

La quinta sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria la determinazione dell'ambito di applicazione del divieto di clausole di esclusione atipiche dalla gara di appalto, con riferimento alle clausole con cui le stazioni appaltanti vietando o limitando la possibilità per i concorrenti di fare ricorso all'avvalimento precludono, di fatto, la partecipazione alla gara degli operatori economici che siano privi dei corrispondenti requisiti di carattere economico-finanziario o tecnico-professionale. In particolare, se sia nulla la clausola con cui, per gli appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, sia consentito il ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA soltanto da parte di soggetti che posseggono una propria attestazione SOA.

Consiglio di Stato, sezione V, sentenza non definitiva, 17 marzo 2020, n. 1920 – Pres. Barra Caracciolo, Rel. Barreca

Contratti pubblici – Tassatività delle cause di esclusione – Divieto o limitazioni all'avvalimento – Attestazione SOA – Deferimento all'Adunanza plenaria

Devono essere rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni:

a) se rientrano nel divieto di clausole di esclusione c.d. atipiche, di cui all'art. 83, comma 8, ultimo inciso, del d.lgs. n. 50 del 2016, le prescrizioni dei bandi o delle lettere d'invito con le quali la stazione appaltante, limitando o vietando, a pena di esclusione, il ricorso all'avvalimento al di fuori delle ipotesi consentite dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, precluda, di fatto, la partecipazione alla gara degli operatori economici che siano privi dei corrispondenti requisiti di carattere economico-finanziario o tecnico-professionale;

b) in particolare, se possa reputarsi nulla la clausola con la quale, nel caso di appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, sia consentito il ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA soltanto da parte di soggetti che posseggono una propria attestazione SOA (1).

(1) I. – La quinta sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria dei quesiti connessi alla delimitazione dell'ambito applicativo del divieto di clausole di esclusione c.d. atipiche, di cui all'art. 83, comma 8, ultimo inciso, del d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50. In particolare il collegio chiede: se rientrano in tale divieto le prescrizioni dei bandi o delle lettere di invito con le quali la stazione appaltante, limitando o vietando, a pena di esclusione, il ricorso all'avvalimento, precluda di fatto la partecipazione alla gara degli operatori economici che siano privi dei corrispondenti requisiti di carattere economico-finanziario o tecnico-professionale; in particolare, se possa reputarsi nulla la clausola con la quale sia consentito il ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA soltanto da parte di soggetti che posseggono una propria attestazione SOA, per appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro.

II. – Nel caso di specie, la società ricorrente in primo grado era stata esclusa da una procedura di gara, avente ad oggetto l'ampliamento della capacità di base deposito carburanti, in quanto aveva dichiarato nella propria offerta tecnica di avvalersi di SOA di impresa ausiliaria, in contrasto con la previsione del disciplinare di gara che precludeva una tale possibilità per le imprese prive di una propria attestazione SOA.

In primo grado, il ricorso principale proposto dalla concorrente esclusa era accolto, con dichiarazione della nullità della clausola in questione, perché avrebbe imposto, a pena di esclusione, un requisito ulteriore rispetto a quelli previsti dalla legge, in violazione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

L'aggiudicataria proponeva quindi appello avverso la sentenza di primo grado.

III. – Con la sentenza non definitiva in rassegna il collegio, dopo essersi pronunciato su parte delle domande ed aver esaminato le argomentazioni delle parti, ha osservato quanto segue:

- a) la clausola in questione prevede che *“i concorrenti possono soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale richiesti nel presente disciplinare di gara, avvalendosi dell'attestazione SOA di altro soggetto ad esclusione delle categorie di cui all'art.2, comma 1 del Decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248, ai sensi del comma 11 dell'art. 89 del Codice. Ai sensi del combinato disposto degli articoli 84 e 89, comma 1 del Codice i concorrenti che ricorrono all'istituto dell'avvalimento devono, pena esclusione, essere in possesso di propria attestazione SOA da attestare secondo le modalità indicate nel precedente punto 17...”*;
- b) ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 *“i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*;
- c) secondo un orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, 23 agosto 2019, n. 5834), che ha esaminato una clausola di tenore analogo a quella oggetto della controversia in rassegna:
 - c1) muovendo dalla *ratio* dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 come diretto a garantire la più ampia partecipazione delle imprese alle gare pubbliche, si è escluso che il divieto in questione riguardi l'avvalimento in relazione ad attività e a compiti specifici e si è piuttosto ritenuto che ponga di fatto in essere un limite generale al suo ricorso al di fuori dei limiti all'avvalimento consentiti alla stazione appaltante;
 - c2) la clausola sarebbe quindi nulla perché non introduce una disciplina, sia pur restrittiva, delle modalità con cui ricorrere all'avvalimento, ma un vero e proprio divieto di ricorrere a tale istituto, incompatibile con la norma

