

↓

TAR Liguria, Genova, Sez. I, 25.06.2024, N. 462

↓

avvalimento di garanzia - affidamento di garanzia

Che l'art. 104 del nuovo Codice non sia applicabile all'avvalimento di garanzia è stato rilevato anche dalla recente giurisprudenza secondo cui «*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*» (T.A.R. Veneto, sez. I, 10.6.2024, n. 1389; cfr. anche T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. I, Ord. 23.5.2024, n. 166). 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 di garanzia»*.

Avvalimento di garanzia

↓

TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 10.03.2025, N. 4997

↓

L' impresa ausiliaria, in chiave di avvalimento di garanzia, non è gravata della dichiarazione, da effettuarsi nel documento unico di gara europeo di cui all'art. 91, comma 3, in ordine al possesso dei requisiti *«di ordine speciale»* di cui all'art. 100, comma 1, lett. a) del Codice, tra cui si colloca il requisito dell'*«idoneità professionale»*

Le disposizioni di cui all'art. 91, comma 3, e all'art. 100, comma 1, lett. a) del Codice, essendo espressamente riferite all'avvalimento tecnico-operativo, non possono essere estese all'avvalimento di garanzia.

L'art. 91, comma 3, lett. a) in combinato disposto con l'art. 104, comma 6, prevede che l'impresa ausiliaria debba attestare, tramite il documento di gara unico europeo, il possesso, in capo a essa, dei relativi requisiti di ordine generale e speciale secondo le modalità di cui agli artt. 91 e 105 del Codice, a pena di esclusione.

Assolvendo l'impresa ausiliaria al solo scopo di garantire la stabilità economica dell'impresa ausiliata, alla prima non può essere richiesta, essendo essa estranea alla materiale esecuzione delle opere oggetto dell'appalto, alcuna idoneità professionale di tal fatta.

Avvalimento di garanzia

↓

TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 10.03.2025, N. 4997

↓

L' idoneità professionale nulla ha a che vedere con la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico

Presupposto imprescindibile per il contratto di avvalimento è solo quello che sia il concorrente, sia l' impresa ausiliaria posseggano i requisiti di carattere generale richiesti dal codice per poter validamente contrarre con la pubblica amministrazione; pertanto entrambi i soggetti devono depositare idonea documentazione a dimostrazione della propria regolarità morale, fiscale e contributiva. La dichiarazione del possesso dei requisiti di ordine speciale, sub specie di idoneità professionale, da parte dell' impresa ausiliaria, trova applicazione unicamente in riferimento all'avvalimento tecnico - operativo e non anche a quello di garanzia.

L' idoneità professionale - che deve essere distinta dalla capacità tecnico-professionale (attenendo quest'ultima alla titolarità di un requisito abilitativo comprovato dall' iscrizione negli appositi albi professionali) - consiste nell'esperienza concreta dell'operatore economico e nulla ha a che vedere con la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico, espressa mediante avvalimento di garanzia.

Avvalimento di garanzia

↓

TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 10.03.2025, N. 4997

↓

In caso di avvalimento di garanzia, l'unico requisito che deve essere indicato, quale unico requisito messo a disposizione dall'ausiliaria, è quello del fatturato

La giurisprudenza amministrativa (TAR Campania, Napoli n. 3016/2024) ha chiarito che «*a seconda che si abbia riguardo all'avvalimento di garanzia ovvero tecnico/operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria, in quanto (solo) in caso di avvalimento c.d. tecnico-operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione, da parte dell'ausiliaria, di mezzi e risorse specifiche (e specificamente indicate nel contratto), indispensabili per l'esecuzione dell'appalto*».

La giurisprudenza amministrativa ha altresì limitato l'obbligo di indicare le risorse umane e strumentali solamente all'avvalimento operativo (ossia a quello concernente requisiti per l'esecuzione dell'appalto) e non anche a quello di garanzia (che assolve alla funzione di garantire la stazione appaltante dalla solidità economica dell'operatore economico), escludendo per tale ultimo tipo di avvalimento l'obbligo di indicare in via preventiva le risorse finanziarie che l'ausiliaria metterà a disposizione dell'ausiliata.

