

Appalti pubblici, l'avvalimento è fittizio se l'impresa ausiliaria esegue la prestazione con le risorse che dichiara di mettere a disposizione

di Dario Immordino

Data di pubblicazione: 23-10-2026

Non basta indicare nel contratto di avvalimento i mezzi e le capacità dell'impresa ausiliaria: le risorse devono essere effettivamente disponibili per l'operatore concorrente. È simulato l'avvalimento che nasconde un rapporto di subfornitura nel quale l'ausiliaria conserva e utilizza le stesse risorse per realizzare la prestazione.

Guida alla lettura

L'avvalimento non può essere utilizzato per consentire a un'impresa priva dei requisiti di partecipare a una gara quando, in realtà, l'intera operazione economica prevede che sia l'ausiliaria a realizzare la prestazione con i propri mezzi, senza mettere effettivamente le risorse a disposizione del concorrente. In questo caso il contratto di avvalimento è simulato, perché attribuisce formalmente all'offerente capacità che, nella concreta organizzazione dell'appalto, rimangono nella disponibilità dell'impresa che le possiede.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 7462 del 12 ottobre 2026, chiarisce la distinzione tra il ricorso legittimo alle capacità di un'altra impresa e l'utilizzo dell'avvalimento per mascherare un rapporto di subfornitura. La differenza non dipende dalla denominazione dei contratti, ma dal ruolo effettivamente assunto dalle imprese e dalle modalità con cui viene organizzata l'esecuzione dell'appalto.

L'articolo 104 del d.lgs. n. 36/2023 consente all'operatore economico di partecipare a una gara utilizzando requisiti e risorse di un'altra impresa. L'istituto amplia le possibilità di accesso al mercato, permettendo anche a operatori che non dispongono autonomamente di tutte le capacità richieste di concorrere per l'aggiudicazione. La sua funzione, tuttavia, non consiste nel consentire un semplice trasferimento formale dei requisiti, ma nell'assicurare che il concorrente possa effettivamente disporre dei mezzi necessari per eseguire le prestazioni contrattuali.

Il requisito prestato deve quindi corrispondere a una capacità concretamente utilizzabile dall'impresa concorrente. La disponibilità delle risorse non può esaurirsi in una dichiarazione contrattuale, ma deve trovare riscontro nell'organizzazione dell'attività e nelle modalità previste per l'esecuzione della commessa.

La controversia riguardava una gara per la fornitura di autobus elettrici, aggiudicata a

un'impresa che non possedeva autonomamente i requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali richiesti. Per partecipare aveva stipulato un contratto di avvalimento con una società cinese produttrice dei veicoli, che si impegnava a mettere a disposizione stabilimenti, linee produttive, attrezzature e personale.

L'operazione economica prevedeva, però, che gli autobus fossero interamente costruiti dalla società cinese e successivamente acquistati e rivenduti all'amministrazione dall'impresa aggiudicataria. Le risorse indicate nel contratto di avvalimento non erano quindi destinate a essere utilizzate dalla concorrente, ma rimanevano impiegate dalla stessa ausiliaria per produrre i veicoli.

La contraddizione riguarda la funzione stessa dell'avvalimento: l'impresa produttrice dichiarava di mettere a disposizione mezzi e capacità che doveva necessariamente continuare a utilizzare per adempiere al distinto contratto di fornitura. L'impresa concorrente, invece, non acquisiva una propria capacità esecutiva attraverso quelle risorse, ma si limitava a commercializzare i prodotti realizzati dall'ausiliaria.

La disponibilità delle risorse risultava pertanto esclusa già dalla struttura dell'operazione contrattuale, senza necessità di attendere l'esecuzione dell'appalto per verificarne l'effettivo impiego.