cogente attualmente prevista dall'art. 89 del codice dei contratti pubblici e perché si è in presenza di un potere esercitato dalla stazione appaltante *praeter legem*, nel richiedere dei requisiti non contemplati dalla norma codicistica ed il cui effetto sarebbe quello di vanificare la stessa *ratio* applicativa di quest'ultima;

- d) con l'ordinanza cautelare emessa nel medesimo giudizio (Cons. Stato, 2019, n. 344), la sezione aveva manifestato adesione per l'orientamento contrapposto, sia quanto al rapporto con la previsione dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 (affermando che la clausola impugnata fosse espressione di un potere amministrativo in astratto esistente, quale è quello di disciplinare le modalità dell'avvalimento in corso di gara), sia quanto al rapporto con l'art. 83, comma 8, ultimo inciso, (affermando che non potesse essere qualificata come causa di esclusione atipica);
- e) sulla qualificazione del vizio della clausola in termini di nullità piuttosto che di annullabilità, non sono decisivi gli argomenti fondati sull'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, anche dopo l'eliminazione dal primo comma del riferimento che era fatto ai requisiti di qualificazione di cui all'art. 84, effettuata con il d.lgs. n. 56 del 2017;
- f) non è in contestazione che l'avvalimento sia consentito per soddisfare la richiesta relativa al possesso di tutti i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83, lett. b) e c), compreso il caso in cui per la prova del possesso di tali requisiti di qualificazione sia richiesta, ai sensi dell'art. 84, l'attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato (SOA) autorizzati dall'ANAC; così come non è in contestazione che l'avvalimento della SOA di altra impresa sia consentito anche da parte di impresa che ne sia del tutto priva, purché operante nel settore economico di riferimento, quindi fornita del corrispondente requisito di idoneità professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. a);
- g) è analogamente incontroverso, già ai sensi dell'art. 89, che: la stazione appaltante ha il potere di limitare il ricorso all'avvalimento, ma soltanto a determinate condizioni, delineate nel comma 4; l'avvalimento è un istituto di generale applicazione per conseguire il possesso dei requisiti di partecipazione, potendo essere escluso soltanto nelle ipotesi tipizzate dal legislatore;
- h) ne discende che l'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante al di fuori delle ipotesi consentite o l'introduzione di cause di inammissibilità o di divieto di avvalimento diverse da quelle previste per legge vizia la corrispondente previsione della legge di gara;
- i) per quanto riguarda l'effetto prodotto da tale vizio sulla procedura di gara si deve considerare che esso finisce per comportare, di regola, l'esclusione dalla partecipazione alla gara di tutti coloro cui si è illegittimamente impedito il ricorso

all'avvalimento. La clausola corrispondente, pur non prevedendo direttamente l'esclusione dalla gara se non in possesso di un particolare requisito, finisce per avere il medesimo effetto escludente che viene raggiunto prevedendo un requisito di partecipazione per il quale non è consentito l'avvalimento;

j) pertanto, la questione posta dal ricorso involge quella dell'interpretazione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, laddove in applicazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, sancisce la nullità testuale delle ulteriori prescrizioni contenute nei bandi o nelle lettere di invito a pena di esclusione rispetto a quelle previste dallo stesso codice e da altre disposizioni di legge vigenti;

j1) le clausole del bando di gara riguardanti i requisiti di partecipazione alle procedure selettive vanno tempestivamente impugnate allorché contengano prescrizioni di carattere escludente. Tali sono tipicamente quelle legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento. Tale regola è stata recepita dall'art. 120, comma 5, c.p.a.;

j2) la previsione della nullità testuale dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 impone il coordinamento sul piano processuale dell'art. 120, comma 5, c.p.a. con l'art. 31, comma 4, c.p.a., ponendo la questione della prevalenza di quest'ultima disposizione ogniqualvolta la prescrizione della legge di gara, pur autonomamente e immediatamente lesiva, in quanto riguardante requisiti soggettivi, sia riconducibile alla fattispecie di divieto di cause di esclusione atipiche;

