

AVVALIMENTO PREMIALE: UN ISTITUTO DAL POTENZIALE ANCORA INESPRESSO

Avvalimento premiale: an institute whose potential is still unexpressed

GIOVANNI CORRENTI

Abstract [It]: L'introduzione dell'avvalimento premiale nel Codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 36/2023 rappresenta una rilevante novità che amplia le potenzialità dell'istituto dell'avvalimento e fornisce uno strumento ulteriore per gli operatori economici per accrescere le proprie possibilità di aggiudicarsi un appalto pubblico. Tuttavia, da un punto di vista operativo, la disciplina dell'avvalimento premiale ha generato alcune incertezze e dubbi interpretativi da parte degli operatori economici con il rischio di compromettere la portata innovativa dell'istituto. In particolare, le questioni più rilevanti riguardano la corretta collocazione del contratto di avvalimento premiale e la possibilità di sostituzione dell'impresa ausiliaria. Il presente contributo si sofferma su tali aspetti mettendone in luce gli elementi di criticità.

Parole chiave: avvalimento premiale; Codice dei contratti pubblici; contratto di avvalimento premiale; sostituzione dell'impresa ausiliaria; certificazione della parità di genere.

Abstract [En]: "The introduction of avvalimento premiale in the Public Procurement Code (Legislative Decree no. 36/2023) represents a significant innovation that expands the potential of the avvalimento institution and provides economic operators with an additional tool to increase their chances of being awarded a public contract. However, from an operational standpoint, the regulation of rewarding reliance has raised several uncertainties and interpretive doubts among economic operators, risking a compromise of the institution's innovative scope. In particular, the most relevant issues concern the correct placement of the avvalimento premiale contract and the possibility of substituting the auxiliary entity. This contribution focuses on these aspects, highlighting their critical elements".

Keywords: avvalimento premiale; Public Procurement Code; avvalimento premiale contract; substitution of the auxiliary entity; gender equality standards.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. L'avvalimento premiale nella vigenza del Codice previgente - 3. La corretta collocazione del contratto di avvalimento premiale - 4. La sostituibilità dell'impresa ausiliaria nell'ipotesi dell'avvalimento premiale - 5. L'ammissibilità dell'avvalimento della certificazione della parità di genere - 6. L'avvalimento premiale e il divieto di partecipazione contestuale alla medesima gara tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata - 7. Brevi riflessioni conclusive

1. Premessa

L'avvalimento premiale costituisce la novità principale introdotta in materia di avvalimento dal Codice dei contratti pubblici del 2023¹. Esso consente agli operatori economici di fare ricorso

¹ Cfr. M. CISTARO, *Gli aspetti critici e le opportunità dell'avvalimento premiale nel contesto delle gare pubbliche: lezioni apprese dal vecchio codice e prospettive future*, in *Azienditalia*, n. 4/2024, p. 521 ss.; R. GRECO, *L'avvalimento premiale nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giust. Amm.*, 2024; I. GROSSI, *Avvalimento premiale - Avvalimento premiale: i requisiti dell'ausiliaria alla luce del nuovo CCP*, in *Giur. it.*, n. 3/2024, p. 691 ss.

all'avvalimento per ottenere, non dei requisiti di partecipazione, come nell'ipotesi tradizionale, bensì degli elementi migliorativi della propria offerta.

Si tratta di una novità che è finalizzata ad ampliare le potenzialità dell'istituto dell'avvalimento per agevolare la partecipazione di imprese che, pur possedendo eventualmente i requisiti per partecipare alla gara, non avrebbero alcuna *chance* di aggiudicarsi l'appalto, se non facendo affidamento sulle risorse messe a disposizione da altre imprese che possono consentire al concorrente di migliorare la propria competitività e di ottenere un punteggio più elevato ai fini della valutazione dell'offerta.

La *ratio* dell'istituto è ispirata a una logica pro-concorrenziale, esattamente come avviene per l'avvalimento qualificante, tuttavia, come è stato recentemente affermato dal Consiglio di Stato², l'avvalimento premiale risulterebbe dotato di “*un'autonoma funzione pro-concorrenziale*”, distinta rispetto all'avvalimento qualificante, che consisterebbe “*nella possibilità per l'operatore economico di accrescere la qualità tecnica della propria offerta, rendendola più idonea a conseguire l'aggiudicazione al fine di ottenere maggiore spazio sul mercato ed incrementare la propria efficienza produttiva e i propri livelli di redditività*”³. In sostanza vi è sottesa una declinazione del concetto di concorrenza essenzialmente in termini di maggiore competitività.

