

## ARTICOLO 104

# L'avalimento

Giuseppe Lo Monaco  
Chiara Maraniello

*Introdotta l'avalimento c.d. premiale, che consente di ottenere un punteggio maggiore. Il contratto di avalimento è stipulato in formato nativo digitale e firmato digitalmente dalle parti*

**L'**avalimento è un istituto finalizzato ad ampliare la partecipazione alle gare che trova origine nella giurisprudenza comunitaria. L'istituto è stato disciplinato organicamente per la prima volta nelle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE. L'introduzione nel nostro ordinamento avviene con il Dlgs 163/2006 (art. 49) che recepisce le suddette direttive comunitarie. Il Dlgs 50/2016 disciplina l'avalimento all'art. 89.

L'articolo 104, comma 1, Codice 2023 qualifica l'avalimento come il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico ausiliato che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Nella sua versione originaria tale messa a disposizione è finalizzata a consentire la partecipazione alla gara e quindi il soddisfacimento dei requisiti di capacità, carattere come vedremo non più distintivo dell'istituto.

La disposizione ribadisce che il contratto deve avere forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. In tal modo si è

codificato, come già avvenuto con il Codice 2016, un robusto indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'avalimento, per non essere di tipo meramente "cartolare", deve indicare con una ragionevole e puntuale precisione gli impegni assunti dai contraenti e cosa effettivamente e concretamente l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata. Il Bando tipo ANAC n. 1/2023 in consultazione prevede che la mancata indicazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria rende il contratto nullo ed è causa di esclusione dalla gara, senza alcuna possibilità di soccorso istruttorio. Inoltre, l'art. 104, comma 2, chiarisce che in caso di lavori superiori a 150.000 euro l'avalimento dei requisiti implica che ne siano oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'impresa di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta.

L'art. 104 specifica poi che il contratto di avalimento "è normalmente oneroso, salvo che risponda a un interesse dell'impresa ausiliaria".

Il tema dell'onerosità o meno del contratto di avalimento è stato a lungo dibattuto in giurisprudenza. Una parte della

giurisprudenza, divenuta con il tempo minoritaria, ritiene necessaria l'indicazione del corrispettivo nel contratto perché è indice di serietà degli impegni assunti e di garanzia nei confronti della stazione appaltante. Secondo altro orientamento, invece, il contratto di avalimento può anche essere privo di corrispettivo se, ad esempio, supportato da interessi di tipo commerciale tra le imprese che hanno concluso l'accordo di avalimento.

Il Codice del 2023 sembrerebbe porre fine alla disputa andando a "riconoscere" anche i contratti di avalimento privi di un corrispettivo monetario ma connotati da un diverso interesse economico.

L'art. 104 disciplina la figura dell'avalimento c.d. *premile*, elaborata dalla giurisprudenza, in cui il prestito delle risorse è tendenzialmente diretto ad ottenere un punteggio più elevato e non invece alla messa a disposizione dei requisiti di capacità mancanti in capo all'impresa ausiliata partecipante alla gara.

L'avalimento cd. "puro", invece, come riferisce la relazione illustrativa al Codice 2023, riguarda il caso in cui l'impresa soddisfi la richiesta relativa al