j3) lo stesso art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 assegna alle stazioni appaltanti il compito di indicare le condizioni di partecipazione richieste, con la facoltà di esprimerle come livelli minimi di capacità, tra cui rientra a pieno titolo il possesso di attestazione SOA;

j4) nel caso in esame è quindi richiesto un requisito di partecipazione in astratto proporzionato e congruente con l'oggetto e il valore dell'appalto e con la tipologia dei lavori da eseguire;

j5) la clausola del disciplinare di gara in esame è stata tuttavia interpretata sia dalla stazione appaltante sia dalla sentenza di primo grado nel senso che il possesso in proprio di un'attestazione SOA fosse condizione per accedere, a pena di esclusione, all'istituto dell'avvalimento. La disciplina di gara, così interpretata, pertanto: da un lato, ha limitato la possibilità di ricorrere all'avvalimento; dall'altro, ha impedito che gli operatori economici

sprovvisti di qualificazione SOA possano partecipare alle gare, pur essendo in possesso di idoneità professionale;

- j6) la giurisprudenza del Consiglio di Stato non appare chiaramente delineata sul punto della illegittimità delle clausole che impongono, per i contratti di appalto di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, ai concorrenti che vogliono stipulare un avvalimento per il possesso dell'attestazione SOA di averne almeno una in proprio.

IV. – Per completezza si segnala quanto segue:

k) sul principio di tassatività delle cause di esclusione, si vedano in particolare:

- k1) Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18 – Lavorgna s.r.l. (in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2019, fasc. 3, 111, con nota di DAMIN; *Riv. corte conti*, 2019, fasc. 3, 213, con nota di MARZANO; oggetto della News US n. 56 del 13 maggio 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti spec. § j) sul soccorso istruttorio e § k) sul principio di proporzionalità), secondo cui *“I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un’offerta economica presentata nell’ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l’esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell’ipotesi in cui l’obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d’appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d’appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall’amministrazione aggiudicatrice”*. La Corte si è pronunciata nel caso di specie sul rinvio pregiudiziale proposto dal T.a.r. per il Lazio, sez. II-bis, ordinanza 24 aprile 2018, n. 4562 (oggetto della News US, in data 4 agosto 2018);
- k2) Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2019, nn. 1, 2 e 3 (in *Foro it.*, 2019, III, 440, nonché oggetto della News US n. 18 del 4 febbraio 2019, alla quale si rinvia

per ulteriori approfondimenti, spec. §§ m) ed o), nonché sul soccorso istruttorio §§ l) ed n), che ha rimesso alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale se *“il diritto dell’Unione europea (e segnatamente i principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli articoli 83, comma 9, 95, comma 10, e 97, comma 5, del ‘Codice dei contratti pubblici’ italiano, di cui al d.lgs. n. 50 del 2016) in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l’esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. ‘soccorso istruttorio’, pur nelle ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione”*. Con le medesime ordinanze il collegio ha chiarito che le norme del nuovo codice dei contratti (in specie, il combinato disposto dell’art. 83, comma 9, con l’art. 95, comma 10) devono essere interpretate nel senso di imporre l’esclusione dell’offerta che non abbia indicato separatamente i costi per la manodopera e per gli oneri di sicurezza – pure nelle ipotesi in cui quell’offerta, dal punto di vista sostanziale, abbia effettivamente computato quei costi –, senza alcuna possibilità di invocare, da parte dell’impresa così esclusa, il rimedio del c.d. soccorso istruttorio. Ha quindi affermato che questa soluzione presenta possibili profili di incompatibilità con i principi euro-unitari di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, nonché con le norme della direttiva n. 2014/24/UE, sollevando, di conseguenza, quale giudice di ultima istanza, questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia UE. In ogni caso la stessa Adunanza plenaria ha segnalato che vi sono importanti argomenti di ordine letterale e logico che farebbero propendere per la compatibilità comunitaria dell’obbligo di esclusione dalla gara, quale ormai imposto, a livello legislativo, dalle richiamate disposizioni del Codice dei contratti del 2016. Successivamente alla sentenza della Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18 – *Lavorgna s.r.l.*, cit., Cons. Stato, Ad. plen., ordinanze, 28 ottobre 2019 nn. 11, 12 e 13 (oggetto della News US n. 121 dell’8 novembre 2019) ha ritenuto che, qualora in seguito a un rinvio pregiudiziale di interpretazione sollevato dal giudice amministrativo, sopraggiunga una decisione della Corte di giustizia UE che si pronunci sulla medesima