Tale innovazione è in linea con il cambio di impostazione del Codice del 2023, che, secondo la Relazione di accompagnamento, è incentrata non più sul “*mero sistema del prestito dei requisiti*”, ma sul “*contratto*” di avvalimento e che, ammettendo l'avvalimento premiale, pone pertanto l'accento su un modello che premia la capacità tecnica a vantaggio della qualità dell'esecuzione dell'appalto⁴. L'introduzione dell'avvalimento premiale è sganciata dalla direttiva europea 2014/24, che non lo prevede; tuttavia, si presenta come una scelta pienamente compatibile con la direttiva stessa in quanto comunque in linea con la finalità pro-concorrenziale a cui si ispira l'istituto di derivazione europea.

Pur apprezzando lo sforzo del legislatore di innovare l'istituto dell'avvalimento, occorre evidenziare come l'introduzione dell'avvalimento premiale presenti l'elemento critico di una regolamentazione che genera alcune incertezze per gli operatori economici e per le stazioni appaltanti e che rischia di compromettere l'operatività dell'istituto.

L'impressione è che il legislatore abbia equiparato la disciplina dell'avvalimento premiale a quella dell'avvalimento tradizionale senza tenere conto che i due istituti, pur condividendo una finalità pro-concorrenziale, svolgono funzioni diverse perché l'avvalimento tradizionale incide sui requisiti di partecipazione mentre l'avvalimento premiale incide sull'offerta.

2. L'avvalimento premiale nella vigenza del Codice previgente

Nella vigenza del Codice dei contratti pubblici precedente d.lgs. n. 50/2016 era discusso in giurisprudenza se fosse consentito ricorrere all'avvalimento in funzione premiale.

Un primo orientamento, dall'interpretazione letterale dell'art. 89 del Codice del 2016, escludeva la possibilità di ricorrervi, in quanto: “*l'avvalimento ha la funzione di consentire al concorrente s fornito di alcuni requisiti di ammissione alla gara, di parteciparvi ugualmente acquisendo i requisiti mancati da altro operatore economico che li possieda, ma non può tramutarsi in uno strumento volto a conseguire una più elevata valutazione dell'offerta*”⁵.

Il timore era l'alterazione della *par condicio* tra concorrenti, perché ammettendo tale forma di avvalimento si riteneva che il risultato non fosse quello, in ottica pro-concorrenziale, di allargare la platea dei concorrenti, ma al contrario di far prevalere imprese che non sono davvero in possesso dei

² Cons. Stato, sez. VI, 18/06/2025, n. 5345.

³ Tale *ratio* era stata già acutamente anticipata da autorevole dottrina, si veda, R. GRECO, *L'avvalimento premiale nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

⁴ R. RENZI, *Il contratto di avvalimento premiale e la sua collocazione nella documentazione di gara*, in Altalex, 26 luglio 2025.

⁵ Cons. Stato, sez. V, 22/12/2016, n. 5419.

caratteri preferenziali richiesti dalla *lex specialis*, favorendo l’assegnazione dell’appalto a un operatore economico non in grado di garantire un livello adeguato di organizzazione e di affidabilità⁶.

L’orientamento più recente, invece, aveva adottato una tesi intermedia, escludendo l’avvalimento meramente premiale, ovvero l’avvalimento utilizzato all’unico ed esclusivo scopo di conseguire il punteggio premiale da parte di un’impresa già ammessa a partecipare in forza di requisiti di partecipazione posseduti in proprio, ma ammettendo un avvalimento anche premiale, cioè “misto”⁷, utilizzato sia in funzione “tradizionale”, finalizzato alla partecipazione, sia in funzione premiale per l’attribuzione di un punteggio aggiuntivo.

Da ultimo, il Consiglio di Stato aveva statuito il divieto dell’avvalimento premiale al fine di impedire l’abusivo ricorso all’istituto, precisando però che la sussistenza di tale abuso: “è però decisamente da escludere nel caso in cui l’avvalimento abbia assolto alla sua funzione ausiliaria tipica derivante dalla messa a disposizione dei requisiti di partecipazione alla gara e, in conseguenza di ciò, abbia completato l’offerta dell’impresa concorrente arricchendola degli elementi meritevoli di punteggio premiale”⁸.

