

L'avvalimento di garanzia alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici

di Angelo Gigliola, Sergio Fidanzia

Data di pubblicazione: 12-3-2025

1. Premessa; 2. L'origine dell'istituto dell'avvalimento; 3. La distinzione tra avvalimento di garanzia e tecnico-operativo; 4. L'avvalimento di garanzia oggi e le prospettive future; 5. Conclusioni

1. Premessa.

Nel solco delle novità introdotte dal d.lgs. 36/2023 particolare attenzione merita quella relativa all'istituto dell'avvalimento, la cui portata applicativa riveste interesse nelle dinamiche socioeconomiche e nelle logiche di mercato, in quanto potenzialmente idonea ad agevolare o limitare la concorrenza tra gli operatori economici.

Infatti, il mancato riferimento – quantomeno letterale – al cosiddetto avvalimento di garanzia da parte del nuovo Codice dei contratti pubblici induce l'interprete ad interrogarsi se tale istituto possa trovare ancora applicazione nelle procedure ad evidenza pubblica.

In tal senso, l'art. 104, co. 1, del d.lgs. 36/2023 – rubricato “Avvalimento” – così dispone: *“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”*.[\[1\]](#)

Invero, appare evidente come la nuova formulazione dell'avvalimento presente nel Codice dei contratti pubblici omettendo di indicare *“la richiesta relativa al possesso dei requisiti economici”*, di fatto sembra espungere la possibilità di ricorrere al c.d. avvalimento di garanzia, intendendosi per tale quel contratto con il 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.

La citata novella normativa determina numerose criticità su cui il giurista è impegnato ad indagare: non soltanto circoscritte alle questioni di diritto positivo, ma in generale anche relative agli orientamenti giurisprudenziali, nazionali e comunitari, e perfino agli interessi di mercato che ruotano attorno a tale disciplina.

2. L'origine dell'istituto dell'avvalimento.

L'avvalimento[2] è un istituto di matrice giurisprudenziale euro-unitaria finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, consentendo alle imprese non munite dei requisiti partecipativi di avvalersi delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese.

Il suddetto istituto ha trovato ingresso per la prima volta con la storica sentenza dell'allora Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 14 aprile 1994 n. 389 – *Ballast Nedam Groep NV c. Regno Belgio*[3] – che ha riconosciuto valore giuridico all'avvalimento affermando che: *“per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti”*.

Tale istituto è stato poi positivizzato nella Direttiva CE del 31 marzo 2004 n. 18, artt. 47 e 48[4], nota anche come Direttiva appalti.

Nello specifico, gli articoli menzionati regolavano le modalità di verifica delle capacità economico-finanziarie e tecnico-professionali degli operatori economici, elencando pedissequamente una serie di criteri valutativi e permettendo loro, per un determinato appalto, di poter fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei legami con questi ultimi ed introducendo quale unico limite modale l'obbligo di dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che effettivamente potranno disporre dei mezzi necessari facenti capo all'impresa avvalsa.

Pertanto, la Direttiva ha rappresentato il logico sviluppo del processo giurisprudenziale avviato dalla Corte con cui il legislatore ha aperto le porte all'istituto dell'avvalimento consentendo la libera e paritetica partecipazione delle imprese agli appalti pubblici, codificando il c.d. possesso dei requisiti *per relationem*.

Lo stato dell'arte attuale, delineato da dottrina e giurisprudenza[5], presenta un quadro alquanto frammentato ed indefinito della materia *de qua* anche in ragione della complessità della fattispecie in oggetto. L'articolato regolamento normativo, di derivazione nazionale e comunitaria, tratteggia un quadro assiologico nel quale è possibile cogliere le incertezze interpretative e i conflitti ancora sussistenti fra il principio del *favor participationis* e la concreta applicazione della disciplina in esame.

