

Il contratto di avvalimento e la stabilità dei requisiti di partecipazione: la nullità delle pattuizioni che ne subordinano l'efficacia a vicende inter partes e i limiti invalicabili posti all'autonomia negoziale dalla giurisprudenza

di Ivan Carino

Data di pubblicazione: 29-1-2026

Navigare le acque complesse degli **appalti pubblici** richiede una bussola precisa, soprattutto quando si fa **affidamento su terzi** per soddisfare i **requisiti di gara** necessari alla partecipazione. L'istituto dell'avvalimento è un pilastro del **favor participationis**, ma nasconde molte insidie che possono causare l'**esclusione del concorrente** se il patto tra le imprese non offre garanzie di assoluta stabilità alla stazione appaltante. Ma fino a che punto l'**autonomia negoziale** delle parti può spingersi senza compromettere la certezza del **possesso dei requisiti**? La sentenza in commento stabilisce che nel rapporto con l'amministrazione le parti non possono subordinare le vicende interne e potenzialmente conflittuali tra l'impresa **ausiliata e ausiliaria**.

Guida alla lettura

1. L'istituto dell'avvalimento: la dualità tra autonomia privatistica e funzione pubblicistica

L'**avvalimento**, disciplinato dall'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016 e oggi dall'**art. 104 del D.Lgs. n. 36/2023**, è il contratto con cui un'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione di un operatore economico concorrente le proprie dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Pur essendo uno **strumento di diritto privato**, espressione dell'**autonomia negoziale delle parti ai sensi dell'art. 1322 c.c.**, la sua **funzione è eminentemente pubblicistica**: consentire la più ampia partecipazione alle gare pubbliche.

Questa sua duplice anima, si manifesta in una complessa architettura negoziale. Da un lato, vi è il contratto di avvalimento, che regola i rapporti interni tra ausiliata e ausiliaria e può assumere la forma di un mandato, di un appalto di servizi o di altro contratto tipico o atipico. Dall'altro, vi è la dichiarazione unilaterale con cui l'ausiliaria si obbliga verso la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse e i requisiti di cui l'ausiliata è carente. Entrambi gli atti sono indefettibili per la valida configurazione dell'istituto. Si è sempre stabilito in dottrina e giurisprudenza che, affinché l'avvalimento sia efficace, il contratto deve indicare in modo dettagliato, specifico e determinato le risorse e i mezzi prestati, a pena di nullità. Tale nullità, incidendo su un presupposto essenziale per la partecipazione, **non è sanabile tramite soccorso istruttorio, poiché l'avvalimento ha carattere costitutivo del requisito e non**

meramente documentale.

2. Il contratto di avvalimento alla prova del diritto civile: oggetto, condizione e causa di nullità

In primo luogo, viene in rilievo l'**art. 1346 c.c.**, che impone che **l'oggetto del contratto sia**, tra l'altro, **determinato o determinabile**. Nel contratto di avvalimento, l'oggetto non è solo il "prestito" di un requisito astratto, ma la **concreta messa a disposizione di risorse, mezzi e personale**. La giurisprudenza civile e amministrativa è ferma nel sanzionare con la nullità i contratti di avvalimento generici, che si risolvono in una "scatola vuota" [*Cort. App. Napoli, Sent. n. 2327, 24 maggio 2024*], proprio per indeterminatezza dell'oggetto [*Consiglio di Stato, Sent. n. 2036/2017*]. Una pattuizione che rende precaria e incerta la disponibilità di tali risorse finisce per rendere, di riflesso, indeterminato l'oggetto stesso dell'obbligazione dell'ausiliaria, vizio che inficia la validità del contratto sin dalla sua origine.

In secondo luogo, le clausole che subordinano l'efficacia del contratto a eventi futuri e incerti devono essere analizzate alla luce della **disciplina della condizione (art. 1353 c.c. e segg.)**. La giurisprudenza del T.A.R. Calabria (Sent. n. 711/2023), **ammette pacificamente la condizione sospensiva legata all'aggiudicazione della gara, in quanto evento esterno e connaturato alla logica dell'istituto**. Diventano, invece, patologiche quelle pattuizioni che, come nel caso sottoposto al Consiglio di Stato, deciso con la sentenza in commento, assomigliano a una condizione risolutiva meramente potestativa o comunque legata a vicende interne al rapporto tra le parti. Sebbene l'art. 1355 c.c. sanziona con la nullità la sola condizione sospensiva meramente potestativa, l'apposizione di una condizione risolutiva che rimetta la stabilità del vincolo all'arbitrio di una parte o a dinamiche conflittuali interne (come il mancato pagamento del corrispettivo) introduce un elemento di precarietà inaccettabile per la stazione appaltante, la quale deve poter contare sulla stabilità del requisito per tutta la durata dell'appalto.