questione, una volta accertato il venir meno dell'interesse e, quindi, la sopravvenuta irrilevanza della causa pregiudiziale, il giudice ritira la relativa domanda dandone comunicazione alla Corte di giustizia UE. Nel caso di specie, ritenendo essere venuto meno l'interesse a ottenere una pronuncia pregiudiziale della Corte, ha ritirato la domanda di pronuncia pregiudiziale a norma dell'art. 100, comma primo, del Regolamento di procedura della Corte di giustizia (Reg. int. 25 settembre 2012), che prevede che *“La Corte resta investita della domanda di pronuncia pregiudiziale fintantoché il giudice che ha adito la Corte non abbia ritirato la sua domanda. Il ritiro di una domanda può essere preso in considerazione sino alla notifica della data di pronuncia della sentenza agli interessati menzionati dall'articolo 23 dello statuto”*;

- 1) sull'onere di impugnare immediatamente clausole del bando direttamente escludenti si veda: Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4 (in *Foro it.*, 2019, III, 67; oggetto della News US, in data 10 maggio 2018, alla quale si rinvia, oltre che per l'analisi della sentenza dell'Adunanza plenaria e dell'ordinanza di rimessione, per ulteriori approfondimenti, specie con riferimento alla casistica delle clausole immediatamente escludenti §§ da p) a w) e sulla impossibilità di configurare la tutela del c.d. interesse strumentale nell'attuale ordinamento amministrativo §§ da aa) a dd), secondo cui, tra l'altro:
 - 11) *“Le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugunate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugunate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura”*;
 - 12) l'art. 120, comma 5, c.p.a. prevedendo l'onere di immediata impugnazione del bando o dell'avviso di gara solo *“in quanto autonomamente lesivo”* va interpretato nell'unico senso possibile e cioè che tale eventualità sia ravvisabile soltanto nell'ipotesi in cui il bando presenti clausole escludenti ma non che possa essere anche estesa a *“tutte le clausole attinenti alle regole “formali” e “sostanziali” della gara”* (pur prive di portata escludente) come invece prospettato dalla sezione rimettente, occorrendo a tal fine un intervento in chiave additiva della Corte costituzionale;
 - 13) dall'espressa comminatoria di nullità delle clausole espulsive autonomamente previste dalla stazione appaltante (comma 1 *bis* dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed all'art. 83 comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016) non potrebbe trarsi alcun argomento a sostegno del superamento del consolidato orientamento in punto di necessità di impugnare le clausole non preclusive della partecipazione unitamente al provvedimento che rende certa ed invero la lesione ed anzi proprio il regime della nullità deporrebbe nel senso

opposto stante il potere di disapplicazione della clausola ad opera della commissione di gara (come affermato da Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974 in *Riv. giur. edilizia* 2013, 2, I, 319) e della possibilità di farla valere in giudizio in ogni momento;

m) sul tema specifico dei rapporti tra azione di nullità, clausole del bando violative del divieto di tassatività e azione di annullamento, si vedano:

m1) Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, non citata dalla decisione in commento (in *Foro it.*, 2014, III, 429, con nota di SIGISMONDI, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti; *Giurisdiz. amm.*, 2013, ant., 616; *Foro amm.*, 2014, 387; *Dir. proc. amm.*, 2014, 544, con nota di BERTONAZZI; *Urbanistica e appalti*, 2014, 1075 (m), con nota di FANTINI; *Giornale dir. amm.*, 2014, 918 (m), con nota di FERRARA, BARTOLINI; *Nuovo notiziario giur.*, 2014, 550, con nota di BARBIERI), secondo cui: “L’art. 46, 1° comma bis, d.leg. 12 aprile 2006 n. 163, introdotto dall’art. 4, 2° comma, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011 n. 70, conv. dalla l. 12 luglio 2011 n. 106, sulla tassatività delle cause di esclusione da una procedura di gara per appalti pubblici, non è norma di interpretazione autentica e pertanto si applica soltanto alle procedure i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati dopo la sua entrata in vigore”; “Rispetto alle procedure di gara non disciplinate dal d.leg. 12 aprile 2006 n. 163, è illegittima la clausola del bando che commina l’esclusione per l’inosservanza di una prescrizione meramente formale”. Nella sentenza si chiarisce (§ 6.1.5.), sotto l’egida di precedente normativa - i cui principi sono da ritenersi ancora attuali non essendo mutata, *in parte qua*, la disciplina sostanziale recata dal nuovo codice dei contratti pubblici - che l’art. 46 del codice all’epoca vigente deve essere inteso nel senso che l’esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell’ipotesi in cui impongano «adempimenti doverosi» o introducano, comunque, «norme di divieto», pur senza prevedere espressamente l’esclusione ma sempre nella logica del *numerus clausus*. Questa interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in forza della quale la tassatività può ritenersi rispettata anche quando la legge, pur non prevedendo espressamente l’esclusione, imponga, tuttavia, adempimenti doverosi o introduca norme di divieto, è stata espressamente affermata dall’adunanza plenaria nel senso della non necessità, ai sensi dell’art. 46, comma 1 bis, cod. contratti pubblici, che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara “La cogenza delle cause

