

Riforma Codice dei contratti: come cambia l'avvalimento?

Le due grandi novità del nuovo Decreto Legislativo di riforma del Codice dei contratti che riguardano l'istituto dell'avvalimento

di [Vincenzo Laudani](#) – 07.02.2023

Le modifiche introdotte dallo schema di codice dei contratti pubblici in corso di emanazione all'istituto di avvalimento sono diverse e rilevanti.

Avvalimento: le due grandi novità

Non è questa la sede di analizzarle tutte, per cui ci si limiterà a commentare le due che probabilmente avranno un maggiore impatto per gli operatori economici, ossia la possibilità di utilizzare l'istituto per acquisire un maggiore punteggio tecnico e la previsione di un contratto di avvalimento gratuito dai limiti (per i motivi che si diranno) non ben definiti.

Preme sin d'ora evidenziare che il redattore ha concentrato la disciplina dell'istituto all'art. 104, ma vi sono anche altre disposizioni che impattano in maniera significativa sull'avvalimento. Solo a titolo esemplificativo:

- la necessità che il contratto di avvalimento debba avere data certa antecedente al termine di presentazione delle offerte non è presente all'art. 104 ma solo all'art. 101;
- i limiti ai requisiti avallabili da parte del consorzio sono indicati all'art. 67 c. 7;
- i requisiti specifici del contratto di avvalimento avente ad oggetto la SOA sono indicati all'art. 26 dell'allegato II.12;
- i requisiti dell'avvalimento dell'attestazione del contraente generale all'art. 45 dello stesso allegato;
- il divieto di ricorso all'istituto nel settore dei beni culturali all'art. 132.

Questa dispersione potrebbe essere foriera di difficoltà per gli operatori economici nella ricostruzione della disciplina, per cui è consigliabile non fermarsi all'art. 104 ma verificare con attenzione le diverse disposizioni che impattano sul tema, e che non si limitano a quelle appena citate.

Un'altra difficoltà potrebbe sorgere, come evidenzieremo in parte in seguito, a causa di una formulazione spesso imprecisa e che potrebbe avere conseguenze rilevanti anche in fase contenziosa.

Un cambio di impostazione

La *funzione storica* del contratto di avvalimento è quella di consentire l'acquisizione dei requisiti di partecipazione di cui è sprovvista un'impresa (*ausiliata*) mediante il prestito degli stessi da parte di un'altra impresa (*ausiliaria*).

Ad oggi l'utilizzo dell'istituto per altri fini è ritenuto inammissibile e determina la nullità del contratto. In particolare, la giurisprudenza ha affermato la nullità del contratto di avvalimento stipulato al mero fine di acquisire non già requisiti di partecipazione ma risorse necessarie per conseguire un migliore punteggio dell'offerta tecnica (cd. *Divieto di avvalimento premiale*).

Lo schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici all'esame delle Camere introduce una *funzione nuova* del contratto, senza cancellare quella *storica*. La *funzione nuova* è quella, individuata al comma 1 dell'art. 104, di consentire di acquisire le "*dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto*" (la definizione è forse più chiara nella relazione, dove si parla di "*contratto con il quale un concorrente ad una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto*").

Questo cambio di impostazione comporta, tra l'altro, l'abrogazione del divieto di avvalimento premiale, consentendosi quindi alle imprese di utilizzare il contratto anche per ottenere un migliore punteggio tecnico. Il riconoscimento espresso della validità di questo uso dell'avvalimento è riconosciuto dalla

relazione e dal comma 12 dell'art. 104, che regola l'ipotesi in cui "*l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta*" prevedendo il divieto in questo caso della partecipazione contemporanea dell'ausiliaria e dell'ausiliata.

L'onerosità del contratto di avvalimento

Lo schema di codice interviene anche sull'annosa questione, più volte affrontata in giurisprudenza, dell'onerosità del contratto di avvalimento.

Prima di approfondire il tema è necessario effettuare una precisazione. Spesso si confondono onerosità e indicazione di un corrispettivo, affermandosi che i due concetti abbiano lo stesso significato. Diversamente per la giurisprudenza amministrativa ciò che determina l'onerosità del contratto è l'esistenza di un interesse economico in capo ad entrambi i soggetti che stipulano, interesse economico che può anche non consistere nella ricezione di denaro in via diretta (si pensi ad esempio al prestito di un requisito da parte di una impresa controllante alla sua controllata senza indicazione di denaro. L'impresa controllante apparentemente non ha alcun interesse economico, ma in realtà essa ottiene un guadagno indiretto nel caso di aggiudicazione, derivante ad esempio dall'aumento del valore delle proprie azioni oppure, ancora, dalla distribuzione degli utili).

L'onerosità è un elemento essenziale del contratto di avvalimento in quanto un contratto invece *gratuito* sarebbe un contratto *inaffidabile* e *instabile*. Nessuna impresa assumerebbe infatti degli obblighi economici senza ottenerne alcun ricavo e cercherebbe facilmente di svincolarsi dall'obbligo assunto.

Lo schema di codice prende posizione sul tema dell'onerosità con una disposizione poco chiara che non consente di comprendere se l'intento sia stato quello semplicemente di *codificare* l'indirizzo giurisprudenziale sopra indicato o meno. Il comma 1 infatti afferma che "*il contratto di avvalimento è normalmente oneroso*" (ma la giurisprudenza amministrativa aveva affermato che dovesse essere sempre oneroso) "*salvo che risponde anche a un interesse dell'impresa ausiliaria*" (la giurisprudenza amministrativa aveva affermato che questo interesse dovesse essere *economico*, ma questa specifica non è presente nella disposizione).

Non si comprende se il legislatore (futuro) abbia voluto, quindi, ammettere una forma di avvalimento gratuito che presupponga un interesse generico e anche diverso da quello patrimoniale o abbia voluto invece semplicemente codificare l'indirizzo giurisprudenziale assunto con una norma mal formulata. Nella prima fase applicativa sia consentito consigliare di fare riferimento alla giurisprudenza consolidata sul tema, che ha riconosciuto ad esempio che l'interesse economico è certamente presente nei casi di avvalimenti *infragruppo*, negli avvalimenti *interni* e, ancora, nei casi in cui si possa dimostrare nel dettaglio che esistano rapporti di collaborazione economica tra le parti che lo stipulano.