Contratto di avvalimento e simulazione

di Maria Nappo

Data di pubblicazione: 5-11-2026

Nel paradigma legale, infatti, la messa a disposizione dei requisiti non è fine a se stessa.

Il contratto di avvalimento è funzionale, come visto, a consentire all'offerente di essere in possesso dei requisiti per l'esecuzione della commessa e di dimostrarlo in gara, fatta salva la possibilità del subappalto, che comunque presuppone che l'offerente abbia i requisiti (…)

Il contratto di avvalimento, in quanto presupposto di partecipazione alla gara, assicura la stazione appaltante l'affidabilità dell'offerente a eseguire l'appalto in quanto munito dei requisiti e delle risorse necessarie. Nel caso di specie viene meno la funzione del contratto di avvalimento atteso che la commessa con le caratteristiche evidenziate (…) è eseguita dall'ausiliaria medesima.

Il contratto di avvalimento è quindi un contratto apparente e non voluto dalle parti.

(…) Il contratto simulato non produce effetti tra le parti ai sensi dell'articolo 1414 c.c. (…) Nella prospettiva pubblicistica, un siffatto contratto di avvalimento non garantisce la stazione appaltante in merito all'affidabilità e alla competenza dell'offerente pregiudicando la posizione dell'amministrazione. Considerata poi la posizione di quest'ultima nell'ordinamento giuridico e il contenuto di dovere, oltre che di potere, che qualifica le potestà pubblica, essa è tenuta a far valere la simulazione al fine di assicurare l'affidabilità dell'offerente per la partecipazione alla gara e l'affidamento della commessa.

Si aggiunge che la simulazione costituisce, in ragione dell'attestazione di un'apparenza che non corrisponde alla realtà, un istituto che apporta elementi di criticità rispetto alle esigenze di certezza della sanzione appaltante se riguarda un negozio strumentale alla partecipazione in gara, dal momento che ostacola la trasparenza delle stesse decisioni amministrative e rende difficoltosa l'applicazione delle regole di gara e del principio di parità di trattamento.

Guida alla lettura

Viene all'attenzione del Consiglio di Stato una gara con cui la stazione appaltante si rivolge al mercato per stipulare un accordo quadro con un solo operatore economico, avente ad oggetto la fornitura in acquisto di autobus per trasporto pubblico da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Dopo una precedente esclusione, annullata in sede giurisdizionale con effetto conformativo di

rivalutazione della posizione dell'esclusa, l'odierna controinteressata Sitcar diventa aggiudicataria.

Nel giudizio in esame viene **in contestazione il contratto di avvalimento** da essa concluso con la fornitrice Higer, azienda cinese che produce gli autobus che Sitcar distribuisce. **Il contratto prevede il prestito oltre che di requisiti di capacità economica e finanziaria, anche di requisiti correlati a risorse operative inerenti all'intero stabilimento produttivo dell'ausiliaria Higer**. Più in particolare, l'intera struttura produttiva di Higer è messa a disposizione di Sitcar per favorire la sua partecipazione alla gara e quindi per eseguire l'appalto di fornitura.

Tuttavia, emerge un'insanabile **antinomia tra l'avvalimento così strutturato e un'altra operazione negoziale insistente tra Higer e Sitcar**, in forza della quale **l'ausiliaria costruisce e poi fornisce autobus a Sitcar, la quale si autoqualifica distributrice della produttrice Higer**.

Si pone, allora, la questione di massima importanza: **come ha potuto la produttrice Higer prestare a Sitcar i requisiti di produzione e nello stesso tempo attuare il rapporto di fornitura dei mezzi da essa prodotti, se in sede di avvalimento ha dismesso i requisiti tecnico-operativi?**

Delle due l'una: o il prestito è effettivamente avvenuto e Sitcar non è in condizione di eseguire l'appalto in quanto essa stessa si autoqualifica nell'offerta mera distributrice di prodotti realizzati da Higer; oppure il prestito è solo apparente e Sitcar doveva essere esclusa per carenza dei requisiti di ammissione.