La conclusione del Consiglio di Stato è coerente con l'orientamento della **Corte di giustizia dell'Unione europea, che nella sentenza 7 aprile 2016, causa C-324/14, ha escluso che il ricorso alle capacità di altri operatori possa risolversi nel soddisfacimento puramente formale dei requisiti di partecipazione. L'impresa deve dimostrare di poter effettivamente utilizzare i mezzi altrui necessari per eseguire l'appalto, indipendentemente dalla natura dei rapporti contrattuali instaurati con il soggetto che li mette a disposizione.**

Il nuovo Codice rafforza questa esigenza prevedendo, all'**articolo 104, comma 9, controlli sostanziali durante l'esecuzione, diretti a verificare non soltanto l'esistenza delle risorse dichiarate, ma anche il loro effettivo impiego. La verifica, tuttavia, non riguarda esclusivamente la fase esecutiva.** Quando dagli accordi tra le imprese emerge già in sede di gara che le risorse non potranno essere utilizzate dal concorrente secondo il modello di avvalimento dichiarato, viene meno il presupposto stesso della qualificazione.

La distinzione tra avvalimento e subfornitura assume quindi un rilievo decisivo. Nel primo caso, l'impresa concorrente acquisisce la disponibilità delle capacità necessarie per eseguire l'appalto; nel secondo, acquista beni o prestazioni realizzati autonomamente da un altro operatore, che conserva la propria organizzazione produttiva e assume il relativo rischio imprenditoriale.

La subfornitura non è di per sé incompatibile con gli appalti pubblici, ma non può sostituire l'avvalimento quando l'impresa concorrente è priva dei requisiti richiesti. Né la possibilità che l'ausiliaria assuma anche il ruolo di subappaltatrice consente di superare automaticamente il problema. Il subappalto, infatti, presuppone che l'impresa concorrente

possieda i requisiti necessari per ottenere l'affidamento e che il subappaltatore disponga delle capacità richieste per eseguire le prestazioni affidategli. Non può quindi essere utilizzato per consentire a un'impresa priva dei requisiti di aggiudicarsi un appalto, affidandone poi l'esecuzione alla stessa impresa dalla quale ha dichiarato di acquisire quei requisiti attraverso l'avvalimento.

Nel caso esaminato l'impresa produttrice non si limitava a realizzare una componente accessoria della fornitura, ma costruiva integralmente gli autobus che costituivano l'oggetto principale dell'appalto. L'operazione non consentiva quindi di distinguere una capacità produttiva effettivamente prestata alla concorrente da un'attività esecutiva autonomamente svolta dall'ausiliaria.

Il Consiglio di Stato considera per questo **simulato il contratto di avvalimento, applicando i principi civilistici che consentono di accertare la reale volontà delle parti al di là della veste formale attribuita ai loro accordi**. La simulazione emerge dal **collegamento tra il contratto di avvalimento, il rapporto di distribuzione e i giustificativi economici dell'offerta, dai quali risulta che l'interesse delle imprese era rivolto alla produzione e alla successiva rivendita degli autobus, non al trasferimento delle capacità esecutive**.

Anche il corrispettivo di appena 3.000 euro previsto per l'avvalimento, confrontato con il valore economico della fornitura, contribuisce a dimostrare il carattere apparente dell'accordo. Non è dunque la modesta entità del compenso, isolatamente considerata, a determinare l'invalidità dell'operazione, ma la sua incoerenza con l'effettivo assetto dei rapporti contrattuali.

L'accertamento della simulazione produce conseguenze dirette sulla gara. Il contratto apparente non può essere utilizzato per dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione e l'impresa concorrente, che ne è autonomamente priva, non può ottenere l'aggiudicazione. Su questa base il Consiglio di Stato ha annullato l'affidamento.

La pronuncia **impone così una verifica sostanziale dell'avvalimento**, che **non si esaurisce nell'esame delle clausole contrattuali ma richiede di accertare la corrispondenza tra le risorse dichiarate, la loro effettiva disponibilità e l'organizzazione prevista per l'esecuzione dell'appalto**. La possibilità di utilizzare capacità altrui amplia la concorrenza, ma non può trasformarsi in uno strumento per attribuire artificialmente a un operatore requisiti che non possiede e che, nella concreta esecuzione della commessa, non è destinato a utilizzare.

https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnpr?p_p_id=decisioni_pareri_web_DecisioniPareriWebPortlet_INSTANCE_XKc17mrB8J10&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_decisioni_pareri_web_DecisioniPareriWebPortlet_INSTANCE_XKc17mrB8J10_javax.portlet.action=search&p_auth=3PdB1T1s