

L'istituto dell'avvalimento negli appalti pubblici: questioni teorico-applicative

Reliance on the capacities of other entities in public procurement: theoretical and applicative issues

di Giuseppe Di Pietro

Abstract [ITA]: Il saggio intende fornire un contributo nello spazio ricostruttivo dell'istituto dell'avvalimento nel contesto della disciplina degli appalti pubblici, analizzando l'evoluzione normativa e dando conto dei più recenti approdi giurisprudenziali, che hanno tentato di definire gli elementi che connotano questo particolare strumento contrattuale. Con l'occasione, ci si soffermerà anche su alcuni aspetti persistentemente critici e, in particolare, sul tema della sostituibilità dell'impresa ausiliaria, sulla responsabilità solidale di quest'ultimo soggetto nei confronti della stazione appaltante, nonché sui rapporti tra avvalimento e esternalizzazione illecita di manodopera. Alla luce di quanto si osserverà, verranno proposte delle soluzioni ermeneutiche e in prospettiva *de lege ferenda*.

Abstract [ENG]: *The paper deals with the issue of the institution of reliance on the capacities of other entities within the context of public procurement law, analysing regulatory developments and accounting for the most recent case law, which has attempted to define the elements that characterize this contractual instrument. It will also focus on some persistently critical aspects, particularly the issue of the substitutability of the auxiliary company, the joint liability of the latter towards the contracting authority, and the ambiguous relationship between subcontracting and the abusive use of labor. Considering these observations, some interpretative solutions will be proposed, both from a de lege ferenda perspective.*

Parole chiave: avvalimento – esternalizzazione di manodopera – Codice dei contratti pubblici

Keywords: *Reliance on the capacities of other entities – interposition of manpower – Public Procurement Code*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Breve storia e assetto attuale dell'istituto. – 3. I caratteri dell'avvalimento. – 4. La responsabilità solidale dell'ausiliaria. – 5. Il *favor participationis* e la sostituzione dell'ausiliaria. – 6. Conclusioni.

1. Premesse.

L'avvalimento, nel contesto della disciplina dei contratti pubblici vigente (art. 104 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), rappresenta lo strumento attraverso il quale un operatore economico può soddisfare la richiesta correlata al possesso di requisiti di carattere economico-finanziario nonché tecnico-professionale, necessari a partecipare ad una gara, avvalendosi delle qualità e capacità facenti capo ad altro soggetto, il quale, a sua volta, vanta un interesse, di massima patrimoniale, a “mutuarle” in favore del partecipante alla procedura di affidamento.

Per l'effetto dell'intesa tra impresa “ausiliaria” e “ausiliata” (entrambe, comunque, in possesso dei requisiti di ordine generale: per l'ausiliaria vd. art. 91, comma 3, e 104, comma 4 del d.lgs. n. 36/2023), quest'ultima, in qualità di concorrente, può dimostrare, quindi, alla stazione appaltante il

possesso di requisiti necessari alla partecipazione, ma anche all'ottenimento di premialità (art. 104, comma 4, che si riferisce al miglioramento dell'offerta)¹.

In passato, la normativa nazionale poneva numerosi limiti all'applicazione dell'istituto, in quanto il legislatore – secondo una linea avvalorata in giurisprudenza – riteneva che un eccessivo ricorso all'avvalimento si sarebbe posto in contraddizione con la natura eminentemente fiduciaria, *intuitus personae*, del rapporto contrattuale con la Pubblica Amministrazione².

Si tratta di una materia sulla quale, però, ha fortemente inciso – come pure si rammenterà da qui a breve – la normativa sovranazionale, che ha indotto la rimodellazione dell'istituto nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno³.

2. Breve storia e assetto attuale dell'istituto.

In prospettiva storica, si può sottolineare come l'istituto in disamina sia sorto prima nell'alveo delle relazioni tra pubbliche amministrazioni (in termini di utilizzo da parte di un ente pubblico di strutture facenti capo ad altro ente pure pubblico)⁴ e, successivamente, nel prisma del rapporto tra operatori economici nel contesto degli appalti pubblici, in ambito comunitario, al fine di dare attuazione ai principi che, dall'origine, sono stati posti a fondamento delle comunità europee, e, cioè, quello della libera circolazione delle merci e dei servizi tra i paesi membri, nonché della libertà di stabilimento⁵; ciò sulla spinta della giurisprudenza sovranazionale che, per l'appunto, cominciò a riconoscere ampia possibilità, in capo agli operatori economici, di partecipare alle gare di affidamento dimostrando il possesso di requisiti e, dunque, l'affidabilità del concorrente, fornendo la prova ritenuta più opportuna⁶.

Tutto questo secondo una linea che trovò il proprio addentellato in una serie di previsioni normative sovranazionali (in particolare, si rammenta la Direttiva 92/50/CEE, sugli appalti di servizi, artt. 31, comma 3, e 32, la Direttiva 93/36/CEE sulle forniture, art. 22, nonché la Direttiva 93/37/CEE, sugli appalti di lavori, artt. 26 e 27)⁷.

Sul punto, tra le tante pronunce, occorre richiamare, come *landmark cases*, la sentenza CGE, 14 aprile 1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep*⁸, sull'appalto di lavori, nonché CGE, 2 dicembre 1999, C-176/98, *Holst Italia*, intervenuta, su rinvio pregiudiziale del TAR Sardegna, su di un caso in cui la concorrente ad una procedura ad evidenza pubblica, indetta da un ente territoriale per l'affidamento di servizi, aveva partecipato avvalendosi di requisiti economici e tecnici vantati da una società ausiliaria. Il tutto stabilendo che: «la Direttiva n. 92/50 mira a evitare intralci alla libera prestazione

¹ Sulla piena ammissibilità dell'avvalimento c.d. "misto", vd. il parere ANAC del 23 giugno 2025, n. 259, nonché TAR Lazio – Roma, Sez. IV, 2 gennaio 2026, n. 1.

² M. MIGUIDI, *Subappalti e subcontratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 257.