In sostanza l’istituto dell’avvalimento premiale era visto, da un lato come strumento volto a garantire una più ampia partecipazione nelle gare d’appalto e, pertanto, consentito nell’ipotesi in cui fosse utilizzato in funzione anche premiale, cioè “mista”; dall’altro come strumento volto a falsare la concorrenza nell’ipotesi “pura” e, quindi, non consentito⁹.

3. La corretta collocazione del contratto di avvalimento premiale

Il Codice del 2023 ammette l’avvalimento premiale “puro” al comma 4, che dispone: “l’operatore economico allega il contratto di avvalimento alla domanda di partecipazione, specificando se intende avvalersi dei requisiti altrui per ottenere un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta”.

La scelta del legislatore di introdurre l’istituto al comma 4 desta delle perplessità, perché la disposizione prevede che il contratto di avvalimento, sia nell’ipotesi tradizionale sia in quella premiale, debba essere allegato alla domanda di partecipazione, eppure il contratto di avvalimento premiale ha ad oggetto gli elementi migliorativi dell’offerta e non i requisiti di partecipazione. Ci si aspetterebbe, dunque, che il contratto venga allegato alla documentazione contenente gli elementi qualitativi dell’offerta tecnica e non alla documentazione contenente i requisiti di partecipazione. Sembrerebbe *prima facie* che il legislatore abbia trascurato la diversa funzione delle due tipologie di avvalimento.

L’ANAC ha invece fornito una diversa indicazione nel bando tipo n. 1/2023¹⁰, prevedendo che in caso di avvalimento premiale il contratto debba essere allegato all’offerta tecnica; tale scelta viene motivata nella Relazione illustrativa dalla necessità di evitare l’anticipazione di elementi dell’offerta tecnica nella domanda. La giustificazione fornita dall’ANAC fa riferimento al principio di separazione e di segretezza tra documentazione amministrativa, offerta tecnica e offerta economica che impone che

⁶ I. GROSSI, *Avvalimento premiale - Avvalimento premiale: i requisiti dell’ausiliaria alla luce del nuovo CCP*, cit., p. 691 ss.

⁷ In tal senso si segnala la sentenza, Cons. Stato, sez. V, 25/03/2021, n. 2526, che ritiene fisiologica “l’eventualità che l’operatore economico concorrente ricorra all’avvalimento al fine di conseguire i requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempi nell’ambito della stessa anche beni o prodotti forniti dall’impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest’ultima”.

⁸ Cons. Stato, sez. V, 9/02/2023, n. 1449.

⁹ I. GROSSI, *Avvalimento premiale - Avvalimento premiale: i requisiti dell’ausiliaria alla luce del nuovo CCP*, cit., p. 691 ss.

¹⁰ Bando tipo n. 1/2023, avente ad oggetto: Procedura aperta per l’affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

le tre documentazioni (amministrativa, tecnica ed economica) siano contenute in buste separate e che non debba esserci una anticipazione di elementi che devono essere presentati e valutati successivamente, questo per evitare possibili condizionamenti della stazione appaltante nella valutazione delle offerte.

L'indicazione dell'ANAC, pur tenendo conto della funzione diversa dell'avvalimento premiale rispetto all'avvalimento tradizionale, si pone in distonia con il dato normativo che prevale sull'indicazione dell'autorità di settore.

Questa situazione ha generato delle incertezze: *in primis* per le stazioni appaltanti nella redazione dei disciplinari di gara e poi per gli operatori economici che si ritrovano incerti su quale sia la documentazione in cui inserire il contratto di avvalimento premiale.

Le stazioni appaltanti nella prima prassi, in alcuni casi, hanno indicato una distinzione all'interno dei disciplinari di gara prevedendo che, in caso di avvalimento tradizionale, il contratto debba essere allegato alla domanda di partecipazione e, in caso di avvalimento premiale, il contratto debba essere allegato all'offerta tecnica¹¹.

Laddove la *lex specialis* di gara fornisca questa indicazione, i problemi non si risolvono, ma quantomeno si riducono, perché gli operatori economici avendo un'indicazione da seguire possono adeguarsi; tuttavia in questo modo di fatto si segue una prassi che contrasta con il dettato normativo e che non pone al riparo da eventuale contenzioso. Ad esempio, potrebbe accadere che un operatore economico alleghi il contratto alla domanda di partecipazione ai sensi dell'art. 104, comma 4, ritenendo invalida la relativa clausola del disciplinare. La conseguenza di ciò, in caso di mancata valutazione dei punteggi premiali, sarebbe la possibile presentazione di un ricorso.

