

Avvalimento professionale e obbligo di esecuzione diretta: la portata dell'art. 104, commi 3 e 8, del nuovo Codice dei contratti pubblici

di Riccardo Renzi

Data di pubblicazione: 30-9-2025

In particolare, la regola, valevole in termini generali, della necessità di espressa indicazione – nell'ambito del contratto di avvalimento – delle risorse strumentali e umane messe a disposizione dell'operatore economico da parte dell'impresa ausiliaria, risponde all'esigenza di evitare che dietro lo schermo del contratto di avvalimento possano celarsi operatori economici privi delle competenze tecnico-professionali necessarie alla corretta esecuzione dell'appalto, a tutto detrimento della qualità delle prestazioni nel mercato delle commesse pubbliche.

Senonché, se tale è la ratio della regola generale, essa è senz'altro soddisfatta nei casi in cui il contratto di avvalimento venga stipulato con operatori muniti delle necessarie autorizzazioni, e/o dei titoli personali e professionali occorrenti per l'esecuzione della prestazione oggetto di appalto, atteso che in siffatte ipotesi è la stessa legge (artt. 104 commi 3 e 8) a stabilire che 'i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria'.

Può pertanto affermarsi che i commi 3 e 8 dell'art. 104 enucleano in chiave specificativa la regola valevole in caso di avvalimento c.d. esperienziale e/o professionale, stabilendo in siffatte ipotesi che, stante la natura personale della prestazione e delle risorse oggetto del contratto, quest'ultimo deve essere eseguito direttamente dall'ausiliaria.

In siffatta ipotesi, il contratto di avvalimento è a contenuto necessariamente determinato, essendo integrato ex lege mercé previsione della necessità che la prestazione oggetto di specifica autorizzazione venga svolta direttamente dall'impresa ausiliaria.

L'avvalimento esperienziale è una forma di avvalimento operativo che, giusta previsione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, in coerenza con l'art. 63, §1 della Direttiva n. 24/2014/UE, concerne 'i titoli di studio e professionali' e le 'esperienze professionali pertinenti', in ordine ai quali la valorizzazione cooperativa 'delle capacità di altri soggetti' postula, in termini condizionanti, che 'questi ultimi eseguano direttamente' e, per l'effetto, si impegnino effettivamente ad eseguire personalmente, non limitando l'apporto ausiliario alla mera 'messa a disposizione', per la durata dell'appalto, delle relative 'risorse necessarie', di cui il concorrente ausiliato fosse carente, quali "i lavori o i servizi per cui tali capacità siano richieste'. La regola trae il suo fondamento dal carattere e dalla natura essenzialmente intellettuale di tali servizi [...] che ne postulano l'esecuzione necessariamente personale.

Guida alla lettura

La sentenza n. 6202 del 2025 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato rappresenta una pronuncia di particolare rilievo interpretativo sull'istituto dell'avvalimento, come disciplinato dal nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 36/2023). Il caso affronta il **tema dell'avvalimento avente ad oggetto requisiti tecnico-professionali relativi a prestazioni secondarie**, nella specie **connesse alla progettazione esecutiva di opere temporanee per il Giubileo 2025**. Il Consiglio di Stato, aderendo a un'impostazione già consolidata sotto il previgente codice (art. 89 D.Lgs. n. 50/2016), distingue tra **avvalimento operativo** e **avvalimento esperienziale-professionale**, riconoscendo a quest'ultimo una disciplina speciale in cui l'esecuzione diretta da parte dell'ausiliaria integra, *ex lege*, l'oggetto del contratto, rendendo non necessaria la specificazione analitica delle risorse. La pronuncia consolida **l'approccio sostanzialistico alla verifica dei requisiti** e **valorizza la natura personale della prestazione nei contratti pubblici**, offrendo spunti rilevanti per la prassi delle stazioni appaltanti e per l'evoluzione del diritto degli appalti pubblici.