³ L'istituto oggetto del presente scritto è stato oggetto di una copiosa produzione scientifica. Per la bibliografia, solo per rammentare le opere a livello monografico, vd.: M. RAGAZZO, *I requisiti di partecipazione alle gare e l'avvalimento*, Milano, 2008; E. FERESIN, *L'avvalimento negli appalti pubblici*, Milano, 2009; G. BALOCCO, *L'avvalimento nei contratti pubblici*, Roma, 2009; M. URBANI, *L'avvalimento nei contratti pubblici*, Roma, 2014; N. SERSALE – A. TIRABOSCHI, *La partecipazione aggregata alle gare e l'avvalimento*, Milano, 2015; F. MASSIMO – L. SAVELLI, *Subappalto e avvalimento*, Torino, 2018; G. DI MARTINO, *L'avvalimento: contratti transtipici tra autonomia privata e responsabilità aggravata*, Napoli, 2020; R.D. COGLIANDO (a cura di), *L'avvalimento: profili interdisciplinari*, Torino, 2022; D. BUZZELLI, *L'avvalimento: profili civilistici*, Napoli, 2024; V. LAUDANI, *L'avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2024.

⁴ Vd. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006, 94.

⁵ In argomento, in linea generale, vd. A. POLICE – G. GRÜNER, *Le fonti*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2011, 113 ss.

⁶ Sull'origine prevalentemente pretoria dell'istituto a livello comunitario, vd., per tutte, CdS, Sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 383.

⁷ Vd. S. MENTO, *Gare pubbliche e prestito di capitale sociale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 5, 487 ss.

⁸ Su cui, vd. G. GRECO, *La partecipazione di una holding al mercato dei lavori pubblici e i riflessi sulle società per azioni a capitale pubblico*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comm.*, 1994, 4, 1252 ss.

dei servizi nell'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, così come le Direttive nn. 71/304 e 71/305 mirano a garantire suddetta libertà nell'ambito degli appalti pubblici di lavori. Risulta sia dall'oggetto sia dalla formulazione delle disposizioni di riferimento che una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi solo perché intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono ad uno o più soggetti diversi da essa. Pertanto è consentito ad un prestatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi ai quali conta di ricorrere qualora gli venga aggiudicato l'appalto. Tuttavia tale ricorso a referenze esterne non può essere ammesso senza condizioni. Infatti, spetta all'autorità aggiudicatrice procedere alla verifica dell'idoneità dei prestatori di servizi conformemente ai criteri elencati. Tale verifica è diretta, in particolare, a dare all'autorità aggiudicatrice la garanzia che l'offerente avrà effettivamente a disposizione mezzi di qualsiasi genere di cui si avvarrà durante il periodo di durata dell'appalto. Pertanto, qualora, per dimostrare le sue capacità finanziarie, economiche e tecniche al fine di essere ammessa a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, una società faccia riferimento alle capacità di soggetti o di imprese ai quali è legata da vincoli diretti o indiretti, di qualunque natura giuridica essi siano, spetta ad essa dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti o imprese che non le appartengono in proprio e che sono necessari all'esecuzione dell'appalto»⁹.

Per altro, mentre la prima pronuncia sopra citata aveva aperto la pista all'avvalimento nell'ambito dei gruppi di imprese, la seconda segnò il passo all'istituto con riferimento ai rapporti *extra-gruppo* e in difetto di un legame stretto tra operatori economici¹⁰.

La previsione compiuta dell'istituto dell'avvalimento, a livello europeo, invece, ha avuto luogo attraverso le Direttive n. 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, di coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, nonché n. 18/2004/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (in particolare, artt. 47 e 48), indipendentemente dalla tipologia di legame tra soggetti economici, imponendo, però, nel contempo, al partecipante la dimostrazione tanto della sussistenza dei requisiti necessari in capo al terzo, quanto della concreta "disponibilità" da parte dell'impresa ausiliata¹¹.

Se, allora, prima dell'avvento delle Direttive da ultimo richiamate la giurisprudenza italiana mostrò una limitata apertura rispetto al ricorso all'avvalimento, temendo che si trattasse di uno strumento "pericoloso", nell'ottica dell'aggiramento di criteri previsti dalle procedure di appalto, necessari a garantire alla P.A. la scelta di *partner* affidabili, subito dopo, tramite gli artt. 49 e 50 (dedicato, quest'ultimo, all'avvalimento nell'ambito dei sistemi di qualificazione) del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (cui è seguito il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, recante il regolamento d'attuazione, che ha richiamato l'avvalimento agli artt. 88 e 104) l'istituto in disamina è stato disciplinato compiutamente, per la prima volta, anche nell'ordinamento italiano, riconoscendo ai partecipanti alle gare la possibilità di "prendere a prestito" requisiti di carattere speciale da parte di terzi soggetti¹².

Ciò attraverso due forme diverse di avvalimento, ovverosia quello tecnico-operativo (in cui l'ausiliario mette a disposizione dell'ausiliato delle risorse da impiegarsi nell'esecuzione dell'appalto) e quello di garanzia (in cui, in sostanza, l'impresa mutuante si impegna nei confronti dell'operatore e della stazione appaltante in termini che non prevedono un proprio, diretto

⁹ Sulla pronuncia, *ex multis*, A. MONTINI, *La Corte di giustizia apre la strada al "possesso indiretto" di requisiti per concorrere agli appalti di servizi*, in *Urb. App.*, 2000, 2, 443 ss.

¹⁰ F. CATALDO, sub art. 49, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Milanofiori-Assago, 2013, 737 ss.

¹¹ Vd. M. MARTINELLI, *La capacità economica e finanziaria*, in R. Garofoli – A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 613 ss.

¹² R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, annotato con dottrina, giurisprudenza e formule, Roma, 2011, 541 ss.

coinvolgimento nell'esecuzione del contratto e che, di massima, si sostanziano nell'avvalimento di tipo economico-finanziario)¹³.

Si trattò di previsioni che, se da un lato sollevarono perplessità, in ragione dell'idea che l'istituto potesse provocare una distorsione del mercato favorendo imprese irregolari o, comunque, con caratteristiche tali da denotare scarsa affidabilità, furono oggetto di censure da parte dell'Europa, in ragione di varie limitazioni operative, tanto da sollecitare vari rimaneggiamenti nel corso del tempo¹⁴.

Il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (per l'avvalimento vd. art. 89) e, più di recente, il d.lgs. n. 36/2023 hanno introdotto diverse previsioni atte a favorire l'ingresso nel mercato degli appalti pubblici di piccole e medie imprese (si veda, ad esempio, la disciplina della suddivisione in lotti¹⁵, nonché dei requisiti di partecipazione alle gare¹⁶), in cui l'avvalimento ha continuato a rivestire il ruolo di istituto "proconcorrenziale", alternativo rispetto a ipotesi quali l'organizzazione consortile stabile e il raggruppamento temporaneo di imprese, in cui si attua una sorta di "avvalimento interno" (sebbene siffatte forme di aggregazione possano, comunque, fruire dell'istituto dell'avvalimento, di tipo "esterno")¹⁷.