Nelle ipotesi in cui il disciplinare non dispone niente in merito, le incertezze sono ancora maggiori.

Una recente sentenza del Tar Sicilia¹² si è occupata proprio di questa questione. Nel caso di specie l'operatore economico aveva allegato il contratto di avvalimento premiale nella busta tecnica e la stazione appaltante ha ritenuto di non dover attribuire il punteggio aggiuntivo, in quanto il Codice, ai sensi dell'art. 104, comma 4, prevede che il contratto vada allegato alla domanda di partecipazione e, quindi, nella busta amministrativa.

Il ricorrente tra i motivi di ricorso lamentava una violazione del principio di segretezza dell'offerta e che dagli atti di gara non fosse espressamente previsto che il contratto dovesse essere allegato alla domanda di partecipazione, ma al contrario potesse desumersi dalla *lex specialis* che dovesse essere prodotto insieme all'offerta.

Il T.A.R ha accolto il ricorso del ricorrente, ma sulla base di motivi diversi da quelli addotti, infatti i giudici, in questo caso, valorizzano il principio del risultato¹³, ritenendo che la Commissione di gara non valutando i requisiti premiali *ha finito, invero, per penalizzare quell'offerta che risultava perseguita il risultato del migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo* e che l'avvalimento

¹¹ Si veda, a titolo esemplificativo, il disciplinare di gara europeo: “*Procedura aperta telematica in due lotti, ai sensi degli artt. 71 e 108 comma 2 lett. b) del d.lgs. 31 marzo 2023, n.36 e ss.mm.ii., per l'affidamento dei servizi di verifica della vulnerabilità sismica e della sicurezza strutturale, diagnosi e certificazione energetica, rilievo geometrico, architettonico, impiantistico, strutturale, topografico, PFTE per interventi strutturali, con metodi di modellazione e gestione informativa BIM e mediante l'uso di materiali e tecniche a ridotto impatto ambientale conformi al d.m. del 23/06/2022, afferenti ai lavori di manutenzione straordinaria di due edifici scolastici nella provincia di Matera*”, in cui si legge che: “*il concorrente allega il contratto di avvalimento: alla domanda di partecipazione, nel caso di avvalimento finalizzato ad acquisire un requisito di partecipazione; all'offerta tecnica, nel caso in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta o sia a migliorare l'offerta che ad acquisire un requisito di partecipazione*”.

¹² T.A.R Sicilia Catania, sez. I, 02/04/2025, n. 1123.

¹³ Principio sancito all'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023, secondo cui: “*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza (comma 1); Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto (comma 4)*”.

premiale in quanto finalizzato ad apportare elementi migliorativi dell'offerta è elemento costitutivo dell'offerta tecnica e non poteva che essere inserito nella busta contenente tale offerta¹⁴.

La lettura del T.A.R. interpretando l'art. 104 alla luce del principio del risultato, rigetta quindi una visione rigida e formalistica privilegiando la sostanza e valorizzando *le offerte nel loro complesso quando funzionali alla migliore esecuzione dell'appalto*¹⁵. La decisione si innesta nel solco di una tendenza giurisprudenziale verso un'applicazione pratica del principio del risultato che privilegia la qualità delle prestazioni e la maggior convenienza dell'offerta per la stazione appaltante¹⁶, anziché una mera applicazione formale delle norme¹⁷, utilizzando il principio in esame come criterio che deve orientare l'amministrazione nelle scelte e l'interprete nell'applicazione della regola nel caso concreto, all'interno di un nuovo impianto codicistico in cui la concorrenza diventa mezzo per perseguire l'interesse pubblico¹⁸, raggiungendo il miglior risultato possibile.

Ulteriore problema si pone in relazione all'ipotesi dell'avvalimento "misto". Non è chiaro se, in tale circostanza, sia necessario stipulare due distinti contratti di avvalimento, uno (avvalimento tradizionale) da inserire nella busta amministrativa e uno (avvalimento premiale) da inserire nella busta tecnica, o produrre un unico contratto di avvalimento, oscurando alcune parti del contratto da inserire nella busta amministrativa¹⁹.

Le stazioni appaltanti nella prima prassi hanno richiesto nei disciplinari di gara un duplice obbligo di presentazione del contratto di avvalimento²⁰, in altri casi invece si è preferito adottare la soluzione di secretare gli aspetti premiali contenuti nel contratto da inserire nella busta amministrativa.