La sentenza n. 6202/2025 del Consiglio di Stato interviene in un giudizio di appello avente ad oggetto l'impugnazione, da parte di Italstage s.r.l., della sentenza con cui il TAR Lazio aveva accolto il ricorso della società Gamma Tecno Hub s.r.l., annullando un provvedimento di esclusione da una gara pubblica. La gara, indetta per l'affidamento mediante accordo quadro di servizi connessi alla realizzazione di strutture temporanee per il Giubileo della Chiesa Cattolica 2025, aveva previsto come prestazione secondaria l'attività di progettazione esecutiva, ricadente nell'ambito delle competenze professionali tecniche di ingegneria e architettura. L'esclusione era fondata sull'asserita irregolarità del contratto di avvalimento stipulato dal costituendo RTI con una società ausiliaria in possesso dei titoli professionali richiesti.

Le questioni giuridiche rilevanti: il perimetro applicativo dell'art. 104 D.Lgs. 36/2023

La questione centrale del giudizio riguarda l'**interpretazione dell'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici**, in particolare la distinzione tra i **commi 1-2** (avvalimento "strumentale" o "requisitario") e i **commi 3 e 8** (avvalimento "esperienziale" o "professionale"). La difesa dell'appellante sosteneva la **necessità della puntuale specificazione delle risorse umane e tecniche** messe a disposizione dall'ausiliaria, ai sensi dell'art. 104, co. 1 e 2. Tale carenza sarebbe stata causa di nullità del contratto e legittima esclusione del RTI dalla gara. Di diverso avviso la Quinta Sezione, che **afferma l'applicabilità dei commi 3 e 8**, con le seguenti conseguenze: quando il requisito oggetto di avvalimento consiste in **competenze tecniche e professionali soggettive**, **la legge impone che la prestazione venga eseguita direttamente dall'impresa ausiliaria**; in tal caso, **la specificazione delle risorse non è necessaria**, poiché l'impegno diretto dell'ausiliaria assicura la qualità dell'esecuzione.

L'avvalimento esperienziale secondo la giurisprudenza

Il Collegio si colloca nel solco di una giurisprudenza già consolidata sotto il regime del D.Lgs.

n. 50/2016, che aveva distinto tra:

- **avvalimento di garanzia** (requisiti economico-finanziari o strumentali);
- **avvalimento operativo** (esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto);
- **avvalimento esperienziale o professionale**, quando l'oggetto riguarda requisiti soggettivi (titoli, abilitazioni, esperienza).

La peculiarità dell'avvalimento esperienziale sta nel fatto che **la prestazione professionale deve essere resa personalmente dal soggetto titolare del requisito** (cfr. Cons. Stato, V, n. 11186/2023; III, n. 68/2021). Tale forma di avvalimento assume caratteri propri, **non assimilabili all'avvalimento operativo classico**, e presuppone che **non si tratti di mere risorse trasferibili, ma di capacità intrasferibili e inscindibili dalla persona fisica o giuridica dell'ausiliaria**.

L'impostazione della sentenza: il contratto "legalmente determinato"

Uno degli aspetti più innovativi della sentenza consiste nell'affermazione secondo cui **il contratto di avvalimento esperienziale è "legalmente determinato" nel suo contenuto**, poiché: *«la legge impone che i lavori o i servizi siano eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria»* (art. 104, co. 3).

In altre parole, **l'oggetto del contratto è conformato direttamente dalla norma**, e non è necessaria una specificazione ulteriore da parte delle parti. Questa impostazione: rende superflua l'analiticità della clausola contrattuale sulle risorse impiegate; evita **esclusioni formalistiche** non fondate su carenze sostanziali; valorizza il principio di proporzionalità e **tutela la concorrenza**.

La soluzione al caso concreto: avvalimento valido ed efficace

Nel caso in esame:

- l'RTI concorrente aveva validamente stipulato un contratto con una società ausiliaria (Ingegneria Italiana s.r.l.) dotata delle **competenze professionali tecniche richieste**;
- la prestazione oggetto dell'avvalimento riguardava la **progettazione esecutiva** di opere, rientrante tra i servizi di architettura e ingegneria;
- l'ausiliaria era tenuta per legge all'**esecuzione diretta della prestazione**, rendendo **superflua la sottoscrizione di un secondo contratto di analogo oggetto con altra ausiliaria** (SAI Progetti s.r.l.).