Infine, tali clausole pongono un problema di **nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.**, per contrarietà a norme imperative. La **norma imperativa** violata è il principio, immanente nel diritto dei contratti pubblici, secondo cui i **requisiti di partecipazione devono essere posseduti in modo pieno, stabile e continuativo**. **L'autonomia negoziale delle parti (art. 1322 c.c.) non può spingersi fino a derogare a tale principio di ordine pubblico**, pena la **nullità dell'accordo** per illiceità della causa in concreto o per violazione di una norma posta a presidio di un interesse pubblico fondamentale.

3. La vicenda processuale all'esame del Consiglio di Stato

La controversia decisa dalla sentenza n. 148/2026 trae origine dall'esclusione di un operatore economico da una procedura di gara indetta da Trenitalia S.p.A. Il provvedimento espulsivo era motivato dalla presenza, nei contratti di avvalimento prodotti, di "condizioni potestative"

che ne rendevano incerta l'efficacia.

Nello specifico, i contratti prevedevano una clausola di "immediata decadenza" qualora l'impresa ausiliata non avesse rispettato determinati impegni di natura patrimoniale verso l'ausiliaria, tra cui il riconoscimento di un diritto di prelazione sull'esecuzione di lavori da subappaltare.

Il TAR Lazio, in primo grado, aveva respinto il ricorso, ritenendo legittima l'esclusione. In appello, la società ha contestato la decisione, sostenendo la violazione dell'art. 89 del D.Lgs. 50/2016 - allora vigente - e del principio del *favor participationis*, argomentando che tali clausole non avrebbero dovuto inficiare la validità dell'avvalimento nel suo complesso.

4. La decisione: la clausola di “decadenza immediata” e la precarietà del requisito

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, ha respinto l'appello, confermando la legittimità dell'esclusione e offrendo un'importante chiarificazione sui limiti dell'autonomia negoziale in materia di avvalimento.

Il Collegio, in sostanza, afferma che l'autonomia contrattuale delle parti ex art. 1322 c.c. incontra un limite invalicabile nelle norme imperative che presidiano l'interesse pubblico alla stabilità dei requisiti di partecipazione. Dando continuità a un proprio precedente (Sent. n. 3233/2025), i Giudici ribadiscono che una pattuizione che prevede un effetto risolutivo automatico ("immediata decadenza") legato a vicende *inter partes* rende il requisito "prestato" intrinsecamente precario. *“Una pattuizione che prevede di suo la ‘immediata decadenza del contratto di avvalimento con immediata comunicazione all’Ente Appaltante’, con incidenza sulla efficacia del contratto d’avvalimento (e, dunque, sull’avvalimento stesso, in quanto scaturente anzitutto dal relativo contratto) al verificarsi di determinate vicende collegate alle previsioni contrattuali sul corrispettivo (...) vale a compromettere la stabilità dello stesso avvalimento, proprio in conseguenza del possibile venir meno della sua efficacia per le vicende inter partes”.*

Il Collegio, inoltre, **distingue implicitamente tale meccanismo dai rimedi ordinari previsti dal codice civile per l'inadempimento**. Mentre la **risoluzione giudiziale** (art. 1453 c.c.) o **l'attivazione di una clausola risolutiva espressa** (art. 1456 c.c.) presuppongono un'iniziativa di parte e sono soggette a un potenziale vaglio giudiziale, la **clausola di “decadenza immediata” configura un automatismo che espone la stazione appaltante al rischio di un'improvvisa e incontrollabile perdita del requisito in capo all'aggiudicatario, per ragioni del tutto estranee all'esecuzione dell'appalto**.