In tal senso si segnala una recente sentenza del Consiglio di Stato²¹ la quale afferma: "le esigenze di segretezza dell'offerta tecnica, richiamate dall'Amministrazione in quanto potenzialmente a rischio per effetto della necessità di inserire il contratto di avvalimento sia nella busta della documentazione amministrativa sia in quella dell'offerta tecnica, appaiono recessive rispetto al principio del favor participationis e ben possono essere soddisfatte prevedendo ad esempio un parziale oscuramento del contratto nella copia inserita nella prima busta, pur essendo la questione irrilevante nel caso di specie non essendo stato contestato all'odierna appellante di avere in concreto violato il principio di segretezza in questione".

4. La sostituibilità dell'impresa ausiliaria nell'ipotesi dell'avvalimento premiale

Un'altra questione di interesse, emersa di recente in giurisprudenza, riguarda la sostituibilità dell'impresa ausiliaria nell'ipotesi dell'avvalimento premiale. Il dubbio trae origine dal fatto che la sostituzione dell'impresa ausiliaria, come è stato anche affermato dalla Corte di giustizia nella nota

¹⁴ T.A.R Sicilia Catania, sez. I, 02/04/2025, n. 1123, cit., punto 12.3.

¹⁵ R. RENZI, *Il contratto di avvalimento premiale e la sua collocazione nella documentazione di gara*, cit.

¹⁶ Ex multis, Cons. Stato, sez. III, 26/03/2024, n. 2866;

¹⁷ Tenendo sempre conto che: "l'importanza del risultato nella disciplina dell'attività dell'amministrazione non va riguardata ponendo tale valore in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione", punto 6.4, Cons. Stato, sez. III, 26/03/2024, n. 2866, cit.

¹⁸ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVII edizione, Roma, Dike giuridica, 2025, p. 1325, secondo cui: "La concorrenza non è, quindi, fine-valore o bene, ma mezzo-metodo-approccio-procedura per perseguire lo scopo del soddisfacimento dell'interesse pubblico".

¹⁹ V. LAUDANI, *L'avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2023, p. 149.

²⁰ Si veda, a titolo esemplificativo, il disciplinare di gara mediante procedura aperta avente ad oggetto: "Lavori di restauro e risanamento conservativo dell'ex "Monastero corpus domini" con miglioramento sismico e riqualificazione energetica da adibire a studentato universitario", in cui si legge: "Nel caso di avvalimento finalizzato sia alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione, sia al miglioramento dell'offerta, le parti dovranno stipulare due distinti contratti di avvalimento, da allegare nelle medesime forme sopra descritte rispettivamente nella busta contenente la documentazione amministrativa con riferimento al prestito dei requisiti di partecipazione e nella busta contenente l'offerta tecnica con riferimento al prestito dei requisiti premiali".

²¹ Cons. Stato, sez. III, 11/04/2025, n. 3154.

sentenza, C-210/20, caso Rad Service, incontra un limite, cioè non è consentita laddove essa comporti una modifica sostanziale dell'offerta.

Nell'ipotesi dell'avvalimento premiale, ci si chiede se la sostituzione possa comportare sempre una modifica sostanziale dell'offerta perché, se viene sostituito il soggetto che presta un elemento migliorativo dell'offerta, si verifica inevitabilmente una variazione dell'offerta. Resta invece discutibile se tale modifica debba considerarsi in ogni caso sempre sostanziale, posto che la valutazione non può che essere parametrata al caso concreto per cui risulterà necessario tenere conto, ad esempio, del tipo di requisito prestato e delle modalità concrete della sua messa a disposizione.

Il Tar Lazio²² di recente ha negato tale possibilità. La questione controversa, tra le altre, riguardava la sostituibilità di un'impresa ausiliaria che aveva ottenuto il rilascio della certificazione di parità di genere da un organismo di valutazione non accreditato. La decisione si fonda su tre argomenti²³.

Come primo argomento i giudici adottano una interpretazione letterale degli articoli 104, comma 5 e, comma 6, secondo periodo. I giudici ritengono che l'art. 104, comma 5 (sostituzione in caso di dichiarazioni mendaci dell'ausiliaria) non sia applicabile all'avvalimento premiale, perché la disposizione specifica espressamente che riguarda l'avvalimento finalizzato all'acquisizione del "requisito di partecipazione" a una procedura di aggiudicazione di lavori. Parimenti il comma 6, secondo periodo, non è applicabile all'avvalimento premiale, perché dispone: "*la stazione appaltante consente all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi di esclusione*". Secondo i giudici l'espressione "criterio di selezione" fa riferimento ai requisiti di ordine speciale di cui all'art. 100 del Codice, e quindi ai requisiti tecnici, economici e di idoneità professionale; l'espressione "motivi di esclusione" si riferisce ai requisiti di ordine generale di cui agli art. 94 e 95 (cause di esclusione automatica e non automatica). La norma, pertanto, non ricoprenderebbe i criteri di valutazione delle offerte di cui agli articoli 107 e ss.