legali di esclusione rivela il carattere non solo formale del principio di tassatività — ovvero il suo atteggiarsi a enunciato esplicito della medesima causa di esclusione — ma anche e soprattutto la sua indole sostanziale: la riforma del 2011, infatti, ha inteso selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente ma anche alla stazione appaltante”. Al § 6.2. si precisa ancora che, dopo aver individuato lo scopo, il contenuto e gli effetti del principio di tassatività delle cause di esclusione, la legge ha rafforzato la previsione testuale della nullità delle clausole difformi, “la sanzione della nullità, in luogo di quella classica dell’annullabilità dell’atto amministrativo, è riferita letteralmente alle singole clausole della legge di gara esorbitanti dai casi tipici; si dovrà fare applicazione, pertanto, dei principî in tema di nullità parziale e segnatamente dell’art. 1419, 2° comma, c.c., a tenore del quale la nullità di singole clausole non comporta la nullità dell’intero atto se le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative, senza che si possa indagare sulla presenza di una difforme volontà della stazione appaltante di non adottare il bando privo della clausola nulla, ma fermo l’esercizio, ovviamente, degli ordinari poteri di autotutela”. La nullità di tali clausole incide, pertanto, sul regime dei termini di impugnazione e sui meccanismi di rilievo di tale radicale forma di invalidità, atteso che la domanda di nullità si propone nel termine di decadenza più ampio e la nullità può essere eccepita dalla parte resistente ovvero rilevata d’ufficio dal giudice. Al § 6.2.1. si precisa ancora che “in relazione alle gare disciplinate dal codice dei contratti pubblici si potranno quindi verificare le seguenti ipotesi: a) legge di gara che esplicitamente recepisce (o rinvia) (al)le disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento attuativo o di altre leggi statali, che prevedono adempimenti doverosi a pena di esclusione; in tal caso la violazione dell’obbligo conduce de plano all’esclusione dell’impresa; b) legge di gara silente sul punto; in tal caso la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell’art. 1339 c.c., alla etero-integrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell’obbligo, all’esclusione del concorrente (cfr., sul punto, ad. plen. 5 luglio 2012, n. 26, id., Rep. 2012, voce cit., n. 1226; 13 giugno 2012, n. 22, ibid., n. 1225); c) legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; in tal caso la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice; d) legge di gara che, in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, espressamente si pone in contrasto con essi ovvero detta una disciplina

incompatibile; in tal caso occorre una impugnativa diretta della clausola invalida per poter dedurre utilmente l'esclusione dell'impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento";