Il principio generale che caratterizza da sempre l'istituto è quello secondo cui, ai fini della partecipazione alle gare d'appalto, il concorrente, per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche, nonché il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto e richiesti dal relativo bando, ha facoltà di avvalersi delle capacità e dei mezzi di uno o più soggetti diversi, ai quali può ricorrere tramite la stipulazione, appunto, di un contratto di avvalimento.

In buona sostanza, la *ratio* dell'istituto dell'avvalimento, quale possesso mediato e indiretto, è

quella di consentire la massima partecipazione alle gare, permettendo ai concorrenti, che siano privi dei requisiti richiesti dai bandi, di ricorrere alle competenze possedute da altri soggetti, agevolando così l'ingresso sul mercato dei nuovi operatori e quindi garantendo tanto la concorrenza quanto una più elevata possibilità per le imprese di piccole e medie dimensioni di aggiudicarsi la gara.

Di contro, il legislatore nazionale, accogliendo l'istituto dell'avvalimento nell'alveo dell'art. 49^[6] del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006), si era piuttosto premurato di tutelare la posizione della stazione appaltante allontanandosi dai principi ispiratori comunitari e mostrando una certa cautela nella regolamentazione e nell'applicazione dell'avvalimento, temendo che un'estensione troppo ampia all'operatività del prefato istituto potesse compromettere l'interesse delle stazioni appaltanti e favorire abusi.

Tanto è vero che l'art. 49 citato prevedeva in particolare, al comma 6, il divieto di poter ricorrere all'utilizzo frazionato dell'avvalimento qualora l'impresa ausiliata si avvallesse dei requisiti posseduti da una pluralità di imprese terze, ed al comma 7 la possibilità per la stazione appaltante di determinare, nel bando di gara, in che misura o in che percentuale l'impresa ausiliata potesse integrare il requisito mancante per poter partecipare all'appalto nonché imporre l'alternatività tra il requisito tecnico e quello economico.

Invero, i rigorosi vincoli imposti con la normativa *ratione temporis* vigente limitavano del tutto arbitrariamente l'utilizzo dell'istituto in esame tanto che la suddetta impostazione è divenuta motivo di apertura, nel 2008, di una procedura di infrazione a carico dell'Italia da parte della Commissione Europea.

In particolare, con riferimento ai commi 6 e 7 dell'art. 49 del d.lgs. 163/2006^[7], la Commissione aveva rilevato che l'avvalimento – essendo posto a presidio della libera concorrenza – non tollerava interpretazioni limitative, come peraltro previsto dalle direttive eurocomunitarie di cui il Codice dei contratti pubblici ne dava attuazione.

Di conseguenza, il legislatore nazionale è intervenuto modificando la normativa *de qua* mediante l'emanazione del d.lgs. n. 152/2008, con cui è stato soppresso il co. 7 del citato art. 49 che prevedeva la facoltà per le stazioni appaltanti di limitare l'applicazione dell'avvalimento, inserendo all'interno della *lex specialis* una clausola che ne consentisse l'utilizzo solo in via parziale.

Successivamente, il legislatore è nuovamente intervenuto sul punto con un ulteriore correttivo al d.lgs. n. 163/2006, modificando il co. 6 dell'art. 49 citato che limitava l'impiego dell'avvalimento al solo settore dei lavori e non anche a quello dei servizi e delle forniture.

Tuttavia, solo nel 2016, con un cambio di rotta, la normativa sull'avvalimento è stata sensibilmente rafforzata e ampliata nei suoi confini applicativi mediante la previsione di cui all'art. 89 del d.lgs. 50/2016 in recepimento delle direttive sui contratti pubblici (Dir. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE).