L'art. 104 del d.lgs. n. 36/2023, ad ogni modo, ha inciso sulla disciplina previgente, prevedendo che unitamente alla dichiarazione dell'impresa ausiliaria di assunzione di obblighi, il concorrente debba allegare (in originale o in copia autentica) il contratto di avvalimento (comma 4), dal quale sia desumibile l'assunzione di un'obbligazione da parte di tale impresa nei confronti dell'operatore economico, avente ad oggetto la messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessarie per tutta la durata del contratto affidato¹⁸.

La medesima disposizione (al comma 1: «il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità»), inoltre, sul piano formale, ha imposto che il contratto di avvalimento rivesta forma scritta a pena di invalidità, sulla scia di quanto già disposto, per il vero, dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, che aveva modificato l'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016¹⁹.

Con il d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 (c.d. "Decreto correttivo"), accogliendo le istanze provenienti dalle piccole e medie imprese, che avevano invocato interventi atti a favorire una più ampia penetrazione di tali operatori economici nel settore degli appalti pubblici, infine, il legislatore è intervenuto, tra l'altro, sul c.d. "avvalimento premiale"²⁰, in ordine al divieto di partecipazione contestuale alla medesima gara da parte dell'impresa ausiliata e dell'impresa ausiliaria, ammettendola a condizione della sussistenza di prova documentale circa l'insussistenza di condizioni che possano

¹³ In argomento, vd., da ultimo, TAR Lombardia – Milano, Sez. II, 6 febbraio 2026, n. 604 che, in concordanza con altri pronunciamenti, ha stabilito che l'avvalimento di garanzia sarebbe pienamente ammissibile nel contesto della disciplina attualmente vigente.

¹⁴ Per un'ampia disamina dei passaggi, vd. G. MISSENERI, sub artt. 49-50, in *La disciplina dei contratti pubblici*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, Milano, 2009, 489 ss.

¹⁵ G. COCCO, *Partecipazione agli appalti da parte delle PMI. Ci sono spiragli per superare le perduranti resistenze?*, in *Dir. Econ.*, 2023, 3, 129 ss.

¹⁶ Vd. M. CALABRÒ – A.G. PIETROSANTI, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo Codice di contratti pubblici*, in *AmbienteDiritto.it*, 2023, 2, 530 ss.

¹⁷ G.P. CIRILLO, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in *Riv. Not.*, 2016, 2, 578 ss.

¹⁸ Sulla dimensione "contrattuale" dell'avvalimento, vd. R. CAROCCIA, *Questioni aperte in tema di avvalimento*, in *www.ambientediritto.it*, 1 settembre 2025.

¹⁹ Ci si riferisce, dunque, correttamente, alla forma scritta *ad substantiam*. Vd. AA.VV., *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2025, 407. In giurisprudenza, *ex multis*, vd. CdS, Sez. V, 11 dicembre 2025, n. 9802.

²⁰ L'avvalimento è definibile come "premile" allorché esso ha abbia ad oggetto un requisito di partecipazione ed abbia lo scopo di far riconoscere un punteggio maggiore «nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica formulata tenendo in considerazione le competenze, le risorse e le capacità effettivamente trasferite dall'ausiliaria all'ausiliata» (CdS, Sez. V, 28 maggio 2024, n. 4732). Sull'ammissibilità, ormai pacifica, dell'avvalimento c.d. "premile puro", vd., *ex multis*, CdS, Sez. V, 9 gennaio 2024, n. 281.

far ricondurre le offerte presentate ad un unico centro decisionale, con onere dimostrativo a carico dell'impresa ausiliaria medesima (comma 12)²¹.

3. I caratteri dell'avvalimento.

Sulla natura dell'accordo di avvalimento (che, essendo stato disciplinato dalla legge, è, oramai da considerarsi contratto "nominato"), nonché della dichiarazione unilaterale di assunzione d'obbligo da parte dell'ausiliaria (di cui all'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 104), di recente, la giurisprudenza amministrativa ha espresso la seguente massima: «il contratto di avvalimento e la dichiarazione di impegno dell'ausiliaria nei confronti dell'ausiliata e della stazione appaltante sono atti distinti ma connessi, in quanto volti a garantire la partecipazione di concorrenti idoneamente qualificati (in via diretta o indiretta). La dichiarazione di impegno costituisce atto di assunzione unilaterale di obbligazioni, principalmente nei confronti della stazione appaltante; il contratto di avvalimento costituisce, invece, atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, contemplante le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti. La distinzione tra dichiarazioni di impegno e contratto di avvalimento è, quindi, fondata precipuamente sulla direzione soggettiva delle dichiarazioni; in particolare, le dichiarazioni d'impegno hanno una propria autonomia rispetto al contratto di avvalimento, in quanto proiettano gli effetti del contratto di avvalimento sulla stazione appaltante, generando un rapporto diretto tra stazione appaltante medesima e impresa ausiliaria; ciò giustificando la responsabilità solidale di quest'ultima. Nell'ambito della documentazione che il concorrente deve produrre, a pena di inammissibilità, vi è sia il contratto di avvalimento sia la dichiarazione d'impegno a carattere unilaterale»²².

Il contratto, indica il citato art. 104, è, di massima, "oneroso" (comma 1), ovvero implica un corrispettivo economico in favore dell'operatore economico ausiliario; ciò non di meno, debbono ritenersi ammissibili accordi *inter partes* che garantiscano vantaggi indiretti in favore del mutuante i requisiti, purché si tratti di vantaggi apprezzabili, poiché rimane in capo alla stazione appaltante il potere di escludere il concorrente dalla gara laddove il contenuto del contratto mostrasse una scarsa "tenuta", nell'ottica della serietà dell'impegno assunto dal terzo. Sul punto, anche di recente, la giurisprudenza amministrativa ha espresso il seguente principio: «è ben vero, da un lato, che la nuova disposizione di cui all'art. 104, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023, prevede che il contratto di avvalimento è normalmente oneroso²³, ma è anche vero, dall'altro lato, che secondo la giurisprudenza l'inesistenza o l'ammontare di quest'ultimo possono assurgere ad elemento indiziante della portata puramente "cartolare" del prestito, ma, una volta esclusa tale eventualità alla stregua delle obbligazioni reciprocamente assunte dalle parti contraenti, la previsione del corrispettivo resta sottratta al sindacato giurisdizionale»²⁴.

