

Nelle procedure per l'affidamento di servizi alla persona l'istituto dell'avvalimento si applica solo quando lo prevede espressamente la lex specialis.

di Giuseppantonio Schiavone

Data di pubblicazione: 22-11-2025

L'istituto dell'avvalimento, dal canto suo, trova la sua radice europea nell'art. 63 della direttiva, accolto nel Titolo II della stessa. Si tratta, quindi, di istituto che gli Stati membri non hanno l'obbligo di applicare nelle procedure per l'aggiudicazione dei servizi alla persona.

In questo contesto si pone l'art. 128 d.lgs. n. 36 del 2023, il quale, nell'indicare le norme del codice dei contratti pubblici applicabili agli affidamenti di servizi alla persona, esclude l'art. 104, sull'avvalimento.

Ne deriva che, un'interpretazione piana del quadro normativo è nel senso che, sebbene non vi sia un ostacolo normativo alla stazione appaltante perché preveda che si possa applicare l'avvalimento (cfr., con riferimento al codice previgente, TAR Lazio – Roma, Sez. II-bis, 29 luglio 2020, n. 8870), esso, se non esplicitamente contemplato dalla legge speciale di gara, non trova spazio nelle procedure relative ai servizi alla persona.

Venendo al caso specifico, il disciplinare di gara fa cenno, in alcune clausole (art. 2.3, 12 e 13.1.), all'avvalimento, ma nessuna specifica statuizione contempla la possibilità che gli operatori partecipanti se ne avvalgano.

Guida alla lettura

La vicenda

La sentenza tratta il tema **dell'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento alle procedure per l'affidamento di servizi alla persona disciplinato all'art. 128 del d.lgs. n. 36/2023.**

Il ricorrente nell'ambito di una procedura per l'affidamento del servizio scolastico di assistenza educativa e di autonomia e di comunicazione rivolto ad alunni con disabilità non essendo in possesso del requisito di capacità tecnica e professionale richiesto dalla *lex specialis* stipulava con un soggetto terzo un contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 104 del vigente Codice. La S.A. procedeva ad espellere l'operatore economico dalla procedura con provvedimento motivato dall'inapplicabilità dell'istituto dell'avvalimento alla procedura di cui al Titolo I, Parte VII del Libro II che disciplina la materia dell'affidamento dei servizi sociali e i servizi assimilati.

Da qui il ricorso per l'annullamento dell'atto espulsivo per violazione delle disposizioni di cui

agli artt. 128 e 104 del Codice. **Il ricorrente adiva il Tribunale sostenendo che istituto dell'avvalimento per natura a carattere generale e per finalità pro-concorrenziali trovava applicazione anche alla procedura in esame** e pertanto il provvedimento impugnato si configurava quale lesivo del principio del [*favor participationis*](#).

Il Collegio respinge il ricorso e nell'occasione ricostruisce il **rapporto tra l'istituto dell'avvalimento e il regime differenziato per l'affidamento dei servizi alla persona**.

L'avvalimento

Brevemente, e al solo fine rendere un chiarimento, l'istituto dell'avvalimento trae le sue origini da diritto europeo, da ultima la Direttiva UE 2014/24 (art.63) e prima ancora anche la Direttiva 2004/18/CE (artt. 47 e 48). Oggi l'**avvalimento** è disciplinato all'art. 104 del Codice ed è individuato nel **contratto, anche detto di prestito, con il quale un operatore economico [ausiliato] che intende partecipare ad una procedura di gara può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane da un'impresa terza [ausiliaria] per eseguire il contratto**. Un prestito di requisiti al fine di poter partecipare alla gara.

Per quanto qui interessa è necessario evidenziare come la corretta applicazione dell'istituto preveda la **forma scritta del contratto, normalmente a titolo oneroso**, e una serie di **oneri e responsabilità in capo alla ditta ausiliata e alla ditta ausiliaria**.

La **ratio** della norma appare chiara, **garantire la massima partecipazione alle gare pubblica**, anche da parte di imprese sprovviste in tutto o in parte dei requisiti di partecipazione.