Il Consiglio di Stato affida la risoluzione del quesito al **criterio valutativo della maggiore consistenza economica del rapporto di provvista tra Higer e Sitcar rappresentato dalla fornitura previa produzione, rispetto al contratto di avvalimento**. Infatti, a fronte della periodica fornitura di un elevato quantitativo di mezzi di trasporto da parte di Higer, la stipula di un contratto di avvalimento tra le stesse parti per l'irrisorio importo di euro 3.000 è evidente indice sintomatico di un fenomeno simulatorio.

Le parti non hanno inteso realizzare un reale prestito dei requisiti operativi, bensì creare una mera apparenza di avvalimento operativo, funzionale solo a consentire la partecipazione alla gara a Sitcar. Di fatto quest'ultima non ha mai conseguito i requisiti di produzione, che sono rimasti nella disponibilità di Higer per attuare la più consistente operazione di fornitura.

Pertanto, **siccome l'avvalimento è un contratto simulato, esso non produce effetto tra le parti ai sensi dell'art 1414 cc e la stazione appaltante è tenuta a far valere la simulazione, ritenendo non integrato il possesso dei requisiti di partecipazione**.

In ogni caso, **nel campo dei contratti pubblici l'accertamento del fenomeno simulatorio si traduce in un oggettivo riscontro di inaffidabilità dell'operatore, che deve orientare la valutazione amministrativa nel senso dell'esclusione dalla gara**. Si registra, quindi, un

differente atteggiamento di sistema rispetto al diritto civile.

Nel campo civile le parti sono libere di creare apparenze e l'ordinamento reagisce non vietando, ma prevedendo che rispetto ai terzi valga la realtà dissimulata; nel differente settore del diritto amministrativo, invece, rileva un maggiore atteggiamento di disvalore che può esitare nell'esclusione dalla gara, quando la PA riscontra nella simulazione un'artificiosità contraria alla trasparenza e all'affidabilità dell'operatore.

Più precisamente, siamo al cospetto non solo di un prestito di requisiti non effettivo, che rende invalido l'avvalimento, ma anche di una componente di frode dovuta alla costruzione dell'apparenza, che produce l'esternalità negativa della perdita di affidabilità.

Si colgono in sentenza vani tentativi di conservazione del contratto attraverso una qualificazione diversa dall'avvalimento, cioè come subappalto.

Sotto il primo aspetto, il rapporto di valuta tra Higer e Sitcar giammai può essere qualificato un avvalimento per carenza del fondamentale requisito strutturale dell'**effettività del trasferimento delle risorse**, che si evince dall'**art 104, comma 9 del D.Lgs. n. 36/23** *" la stazione appaltante in corso di esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto"* inoltre " *il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento"*.

Il dato positivo è, quindi, inequivoco: **la commessa deve essere eseguita dall'operatore partecipante, con i requisiti effettivamente prestati dall'ausiliaria**. **È a lui soltanto che sarà rilasciato il certificato di esecuzione**. Quindi, se sul piano reale Higer continua a utilizzare le sue risorse produttive per attuare il contratto di fornitura con Sitcar, quest'ultima di fatto non li ha mai acquisiti e il contratto di avvalimento è invalido.

Quand'anche si volesse valorizzare il ruolo di Higer nella **fase esecutiva del contratto** di appalto, il suo rapporto di valuta con Sitcar sfuggirebbe comunque a qualsiasi qualificazione giuridica sia in termini di avvalimento *ex* art 104, comma 3 del D.Lgs n. 36/23 sia in termini di subappalto.

Non potrebbe rilevare, infatti, **la fattispecie *ex* art 104, comma 3, cit. che prevede l'eccezionale caso dell'avvalimento di titoli abilitativi o professionali, rispetto al quale l'esecuzione è demandata all'ausiliaria**.

Neppure soccorrerebbe la figura del subappalto, la quale è congeniale alla sola fase esecutiva e presuppone già accertato il possesso dei requisisti di partecipazione, fatto salvo il caso del subappalto necessario.

https://www.studiolegalestefanelli.it/Media/Sentenze/Cons-Stato-7462-2026.pdf