²¹ In argomento, vd. E. LEONETTI, *PMI, subappalto e avvalimento*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2025, 2, 181 ss.

²² TAR Campania – Salerno, Sez. I, 17 febbraio 2025, n. 330.

²³ In argomento, vd. anche TAR Lazio – Roma, IV Sez., 20 febbraio 2026, n. 3255, che ha precisato come i costi dell'avvalimento debbano essere tenuti in considerazione ai fini della valutazione dell'anomalia delle offerte.

²⁴ CdS, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8798. Sul tema, vd. anche CdS, Sez. V, 21 dicembre 2021, n. 8486: «la ravvisabilità nel contratto di avvalimento di un interesse economico riferibile all'ausiliaria è garanzia dell'effettività dell'impegno da questa assunto e, conseguentemente, della concreta titolarità dei requisiti di partecipazione alla gara in capo all'ausiliata». Vd. anche CdS, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23: «il contratto di avvalimento è un contratto tipicamente oneroso e, qualora in sede contrattuale non sia stabilito un corrispettivo in favore dell'ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale un interesse (di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale) che abbia indotto l'ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità». Vd., però, più di recente, CdS, Sez. III, 6 dicembre 2024, n. 9784, che ha recisamente escluso «l'automatica invalidità del contratto di avvalimento privo dell'espressa indicazione di un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria o mancante dei criteri per la sua predeterminazione, ogni qualvolta dal tenore dell'accordo possa comunque individuarsi l'interesse patrimoniale dell'ausiliaria (che l'ha indotta ad assumere le relative obbligazioni e le connesse responsabilità), interesse che può avere

I vantaggi che potrebbero essere valorizzati potrebbero essere rappresentati, allora, da interessi infragruppo o infra-aggregato, che potrebbero derivare dal progresso curricolare dell'impresa ausiliata, o in termini di dimostrazione di affidabilità dell'ausiliaria. Altrettanto, potrebbe costituire interesse dell'ausiliaria quello di gettare le basi di una *partnership* stabile con la partecipante alla gara, in particolari settori di mercato. Potrebbe, inoltre, essere ritenuta sufficiente l'allegazione di un rapporto di scambio "compensativo", in termini di messa a disposizione, da parte dell'ausiliata, in altro contesto, di risorse in favore dell'ausiliaria. Sicché, traendo le somme, deve essere evidenziata col massimo vigore la natura aperta dell'elenco delle cause che possono giustificare l'avvalimento, cosicché se vige l'obbligo della concorrente di specificare gli elementi che sottendono al relativo contratto, nel contempo, occorre evitare, nella prassi, soluzioni eccessivamente rigide da parte della Pubblica Amministrazione.

Per quanto concerne, ancora, l'oggetto del contratto, la giurisprudenza amministrativa – condivisibilmente – ha affermato come mentre nel contratto di avvalimento tecnico-operativo debbano essere specificate le risorse messe a disposizione²⁵, tale obbligo non sussiste per quello di garanzia, ove l'impresa «ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante delle sue capacità di affrontare gli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto»²⁶.

Sicché, alla luce di siffatti principi, il contratto di avvalimento deve presentare adeguati requisiti di c.d. "forma-contenuto"²⁷.

Per altro verso, la giurisprudenza ha negato, in passato, sulla base del dato normativo, la legittimità del c.d. "avvalimento a cascata", ovverosia al ricorso, ad opera della partecipante, ad un ausilio da

carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo. In definitiva la nullità dei contratti di avvalimento non può farsi discendere dalla carenza di un corrispettivo predeterminato o dalla mancanza di criteri per la sua predeterminazione, non potendo estendersi alle pattuizioni relative al compenso l'onere di specificazione che riguarda esclusivamente i requisiti e le risorse messe a disposizione. Nei contratti tipici, qual è il contratto di avvalimento, e, quindi, provvisti in astratto di una funzione riconosciuta e approvata dall'ordinamento, l'accertamento della liceità della complessiva operazione negoziale si traduce nella individuazione della causa in concreto, ossia della ragione giustificativa dello scambio o delle reciproche attribuzioni patrimoniali. In tale prospettiva l'indagine deve volgersi non solo a quanto espressamente previsto dalle parti nel regolamento contrattuale ma anche alla ricerca di interessi diversi (o esterni) che ugualmente possano giustificare lo scambio programmato o l'apparente squilibrio economico dello scambio. Tra gli interessi di natura economico-patrimoniale idonei a sorreggere la ragione giustificativa dello scambio certamente rientra anche l'esistenza di altri rapporti tra le parti, nel caso di specie rappresentato dall'accordo preliminare per l'eventuale conclusione di un contratto di subappalto».

²⁵ Vd. CdS, Sez. V, 12 novembre 2024, n. 9050. In difetto di ciò, la giurisprudenza, a ragione (per via dell'indeterminatezza dell'oggetto), ritiene il contratto di avvalimento nullo. Vd. TAR Lazio – Roma, 6 febbraio 2024, n. 2256. Tuttavia, in argomento, vd. TAR Lazio – Roma, Sez. I, 29 gennaio 2026, n. 637: «secondo condivisa giurisprudenza, non è necessaria la puntuale indicazione dei mezzi d'opera nonché delle qualifiche e del numero del personale messo a disposizione. Per il costante orientamento della giurisprudenza, infatti, l'oggetto del contratto di avvalimento può essere determinato ovvero anche solo determinabile, in quanto non è necessario che quest'ultimo si spinga, ad esempio, sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale, essendo noto il principio secondo cui l'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento cd. "operativo" deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali. È ben possibile, anzi, che, nel singolo contratto, sia previsto, quando si tratti di c.d. "avvalimento tecnico-operativo", l'impiego non di un singolo elemento della produzione, bensì dell'azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato».

²⁶ CdS, Sez. V, 10 febbraio 2025, n. 1065. Così, qualora il fatturato costituisca requisito atto ad attestare la capacità tecnico-operativa della partecipante alla gara, e non la garanzia di solidità dell'operatore economico rispetto agli impegni involti dal contratto pubblico, l'accordo di avvalimento deve contenere espressamente – pena l'invalidità – la previsione delle risorse messe a disposizione dell'ausiliata. Vd. CdS, Sez. III, 25 luglio 2023, n. 7293. In argomento, vd. anche CdS, Sez. V, 10 marzo 2021, n. 2048, per cui «il volume del fatturato in servizio analogo, di regola afferente alla solidità economica dell'impresa, può valere anche come indice di capacità tecnica».