Inoltre, la sentenza sottolinea l'irrilevanza, a fronte di tale vizio genetico del contratto, della dichiarazione unilaterale d'impegno resa dall'ausiliaria. Se il contratto privatistico che ne costituisce il fondamento è strutturalmente instabile, anche l'impegno verso l'amministrazione, che da esso trae origine e conformazione, ne risulta irrimediabilmente viziato.

5. Conclusioni

La sentenza n. 148/2026 del Consiglio di Stato si inserisce in un filone giurisprudenziale volto a garantire la **serietà e l'affidabilità dell'impegno assunto tramite l'avvalimento**. Il suo pregio risiede nell'aver tracciato una linea chiara: ***“l'autonomia negoziale delle parti, pur sovrana nel regolare i rapporti interni, non può spingersi fino a introdurre meccanismi che rendano l'efficacia del contratto di avvalimento incerta e dipendente da fattori estranei all'esecuzione dell'appalto”***.

La decisione, inoltre, opera un **corretto bilanciamento tra il favor participationis e l'imprescindibile esigenza della stazione appaltante di contrattare con un soggetto che garantisca il possesso stabile e continuativo dei requisiti**. La **stabilità del requisito prevale sulla libertà contrattuale delle parti, in nome del superiore interesse pubblico**. Dal punto di vista civilistico, la pronuncia conferma che la **validità del contratto di avvalimento è subordinata al rispetto non solo dei requisiti generali di determinatezza dell'oggetto (art. 1346 c.c.), ma anche del divieto di pattuizioni che, violando norme imperative di diritto pubblico, ne inficino la causa e la funzione, determinandone la nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418 c.c.**

Publicato il 08/01/2026

N. 00148/2026REG.PROV.COLL.

N. 05564/2025 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 5564 del 2025, proposto da

Lb Facility S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio

eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

contro

Trenitalia S.p.A. – Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane, in persona del

legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati

Tommaso Di Nitto, Gianpaolo Ruggiero, con domicilio eletto presso lo

studio Tommaso Di Nitto in Roma, via Antonio Gramsci, 24;

nei confronti

Guerrato s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentata e difesa dagli avvocati Sonia Macchia, Stefano Vinti, Roberto

Milia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta) n. 10763/2025.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Guerrato s.p.a. e di Trenitalia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2025 il Cons. Roberto Michele Palmieri e uditi per le parti gli avvocati Tomaselli su delega

dell'avv. Brugnoletti, Di Nitto, Ruggiero e Macchia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società LB Facility s.r.l. (di seguito, per brevità: la società) ha impugnato innanzi al TAR Lazio il provvedimento di esclusione, adottato da Trenitalia S.p.A., dalla procedura per l'affidamento del contratto di appalto (Lotto 5), indicata in epigrafe, motivato dalla presenza, nei due contratti di

avvalimento prodotti dalla società, di “*condizioni potestative*” che

renderebbero “*incerta l’efficacia dei predetti avvalimenti*”.

Con successivi motivi aggiunti, la società ha impugnato l’aggiudicazione disposta in favore di Guerrato s.p.a.

A sostegno del ricorso e dei successivi motivi aggiunti, essa ha dedotto la sussistenza di plurime disposizioni di legge, nonché l’eccesso di potere dell’Amministrazione.

Ha chiesto pertanto l’annullamento degli atti impugnati, con vittoria delle spese di lite.

Costituitesi in giudizio, l’Amministrazione resistente e la controinteressata hanno chiesto il rigetto del ricorso, con vittoria delle spese di lite.

Con sentenza n. 10763/25 il TAR Lazio ha respinto il ricorso e i successivi motivi aggiunti.

Avverso tale statuizione giudiziale la società ha interposto appello, affidato

ai seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati: *Errores in iudicando*.

Violazione dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione

del paragrafo III.1.3, lettera c) del bando di gara. Violazione del paragrafo

III.1.2), lettera a) del bando di gara. Violazione del principio del *favor*

participationis. Violazione e falsa applicazione dell'art. VI lett. a) del

Disciplinare.

Ha chiesto pertanto, in accoglimento dell'appello, e in riforma dell'impugnata sentenza, l'annullamento degli atti impugnati in primo grado. Il tutto con vittoria delle spese di lite.