In particolare, il tratto caratteristico dell'istituto dell'avvalimento si rinviene nel considerando

78 della Direttiva comunitaria 2014/24/UE, ove – ravvisata l'opportunità che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI – si è ritenuto che: *“le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate ad avvalersi del Codice europeo di buone pratiche, di cui al documento di lavoro dei servizi della Commissione del 25 giugno 2008, dal titolo «Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici», che fornisce orientamenti sul modo in cui dette amministrazioni possono applicare la normativa sugli appalti pubblici in modo tale da agevolare la partecipazione delle PMI. A tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto”.*

Muovendo da tali considerazioni, l'avvalimento definito dal Codice del 2016 si mostra come un'ideale espressione dei principi fondamentali enunciati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in ordine al principio di concorrenzialità, non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

3. La distinzione tra avvalimento di garanzia e tecnico-operativo.

In ragione del tenore letterale della disposizione normativa contenuta nel previgente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n.50/2016), la giurisprudenza tradizionalmente distingueva due tipologie di avvalimento riconducibili all'art. 89^[8]:

- 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;
- 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.

A livello contrattuale è bene osservare come, sebbene il cosiddetto avvalimento di garanzia debba essere distinto da quello tecnico-operativo, in ogni caso, gli elementi da indicare nell'accordo non possono risolversi in formule semplicistiche e del tutto asettiche, tali per cui il requisito economico mancante venga ridotto ad un mero valore cartolare ed astratto.

Tanto è vero che i requisiti di fatturato sono preordinati a garantire alla stazione appaltante che l'ausiliata presenti un *partner* con una certa solidità commerciale ed in grado di supportare i rischi finanziari dell'operazione.

Difatti, sul punto la giurisprudenza amministrativa è più volte intervenuta affermando che: *“in materia di appalti pubblici, l'avvalimento non deve risolversi nel prestito di una mera condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla concreta messa a disposizione di risorse*

materiali, economiche o gestionali, dovendo l'impresa ausiliaria assumere l'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 e, quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto" (TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 5 aprile 2018, n. 95; ex multis TAR Lazio, Roma, Sez. II, 2 gennaio 2017, n. 22, secondo cui: *"nelle gare pubbliche l'avvalimento di garanzia non può risolversi in formule generiche e svincolate da qualsiasi collegamento con le risorse materiali o immateriali rese disponibili, atteso che la funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale impone la dimostrazione della disponibilità di risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliata"*).[\[9\]](#)

Tutto ciò ha comportato il sorgere di un ulteriore interrogativo che ha coinvolto i giuristi, ossia se l'indicazione specifica del fatturato – quale requisito economico mancante – possa incidere sulla tipologia effettiva di avvalimento.

La dottrina, ripresa dalla giurisprudenza, in tal senso ha osservato che per distinguere le due tipologie di avvalimento occorrerà valutare lo scopo per il quale il requisito è stato preposto. Difatti, *"non risulta (...) determinante la nomenclatura utilizzata nella lex specialis di gara, atteso che, se del caso, è opportuno procedere ad una riqualificazione (fermo restando l'onere di impugnare la disposizione di gara in punto di qualificazione del requisito Cons. Stato, Sez. III, 22 gennaio 2020, n. 546, Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2019, n. 4866; Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6066). La distinzione tuttavia non è sempre agevole e, ad esempio, orientamenti contrastanti sono emersi con riferimento alla qualificazione in un senso piuttosto che nell'altro del contratto con cui è messo a disposizione il requisito del fatturato specifico (talvolta riconosciuto come requisito tecnico - Cons. Stato, Sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257; Id., 23 febbraio 2015, n. 864; Sez. III, 5 luglio 2017, n. 3328 - talaltra come requisito economico-finanziario - Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1120; Id., 20 luglio 2017, n. 3593; Sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422). Anche in questo peculiare caso risulta dirimente l'esame degli atti di gara per indagare le finalità assegnate dalla stazione appaltante al possesso del requisito del fatturato specifico se in funzione di una certa solidità economica-finanziaria dell'operatore ovvero della capacità tecnica dello stesso per aver utilmente impiegato nelle pregresse esperienze la propria organizzazione aziendale e le competenze tecniche a disposizione (Cons. Stato, Sez. III, 9 marzo 2020, n. 1704)*[\[10\]](#)".