²⁷ CdS, IV Sez., 30 dicembre 2024, n. 10489.

parte di un soggetto che, a sua volta, mutuasse il requisito da un terzo²⁸. Tuttavia, sulla base dello *ius superveniens*, le corti, attualmente, sembrano fortemente orientate ad ammettere tale figura, in difetto di uno sbarramento normativo esplicito²⁹.

Pure rispetto ad una originaria chiusura rispetto ad ipotesi di avvalimento plurimo o frazionato, che la giurisprudenza aveva giustificato sulla scorta del c.d. “principio di unicità dell’impresa ausiliaria”, gli orientamenti relativi alla disciplina vigente (l’art. 104, per altro, al comma 1, si riferisce al contratto concluso con «una o più imprese ausiliarie») sono nel senso di escludere tali possibilità solo nel contesto dei c.d. “requisiti di punta”: «deve ritenersi oramai un dato acquisito che l’avvalimento plurimo o frazionato non può essere consentito con riferimento ai c.d. “requisiti di punta”. Il requisito del contratto di punta, invero, deve essere necessariamente soddisfatto da una singola impresa, in quanto è espressione di una qualifica funzionale non frazionabile, perché come reiteratamente chiarito in giurisprudenza, attesta una esperienza qualificata nell’ambito dello specifico servizio oggetto della gara. Il requisito di punta, in altri termini, proprio perché caratterizzante la qualità dell’impresa stessa, non può essere oggetto di frazionamento tra più soggetti, ma deve necessariamente essere posseduto in capo ad una singola impresa»³⁰.

Limiti al ricorso dell’avvalimento sono, inoltre, rappresentati da:

- l’ausiliaria, secondo quanto dispone l’art. 104 al comma 4, lett. b, negli appalti di servizi e forniture, deve essere in possesso dei requisiti di cui all’art. 100 del d.lgs. n. 36/2023. Per l’effetto, in ordine all’idoneità professionale, detto soggetto economico deve svolgere «attività pertinenti con quelle oggetto della procedura di gara»³¹;
- qualora l’avvalimento abbia ad oggetto requisiti necessari alla partecipazione alla gara (nel caso di lavori di importo superiore ad euro 150.000), esso deve avere ad oggetto tutte le dotazioni necessarie all’ottenimento della qualificazione (certificazioni di qualità, attestazioni rilasciate) da parte dell’ausiliaria medesima (art. 104, comma 2)³²;
- qualora l’avvalimento abbia ad oggetto requisiti di partecipazione rappresentati dall’iscrizione alla CCIAA o ad un ordine professionale, l’appalto deve essere eseguito direttamente dall’ausiliaria, tramite subappalto (comma 3)³³;
- non è ammesso il ricorso allo strumento per il requisito di iscrizione all’Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all’art. 212 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (comma 10)³⁴.

²⁸ Cfr. CdS, Sez. II, 7 marzo 2014, n. 1072 e, in precedenza, CdS, Ad. Plen., 9 luglio 2020, n. 13. In dottrina, vd. A. MANZI, *Il Consiglio di Stato consolida l’orientamento contrario all’avvalimento “a cascata”*, in *Urb. App.*, 2014, 7, 819 ss.

²⁹ Vd. CdS, Sez. V, 14 febbraio 2025, n. 1226.

³⁰ TAR Lazio – Roma, Sez. I, 19 dicembre 2025, n. 23261. In senso analogo, vd. anche CdS, Sez. IV, 1 febbraio 2024, n. 1048, nonché TAR Sicilia – Palermo, Sez. II, 18 giugno 2005, n. 1335. Per altro verso, nel vigore del citato art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 (vd. comma 7), la giurisprudenza aveva escluso la possibilità che «della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente». Vd. CdS, Sez. IV, 10 aprile 2018, n. 2183. La mancata previsione di tale sbarramento nel nuovo Codice deve indurre ad escludere che esso sia ancora in essere. Peraltro, si rammenti che la citata disposizione era stata oggetto di procedura di infrazione. Cfr., sul punto, CdS, Sez. V, 07 novembre 2025, n. 8679: «nella lettera di infrazione si afferma che la disposizione è incompatibile con il principio di proporzionalità in quanto non consente all’operatore economico di dimostrare che la circostanza non ha influito sul loro comportamento nell’ambito di tale procedura di gara né incide sulla loro capacità di rispettare gli obblighi contrattuali».

³¹ Vd. TAR Campania – Salerno, Sez. I, 30 gennaio 2024, n. 315.

³² In argomento, vd. TAR Lazio – Roma, Sez. I, 16 febbraio 2026, n. 2944, che ha ritenuto sufficiente, all’uopo, la previsione contrattuale in cui si era contemplata la messa a disposizione della «intera organizzazione, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le hanno consentito di acquisire la certificazione oggetto di avvalimento».

³³ Sulle differenze tra avvalimento e subappalto, vd. TAR Lazio – Roma, Sez. IV, 24 gennaio 2024, n. 1405; TAR Sicilia – Palermo, Sez. III, 22 gennaio 2025, n. 159.

³⁴ Sul punto, vd. CdS, Sez. V, 11 dicembre 2025, n. 9802, che nell’affermare la validità della *lex specialis* che prevedeva, nel caso di specie, il possesso del requisito di iscrizione all’Albo tanto per l’offerente quanto, in caso di ricorso ad avvalimento, per l’ausiliaria, ha stabilito: «ai sensi dell’art. 212, comma 5, del d.lgs. n. 152/2006 (“Norme in materia ambientale”) “l’iscrizione all’Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti, di bonifica

Per altro verso, occorre considerare che – di massima (vd. comma 8 dell’art. 104) – il contratto è eseguito dall’ausiliata/offrente, sfruttando requisiti/risorse poste a disposizione dall’ausiliaria (cfr. comma 9), restando pure ferma la possibilità – al ricorrere di giustificati motivi – per la stazione appaltante di vietare il subappalto (comma 11).

4. La responsabilità solidale dell’ausiliaria.

Si deve rimarcare che la messa a disposizione da parte dell’ausiliario di requisiti partecipativi o risorse nell’alveo dell’avvalimento implica, in capo a tale ultimo soggetto, un impegno *irrevocabile* e *incondizionato* nei confronti dell’ausiliato, ma anche della stazione appaltante. Gli obblighi promananti dal contratto e dalla dichiarazione unilaterale, peraltro, spiegano efficacia per tutta la durata del rapporto contrattuale eventualmente concluso con la Pubblica Amministrazione (cfr. artt. 104, commi 1 e 4, lett. c).