Il Consiglio di Stato ha dunque **escluso qualsiasi profilo di nullità**, confermando la piena legittimità della partecipazione del RTI.

Conclusioni

La sentenza n. 6202/2025 si segnala per il **rilevante contributo interpretativo** all'art. 104 del nuovo codice dei contratti pubblici. Essa: *i) chiarisce i confini applicativi* tra le varie forme di avvalimento, riaffermando la specificità di quello professionale; *ii) valorizza l'esecuzione personale dell'ausiliaria* come elemento centrale nei servizi a contenuto intellettuale; *iii) promuove un'interpretazione funzionale e non formalistica* dell'istituto, in linea con la *ratio* del nuovo codice e i principi euro-unitari di massima partecipazione.

Tale approccio, pur rispettoso delle esigenze di trasparenza e serietà dell'offerta, evita esclusioni basate su tecnicismi documentali, e consente una valutazione sostanziale dell'effettiva **idoneità tecnica del concorrente**.

Alla luce della pronuncia: le **stazioni appaltanti dovranno distinguere con chiarezza** tra le varie tipologie di requisiti richiesti, orientando correttamente la disciplina degli avvalimenti nella *lex specialis*; l'**ANAC** potrebbe fornire **linee guida interpretative specifiche sull'art. 104**, per armonizzare la prassi e prevenire contenziosi; le imprese dovranno porre particolare attenzione nella **qualificazione del tipo di avvalimento** e nell'**esatta individuazione della natura del requisito avvalso**, pena l'invalidità della partecipazione.

Publicato il 15/07/2025

N. 06202/2025REG.PROV.COLL.

N. 02588/2025 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2588 del 2025, proposto da Italstage s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso

dall'avvocato Giovanbattista lazeolla, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Cimarosa, 32;

contro

Giubileo 2025 s.p.a, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Sindaco di Roma, in qualità di Commissario Straordinario Giubileo 2025, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Gamma Tecno Hub s.r.l, Clarin Italia Tribune s.r.l, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Filippo Cece, Nicola Palombi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quinta) n. 6055/2025.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di: Giubileo 2025 s.p.a, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Sindaco di Roma in qualità di Commissario Straordinario Giubileo 2025, Gamma Tecno Hub s.r.l, Clarin Italia Tribune s.r.l;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2025 il Cons. Roberto Michele Palmieri e uditi per le parti gli avvocati Cece, nonché l'avvocato dello Stato Giovannini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente proposto innanzi al TAR Lazio, la società Gamma Tecno Hub s.r.l. – mandataria del costituendo RTI con Clarin Italia Tribune S.r.l – ha impugnato, chiedendone l'annullamento, il provvedimento prot. n. 689/25, recante la "*Comunicazione esclusione ai sensi dell'art. 90, comma 1, lett. d), del D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*" dalla "*Gara n SEFAP24149 europea a procedura telematica aperta per l'affidamento, tramite accordo quadro con unico operatore economico, dei servizi di progettazione esecutiva, noleggjo, realizzazione,*

allestimenti e successivo smontaggio e disallestimento, di palcoscenico e strutture temporanee per i grandi eventi del Giubileo della Chiesa Cattolica 2025 che si svolgeranno nel sito di Tor Vergata in Roma. CIG B49D311269'.

Costituitisi in giudizio, la società Giubileo 2025, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Commissario Straordinario per il Giubileo 2025 e la società controinteressata Italtstage s.r.l, mandataria del costituendo RTI aggiudicatario, hanno chiesto il rigetto del ricorso, con vittoria delle spese di lite.

Con sentenza n. 6055/25 il TAR Lazio ha accolto il ricorso, annullando la disposta esclusione.

Avverso tale statuizione giudiziale la società Italtstage s.r.l. (di seguito, per brevità: la società) ha interposto appello, affidato ai seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati: *error in iudicando*: violazione e falsa applicazione art. 104, co. 1, 2, 3 e 8 d. lgs. n. 36/2023. Difetto e/o erroneità della motivazione.

Ha chiesto pertanto, in accoglimento dell'appello, e in riforma dell'impugnata sentenza, il rigetto del ricorso proposto dalla società Gamma Tecno Hub s.r.l. in primo grado. Il tutto con vittoria delle spese di lite.