Il TAR, quindi, conclude che la disposizione non si applica all'avvalimento premiale, interpretando in modo restrittivo il termine "criteri di selezione" che potrebbe astrattamente riferirsi anche ai criteri di valutazione delle offerte di cui agli articoli 107 ss., il cui titolo, in effetti, è rubricato "criteri di selezione delle offerte".

Come secondo argomento i giudici, facendo leva sul diritto unionale, ritengono che, se si consentisse l'applicazione del meccanismo sostitutivo all'avvalimento premiale, si consentirebbe al concorrente di produrre un'altra offerta in contrasto con i principi di *par condicio* tra concorrenti, di autoresponsabilità, di divieto di modifica e sanatoria dell'offerta.

Infine, come ultimo argomento, richiamando la sentenza C-210/20, *Rad Service*, per cui l'ammissibilità della sostituzione era giustificata dal principio di proporzionalità, nella misura in cui il concorrente non disponeva dei mezzi per verificare la correttezza delle dichiarazioni rese dall'ausiliaria, i giudici hanno ritenuto che nella circostanza in esame non vi fosse una dichiarazione mendace da parte dell'ausiliaria e che il concorrente potesse agevolmente verificare che la certificazione non era stata rilasciata da un organismo accreditato. In sostanza, i giudici hanno ravvisato un profilo di colpa da parte del concorrente, il quale avrebbe potuto e dovuto verificare se la certificazione fosse stata rilasciata da un organismo accreditato o meno.

La questione rimane aperta e si attendono ulteriori sviluppi della giurisprudenza e interventi da parte del Consiglio di Stato.

Secondo alcuni autori l'interpretazione che appare più corretta sarebbe quella di ammettere la sostituzione dell'ausiliaria anche nell'ipotesi dell'avvalimento premiale, purché gli elementi premianti acquisiti possano essere facilmente oggetto di sostituzione e purché non si verifichi nel caso concreto una modifica sostanziale dell'offerta²⁴.

²² Tar Lazio Roma, sez. II, 02/07/2025, n. 12991.

²³ Tar Lazio Roma, sez. II, 02/07/2025, n. 12991, cit., punto 10.5.

²⁴ V. Laudani, *L'avvalimento nel codice dei contratti pubblici*, cit., p. 153-154.

La questione assume grande importanza dal punto di vista pratico, perché ammettere o negare la possibilità di sostituire l'impresa ausiliaria, che per qualche motivo non è più in grado di mettere a disposizione il requisito premiale, incide sull'eventuale attribuzione del punteggio premiale ma ancor prima sulla decisione stessa del concorrente di ricorrere a questo istituto.

5. L'ammissibilità dell'avvalimento della certificazione della parità di genere

La giurisprudenza si è pronunciata di recente riguardo una particolare tipologia di certificazione, la certificazione della parità di genere²⁵. Tale certificazione attesta l'adozione all'interno di un'azienda di un sistema di gestione conforme ad una specifica prassi di riferimento²⁶ ed attiene, pertanto, all'organizzazione ed ai processi aziendali comprovando che si è prescelto un assetto in grado di assicurare inclusione ed equità di genere.

L'art. 108, comma 7²⁷ prevede che esso sia un requisito di carattere premiale volto ad attribuire un punteggio aggiuntivo in sede di gara. Ci si domanda però se esso possa essere acquisito mediante avvalimento (premiale)²⁸.

Un primo orientamento riteneva di no, sulla base della considerazione che tale certificazione attenga a una condizione soggettiva dell'impresa che la possiede e non possa essere oggetto di trasferimento nei confronti di un'impresa che invece non adotta politiche per ridurre il divario di genere o lo faccia in misura minore o in settori diversi²⁹. Inoltre, sempre su questa linea, anche ammettendo che ci siano due realtà aziendali simili, anche in relazione alle politiche sul divario di genere, l'eventuale ausilio fornito dall'impresa ausiliaria per stabilire quali politiche siano più adeguate alla società ausiliata per superare il divario di genere, non potrebbe avere alcun effetto, in quanto il legislatore riserva simili valutazioni ad appositi organismi accreditati. Da ciò discende che tale qualità non può essere oggetto di trasferimento mediante contratto di avvalimento³⁰.