Conseguentemente, come giustamente affermato in giurisprudenza, sia il contratto di avvalimento sia la dichiarazione unilaterale d’impegno non possono contenere clausole sospensive o risolutive, né richiami all’eccezione d’inadempimento, di cui all’art. 1460 c.c. Sicché, l’unica clausola ammissibile può essere considerata quella della subordinazione delle obbligazioni assunte dal terzo all’aggiudicazione dell’appalto e, per l’effetto, eventuali inadempimenti imputabili all’operatore mutuuario possono spiegare efficacia meramente “interna”.

Clausole che limitassero, dunque, la portata dell’impegno da parte del soggetto ausiliario determinano la nullità del contratto e, conseguentemente, l’impossibilità del partecipante alla gara di fruire dell’avvalimento (con effetti, chiaramente, modulati in base alla natura ed oggetto dell’avvalimento medesimo).

Sul punto, la giurisprudenza ha affermato: «l’apposizione di una clausola risolutiva espressa al contratto di avvalimento vale a renderlo aleatorio nei riguardi della stazione appaltante e a renderne incerta l’esecuzione in ragione di eventi “non controllabili” dall’Amministrazione. L’avvalimento può essere utilmente speso in gara dal concorrente se l’ausiliaria si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse o i requisiti di cui è carente il concorrente. Contratto e dichiarazione unilaterale d’impegno costituiscono atti non sovrapponibili, con la conseguenza che devono essere presentati separatamente, nonostante che il contenuto della dichiarazione unilaterale possa risultare riproduttivo di quello proprio del contratto di avvalimento³⁵». Soggiungendosi – rispetto ad una presa di posizione che, sebbene sposata da giurisprudenza unanime, in realtà, apparrebbe eccessivamente rigorosa – che «la previsione di una

dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto, di commercio ed intermediazione dei rifiuti senza detenzione dei rifiuti stessi”. Il comma 6 dispone inoltre che “l’iscrizione deve essere rinnovata ogni cinque anni e costituisce titolo per l’esercizio delle attività di raccolta, di trasporto, di commercio e di intermediazione dei rifiuti; per le altre attività l’iscrizione abilita allo svolgimento delle attività medesime”. Pertanto, l’iscrizione all’ANGA è requisito che si pone a monte dell’attività di gestione dei rifiuti in quanto costituisce titolo autorizzatorio al suo esercizio, previsto in via obbligatoria dalla legge. Il possesso dell’iscrizione presuppone una specifica organizzazione aziendale e specifici requisiti di capacità tecnica e finanziaria, necessari per assicurare il corretto espletamento di attività delicate e/o pericolose, caratterizzate dall’impiego di attrezzature particolari e di competenze specifiche. La specifica connotazione soggettiva dell’iscrizione all’Albo è altresì confermata dal divieto di avvalimento di tale requisito sancito espressamente dall’art. 89, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 (al contrario dei requisiti speciali o oggettivi) in quanto non equiparabile ad un requisito “trasferibile” da un operatore economico all’altro. Pertanto appare del tutto logica la richiesta, da intendersi inserita nella *lex specialis* di gara, negli evidenziati termini, dell’iscrizione all’ANGA anche della società ausiliaria, chiamata a mettere a disposizione le proprie risorse umane e materiali per l’espletamento del servizio. Infatti la previsione che anche l’operatore economico ausiliario debba essere in possesso del requisito di iscrizione all’Albo Nazionale dei Gestori Ambientali è conforme alla normativa di settore, nella misura in cui si tratta di requisito tecnico-qualitativo di carattere soggettivo, previsto dalla legge quale titolo abilitante allo svolgimento delle attività oggetto dell’appalto».

³⁵ In argomento si rammenta che, in base a quanto dispone l’art. 101, comma 1, lett. a, il contratto e la dichiarazione unilaterale sono acquisibili mediante soccorso istruttorio, purché tali atti siano muniti di data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte.

clausola risolutiva determinata dall'inadempimento dell'ausiliata, compendiata negli atti riferiti all'avvalimento, compromette la stabilità dello stesso avvalimento, proprio in conseguenza del possibile venir meno della sua efficacia per le vicende *inter partes*. Questi profili sono scrutinabili dalla stazione appaltante, atteso che la difettosità degli elementi costitutivi dell'avvalimento, in specie, per la presenza di pattuizioni capaci di far venir meno l'efficacia del contratto, impedisce di ritenerlo correttamente integrato»³⁶.

Volgendo, ora, però l'obiettivo dell'indagine alla responsabilità solidale dell'ausiliaria, sancito dal comma 7 dell'art. 104 (e che contribuisce a giustificare l'obbligo comunicativo, previsto dal comma 9, anche nei confronti dell'ausiliaria medesima) si deve osservare che, analizzando i repertori, non sembrerebbe che la disposizione abbia generato un apprezzabile contenzioso.

In ogni caso, occorre richiamare, sul tema, un'interessante pronuncia della Corte d'appello di Lecce che è intervenuta su di un caso in cui, dichiarato risolto per inadempimento dell'ausiliata, la stazione appaltante aveva affidato l'esecuzione del contratto all'impresa ausiliaria. Nell'occasione, infatti, la Corte, nel rimarcare come l'ausiliata è obbligata in solido con l'ausiliaria in caso di inadempimento, ha tracciato una linea di continuità tra l'art. 49, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006 e il comma 7 dell'art. 104 d.lgs. n. 36/2023, stabilendo che siffatte previsioni, nel sancire la responsabilità solidale, dovrebbero essere intese nel senso di consentire alla Pubblica Amministrazione di affidare l'esecuzione dei lavori all'ausiliaria, in possesso dei requisiti fissati dalla legge e dalla *lex specialis*, per metterla in condizione di evitare l'obbligazione risarcitoria³⁷.

Piuttosto ampia, invece, è la *litigation* che si è generata in ordine alla validità dei contratti e delle dichiarazioni d'impegno da parte dell'ausiliaria, ai fini dell'ammissibilità di avvalimento a fronte di clausole delimitative della responsabilità solidale. Si tratta di un filone che ha fatto registrare soluzioni ondivaghe, nel contesto delle quali, comunque, emergono orientamenti per cui, in difetto di previsioni normative *ad hoc* (di cui, invece, sarebbe auspicabile l'introduzione), l'ausiliaria sarebbe responsabile per l'inadempimento correlabile all'intera prestazione oggetto dell'affidamento³⁸, anziché nel più ristretto ambito di quella porzione, eventualmente individuabile, cui afferisce la dotazione oggetto dell'avvalimento³⁹.