Costituitisi in giudizio, la società Giubileo 2025 s.p.a, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Sindaco di Roma, in qualità di Commissario Straordinario Giubileo 2025, hanno preliminarmente chiesto dichiararsi l'inammissibilità del gravame nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Sindaco di Roma quale Commissario Straordinario Giubileo 2025.

Nel merito, hanno chiesto il rigetto dell'appello, con vittoria delle spese di lite.

Costituitasi in giudizio, Gamma Tecno Hub s.r.l, Clarin Italia Tribune s.r.l, hanno chiesto il rigetto dell'appello, con vittoria delle spese di lite.

All'udienza pubblica del 10.7.2025 l'appello è stato trattenuto in decisione.

2. L'appello, nel merito, è infondato. Ciò esime il Collegio dall'esame delle censure preliminari di parziale inammissibilità soggettiva del ricorso articolate dalla difesa erariale.

3. L'odierno giudizio si incentra sulla portata interpretativa della previsione di cui all'art. 104 d. lgs. n. 36/23 (recante il nuovo codice dei contratti pubblici).

In particolare, si tratta di accertare se, in caso di contratto di avvalimento avente a oggetto prestazioni qualificate (per espressa dizione della *lex specialis*) come secondarie, e dal contenuto tecnico-professionale, trovino applicazione le previsioni di cui all'art. 104 commi 1 e 2 del nuovo codice dei contratti pubblici, come sostenuto dall'appellante nell'odierno giudizio, ovvero quelle di cui ai commi 3 e 8 del medesimo articolo.

Reputa il Collegio di aderire alla seconda opzione interpretativa, per le ragioni che seguono.

4. Ai sensi dell'art. 104, commi 1, 2, 3 del nuovo codice dei contratti pubblici:

“1. 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”.

“2. Qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta”.

“3. Qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 100, comma 3, o con un soggetto in possesso di titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria. Si applicano le disposizioni in materia di subappalto”.

Dispone poi il successivo comma 8 del medesimo art. 104 che: *“Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, salvo quanto previsto dal comma 3”.*

5. Emerge pertanto dal tenore delle cennate previsioni normative (le quali ricalcano sostanzialmente la previsione del previgente art. 89 d. lgs. n. 50/16) che:

- il contratto di avvalimento richiede *“indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico”* (art. 104 comma 1);

- qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione, ovvero con un soggetto in possesso di titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, *“i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria”* (art. 100 commi 3 e 8).

6. In particolare, la regola, valevole in termini generali, della necessità di espressa indicazione – nell'ambito del contratto di avvalimento – delle risorse strumentali e umane messe a disposizione dell'operatore economico da parte dell'impresa ausiliaria, risponde all'esigenza di evitare che dietro lo schermo del contratto di avvalimento possano celarsi operatori economici privi delle competenze tecnico-professionali necessarie alla corretta esecuzione dell'appalto, a tutto detrimento della qualità delle prestazioni nel mercato delle commesse pubbliche.

7. Senonché, se tale è la *ratio* della regola generale, essa è senz'altro soddisfatta nei casi in cui il contratto di avvalimento venga stipulato con operatori muniti delle necessarie autorizzazioni, e/o dei titoli personali e professionali occorrenti per l'esecuzione della prestazione oggetto di appalto, atteso che in siffatte ipotesi è la stessa legge (artt. 104 commi 3 e 8) a stabilire che *“i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria”*.

8. Può pertanto affermarsi che i commi 3 e 8 dell'art. 104 enucleano in chiave specificativa la regola valevole in caso di avvalimento c.d. esperienziale e/o professionale, stabilendo in siffatte ipotesi che, stante la natura personale della prestazione e delle risorse oggetto del contratto, quest'ultimo deve essere eseguito direttamente dall'ausiliaria.