Ritornando specificatamente alla distinzione fra avvalimento di garanzia e tecnico-operativo, il Consiglio di Stato ha ben delineato questi aspetti, evidenziando che *"mentre ricorre l'avvalimento di garanzia laddove l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, rassicurando la stazione appaltante delle sue capacità di fare fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento, l'avvalimento è operativo quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto, avendo così ad oggetto i requisiti di capacità tecnica e professionale (in termini, tra le tante, Cons. Stato, IV, 11 novembre 2020, n. 6932).*

In termini sostanziali, per chiarire la differenza tra le due forme di avvalimento, può osservarsi che l'impresa ausiliaria diviene, di fatto, un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario, mentre nell'ipotesi di avvalimento c.d. tecnico od operativo, avente ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria, è chiamata a mettere a disposizione determinate specifiche risorse (Cons. Stato, V, 26 novembre 2018, n. 6693)" (Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2022, n. 257).

Sul punto è importante sottolineare che, nell'ipotesi in cui la *lex specialis* faccia riferimento ai requisiti di capacità economico-finanziaria correlati al dato esperienziale, pratico o professionale dell'operatore economico, non ci si trova più di fronte ad un avvalimento di garanzia, quanto piuttosto ad un avvalimento di tipo tecnico-operativo.

In tal senso la giurisprudenza ha osservato che l'avvalimento di garanzia è tale unicamente quando coinvolga la sfera economico-finanziaria dell'operatore, allorquando cioè venga richiesto specificatamente che quest'ultimo dimostri di avere o di poter possedere un determinato fatturato.

In ragione di quanto argomentato, dunque, appare chiaro che qualora una stazione appaltante escluda la possibilità per il candidato – carente dei requisiti di capacità economica e finanziaria – di avvalersi dei requisiti di un altro operatore economico, violerebbe la *ratio* dell'istituto dell'avvalimento che, come noto, è finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, consentendo alle imprese non munite dei requisiti partecipativi di usufruire delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese.

Ed infatti, qualora l'impresa offerente non sia in possesso dei requisiti di capacità economica-finanziaria previsti dalla legge di gara e non si possa avvalere dei requisiti di un altro operatore economico – è in concreto impossibilitata a partecipare alla procedura di gara, non presentando i requisiti di capacità economica e finanziaria prescritti.

E tanto sebbene la stessa potrebbe in concreto avvalersi di detto requisito per il tramite di altra società.

Invero, l'impossibilità di avvalersi del requisito di un'altra impresa potrebbe configurare una clausola escludente.

Ed infatti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nello spettro morfologico delle clausole escludenti che figurano a pieno titolo, *inter alia*, "*clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale*" (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671), "*regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile*" (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001), "*disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta*" (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980), e "*condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente*" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23

gennaio 2015 n. 293).

4. L'avvalimento di garanzia oggi e le prospettive future.

A seguito della riforma che ha interessato il Codice, l'istituto *de quo* è confluito nell'art. 104 del d.lgs. n. 36/2023, la cui formulazione è del tutto mutata rispetto al previgente d.lgs. n. 50/2016.

Come osservato nella relazione illustrativa al nuovo Codice: *“nella disciplina dell'avvalimento si è cercato di procedere ad un vero e proprio cambio di impostazione, incentrando la disciplina sul contratto di avvalimento piuttosto che sul mero sistema del prestito dei requisiti”*.

Pertanto, la nuova disciplina supera definitivamente l'iniziale *voluntas legis* di circondare l'avvalimento da una serie di cautele tese ad evitare un uso strumentale del medesimo nonché a prevenire il rischio di abusi.

Ciò ha determinato, negli anni, una revisione da parte della dottrina, ma soprattutto della giurisprudenza, dell'istituto dell'avvalimento di garanzia.

Invero, il nuovo Codice continua a generare – specie tra gli operatori del diritto – dibattiti sull'ammissibilità dell'avvalimento di garanzia posto che, per come positivizzato dal legislatore, l'enunciato contenuto nell'art. 104 sembra essere riferito al solo avvalimento tecnico-operativo.

Precisamente, il primo comma 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”*.