5. Il *favor participationis* e la sostituzione dell'ausiliaria.

La stazione appaltante è tenuta a verificare il possesso dei requisiti e delle risorse messe a disposizione e dichiarati (art. 104, comma 4) dall'ausiliaria, anche in corso di esecuzione del contratto (cfr. commi 6 e 9)⁴⁰ ma, in caso di carenza, la Pubblica Amministrazione concede all'ausiliata la possibilità di sostituzione (comma 6)⁴¹; la sostituzione opera anche nell'ipotesi di dichiarazioni mendaci da parte dell'ausiliaria (comma 5).

Si è al cospetto di previsioni, in linea con il principio di proporzionalità e del già richiamato *favor participationis*, che, comunque, trovano il proprio limite, anzitutto, nel principio di immodificabilità oggettiva dell'offerta⁴².

³⁶ CdS, Sez. V, 15 aprile 2025, n. 3233.

³⁷ Corte d'appello di Lecce, Sez. I, 6 marzo 2025, n. 164.

³⁸ Vd., ad esempio, TAR Campania – Napoli, Sez. II, 25 luglio 2016, n. 3870.

³⁹ In tal senso vd., ad esempio, CdS, Sez. V, 2 maggio 2023, n. 4370.

⁴⁰ Sulla regola della continuità del possesso dei requisiti, anche di ordine premiale, vd., *ex multis*, TAR Toscana, Sez. II, 5 novembre 2025, n. 1797, che ha pure precisato nel condizioni e i limiti in cui la giurisprudenza ammette, seppur ristrette, eccezioni. In particolare, una parte della giurisprudenza ha rimodulato il principio affermando che esso vada ritemperato nel caso in cui, in lassi temporali “non essenziali” in cui si snoda l'iter procedimentale, un operatore economico abbia perduto, temporaneamente, un determinato requisito. In dottrina vd., *ex multis*, I. PAGANI, *Il temperamento del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche*, in *Urb. App.*, 2024, 5, 666 ss.

⁴¹ Ferme le responsabilità incombenti sull'ausiliaria sia nei confronti dell'ausiliata, sia della Pubblica Amministrazione.

⁴² Vd. V. DI CESARE, *L'avvalimento nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.ildirittoamministrativo.it*, 30 luglio 2024. In argomento, vd. anche TAR Lazio – Roma, 2 luglio 2025, n. 12991, che ha escluso la possibilità di avvalersi della

In secondo luogo, occorre evidenziare che, tanto nel caso dell'insussistenza, in capo alla mutuante, degli elementi oggetto dell'avvalimento, quanto di falsità delle dichiarazioni, ulteriore limite, implicito, alla facoltà di sostituzione è rappresentata dall'insussistenza di profili di rimproverabilità nei confronti dell'ausiliata. Sul punto, di recente, il Consiglio di Stato ha, infatti, stabilito: «la partecipante ad una gara pubblica non può valersi della sostituzione allorquando sia stata a conoscenza di falsità o omissioni dichiarative da parte dell'ausiliaria o della carenza di requisiti/risorse oggetto dell'avvalimento in capo a quest'ultimo soggetto. La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha dichiarato la contrarietà al diritto eurounitario del meccanismo espulsivo, per contrasto con il principio di proporzionalità, sulla decisiva considerazione che non necessariamente e non sempre l'operatore economico ausiliato sia a conoscenza delle irregolarità contestate all'ausiliaria e che l'automatismo espulsivo deve essere disatteso in tutte le ipotesi in cui la falsità non fosse conoscibile dal concorrente, secondo il criterio di responsabilità richiesto agli operatori economici ed il ragionevole grado di diligenza professionale, dovendo, in tal caso, essere garantita la sostituzione dell'ausiliaria. Nel caso in esame deve essere ribadito il principio dell'ammissibilità del meccanismo sostitutivo solo se l'esigenza della sostituzione non è imputabile o conoscibile dal concorrente secondo un criterio di diligenza professionale»⁴³.

6. Conclusioni.

L'istituto dell'avvalimento è stato guardato con “sospetto”, in passato, dal legislatore e dalla giurisprudenza; le nuove, ampie aperture debbono però essere valutate con favore, anche in considerazione della circostanza che tale strumento, nel garantire un più largo accesso alle procedure, contemporaneamente consente alla Pubblica Amministrazione una maggiore possibilità di scelta.

In questo senso si giustificano, dunque, le linee della normativa e della giurisprudenza sovranazionale, che hanno sospinto un allargamento del campo applicativo dell'istituto, ponendo come limite invalicabile l'abuso dello strumento contrattuale.

In chiusura, però, sembra opportuno volgere l'attenzione ad un tema ancora assai poco esplorato dalla dottrina e che, per il vero, non sembra aver generato un apprezzabile contenzioso, ovvero sia quello dei rapporti tra avvalimento e le (varie) fattispecie di illecita esternalizzazione di manodopera.

Sul punto occorre osservare che l'ordinamento italiano pone come assoluta eccezione l'ipotesi di dissociazione tra titolarità, lato datoriale, del contratto di lavoro e “gestione” del rapporto dipendente. Si tratta, in particolare, del c.d. “distacco” e del “lavoro somministrato”, quest'ultimo ammesso, a determinate condizioni, solo se attuato da agenzie specificamente autorizzate.

sostituzione in caso di avvalimento “premiale” (ammessa, invece, in quello c.d. “qualificante”), traducendosi siffatta ipotesi in una modifica dell'offerta [«alla luce del combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'art. 104, nonché della *ratio* complessiva dell'istituto, si ritiene che la sostituzione dell'impresa ausiliaria possa reputarsi ammissibile solo in riferimento all'avvalimento qualificante, giacché in caso contrario si produrrebbe un effetto in contrasto coi principi generali (*par condicio*, autoreponsabilità, divieto di modifica e sanatoria dell'offerta. Del resto, la sentenza CGUR del 3 giugno 2021, causa C-210/2020, *Rad Service S.r.l.*, ha operato un riferimento solo alla sostituibilità dell'ausiliaria in caso di avvalimento qualificante, precisando che la stazione appaltante è tenuta, comunque, a verificare, anche in questo caso, la circostanza che l'offerta non venga modificata. La sostituzione in riferimento all'avvalimento premiale è vietata anche nel caso in cui resti immutato l'elemento oggetto del criterio premiale, trattandosi, comunque, di modifica dell'offerta»]. In senso analogo, vd. CdS, Sez. V, 20 febbraio 2026, n. 1400.