La disciplina dei servizi sociali e dei servizi assimilati

In adesione agli indirizzi forniti dalla legge delega n. 78/2022 il legislatore delegato ha riscritto la previgente normativa dei servizi in questione operando, tra l'altro una distinzione tra settori ordinari e settori speciali. **La disciplina è oggi indicata, nel suo complesso, agli articoli dal 127 al 131 del Codice**. Le ragioni di un regime differenziato trovano fondamento nel **diritto euro-unitario**, la Direttiva UE 2014/24 fornisce in tal senso indirizzi agli Stati membri e in specifico ricorda che i servizi alla persona *"per la loro stessa natura, continuano ad avere una **dimensione limitatamente transfrontaliera**, essendo prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali"* (considerando n. 114).

Ciò detto, la disciplina codificata negli articoli del Codice sopra richiamati fissano criteri, principi e regole per l'affidamento dei servizi di che trattasi, anche operando una distinzione tra affidamenti sopra e sottosoglia. In tale senso, **l'art. 128 al comma 7 individua in maniera dettagliata gli istituti del Codice che trovano applicazione a tali procedure**, ossia quelli indicati agli artt. articoli 79, 80, 84, 85, 89, 94, 95, 98, 99, 100, 101 e 110.

Le motivazioni del rigetto

Tanto chiaro, il Collegio nell'esaminare il ricorso proposto avverso il provvedimento espulsivo dalla procedura oggetto del giudizio, oltre a ricostruire in punta di diritto la specifica normativa afferente ai servizi in argomento, rinnova l'orientamento giurisprudenziale sulla questione proposta affermando che per espressa previsione di legge **"l'art. 128 d.lgs. n. 36 del 2023, nell'indicare le norme del codice dei contratti pubblici applicabili agli affidamenti di servizi alla persona, esclude l'art. 104, sull'avvalimento. Ne deriva che, un'interpretazione piana del quadro normativo è nel senso che, sebbene non vi sia un ostacolo normativo alla stazione appaltante perché preveda che si possa applicare l'avvalimento (cfr., con riferimento al codice previgente, TAR Lazio – Roma, Sez. II-bis, 29 luglio 2020, n. 8870), esso, se non esplicitamente contemplato dalla legge speciale di gara, non trova spazio nelle procedure relative ai servizi alla persona"**.

Pertanto, **seppur la *lex specialis* in alcune parti facesse riferimento all'avvalimento, in nessuna parte la S.A. statuiva la possibilità per gli operatori economici di farvi ricorso, qualificando i richiami come meri refusi.**

A sostegno di tale impostazione, i Giudici di prime cure richiamano il **parere del Consiglio di Stato del 30 marzo 2017, n. 782** a mezzo del quale lo stesso riteneva che la scelta di introdurre nel codice dei contratti al tempo vigente un regime semplificato per alcuni dei servizi dell'allegato IX aveva come effetto l'inapplicabilità di alcune disposizioni proconcorrenziali tra le quali annoverava l'istituto dell'avvalimento.

Conclusione

Con la sentenza richiamata, il TAR statuisce come **l'istituto dell'avvalimento**, che trova fondamento nel diritto europeo all'art. 63 della Direttiva UE 2024/14, **nel caso specifico delle procedure per l'affidamento dei servizi alla persona non trova diretta applicazione se non nei casi in cui lo preveda espressamente la *lex specialis***. Pertanto, nel caso portato ad esame del Collegio il provvedimento espulsivo della S.A. non è *"frutto di una illegittima clausola escludente, ma della mancanza di uno dei requisiti di partecipazione"* da parte del ricorrente.