Costituitesi in giudizio, Trenitalia s.p.a. e Guerrato s.p.a. hanno chiesto il rigetto dell'appello, con vittoria delle spese di lite.

All'udienza pubblica del 18.12.2025 l'appello è stato trattenuto in decisione.

2. L'appello è infondato.

3. Reputa il Collegio di dare continuità all'orientamento già espresso da questa Sezione con la pronuncia n. 3233/25, resa in un giudizio tra le stesse parti, concernente la medesima gara e l'efficacia degli stessi

contratti di avvalimento, prodotti ai fini dell'aggiudicazione di un diverso lotto (Lotto 3).

In particolare, con detta pronuncia questa Sezione ha condivisibilmente

chiarito che: *“una pattuizione che prevede di suo la ‘immediata decadenza*

del contratto di avvalimento con immediata comunicazione all'Ente

Appaltante', con incidenza sulla efficacia del contratto d'avvalimento (e,

dunque, sull'avvalimento stesso, in quanto scaturente anzitutto dal relativo

contratto) al verificarsi di determinate vicende collegate alle previsioni

contrattuali sul corrispettivo (in termini di “prelazione” sul subappalto,

oltreché di percentuale sull'importo dei lavori) (...) vale a compromettere la

stabilità dello stesso avvalimento, proprio in conseguenza del possibile

venir meno della sua efficacia per le vicende inter partes”; “Né tale carenza

può essere sic et simpliciter sopperita dalla dichiarazione unilaterale

dell'ausiliaria verso la stazione appaltante, atteso che, da un lato (...) si

tratta di atti (e conseguenti rapporti giuridici rilevanti) distinti fra loro,

ambidue indefettibili ai fini dell'avvalimento; dall'altro, come pure

osservato, le obbligazioni verso l'impresa concorrente - anch'esse

imprescindibili ai fini della configurazione dell'avvalimento, non rilevando al

riguardo la sola dichiarazione d'impegno verso l'amministrazione -

nascono (e sono conformate) proprio «in virtù» del contratto d'avvalimento,

il cui venir meno ne comporta la decadenza. In tal senso, anche la

dichiarazione unilaterale dell'ausiliaria 'di obbligarsi, nei confronti del

concorrente [...] a fornire i [...] requisiti dei quali è carente il concorrente e a

mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto,

nei modi e nei limiti stabiliti dall'art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016 rendendosi

inoltre responsabile in solido con il concorrente nei confronti della stazione

appaltante in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto' non può che

ritenersi in parte qua integrata dal suddetto contratto, che vale a conformare

e regolare le obbligazioni assunte dall'ausiliaria verso il concorrente,

peraltro con espressa ed eloquente previsione, nella specie, che della

'decadenza' del contratto d'avvalimento per violazione dei suddetti

impegni si sarebbe data “immediata comunicazione all’Ente Appaltante”.

Né rileva di suo, in diverso senso, il richiamo da parte dell'appellante alla

immanente possibilità di risoluzione del contratto ex art. 1453 Cod. civ., che

afferisce alla fattispecie della risoluzione giudiziale, ben diversa dalla

clausola qui introdotta nei termini suindicati, con previsto diretto effetto sul

rapporto, da comunicare anche alla stazione appaltante”.

4. Alla luce di tale condiviso orientamento giurisprudenziale, reputa il Collegio che contratti di avvalimento sottoposti a condizioni potestative, ovvero – come nel caso di specie – prevedenti clausole il cui inadempimento da parte dell’ausiliata determini l’immediata decadenza del contratto, minacciano la stabilità del rapporto con l’Amministrazione, che potrebbe trovarsi esposta alle conseguenze di tale decadenza.

Per tali ragioni, del tutto corretta si appalesa la scelta dell’Amministrazione di escludere l’appellante dalla gara, non essendo data alle parti la facoltà – nell’ambito delle pattuizioni negoziali oggetto del contratto di avvalimento – di compromettere

motu proprio la stabilità del rapporto negoziale con la

stazione appaltante.

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

Ne consegue il suo rigetto.

6. Le spese del giudizio 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 lite sostenute dall'Amministrazione appellata e dalla controinteressata, che si liquidano,

per ciascuna di esse, in € 3.500 per onorario, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2025, con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Roberto Michele Palmieri, Consigliere, Estensore