È evidente che l'omessa previsione esplicita del contratto di avvalimento riferito ai requisiti di capacità economica e finanziaria impedirebbe, in punto di fatto, la partecipazione di plurime imprese al confronto competitivo in sede di gara, generando quindi una lesione immediata, diretta ed attuale della posizione giuridica delle stesse.

Tuttavia, in disparte dal dato letterale e muovendo dalla *ratio* ispiratrice dell'istituto, in dottrina^[14] si continua a richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale, formatosi nel solco dell'art. 89 citato, secondo cui deve distinguersi l'ipotesi di avvalimento c.d. di garanzia (che ha ad oggetto requisiti di capacità economico e finanziaria) dall'ipotesi di avvalimento c.d. tecnico o operativo (che ha ad oggetto i requisiti di capacità tecnico – organizzativa), con ciò dunque includendo l'avvalimento di garanzia tra le forme previste dal citato art. 104.

Tali argomentazioni sono state confermate da ultimo anche dal Consiglio di Stato che ha osservato che: *“la disciplina dell'avvalimento contenuta nel Codice del 2023 è espressione di un cambio di impostazione netto rispetto a quella contenuta nell'art. 89 del Codice del 2016. Essa non è più incentrata sul mero prestito dei requisiti, ma sullo stesso contratto di avvalimento. L'avvalimento è il contratto, in forma scritta a pena di nullità e di norma oneroso, con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione del concorrente,*

per tutta la durata dell'appalto, le dotazioni tecniche e le risorse umane e strumentali di cui necessita. La disposizione, quindi, comprende sia la disciplina dell'avvalimento c.d. operativo (riguardante i requisiti di capacità tecnico professionale), sia la disciplina dell'avvalimento c.d. di garanzia (concernente le capacità economico finanziarie). Tanto l'avvalimento non è più incentrato sul mero prestito di requisiti, che può essere utilizzato anche per migliorare la propria offerta (avvalimento premiale). Il contratto di avvalimento genera un rapporto di collaborazione tra imprese.” (Cons. Stato, Sez. V, 17/01/2025, n. 367).

Inizio moduloFine modulo In ogni caso, pur volendo accedere ad un'interpretazione restrittiva secondo cui la mancata previsione esplicita dell'avvalimento di garanzia nella formulazione del nuovo Codice ne impedirebbe l'applicazione, in ogni caso occorre considerare che la Direttiva 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 – rubricato “*Criteri di selezione*” – 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], compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto [cd. Fatturato specifico]*” (cfr. art. 58, comma 3);

- all'art. 63 – rubricato “*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*”.

Come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa sul punto, “*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*”^[12], quantomeno negli appalti sopra-soglia come quello oggetto del presente giudizio” (TAR Liguria, Genova, 25 giugno 2024, n. 462 – non appellata).

In definitiva, dunque, come già acclarato dalla giurisprudenza amministrativa, si può ritenere che l'avvalimento di garanzia continua ad avere cittadinanza nel nostro ordinamento, anche in

virtù di quanto previsto dalla Direttiva 2014/24/UE.

Invero, come si è visto, l'art. 63 della citata direttiva fa riferimento all'avvalimento (secondo il legislatore comunitario "fare affidamento") tanto dei requisiti economico-finanziari, quanto di quelli tecnico-organizzativi e, pertanto, la sua applicazione è in ogni caso conseguenza dell'applicazione immediata e diretta del diritto comunitario.

5. Conclusioni.

Alla stregua di quanto sopra, pur nell'ambiguità della normativa nazionale, la giurisprudenza riconosce in capo all'operatore economico la possibilità di ricorrere sia all'avvalimento di garanzia sia all'avvalimento tecnico-operativo e ciò è coerente con la *ratio* dell'istituto per come discendente dalla direttiva dell'UE.