⁴³ CdS, Sez. V, 18 febbraio 2026, n. 1277. Analogamente, vd. TAR Campania – Napoli, 22 gennaio 2026, n. 428: «deve essere affermato che, anche in caso di dichiarazione mendace dell'ausiliaria, non va disposta l'esclusione della concorrente ma solo la sostituzione dell'ausiliaria priva del requisito di partecipazione, non potendo, alla luce della richiamata finalità dell'istituto dell'avvalimento, l'impresa ausiliata rispondere, per responsabilità oggettiva, per circostanze riconducibili solo alla sfera dell'impresa ausiliaria, delle quali la prima non sia responsabile neppure a titolo di colpa. La sostituzione, dunque, configura un istituto che, pur derogando al principio di immodificabilità soggettiva del concorrente, è giustificato dalla superiore esigenza di non penalizzare l'impresa ausiliata per circostanze attinenti alla sfera dell'impresa ausiliaria, delle quali la prima non sia responsabile».

Quanto al distacco, ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, esso si realizza allorché il datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro operatore economico per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.

Con Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 15 gennaio 2004, n. 3 e con la risposta all'Interpello n. 1/2011, intervenute in ordine ai requisiti di legittimità del distacco, è stato chiarito che esso deve basarsi su una chiara definizione delle mansioni attribuite ai lavoratori, nonché su un concreto interesse del distaccante, che può essere anche non patrimoniale, ma che non può però consistere in quello di fornire meramente ad altri, dietro corrispettivo, della forza lavoro.

Con l'art. 29 del citato d.lgs. n. 276/2003, peraltro, il legislatore ha avuto cura di definire il *discrimen* tra appalto e somministrazione di lavoro, stabilendo che «il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 c.c., si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa».

Su questo argomento occorre rammentare che, in tema di rapporti tra contratto di avvalimento e esternalizzazione illecita di manodopera è intervenuto il parere dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro del 19 giugno 2017, n. 5504, di cui appare opportuno riportare alcuni stralci: «si ritiene che il corretto impiego dei lavoratori dipendenti dell'impresa ausiliaria debba essere sempre valutato alla stregua di quanto previsto all'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003. Gli organi di vigilanza, pertanto, saranno chiamati a verificare in ragione di quanto stabilito nel medesimo contratto di avvalimento nel cui contesto devono essere individuate puntualmente le risorse anche umane messe a disposizione, che nella fattispecie concreta sussistano gli elementi di autenticità dell'intera operazione negoziale con riferimento ai rapporti intercorrenti tra impresa ausiliaria ed impresa ausiliata nel rispetto della normativa in tema di liceità dell'appalto. In altri termini, la disciplina speciale sancita *in tema di appalti pubblici* non costituisce deroga al regime contemplato dal d.lgs. n. 276/2003, laddove in sede di accertamento ispettivo venga riscontrato tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata un appalto non genuino: gli ispettori avranno pertanto cura di accertare che la fattispecie presenti i requisiti fondamentali propri di tale istituto ovvero che i mezzi necessari e il rischio di impresa siano gestiti e organizzati direttamente dall'appaltatore, in capo al quale deve permanere altresì l'esercizio del potere direttivo in quanto effettivo datore di lavoro. Va infine precisato che, al di fuori dell'ipotesi di cui sopra, nel caso in cui il contratto di avvalimento preveda il distacco di personale, da parte dell'impresa ausiliaria in favore dell'impresa ausiliata, trova comunque applicazione la disciplina di cui all'art. 30, d.lgs. n. 276/2003. In tal caso, tuttavia, occorre tener presente che ai fini della legittimità del distacco l'interesse dell'impresa ausiliaria distaccante non può in alcun modo coincidere con la mera messa a disposizione dei lavoratori ma trova ragione nell'oggetto del contratto di avvalimento la cui stipula determina l'assunzione *ex lege* di una responsabilità solidale da parte dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'amministrazione appaltante relativamente ai lavori oggetto dell'appalto che si giustifica in ragione della effettiva partecipazione dell'ausiliaria all'esecuzione dell'appalto principale»⁴⁴.

Tenuto anche conto del fatto che il “prestito” di manodopera può configurare un illecito penale⁴⁵, le stazioni appaltanti, dunque, dovranno rivolgere particolare attenzione tanto ai contratti di avvalimento, quanto al concreto atteggiarsi dei rapporti tra ausiliaria e ausiliata, in corso di esecuzione

⁴⁴ In tal senso, in dottrina, vd. D. GAROFALO, *Il perdurante divieto di interposizione*, in Id. (a cura di), *Appalti e lavoro*, vol. II, Torino, 2017, 3 ss.

⁴⁵ Vd. V. LIPPOLIS, *Appalti e somministrazione illecita di manodopera: ritornano le sanzioni penali*, in www.dottrinalavoro.it, 11 marzo 2024; C. GIUNTELLI, *I rischi penali dell'interposizione illecita di manodopera*, in www.giustiziainsieme.it, 4 marzo 2014; G. FORNARI, *Sanzioni penali per appalto illecito, somministrazione non autorizzata, somministrazione fraudolenta*, in www.lavorodirittieuropa.it, 25 luglio 2024.

delle commesse pubbliche: sebbene, infatti, la disciplina codicistica dell'avvalimento preveda, in linea generale, la messa a disposizione di «risorse umane» (art. 104, comma 1), essa deve essere letta in combinato disposto con quella giuslavoristica, che non risulta derogata, e che limita fortemente le ipotesi in cui è ammessa l'esternalizzazione del personale dipendente⁴⁶.

⁴⁶ In argomento, vd., di recente, TAR Lazio – Roma, Sez. IV, 12 febbraio 2026, n. 2734, secondo la quale l'avvalimento contemplato dall'art. 104 non può risolversi «in una mera fornitura di manodopera, bensì costituisce il prestito di una capacità tecnica e organizzativa complessiva. Nell'avvalimento le risorse umane dell'ausiliaria restano infatti incardinate nell'organizzazione di provenienza senza che si verifichi quella scissione tra titolarità del rapporto e potere direttivo che caratterizza il distacco o la somministrazione».