Un secondo indirizzo, più recente, invece, in linea con l'interpretazione assunta per l'avvalimento delle altre certificazioni di qualità, ammette che essa possa essere oggetto di avvalimento premiale a condizione che venga messa a disposizione dell'impresa ausiliata l'organizzazione aziendale che ha consentito al soggetto ausiliario di ottenere la certificazione³¹. Questo secondo orientamento è stato confermato dal Consiglio di Stato³² e sembra destinato a consolidarsi.

L'ammissibilità dell'avvalimento della certificazione della parità di genere è in linea con la tendenza dei giudici di ammettere in modo ampio il ricorso all'avvalimento, anche per requisiti che in passato venivano considerati non trasferibili perché ritenuti di carattere strettamente personale³³,

²⁵ Disciplinata all'art. 46 - bis del d.lgs. n. 198/2006 (Codice delle pari opportunità).

²⁶ UNI/PdR 125:2022. Prassi di riferimento contenente le linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere che prevede l'adozione di specifici KPI (Key Performance Indicator - Indicatori chiave di prestazione) inerenti alle Politiche di parità di genere nelle organizzazioni.

²⁷ Si veda anche l'art. 5 comma 3, della legge n. 162/2021 (c.d. "legge Gribaudo")

²⁸ Cfr. C. PAGLIAROLI, *Certificazione della parità di genere e avvalimento premiale: alla ricerca di un punto fermo*, in *Appalti&Contratti*, 25 giugno 2025; A. Staffieri, *Avvalimento premiale e certificazione della parità di genere*, in *Dir. prat. lav.*, n. 43/2025, p. 2482 ss.

²⁹ Tar Campania Napoli, sez. II, 23/05/2025, n. 3963.

³⁰ T.R.G.A Trentino A. Adige Bolzano, 04/11/2024, n. 257.

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 18/06/2025, n. 5345.

³² Cons. Stato, sez. V, 26/08/2025, n. 7105.

³³ Si veda in merito alle certificazioni di qualità, Determina dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 1° agosto 2012, n. 2, secondo la quale: "La certificazione di qualità esprime ed assicura la capacità di un operatore economico di organizzare i propri processi produttivi e le proprie risorse al fine di corrispondere, nel modo migliore, alle richieste della committenza e, più in generale, del mercato di riferimento. Pertanto, il rilascio di tale certificazione costituisce il traguardo di un percorso che vede impegnata l'intera struttura aziendale; ne deriva che proprio l'intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione in questione un requisito connotato da un'implicita soggettività e, come tale, non cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall'intero complesso

spostando invece l'attenzione sulle modalità attraverso cui deve avvenire il prestito per evitare che si traduca in un prestito meramente cartolare, astratto e non effettivo, rimarcando il requisito della specificità del contenuto del contratto richiesto dall'art. 104 del Codice.

6. L'avvalimento premiale e il divieto di partecipazione contestuale alla medesima gara tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata

Nel Codice del 2023 l'avvalimento premiale costituisce l'unica ipotesi in cui permane il divieto di partecipazione congiunta dell'impresa ausiliaria e dell'impresa ausiliata³⁴ alla medesima gara, pena l'esclusione di entrambi i soggetti.

Sino alla vigenza del Codice del 2016 impresa ausiliaria e impresa ausiliata non potevano partecipare contestualmente alla medesima gara. La *ratio* del divieto poggiava da un lato sull'idea di evitare un potenziale conflitto d'interessi tra gli offerenti derivanti dalla conoscenza da parte dell'avvalso degli elementi economici dell'offerta presentata dall'avvalente, con la possibile conseguenza che l'impresa ausiliaria usasse tali informazioni a proprio vantaggio³⁵ presentando un'offerta migliore, dall'altro sull'intento di evitare situazioni in cui i concorrenti potessero falsare la concorrenza operando come unico centro decisionale.