Genericità del contratto di avvalimento

↓

CDS, Sez. V, 16.05.2025, n. 4198

↓

La genericità del contratto di avvalimento tecnico – operativo si risolve in una nullità del contratto che, operando *ab origine*, comporta che il concorrente sia privo del requisito di capacità sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, il che ne impone l'esclusione dalla procedura medesima.

La normativa nazionale e eurounitaria sull'avvalimento va interpretata nel senso che si configura la nullità del contratto di avvalimento nei casi in cui non vi sia almeno una parte dell'oggetto del contratto stesso dalla quale si possa determinare il tenore complessivo del documento, anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c. (Cons. Stato, V, 10604 del 2022; Cons. Stato, V, n. 8074 del 2021).

Anche il principio del risultato, previsto dal D. Lgs. n. 36 del 2023, non può condurre a un esito diverso da quello dell'esclusione atteso che ai sensi dell'art. 104 del Codice «*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 principio del risultato non può condurre a sopperire alla carenza di determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento.

La nullità del contratto di avvalimento per indeterminatezza dell'oggetto del contratto non è sanabile attraverso il soccorso istruttorio

Cumulo alla rinfusa

↓

CDS, Sez. V,

29.09.2023, n. 8592

↓

Il nuovo Codice ha ammesso in maniera generica e senza limitazioni, il *«cumulo alla rinfusa»* anche all'art. 67, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 36 del 2023, il quale ha espressamente previsto che «*per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate*».

Il criterio del «*cumulo alla rinfusa*», viene individuato nella possibilità per i consorzi stabili di qualificarsi nelle gare di affidamento di appalti pubblici utilizzando i requisiti delle proprie consorziate, dovendosi precisare che, in caso di partecipazione alla gara, è necessaria la verifica della effettiva esistenza in capo ai singoli consorziati, dei requisiti di capacità tecnica e professionale prescritti dalla lex specialis (Cons. Stato, Ad. Plen. 18 marzo 2021, n. 5).

La giurisprudenza è chiara nello stabilire che, nella partecipazione alle gare d'appalto, è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi, anche mediante il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto di appalto (T.A.R. Salerno, sez. I, 12/03/2024, n.639; T.A.R. Catania, sez. III, 03/05/2024, n.1635).

Avvalimento a cascata

↓

CDS, Sez. V, 17.01.2025, n. 367

↓

Il divieto di avvalimento a cascata serve a evitare che l'impresa ausiliaria, priva del requisito che intende mettere a disposizione del concorrente ausiliato, lo acquisisca a sua volta mediante avvalimento da altro soggetto (CDS, Sez. V, 17.01.2025, n. 364)

Le singole imprese consorziate non sono soggetti terzi rispetto al consorzio ausiliario, utilizzando i cui requisiti si realizzerebbe un avvalimento a cascata (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 3 settembre 2021, n. 6212). Anche quando riveste il ruolo di ausiliario nell'ambito di un contratto di avvalimento, il consorzio assume il ruolo di unico interlocutore con l'amministrazione appaltante imputando direttamente a sé stesso la titolarità del contratto e la realizzazione dei lavori, per cui non sussiste l'obbligo di specifica indicazione delle imprese consorziate, le quali non assumono direttamente alcun obbligo di esecuzione delle prestazioni contrattuali.

La relazione intercorrente fra Consorzio e imprese consorziate dà luogo a un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica, realizzando una peculiare forma di avvalimento che poggia direttamente sul vincolo consortile; le singole imprese non sono soggetti terzi, utilizzando i cui requisiti si realizzerebbe un avvalimento a cascata (cfr. la già citata sentenza di questa Sezione 3 settembre 2021, n. 6212).

