

N. 1562/11 NOVEMBRE 2020

leStradeLS

Aeroporti Autostrade Ferrovie

Casa Editrice la fiaccola srl



GALLERIE

Gli avanzamenti
dei trafori alpini

ROAD SAFETY

Come proteggere
gli ostacoli fissi



SMA[®]

safety modular absorber

Normativa e Infrastrutture

Nulla la clausola del disciplinare se chiede SOA dell'impresa ausiliata

Avvalimento e *lex specialis*: la sentenza del Consiglio di Stato n. 22 del 16 ottobre 2020

Claudio Guccione
Avvocato
Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

Maria Rita Silvestri
Avvocato
P&I Studio Legale Guccione & Associati

Oggetto della presente disamina è la sentenza resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 16 ottobre 2020, n. 22 in materia di nullità delle clausole della *lex specialis* di gara con riferimento all'istituto dell'avvalimento. Questi, più in dettaglio, i fatti. Oggetto di scrutinio da parte del Consiglio di Stato è un appalto di lavori di importo superiore a euro 150.000, in relazione al quale la *lex specialis* di gara aveva richiesto il possesso di un'adeguata attestazione SOA, "in corso di validità", per la categoria OG6 in classifica II bis e OS classifica II. Delle 130 offerte tempestivamente pervenute alla stazione appaltante, tre venivano escluse per non aver presen-

tato una propria attestazione SOA, il cui possesso in capo all'ausiliata/concorrente era previsto nel disciplinare di gara proprio per quelle imprese che facevano ricorso all'istituto dell'avvalimento. Uno dei concorrenti esclusi ha interposto ricorso giurisdizionale, contestando la disposizione del bando di gara in quanto, con l'avvalimento dell'attestazione SOA, l'operatore intende proprio sopperire alla mancanza delle qualificazioni professionali e tecniche ad eseguire il lavoro, mentre deve essere in possesso solamente dei requisiti soggettivi che sono costituiti dall'idoneità professionale e da tutti gli altri di cui all'articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016. Inoltre, riteneva il concorrente escluso, che dovesse essere consentito alle imprese, sprovviste dei requisiti tecnici e, nel caso di specie, dell'attestazione SOA, di poter partecipare alla gara attraverso il ricorso all'istituto dell'avvalimento, pena l'impossibilità, per le piccole e medie imprese, di partecipare e quindi di concorrere per acquisire appalti di lavori pubblici. La quinta sezione del Consiglio di Stato investita della controversia ha ritenuto opportuno rimettere all'Adunanza Plenaria la questione relativa alla validità della clausola di un disciplinare di gara, come quello relativo alla procedura di evidenza pubblica in esame, che richieda, a pena di esclusione, l'attestazione SOA dell'impresa ausiliata. La sezione rimettente, infatti, aveva rilevato un contrasto giurisprudenziale, peraltro interno alla stessa sezione, che poteva essere composto solo mediante il pronunciamento da parte dell'Adunanza Plenaria. Difatti, secondo un primo indirizzo, la clausola della legge di gara che condiziona il ricorso all'avvalimento della SOA al possesso di un'attestazione SOA in proprio da parte dell'impresa ausiliata, rappresenta il potere riconosciuto all'amministrazione di escludere il ricorso all'avvalimento. Dall'altro lato, un secondo orientamento ritiene che la clausola della legge di gara che condiziona il ricorso all'avvalimento della SOA al possesso di un'attestazione SOA in proprio da parte dell'impresa ausiliata costituisca un limite "ulteriore" all'avvalimento, che si pone al di fuori delle linee conduttrici previste dall'articolo 89 del d.lgs. n. 50/2016. Ed è proprio dall'articolo 89 che l'Adunanza Plenaria muove, per addvenire ad una soluzione della questione quanto più aderente possibile al dettame normativo. Il richiamato articolo 89 del d.lgs. n.50/2016, come è noto, prevede, in via generale, la possibilità per gli operatori economici di ricorrere all'istituto dell'avvalimento per i requisiti economico, finanziari e operativi

