Appalti pubblici: i limiti nell'avvalimento dell'attestazione SOA.

18 Novembre 2020

Deve considerarsi **nulla, e quindi non apposta, la clausola** del disciplinare di gara **secondo cui l'avvalimento dell'attestazione SOA era subordinato al fatto che la stessa** impresa ausiliata **sia a sua volta attestata**. La nullità (parziale) della clausola, che non si estende all'intero provvedimento, impone **all'impresa l'obbligo impugnare nei termini ordinari l'eventuale aggiudicazione od esclusione**.

Resta fermo che **l'avvalimento deve andare oltre il dato formale della spendita in gara di un'attestazione altrui**, considerandosi **ormai essenziale la messa a disposizione dell'intero complesso di elementi e requisiti riferibili all'organizzazione dell'ausiliaria**.

E' quanto deciso, dall'**Adunanza Plenaria Consiglio di Stato, interessata sulla legittimità di una clausola di gara che imponeva al concorrente ausiliato di allegare** la propria attestazione SOA (sentenza del 16 ottobre 2020, n. 22).

1. Avvalimento certificazioni di qualità e SOA

Prima ancora di affrontare nel dettaglio se e a quali condizioni è possibile l'avvalimento della SOA di altra impresa, nella sentenza viene affrontato il controverso tema dell'avvalimento della certificazione di qualità ISO:90001.

In particolare, l'Adunanza Plenaria ricorda che il **Codice dei contratti pubblici**, d.lgs. 50/2016, **ha superato un primo indirizzo** giurisprudenziale (nato in vigenza del d.lgs. 163/2000) **che** - nato con riferimento all'ISO:90001 - **negava l'ammissibilità dell'avvalimento** di qualsiasi certificazione sul presupposto del loro carattere intrinsecamente e insostituibilmente soggettivo e quasi "personalistico".

La motivazione di tale mutamento va ricercata, sempre secondo l'Adunanza Plenaria, nel fatto che la certificazione di qualità **costituisce un requisito speciale di natura tecnico-organizzativa, e come tale, è suscettibile di avvalimento** (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 30 novembre 2015, n. 5396; id. 26 maggio 2015, n. 2627)

Confermano tale possibilità – su cui si era peraltro già espressa la Adunanza Plenaria con sentenza n. 23 del 4 novembre 2016 (sul previgente d.lgs. 163/2006) – alcune disposizioni dirette a favorire il principio della massima partecipazione alle procedure di gara ossia:

- la **legge delega** per l'emanazione dell'attuale codice, in cui è previsto che «*il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara*» (art. 1, comma 1, lett. "zz" della legge n. 11 del 2016);
- il **Codice dei contratti**, nella parte in cui prevede che l'operatore economico possa **soddisfare in gara la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale** – con esclusione dei requisiti di cui all'art. 80 – **avvalendosi delle capacità di altri soggetti**, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi (art. 89, comma 1, del Codice).

2. Condizioni dell'avvalimento della SOA

Per quanto riguarda la SOA, l'Adunanza Plenaria sottolinea che **il Codice dei contratti** (art. 84, comma 1) **prevede che i soggetti esecutori** a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro devono **essere qualificati da società organismi di attestazione**, appositamente autorizzate dall'ANAC.

Pertanto, al fine di **evitare che l'avvalimento dell'attestazione SOA divenga**

in concreto un mezzo per eludere il sistema di qualificazione, la giurisprudenza ha ipotizzato il necessario superamento di una duplice condizione:

1. a) che **oggetto** della messa a disposizione sia **l'intero complesso di elementi e requisiti** che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA;
2. b) che il **contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, dei requisiti messi a disposizione dell'impresa ausiliata**, senza impiegare formule generiche o di mero stile.

Pertanto, ai fini della qualificazione e dell'esecuzione dell'appalto, **non è sufficiente che l'ausiliaria si impegni semplicemente a prestare l'attestato SOA**, quale mero requisito astratto e valore cartolare, ma **deve mettere a disposizione dell'ausiliata, l'intera organizzazione aziendale** - comprensiva di tutti i fattori della produzione, tutte le risorse e il proprio apparato organizzativo - che le ha consentito di acquisire l'attestazione e la certificazione di qualità (cfr. Cons. St., sez. V, 16 maggio 2017, n. 2316; id. 12 maggio 2017, n. 2226).

Tali condizioni avvicinano l'istituto dell'avvalimento ai **c.d. contratti d'impresa**, già noti nelle negoziazioni private, in cui si fa ricorso ad istituti e meccanismi di collaborazione propri di quell'ordinamento, **come il noleggio, l'affitto, il consorzio, il gruppo societario, il subappalto, la cessione di ramo d'azienda** (cfr. Adunanza Plenaria n. 13 del 2020).

Sicché, **l'avvalimento "non consente di creare un concorrente virtuale costituito solo da una segreteria di coordinamento delle attività altrui, né di partecipare alla competizione ad un operatore con vocazione statutaria ed aziendale completamente estranea rispetto alla tipologia di appalto da aggiudicare"** (cfr. Cons. Stato, sez. V, del 20 novembre 2013, n. 1772; id., sez. III, n. 3702 del 10 giugno 2020).

Solo su tale base è possibile **evitare il cd. fenomeno del c.d. "avvalificio"** (in cui operino imprese che si limitino ad utilizzare la capacità economica di altre imprese), **indirizzare l'applicazione pratica dell'istituto** (che può presentarsi sotto forma di avvalimento frazionato, plurimo, incrociato e 'sovrabbondante') e **sanzionare le forme di avvalimento vietate** (vedi quello cd. 'a cascata', da ultimo approfondito dalla stessa Adunanza Plenaria con sent. n. 13 del 2020 in

riferimento al progettista indicato “*non rientrante nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico*”).