Avvalimento a cascata e cumulo alla rinfusa

↓

CDS, Sez. V, 17.01.2025, n. 367

↓

Non vanno confusi il cumulo alla rinfusa e l'avvalimento a cascata. Il Consorzio stabile è un soggetto autonomo che può prestare i requisiti

Se un Consorzio stabile può eseguire le prestazioni o in proprio o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ugualmente, può prestare (mediante avvalimento) i requisiti speciali che siano stati oggetto di conferimento da parte delle proprie consorziate e che siano da esso posseduti in proprio e comprovati dal rilascio in favore del medesimo dell'attestazione.

Il consorzio stabile è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziari delle consorziate stesse, secondo il criterio del cumulo alla rinfusa (Consiglio di Stato sez. V, 8 gennaio 2024, n. 266).

Valutazione degli elementi essenziali del contratto di avvalimento

↓

TAR Campania, Napoli, Sez. I, 20.10.2023, n. 5716

↓

Prevalenza della sostanza e dei contenuti sulla forma del contratto di avvalimento

Risulta inesatta la valutazione compiuta da una stazione appaltante che, nel reputare la mancanza di elementi essenziali (sul dato del riferimento all'abrogato codice dei contratti pubblici) ha travisato l'oggetto del contratto di avvalimento. Invero, l'inesatto riferimento all'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 non può valere a fondare l'esclusione del concorrente, occorrendo far prevalere la sostanza sulla forma e privilegiare l'evidenza mostrata dal contenuto del contratto (a prescindere dall'addotta permanente vigenza dell'abrogato codice dei contratti, per le opere finanziate con fondi PNRR). Anche il richiamo al nono comma dell'art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 si dimostra inesatto, essendo palese dal tenore della norma che le verifiche in ordine all'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento e al loro diretto impiego nell'appalto attengono alla fase posteriore dell'esecuzione e non possono quindi condizionare l'ammissione del concorrente.

Determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento

↓

TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 29.01.2025, n. 297

↓

Il contratto di avvalimento non deve, necessariamente spingersi sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero all'indicazione numerica dello stesso personale

Il contratto di avvalimento deve consentire quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione (Cons. Stato, Sez. IV, 26.07.2017, n. 3682); deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti (Cons. Stato, sez. V, 3.01.2024, n. 119)

Il contratto di avvalimento non deve dunque necessariamente indicare la quantità dei mezzi d'opera, le qualifiche del personale messo a disposizione, ovvero la dotazione numerica dello stesso personale, essendo sufficiente la messa a disposizione di personale qualificato, purché le indicazioni consentano all'Amministrazione di valutare l'effettiva messa a disposizione dei mezzi contrattualmente individuati (Cons. Stato, Sez. V, 3.09.2021, n. 6212).

Obblighi di accertamento del RUP in corso d'opera

↓

TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 29.01.2025, n. 297

↓

In relazione a ciascun affidamento la SA 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.

L'art. 104, comma 9 del D. Lgs. 36/2023 e l'art. 8, lett. i) dell'All.to n. I.2) al Codice prevedono che «*il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento…*».

La norma affida al RUP importanti compiti di vigilanza e di controllo in fase di esecuzione del contratto circa l'effettivo impiego da parte dell'appaltatore delle risorse tecniche e strumentali messe a disposizione dall'ausiliaria con il contratto di avvalimento.

I

Ciò può avvenire anche tramite l'acquisizione «*sul campo*» di un aggiornato inventario dei beni aziendali che garantisca l'avvenuta prestazione effettiva di attività ed i mezzi da un'impresa all'altra e, conseguentemente, il «*risultato*» della buona esecuzione del contratto di appalto, dovendo altrimenti il RUP procedere alla sua risoluzione (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 26.10.2023, n.782).

Avvalimento che ha ad oggetto l'attestazione SOA

↓

TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 16.04.2024, n. 1432

↓

L'avvalimento può avere ad oggetto l'attestazione SOA, che, ai sensi dell'art. 1, Allegato II.12 del D. Lgs. 36/2023, per gli appalti di lavori di importo superiore a 150.000 Euro è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento

Nel caso di avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione SOA, attesa l'esigenza di assicurare l'idoneità all'esecuzione dei lavori commessi, per la validità del contratto occorre che sia messo a disposizione *«l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA e che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento»* (Cons. Stato, Sez. V, 26.01.2024, n. 820; nello stesso senso, Cons. Stato, Ad. Plen., 16.10.2020, n. 22).