di terzi senza limiti, se non quelli espressamente previsti dalla stessa disposizione normativa. Successivamente, i Giudici richiamano l'articolo 83, comma 8 del medesimo decreto legislativo, in forza del quale è consentito alle stazioni appaltanti di indicare nella legge di gara condizioni di partecipazione ulteriori, intese come livelli minimi di capacità che l'operatore economico deve dimostrare di possedere ai fini della partecipazione alla procedura di gara. Da queste due norme, afferma la sentenza qui in rassegna, si deve necessariamente trarre un principio, peraltro pacificamente sancito anche dall'ordinamento comunitario, in forza del quale la stazione appaltante può limitare la facoltà del concorrente a far ricorso all'avvalimento ma solo nell'ambito del perimetro dei divieti stabiliti dalle norme: in caso contrario, si contravverrebbe sia alla *ratio* stessa sottesa all'istituto dell'avvalimento - che è quella di consentire la più ampia partecipazione possibile alle procedure di evidenza pubblica, come correttamente evidenziato anche dalla Ad. Plen. n. 23/2016 - sia alla tassatività delle preclusioni stabilite, in via generale, dal Codice degli appalti. Quanto ai limiti dell'uso del contratto di avvalimento, i Giudici evidenziano, sulla falsariga di quanto stabilito già nella precedente Ad. Plen. n. 13/2020, come lo scopo che l'impresa deve perseguire mediante tale contratto debba essere necessariamente individuato nell'integrazione di una organizzazione aziendale che, tuttavia, deve comunque esistere e deve operare effettivamente in quel determinato settore oggetto dell'appalto. Ne consegue che l'avvalimento non può consentire ad una impresa di partecipare ad una procedura di gara quale mera "segreteria di coordinamento delle attività altrui", perché in tal caso ci si troverebbe di fronte ad un fenomeno distortivo della concorrenza che i Giudici chiamano, molto esplicitamente, "avvalimento". In un quadro normativo così descritto, conclude la Ad. Plen. qui in commento, l'obbligo, imposto all'ausiliata dal disciplinare di gara, espressamente e a pena di esclusione, di produrre la propria attestazione SOA, si pone in contrasto con gli articoli 84 e 89 del d.lgs. n. 50/2016, che non escludono la possibilità dell'avvalimento dell'attestazione SOA né, tantomeno, subordinano tale possibilità alla condizione di depositare in sede di gara l'attestazione SOA dell'impresa ausiliata in proprio: una siffatta previsione si tradurrebbe, in altri termini, "in un vero e proprio divieto di applicare l'istituto dell'avvalimento mediante la previsione di un adempimento apparentemente formale che, in modo surretti-

zio ma certamente a pena di esclusione per il concorrente, ne comprime l'operatività senza alcuna idonea copertura normativa". Chiarita, dunque, l'illegittimità di una clausola della *lex specialis* di gara di siffatto tenore, i Giudici approfondiscono ulteriormente il tema, chiedendosi se tale disposizione sia annullabile o nulla. La pronuncia in esame muove dal considerare come tutto l'impianto dei vizi dell'atto amministrativo sia, in generale, fondato sull'istituto dell'annullabilità e che la nozione di nullità abbia trovato spazio, nell'ordinamento pubblico, solo di recente, mediante le modifiche apportate nel 2005 alla l. n. 241/1990, laddove, all'articolo 21 *septies*, il Legislatore ha espressamente dettato una disciplina specifica per gli atti amministrativi nulli, individuando ipotesi tipiche di nullità, specularmente a quanto fa il codice del processo all'articolo 31. In ogni caso, evidenziano i Giudici dell'Alto Consesso, la nullità considerata dall'ordinamento amministrativo conserva comunque tratti peculiari propri, che la distinguono dalla nullità intesa in senso civilistico. In questo senso depone, ad esempio, il breve termine decadenziale di 180 giorni previsto dall'articolo 41, co. 2 del codice del processo amministrativo per la proposizione della relativa azione e ciò in quanto il Legislatore ha inteso privilegiare la certezza e la stabilità dei rapporti tra privata e pubblica amministrazione.