In ogni caso, al fine di semplificare l'applicabilità della normativa dell'istituto in oggetto, sarebbe auspicabile un intervento da parte del legislatore nazionale, il quale sino ad ora non si è interessato alla tematica *de qua* – nemmeno con il correttivo d.lgs. 209/2024 – al fine di rimuovere qualsivoglia interrogativo e fornire maggiore certezza agli operatori sulla disciplina dell'avvalimento di garanzia.

Nondimeno, sarebbe opportuno che le stazioni appaltanti nell'elaborazione della *lex specialis* di gara rendessero noto in maniera chiara agli operatori la possibilità di poter ricorrere anche all'istituto dell'avvalimento di garanzia al fine di evitare l'insorgere di conflitti con conseguente aumento del contenzioso giudiziale.

[\[1\]](#) Per completezza espositiva si richiama l'art. 89 (non più in vigore) del precedente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2006) al fine di evidenziare le differenze sussistenti tra i due testi normativi: *"L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi (...)".*

[\[2\]](#) Sull'istituto dell'avvalimento: U. BALDI e altri, *Il nuovo Codice degli appalti (D.LGS N. 36/2023). Analisi delle novità, aspetti operativi e indicazioni pratiche* in *Giornale di Dir. Amm.*, Fas. 3/2023, Milano, 2023;

A. BEATI, G. GUZZO, *L'istituto dell'avvalimento tra criticità e potenzialità. Utile strumento per superare la crisi economica post covid-19?* in *Appalti e Contratti*, 2020, fasc. 9 pag. 30 – 41;

S. COLOMBARI (a cura di), *Avvalimento: un istituto multiforme in Giurisprudenza Italiana*, 2023, fasc. 7, pag. 1686 – 1698.

[3] CGUE, Sez. V, 14 aprile 1994, C-389/92.

[4] Art. 47: “1. *In linea di massima, la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze:*

a) idonee dichiarazioni bancarie o, se del caso, comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali;

b) bilanci o estratti di bilanci, qualora la pubblicazione del bilancio sia obbligatoria in base alla legislazione del paese nel quale l'operatore economico è stabilito;

c) una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o all'avvio delle attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni su di tali fatturati siano disponibili.

2. 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. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti.

3. Alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 4 può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.

4. Le amministrazioni aggiudicatrici precisano, nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte, le referenze di cui al paragrafo 1 da esse scelte, nonché le altre eventuali referenze probanti che devono essere presentate.

5. L'operatore economico che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice è autorizzato a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice”.

Art. 48: “1. *Le capacità tecniche e professionali degli operatori economici sono valutate e verificate secondo i paragrafi 2 e 3.*

2. Le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi:

a) i) presentazione dell'elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni; tale elenco è corredato di certificati di buona esecuzione dei lavori più importanti. Tali certificati indicano l'importo, il periodo e il luogo di esecuzione dei lavori e precisano se questi sono stati effettuati a regola d'arte e con buon esito; se del caso, questi certificati sono trasmessi direttamente all'amministrazione aggiudicatrice dall'autorità competente;

ii) presentazione di un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati. Le forniture e le prestazioni di servizi sono provate:

- quando il destinatario era un'amministrazione aggiudicatrice, da certificati rilasciati o controfirmati dall'autorità competente;

- quando il destinatario è stato un privato, da una attestazione dall'acquirente ovvero, in mancanza di tale attestazione, semplicemente da una dichiarazione dell'operatore economico;

b) indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, che facciano o meno parte integrante dell'operatore economico, e più particolarmente di quelli responsabili del controllo della qualità e, per gli appalti pubblici di lavori, di cui l'imprenditore disporrà per l'esecuzione dell'opera;

c) descrizione dell'attrezzatura tecnica, delle misure adottate dal fornitore o dal prestatore di servizi per garantire la qualità, nonché degli strumenti di studio e di ricerca di cui dispone;