Sussiste l'onere del concorrente di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegni semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto (l'attestazione SOA), quale mero valore astratto e cartolare, ma «*assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità*» (Cons. Stato, Ad. Plen., 16.10,2020, n. 22).

Avvalimento dei requisiti di ordine speciale

↓

TAR Sicilia, Catania Sez. III, 10.04.2024, n. 1355

↓

L'art. 100 del d.lgs. n. 36/2023, così come conformemente previsto anche dal bando e dal disciplinare di gara, elenca tre distinti requisiti speciali: a) idoneità professionale; b) capacità economico-finanziaria; c) capacità tecnico-professionale.

L'iscrizione nella CCIA per un'attività rientrante tra quelle contemplate dall'avviso di gara da parte dell'aggiudicataria, avvenuta solo dopo la pubblicazione del bando e in assenza, quindi, di qualsivoglia esperienza concreta e pregressa, non può essere ritenuta sufficiente per integrare il possesso del prescritto requisito di idoneità professionale contemplato, a pena di esclusione, dalla *lex specialis*. Il requisito sostanziale dell'esperienza professionale sotteso all'iscrizione presso la CCIA non può essere desunto dall'avvalimento del requisito sub c) dell'art. 100, co.1, venendo comunque in rilievo requisiti speciali ontologicamente e dal punto di vista normativo assolutamente diversi tra loro, non potendo dunque rilevare alcuna sorta di avvalimento «*implicito*», mediante il quale il possesso di uno specifico requisito ottenuto da una partecipante alla gara da una ditta ausiliaria possa estendere la sua portata nei confronti di altri requisiti speciali previsti dalla legge e dalla *lex specialis*, in assenza di conformi accordi in tal senso enunciati nel contratto di avvalimento.

Avvalimento di prestazioni qualificate secondarie

↓

TAR Lazio, Roma, Sez. V, 25.03.2025, n. 6055

↓

Se oggetto dell'avvalimento è il requisito di partecipazione relativo alle capacità tecnico - professionali oggetto della prestazione secondaria trova applicazione il combinato disposto di cui ai commi 3 e 8 dell'art. 104 del Codice.

Nelle ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 104, se le prestazioni sono eseguite *ex lege* direttamente dall'impresa ausiliaria, l'indicazione delle risorse strumentali e umane messe a disposizione dall'operatore economico si traduce in un inutile formalismo in linea con quanto disposto dai commi 3 e 8 dell'art. 104 del D. Lgs. n. 36/2023.

È illegittimo il provvedimento di esclusione laddove non vi sia indicazione delle risorse messe a disposizione da parte dell'operatore economico.

Il dato normativo interno e la *ratio legis* sottesa alle ipotesi di diretta esecuzione della prestazione da parte dell'impresa ausiliaria, risulta essere rispondente alla funzione pro-concorrenziale che connota l'istituto di derivazione euro-unitaria.

Avvalimento misto

↓

TAR Campania, Napoli, Sez. I, 14.05.2025, n. 3746

↓

Il contratto di avvalimento può essere misto, ossia finalizzato sia al raggiungimento dei requisiti minimi previsti per la partecipazione alla gara sia al miglioramento dell'offerta

Non sussiste alcuna violazione dell'art. 104, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, come ribadito in giurisprudenza a proposito dell'avvalimento cd. misto, essendosi osservato che *«l'articolo 104 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, abbia inteso ampliare e generalizzare, e non certo a restringere, gli spazi di ammissibilità del cosiddetto avvalimento premiale rispetto a quelli che, nel silenzio del Codice previgente, erano stati riconosciuti dalla giurisprudenza»* e che, come emerge «*dalle prime pronunce emesse nel vigore della nuova disciplina (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 28 maggio 2024, n. 4732), mentre sotto il vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la giurisprudenza ammetteva la possibilità di avvalimento premiale (ossia finalizzato a migliorare l'offerta tecnica) solo qualora l'avvalimento al tempo stesso servisse anche a colmare una lacuna nei requisiti di partecipazione del concorrente, e non anche l'avvalimento premiale "puro", ora anche quest'ultimo è ammesso: ne consegue che sarebbe logicamente fuori sistema e contrario alla ratio legis ritenere, contrariamente al passato, che oggi l'avvalimento premiale debba essere sempre e solo "puro" e debba invece escludersi l'avvalimento "misto", già in precedenza pacificamente ammesso»* (si v. Cons. Stato, Sez. III, 11.4.2025, n. 3154).