La questione specifica

Dopo il breve *excursus* appena richiamato in tema di nullità in senso civilistico ed in senso amministrativo - che meriterebbe esso solo una trattazione a sé - la sen-

tenza in commento torna sul tema principale sottoposto all'attenzione del Consiglio di Stato, ovvero, come detto più volte, la validità di una clausola della *lex specialis* di gara che richieda, a pena di esclusione, l'attestazione SOA dell'impresa ausiliata. Acclarato che una clausola del bando come quella qui in esame sia da considerarsi affetta da nullità e che detta nullità non si estende all'intero provvedimento che resta valido ed efficace per la parte non interessata, appunto, da nullità, i Giudici si interrogano quindi sui rimedi giurisdizionali che l'ordinamento accorda all'operatore economico per ovviare ad una situazione che si presenta, di per sé, patologica. Sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006, la clausola escludente veniva considerata nulla ai sensi dell'articolo 1419, comma 2, cod. civ., con la conseguenza che, come rilevato anche dalla Ad. Plen. n. 9/2014, "la nullità di tali clausole incide sul regime dei termini di impugnazione [...], atteso che la domanda di nullità si propone nel termine di decadenza di centottanta giorni e la nullità può sempre essere eccepita dalla parte resistente ovvero rilevata dal giudice d'ufficio", e che la clausola escludente nulla è "priva di efficacia e dunque inapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice". I principi stabiliti nel 2014 trovano oggi conferma nell'articolo 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, ma i Giudici con la sentenza in commento spingono oltre la loro analisi ermeneutica e chiariscono che, essendo dette clausole inidonee a produrre effetti, esse non trovano comunque spazio di operatività nell'ordinamento e ciò indipendentemente dalla intervenuta impugnabilità delle stesse. Ne consegue, pertanto, secondo la

prospettazione fornita dall'Adunanza Plenaria in esame, che non vi è alcun onere, per gli operatori economici, di impugnarne l'atto di gara contenente la clausola nulla nel relativo termine decadenziale di 180 giorni: detta clausola, in altri termini, "si deve intendere come non apposta a tutti gli effetti di legge". Purtroppo, prosegue la sentenza n. 22/2020 qui in esame, non viene meno, per il concorrente, l'onere di gravame con riguardo agli atti e provvedimenti amministrativi successivi che siano espressione della clausola nulla contenuta nell'atto precedente. In conclusione, l'Adunanza Plenaria enuncia dunque i seguenti principi di diritto: a) la clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione SOA anche della stessa impresa ausiliata si pone in contrasto con gli articoli 84 e 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 ed è pertanto nulla ai sensi dell'articolo 83, comma 8, ultimo periodo, del medesimo decreto legislativo; b) la nullità della clausola ai sensi dell'articolo 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, configura un'ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende all'intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa; c) i provvedimenti successivi adottati dall'amministrazione, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla, compresi il provvedimento di esclusione dalla gara o la sua aggiudicazione, vanno impugnati nell'ordinario termine di decadenza, anche per far valere l'illegittimità derivante dall'applicazione della clausola nulla. ■

L'opinione legale



L'avvocato Claudio Guccione, fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati, è Professore a contratto di Diritto delle Opere Pubbliche all'Università La Sapienza di Roma (claudio.guccione@peilex.com).



Passion for Road Safety

www.prealux.it

AZIENDA LEADER SPECIALIZZATA NELLA PRODUZIONE, DISTRIBUZIONE E INSTALLAZIONE DI PRODOTTI RELATIVI ALLA SICUREZZA STRADALE SIA NEL MERCATO ITALIANO, CHE EUROPEO ED INTERNAZIONALE.



CARRELLI FIG. 400-401



SEGNALETICA LUMINOSA



ATTENUATORI D'URTO



ATTENUATORE D'URTO "TMA"



BARRIERE MINI-GUARD