3. Obbligo di SOA per l'ausiliata

Una volta adempiute le suddette condizioni, osserva l'Adunanza Plenaria, **obbligare l'ausiliata** - a pena di esclusione - **a produrre la propria attestazione SOA si traduce in un vero e proprio divieto di applicare l'istituto dell'avvalimento** (in contrasto con gli artt. 84 e 89 del Codice), perché impone un adempimento solo apparentemente formale che, in modo surrettizio ne comprime l'operatività senza alcuna idonea copertura normativa (*cf.* Consiglio di Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5834).

Neppure si può ritenere che la clausola in questione sia legittima sulla base del Codice laddove prevede **che «le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità»** (art. 83, comma 8, primo periodo, del Codice).

Infatti, per il principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 83, comma 8 del Codice), **la discrezionalità**, che consente di richiedere requisiti coerenti e proporzionati all'appalto, **è ben diversa dalla facoltà**, non ammessa dalla legge, **di imporre adempimenti che in modo generalizzato ostacolano la partecipazione alla gara** (*cf.* Cons. St., sez. V, 26 maggio 2015, n. 2627).

4. Nullità della clausola

Come evidenzia la sentenza in commento, secondo la **più risalente giurisprudenza amministrativa** (Adunanza Plenaria, sentenza n. 1 del 2003), **l'impresa potenzialmente lesa da una clausola escludente aveva l'onere di proporre subito un ricorso** giurisdizionale, sicché si doveva considerare tardiva la sua impugnazione unitamente all'esclusione, se proposta dopo la scadenza del termine di impugnazione del bando.

Tale giurisprudenza, ricorda l'Adunanza Plenaria, è stata superata dal **d.l. n. 70**

del 2011 che, modificando l'art. 46 del d.lgs. 163/2006, **ha introdotto il principio della 'tassatività delle cause di esclusione' ribadito nell'art. 83, comma 8**, del vigente Codice, in cui è stabilito che 'sono comunque nulle' le clausole escludenti in contrasto con tale principio.

Sul significato di tale nullità, **l'Adunanza Plenaria conferma quanto già sancito con la sentenza n. 9 del 2014** ossia che *"la sanzione della nullità... è riferita letteralmente alle singole clausole della legge di gara esorbitanti dai casi tipici; si dovrà fare applicazione, pertanto, dei principi **in tema di nullità parziale** e segnatamente dell'art. 1419, comma 2, c.c."* (la cd. condizione del *vitiatur sed non vitiatur*).

La nullità, pur non estendendosi al provvedimento nel suo complesso, **rende illegittimi e quindi annullabili** secondo le regole ordinarie **gli atti ulteriori posti in essere dall'amministrazione** (esclusione o aggiudicazione) che si fondano sulla clausola escludente nulla.

Gli atti successivi del procedimento, conservando il loro carattere autoritativo, **sono soggetti al termine di impugnazione** previsto dall'art. 120 del codice del processo amministrativo, entro il quale il concorrente può **chiedere l'annullamento** dell'atto di esclusione (e degli atti successivi) emesso dalla Stazione appaltante, per aver fatto illegittima applicazione della suddetta clausola.

Ne consegue che non sussiste alcun onere a carico delle concorrenti **di impugnare** (entro l'ordinario termine di decadenza) **la clausola escludente nulla** e quindi "inefficace" *ex lege*. Il concorrente è tuttavia soggetto ad **uno specifico onere di impugnare nei termini ordinari gli atti successivi** che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell'atto precedente.

5. Principi di diritto

Per le ragioni che precedono, l'Adunanza Plenaria ha enunciato i seguenti principi di diritto:

1. a) **la clausola del disciplinare di gara, che subordini l'avvalimento della qualificazione SOA alla produzione in gara**

dell'attestazione dell'ausiliata, si pone in contrasto con la disciplina della qualificazione SOA e dell'avvalimento (rispettivamente artt. 84 e 89, comma 1, del Codice) ed è pertanto **nulla** in ragione del principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 83, comma 8, ult. periodo, del Codice);

2. b) la lett. a) configura un'ipotesi di **nullità parziale**, ossia **limitata alla clausola** del disciplinare di gara (quindi da considerare come non apposta). Tale nullità **non si estende all'intero provvedimento**, che conserva la propria natura autoritativa;
3. c) i **provvedimenti successivi adottati dall'amministrazione**, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla (ad es. l'esclusione dalla gara o l'aggiudicazione), **vanno impugnati nell'ordinario termine di decadenza**, anche per far valere l'illegittimità derivante dall'applicazione della clausola nulla.

Link esterni

- [Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 16 ottobre 2020, n. 22](#)
- [Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 luglio 2020, n. 13](#)
- [Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 novembre 2016, n. 23](#)
- [Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9](#)
- [Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 gennaio 2003, n.1](#)
- [Consiglio di Stato, sez. III, 10 giugno 2020 n. 3702](#)
- [Consiglio di Stato, sez. V, 17 marzo 2020, n. 1920](#)
- [Consiglio di Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5834](#)
- [Consiglio di Stato, sez. V, 16 maggio 2017, n. 2316](#)
- [Consiglio di Stato, sez. V, 12 maggio 2017, n. 2226](#)
- [Consiglio di Stato, sez. V, 30 novembre 2015, n. 5396](#)
- [Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2627](#)
- [Consiglio di Stato, sez. V, 20 novembre 2013, n. 1772](#)