Avvalimento premiale

↓

TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 02.04.2025, n. 1123

↓

L'avvalimento c.d. *«premiale»* è un contratto di avvalimento che ha lo scopo di «*migliorare*» l'offerta presentata

Essendo l'avvalimento c.d. *«premiale»* finalizzato a migliorare l'offerta, il relativo contratto, non avendo finalità di dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione ma solo le pregresse attività professionali utili ai fini dell'attribuzione del punteggio in sede di valutazione dell'offerta tecnica, deve essere inserito nella busta contenente tale offerta. Nel rispetto dei principi del risultato e della fiducia, che costituiscono le coordinate ermeneutiche che devono orientare l'interprete nella lettura e nella applicazione delle regole della gara, la scelta della SA di non tener conto di un avvalimento c.d. «*premiale*» in quanto allegato all'offerta tecnica, si traduce in una lettura inutilmente rigida e formalistica dell'art. 104 comma 4 del D. Lgs. 36/2023. Tale *modus operandi* finisce per penalizzare quell'offerta che risulta perseguire il risultato del migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo senza che una lettura non formalistica della norma richiamata comporti alcuna violazione dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

D.Lgs 36/2023
Art. 104 – Avvalimento e ruolo del RUP

Il rapporto tra avvalimento e ruolo del RUP nel nuovo Codice degli Appalti (D.lgs. 36/2023) è fondamentale per garantire:

↓

Legalità
Efficacia
Trasparenza

↓

nella partecipazione e aggiudicazione delle gare.

D.Lgs 36/2023
Art. 104 – Avvalimento e ruolo del RUP

Il RUP come garante della legittimità dell'avvalimento

- Verifica che l'avvalimento non sia strumentale o fittizio, ma finalizzato a rafforzare le capacità tecniche o economiche del concorrente in modo reale e trasparente

- Controlla che il contratto tra concorrente e ausiliaria sia conforme ai requisiti richiesti dal Codice e dalla *lex specialis*

D.Lgs 36/2023
Art. 104 – Avvalimento e ruolo del RUP

Il RUP come garante dell'efficacia dell'affidamento

- Durante l'esecuzione, vigila che le risorse promesse dall'ausiliaria siano effettivamente impiegate
- Può intervenire in caso di mancata cooperazione dell'ausiliaria fino alla risoluzione del contratto per grave inadempimento

D.Lgs 36/2023
Art. 104 – Avvalimento

IN SINTESI

Il RUP

- Verifica che nel DGUE dell'impresa ausiliaria sia attestato il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale ai sensi degli artt. 91 e 105 del Codice procedendo all'esclusione in caso contrario
- Verifica che sia il concorrente che l' impresa ausiliaria posseggano i requisiti di carattere generale richiesti dal codice per poter validamente contrarre con la pubblica amministrazione;
- Verifica che non vi siano profili di nullità del contratto di avvalimento per indeterminatezza dell'oggetto anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c..
- Non può attivare il soccorso istruttorio in caso di nullità del contratto di avvalimento per indeterminatezza dell'oggetto
- Non può escludere il concorrente a seguito di una inesatta valutazione in merito alla mancanza di elementi essenziali del contratto di avvalimento facendo prevalere la forma sulla sostanza
- Verifica che il contratto di avvalimento consenta quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione
- Vigila e controlla in fase di esecuzione del contratto l'effettivo impiego da parte dell'appaltatore delle risorse tecniche e strumentali messe a disposizione dall'ausiliaria con il contratto di avvalimento.