Il divieto era stato oggetto di contestazione da parte della Commissione europea nella procedura d'infrazione n. 2273 del 2018, sostenendo che un divieto automatico in tal senso violasse il principio di proporzionalità, in quanto non consentisse agli operatori economici di dimostrare che il fatto di partecipare alla stessa procedura di gara non influisse *sul loro comportamento nell'ambito di tale procedura di gara né sulla loro capacità di rispettare gli obblighi contrattuali*.³⁶ Ciò era stato, in realtà, già affermato dalla Corte di giustizia UE nella causa C-538/07, *Assitur*³⁷.

Per evitare pronunce di incompatibilità con la normativa comunitaria, il legislatore non ha riproposto il divieto all'interno del Codice del 2023, ma lo ha mantenuto nell'ipotesi dell'avvalimento premiale³⁸, perché ha ritenuto probabilmente che in questi casi vi sia un rischio maggiore di comportamenti anticoncorrenziali³⁹.

Il decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici⁴⁰ è intervenuto sul comma 12 ammettendo la partecipazione congiunta laddove l'impresa ausiliaria *"dimostri in concreto e con adeguato supporto documentale, in sede di presentazione della propria domanda, che non sussistono collegamenti tali da ricondurre entrambe le imprese ad uno stesso centro decisionale. La stazione appaltante può comunque chiedere ad entrambe le imprese chiarimenti o integrazioni documentali, assegnando a tal fine un congruo termine non prorogabile"*.

aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità".

³⁴ Art. 104, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36.

³⁵ Cfr. M. RENNA, S. Vaccari, *Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità*, in *dir. econ.*, anno 66, n. 103 (3 2020), pp. 181 ss.; C. ZUCCHELLI, *Avvalimento*, in SANDULLI M. A, DE NICTOLIS R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2019, p. 1258; V. Laudani, *L'avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 161.

³⁶ Lettera di costituzione in mora, procedura d'infrazione n. 2273 del 2018.

³⁷ Corte di giustizia, sez. IV, 19/05/2009, C-538/07, punto 30: *"Una tale normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti"*.

³⁸ Art. 104, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

³⁹ La preoccupazione della giurisprudenza di un utilizzo anticoncorrenziale di questo istituto non è infatti scomparsa. Si segnala la sentenza, Cons. Stato, sez. VI, 11/04/2025, n. 3117, che ha escluso la possibilità di ricorrere all'avvalimento premiale in relazione al requisito della certificazione della parità di genere, in quanto il bando di gara prevedeva che tutte le imprese del raggruppamento dovessero essere in possesso di tale certificazione.

⁴⁰ D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209.

L'onere di dimostrare l'assenza di collegamenti tali da ricondurre la presentazione delle due offerte a uno stesso centro decisionale grava sull'impresa ausiliaria, in quanto l'impresa ausiliata potrebbe non essere a conoscenza della decisione dell'impresa ausiliaria di presentare una propria offerta in gara⁴¹.

7. Brevi riflessioni conclusive

L'avvalimento premiale amplia il novero degli strumenti con finalità pro-concorrenziale a disposizione degli operatori economici per consentire loro di essere maggiormente competitivi nell'ambito delle gare pubbliche. L'istituto rappresenta un'evoluzione dell'istituto dell'avvalimento quale strumento non più legato unicamente al prestito dei requisiti di partecipazione e, dunque, circoscritto alla sola fase di ammissione degli operatori economici alla gara, ma anche finalizzato al prestito di elementi utili per migliorare le offerte e, pertanto, idoneo ad intervenire nella fase successiva della presentazione dell'offerta tecnica.

Le due questioni principali riguardanti la collocazione del contratto di avvalimento premiale e la sostituzione dell'impresa ausiliaria, emerse nella prassi e affrontate nel presente contributo, evidenziano come la disciplina dell'avvalimento premiale non possa essere equiparata a quella dell'avvalimento tradizionale e che il nuovo istituto meriti una disciplina in parte differenziata, perché alcune delle disposizioni che si applicano all'avvalimento qualificante non sono compatibili con la funzione dell'avvalimento premiale.

È auspicabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore per evitare che una disciplina così promettente venga ostacolata da incertezze procedurali e dubbi interpretativi, i quali potrebbero generare delle remore da parte degli operatori economici nel ricorrere a questo istituto, preferendo altri strumenti (R.T.I, consorzi).

Nell'attesa di un intervento legislativo sarà interessante osservare gli orientamenti della giurisprudenza ed eventuali ulteriori chiarimenti da parte dell'ANAC che guideranno il legislatore nelle scelte, quando interverrà sulla disciplina.

⁴¹ E. LEONETTI, *PMI, subappalto e avvalimento*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2025, p. 181 ss.