d) qualora i prodotti da fornire o i servizi da prestare siano di natura complessa o, eccezionalmente, siano richiesti per una finalità particolare, una verifica eseguita dall'amministrazione aggiudicatrice o, per suo conto, da un organismo ufficiale competente del paese in cui il fornitore o il prestatore dei servizi è stabilito, purché tale organismo acconsenta; la verifica verte sulle capacità di produzione del fornitore e sulla capacità tecnica del prestatore di servizi e, se necessario, sugli strumenti di studio e di ricerca di cui egli dispone, nonché sulle misure adottate per garantire la qualità;

e) indicazione dei titoli di studio e professionali del prestatore di servizi o dell'imprenditore e/o dei dirigenti dell'impresa, in particolare del responsabile o dei responsabili della prestazione dei servizi o della condotta dei lavori;

f) per gli appalti pubblici di lavori e di servizi e unicamente nei casi appropriati, indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto;

g) dichiarazione indicante l'organico medio annuo del prestatore dell'imprenditore o dell'imprenditore e il numero dei dirigenti durante gli ultimi tre anni;

h) dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui l'imprenditore o il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto;

i) indicazione della parte di appalto che il prestatore di servizi intende eventualmente subappaltare;

j) per i prodotti da fornire:

i) campioni, descrizioni e/o fotografie la cui autenticità deve poter essere certificata a richiesta dall'amministrazione aggiudicatrice;

ii) certificati rilasciati da istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo della qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità di prodotti ben individuati mediante riferimenti a determinate specifiche o norme.

3. 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. Deve, in tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie, ad esempio, presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie.

4. Alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 4 può fare assegnamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.

5. Nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi a oggetto forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazione, la fornitura di servizi e/o l'esecuzione di lavori, la capacità degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione o i lavori può essere valutata con riferimento, in particolare, alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità.

6. L'amministrazione aggiudicatrice precisa nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte le referenze, fra quelle previste al paragrafo 2, di cui richiede la presentazione”.

[\[5\]](#) “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 fronte alle obbligazioni assunte, oltre a rispondere in solido in caso di inadempimento. (Tuttavia, il Collegio ha evidenziato, in ogni caso, che) 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 del 2023](#) è attuativo) prevede lo strumento equipollente del contratto di "affidamento" (TAR

Liguria-Genova, Sez. I, sent. del 25 giugno 2024, n. 462; ex multis T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. I, Ord., 23 maggio 2024, n. 166; T.A.R. Veneto, sez. I, sent., 10 giugno 2024, n. 1389). Dalle suddette pronunce emerge la complessità ermeneutica della fattispecie in esame.

[6] 1. *Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.*

1-bis. Il comma 1 non è applicabile al requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

2. *Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:*

- a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;*
- b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'articolo 38;*
- c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento;*
- d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;*
- e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34;*
- f) in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;*
- g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5.*

3. *Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 38, lettera h) nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e esclude la garanzia. Trasmette inoltre gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11.*
4. *Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.*
5. *Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.*
6. *È ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie, fermo restando, per i lavori, il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria.*
7. *Il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso.*
8. *In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.*
9. *Il bando può prevedere che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.*
10. *Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.*
11. *In relazione a ciascuna gara, la stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la pubblicità sul sito informatico presso l'Osservatorio.*

[\[7\]](#) Art. 49, co. 6, del d.lgs. 163/2006: *“È ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie, fermo restando, per i lavori, il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che*

hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria".

co. 7: "Il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso".

[\[8\]](#) Specificatamente, l'articolo 89, comma 1, del previgente Codice dei contratti pubblici prevedeva che: *"l'operatore economico, singolo o raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi".*

[\[9\]](#) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764.

[\[10\]](#) C. GUCCIONE, *L'avvalimento tra giurisprudenza ed infrazioni comunitarie* in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 1° maggio 2020, p. 390.

[\[11\]](#) R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Avvalimento*, in *Codice dei contratti pubblici annotato con dottrina e giurisprudenza D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Molfetta, nel Diritto Editore, IX edizione 2024, p. 563.

[\[12\]](#) Il riferimento è, appunto, alle citate previsioni contenute nella Direttiva appalti n. 2014/24/UE.