Pubblicato il 17/11/2025

N. 01901/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01380/2025 REG.RIC.

REPPUBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 c.p.a.;

sul ricorso numero di registro generale 1380 del 2025, proposto da

Raggio di Sole Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B7DD9E1A89, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Catanzaro, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Anna Maria Paladino, con domicilio eletto presso l'avvocatura comunale, in Catanzaro, alla via Giovanni Jannoni, n. 68;

per l'annullamento

- a. del provvedimento del 10 ottobre 2025, prot. n. 105487, di esclusione dalla procedura avente ad oggetto l'affidamento del servizio scolastico di assistenza educativa e di autonomia e di comunicazione rivolto ad alunni con disabilità, frequentanti le scuole di competenza del Comune di Catanzaro (CIG: B7DD9E1A89), in uno alla relativa comunicazione di pari data, prot. n. PG/4839;
- b. di tutti i verbali di gara e in particolare del verbale del seggio di gara n. 1 del 10 ottobre 2025;
- c. ove e per quanto lesivo del provvedimento di nomina della commissione;
- d. della determina di indicazione della gara e della determina a contrarre;
- e. ove e per quanto lesiva della *lex specialis* di gara così come comprensiva di bando, disciplinare e capitolato così come interpretata in senso escludente dalla Stazione Appaltante;
- f. ove intervenuta della determina di aggiudicazione;
- g. di tutti gli ulteriori atti lesivi;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di servizio sottoscritto nelle more del presente giudizio al fine del subentro della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Catanzaro; Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2025 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.; Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue;

FATTO e DIRITTO

1. Raggio di Sole Cooperativa Sociale Onlus ha inteso prendere parte alla procedura di gara indetta dal Comune di Catanzaro per l'affidamento del servizio scolastico di assistenza educativa e di autonomia e di comunicazione rivolto ad alunni con disabilità, frequentanti le scuole di competenza dell'amministrazione.

L'art. 6.3. del disciplinare di gara prevede, quale requisito di partecipazione, *«aver eseguito, negli ultimi dieci anni dalla data di indizione della presente procedura di gara, servizi analoghi a quelli del presente appalto aventi carattere socio-educativo rivolti a bambini/ragazzi/giovani con disabilità nei confronti di committenti pubblici e/o privati, per un importo complessivo non inferiore ad € 3.000.000,00 IVA esclusa presso Enti pubblici o privati»*.

Non possedendo tale requisito – il fatturato maturato ammonta infatti a € 2.317.958,35 – il citato operatore economico ha stipulato contratto di avvalimento con la Baby Garden – Impresa Sociale.

Nondimeno, il Comune di Catanzaro ha, con il provvedimento impugnato, escluso Raggio di Sole Cooperativa Sociale Onlus dalla procedura, ritenendo che, ai sensi dell'art. 128 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, l'istituto dell'avvalimento non possa applicarsi alle procedure di affidamento dei servizi alla persona.

2. Di qui l'odierno ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale, con il quale Raggio di Sole Cooperativa Sociale Onlus ha chiesto l'annullamento del provvedimento escludente per:

- a. violazione e falsa applicazione degli artt. 94, 95, 104, 128 d.lgs. n. 36 del 2023 e della *lex specialis* di gara, giacché un istituto di carattere generale e finalità pro-concorrenziali quali l'avvalimento dovrebbe trovare applicazione anche alla procedura in esame, come emerge anche da diversi riferimenti ad esso disseminati della legge speciale di gara, che peraltro non esclude specificamente l'istituto;
- b. violazione dell'art. 104 d.lgs. n. 36 del 2023, perché la stazione appaltante avrebbe configurato autonomamente una fattispecie escludente non prevista dalla normativa di settore né tantomeno dalla *lex specialis* di gara;
- c. violazione delle garanzie partecipative, per non esservi stato alcun contraddittorio endoprocedimentale.

3. Il Comune di Catanzaro, costituitosi, ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per mancata sua notifica ad almeno un controinteressato; ha comunque confermato la

correttezza del proprio operato.

4. Alla camera di consiglio del 12 novembre 2025, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il ricorso, sussistendone i presupposti e previo avviso alle parti, è stato discusso nel merito e spedito in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

5. L'eccezione di inammissibilità del ricorso è infondata.

Infatti, rispetto al provvedimento di esclusione di un concorrente da una procedura di gara, adottato prima che sia intervenuta l'aggiudicazione dell'appalto, non sussistono controinteressati ai quali il ricorso debba essere notificato a pena di inammissibilità, anche in ragione del fatto che l'unico interesse tutelabile degli operatori concorrenti è quello all'aggiudicazione dell'appalto sul quale l'eventuale riammissione di uno di essi non ha incidenza determinante (Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2021, n. 3172).