9. In tal senso, questa Sezione ha già chiarito (con orientamento formatosi sotto il vigore del precedente codice dei contratti pubblici, ma che può essere confermato anche in relazione al codice attuale, stante la sostanziale identità di contenuti della previsione in esame) che: *“L'avvalimento esperienziale è una forma di avvalimento operativo che, giusta previsione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, in coerenza con l'art. 63, §1 della Direttiva n. 24/2014/UE, concerne ‘i titoli di studio e professionali’ e le ‘esperienze professionali pertinenti’, in ordine ai quali la valorizzazione cooperativa ‘delle capacità di altri soggetti’ postula, in termini condizionanti, che ‘questi ultimi eseguano direttamente’ e, per l'effetto, si impegnino effettivamente ad eseguire personalmente, non limitando l'apporto ausiliario alla mera ‘messa a disposizione’, per la durata dell'appalto, delle relative ‘risorse necessarie’, di cui il concorrente ausiliato fosse carente, quali ‘i lavori o i servizi per cui tali capacità siano richieste’. La regola trae il suo fondamento dal carattere e dalla natura essenzialmente intellettuale di tali servizi (tra cui rientrano la progettazione, la direzione dei lavori, la vigilanza e il controllo sulla esecuzione del contratto etc.), che ne postulano l'esecuzione necessariamente personale. ... Pertanto, secondo l'indirizzo espresso dalla giurisprudenza (ex plurimis, Cons. Stato, sez. III, n. 68 del 2021; id. sez. V, n. 1120 del 2020, id., sez. V, n. 6551 del 2018), condiviso da questo Collegio, nel caso di avvalimento tecnico operativo di tipo esperienziale sussiste sempre l'esigenza di una concreta messa a disposizione di risorse particolari, specificamente indicate nel contratto”* (C.d.S, V, 27.12.2023, n. 11186).

10. Pertanto, in siffatta ipotesi, il contratto di avvalimento è a contenuto necessariamente determinato, essendo integrato *ex lege* mercé previsione della necessità che la prestazione oggetto di specifica autorizzazione venga svolta direttamente dall'impresa ausiliaria.

11. Tanto premesso, e venendo ora alla fattispecie in esame, rileva il Collegio che oggetto del contratto di avvalimento è il requisito di partecipazione relativo alle capacità tecnico-professionali di cui all'art. 6.3 lettera c) del disciplinare di gara necessarie per lo svolgimento dei servizi di progettazione esecutiva – attinenti all'architettura e all'ingegneria – oggetto della prestazione secondaria.

Pertanto, si ricade appieno nella previsione di cui all'art. 104 commi 3 e 8 del codice dei contratti pubblici, con la conseguenza che il contratto di avvalimento deve dirsi legalmente determinato, quanto al suo oggetto, dalla necessità che la suddetta prestazione venga svolta direttamente dall'impresa ausiliaria.

12. Più nello specifico, vi è in atti contratto di avvalimento tra l'originaria ricorrente Gamma Tecno Hub S.r.l. e la società ausiliaria Ingegneria Italiana s.r.l., deputata *ex lege* all'esecuzione delle prestazioni suindicate, in quanto dotata delle specifiche competenze tecnico-professionali.

Tale contratto reca le sottoscrizioni dei rispettivi legali rappresentanti, e per tali ragioni rispetta appieno la previsione di cui all'art. 104 comma 1, nei termini ulteriormente specificati dai successivi commi 3 e 8 della medesima disposizione normativa.

13. Tale circostanza rende irrilevante la mancata stipulazione – per difetto di sottoscrizione del legale rappresentante della ricorrente – dell'ulteriore contratto di avvalimento con la SAI Progetti s.r.l., avendo i contratti in argomento medesimo oggetto, ed essendo pacifico che i servizi di progettazione esecutiva – attinenti all'architettura e all'ingegneria – oggetto della prestazione secondaria, sarebbero stati svolti dall'impresa ausiliaria Ingegneria Italiana s.r.l.

14. Alla luce di tali considerazioni, l'appello è infondato.

Ne consegue il suo rigetto.

15. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna l'appellante al rimborso delle spese di appello, che si liquidano in € 4.000 per le Amministrazioni appellate, ed in ulteriori € 4.000 per l'appellata Gamma Tecno Hub s.r.l., oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2025, con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere

Francesca Picardi, Consigliere

Roberto Michele Palmieri, Consigliere, Estensore