6. Nel merito, il ricorso va respinto.

6.1 Giova ricordare che Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, su cui la disciplina nazionale deve modellarsi, contiene specifiche previsioni per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici, tra cui quelli in materia di istruzione.

Ciò perché si tratta di categorie di servizi che, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, essendo prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali (considerando n. 114).

Anche quando il loro valore superi la soglia ritenuta rilevante, pertanto, gli Stati membri mantengono un'ampia discrezionalità, così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato. Le norme della direttiva tengono quindi conto di tale imperativo, imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento e assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi.

6.2 Ciò posto, la direttiva specifica al Titolo III (artt. 74 ss.) che *«gli Stati membri introducono norme a livello nazionale per l'aggiudicazione degli appalti ai sensi delle disposizioni del presente capo, al fine di garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Gli Stati membri sono liberi di determinare le norme procedurali applicabili fintantoché tali norme consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione. Gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici possano prendere in considerazione le necessità di garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, anche economica, la disponibilità e la completezza dei servizi, le esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e vulnerabili, il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti e l'innovazione. Gli Stati membri possono altresì prevedere che la scelta del prestatore di servizi avvenga sulla base dell'offerta che presenta il miglior*

rapporto qualità/prezzo, tenendo conto dei criteri di qualità e sostenibilità dei servizi sociali».

6.3 L'istituto dell'avvalimento, dal canto suo, trova la sua radice europea nell'art. 63 della direttiva, accolto nel Titolo II della stessa. Si tratta, quindi, di istituto che gli Stati membri non hanno l'obbligo di applicare nelle procedure per l'aggiudicazione dei servizi alla persona.

6.4 In questo contesto si pone l'art. 128 d.lgs. n. 36 del 2023, il quale, nell'indicare le norme del codice dei contratti pubblici applicabili agli affidamenti di servizi alla persona, esclude l'art. 104, sull'avvalimento.

Ne deriva che, un'interpretazione piana del quadro normativo è nel senso che, sebbene non vi sia un ostacolo normativo alla stazione appaltante perché preveda che si possa applicare l'avvalimento (cfr., con riferimento al codice previgente, TAR Lazio – Roma, Sez. II-*bis*, 29 luglio 2020, n. 8870), esso, se non esplicitamente contemplato dalla legge speciale di gara, non trova spazio nelle procedure relative ai servizi alla persona.

6.5 Non a caso, nell'offrire il proprio consulto in occasione dell'emanazione del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recante Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, che introdusse nell'ordinamento il c.d. "*regime alleggerito*" autorizzato dalla Direttiva 2014/24/UE, il Consiglio di Stato, con parere del 30 marzo 2017, n. 782, sottolineò come tale scelta escludesse l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento.

6.6 Venendo al caso specifico, il disciplinare di gara fa cenno, in alcune clausole (art. 2.3, 12 e 13.1.), all'avvalimento, ma nessuna specifica statuizione contempla la possibilità che gli operatori partecipanti se ne avvalgano.

Dunque, alla stregua di quanto sopra illustrato, si deve ritenere che nella gara di cui si tratta l'istituto non fosse applicabile e i riferimenti ad esso contenuti nella *lex specialis* di gara fossero dei meri refusi.

6.7 L'esclusione della ricorrente dalla procedura non è frutto di una illegittima clausola escludente, ma della mancanza di uno dei requisiti di partecipazione.

6.8 È chiaro che, tali essendo gli elementi rilevanti per la vicenda amministrativa, la partecipazione endoprocedimentale dell'operatore economico ricorrente non avrebbe potuto in alcun modo incidere sull'esito escludente della valutazione dei requisiti di partecipazione.

7. Il ricorso è respinto.

Le spese di lite possono essere compensate stante la mancanza di chiari precedenti giurisprudenziali e il fatto che, comunque, nei documenti di gara si fa cenno all'istituto la cui applicazione è stata controversa in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente

pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente

Francesco Tallaro, Consigliere, Estensore

Federico Baffa, Referendario