- m2) con riferimento alla tassatività delle cause di esclusione Cons. Stato, Ad. plen., 5 luglio 2012, n. 26 (in *Corriere merito*, 2012, 969, con nota di CICCHESSE; *Riv. amm.*, 2012, 795; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 77, con nota di RICCI), secondo cui *"L'art. 37, 4° comma, del codice dei contratti pubblici n. 163 del 2006, nella parte in cui ha previsto che «nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti o consorziati» si applica non solo quando si tratti di ati verticali, ma anche di ati orizzontali"*;
- m3) in dottrina R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, p. 956;
- n) sull'avvalimento si vedano:
- n1) Corte di giustizia UE, 14 febbraio 2019, C-710/17, Soc. coop. animazione Valdocco (in *Foro amm.*, 2019, 187; oggetto della News US, n. 25 del 22 febbraio 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti) che ha dichiarato irricevibile un rinvio pregiudiziale, concernente l'ammissibilità dell'avvalimento da parte del progettista incaricato nei contratti pubblici di lavori, ricordando che, affinché una controversia in materia di appalti c.d. sotto soglia possa risultare rilevante per il diritto europeo, è necessaria la dimostrazione del c.d. interesse transfrontaliero certo. Nel caso di specie, la controversia riguardava una gara, bandita nella vigenza del vecchio codice dei contratti (d.lgs. n. 163 del 2006), per la realizzazione di una centrale alimentata a biomasse per il teleriscaldamento di un centro abitato. La gara presentava un importo complessivo inferiore alla soglia comunitaria indicata dall'art. 7, lett. c), della direttiva n. 2004/18/CE, ed era stata aggiudicata ad un'impresa che proponeva un c.d. avvalimento a cascata: essa cioè, in sede di offerta, aveva indicato un progettista esterno il quale, a sua volta, e previa sua auto-qualificazione come "operatore economico", avrebbe dovuto avvalersi delle capacità di un soggetto terzo ai sensi dell'art. 53, comma 3, prima parte, del d.lgs. n. 163 del 2006 (secondo cui *"Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione"*). In primo grado, il T.a.r. per il Friuli-Venezia Giulia, con sentenza 11 gennaio 2013, n. 18, aveva respinto il ricorso presentato dall'impresa seconda classificata, sostenendo che, in

applicazione dei “*principi di livello europeo e nazionale, sulla base dell’articolo 49 del codice dei contratti e degli articoli 47 e 48 della direttiva del 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE*”, “*l’avvalimento deve ritenersi ammesso anche a favore della figura del professionista che si incarica formalmente di eseguire la progettazione di determinati lavori*”. In appello il Consiglio di Stato (con ordinanza 30 ottobre 2017, n. 4982, in *Foro amm.*, 2017, 2023, solo massima) ha rilevato che, secondo la prevalente giurisprudenza nazionale, il progettista esterno non è qualificabile come “operatore economico” ai sensi dell’art. 53, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006, non essendogli di conseguenza consentito di far ricorso all’avvalimento. Ha anche aggiunto, sul punto, che, “*trattandosi di prestazione professionale, l’attività è incentrata sull’intuitus personae per cui la personalità della prestazione ha un particolare rilievo*”; ed ha quindi ricordato che, secondo la giurisprudenza amministrativa, l’avvalimento è già una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara, sicché va permesso solo in ipotesi delineate rigorosamente, per garantire l’affidabilità, *in executivis*, del soggetto concorrente, con la conseguenza che “*la fattispecie di avvalimento a cascata è non permessa, giacché elide quel necessario rapporto diretto tra ausiliaria e ausiliata, così allungando e indebolendo la catena giuridica che lega i vari soggetti, con riflessi effetti evidenti in punto di responsabilità solidale, per il soggetto ausiliato riguardo al soggetto ausiliario munito in via diretta dei requisiti da concedere*”. Il giudice d’appello ha pertanto ritenuto opportuno di sottoporre al vaglio della Corte di Giustizia dell’Unione Europea la questione “*se sia compatibile con la pertinente normativa comunitaria (art. 48 della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi) una previsione come quella del già analizzato art. 53, comma 3, d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163, che ammette alla partecipazione un’impresa con un progettista ‘indicato’, il quale, a sua volta, per prevalente giurisprudenza nazionale, non essendo concorrente, non può ricorrere all’avvalimento*”;

- n2) la sentenza della Corte di giustizia UE, sez. I, del 14 settembre 2017, C-223/16, Casertana costruzioni s.r.l. (in *Giur. it.*, 2017, 2458, con nota di GIUSTI; *Urbanistica e appalti*, 2018, 183, con nota di MANZI; *Foro amm.*, 2017, 1780; *Riv. trim. appalti*, 2017, 1069; oggetto della News US in data 5 dicembre 2017, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti e richiami sull’istituto dell’avvalimento e, in particolare, §§ da d) a j) per precedenti giurisprudenziali sul tema), secondo cui l’art. 47, par. 2, e l’art. 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi,

“devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità per l’operatore economico, che partecipa a una gara d’appalto, di sostituire un’impresa ausiliaria che ha perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, e che determina l’esclusione automatica del suddetto operatore”. Nella controversia sottoposta alla Corte era emersa la sopravvenuta perdita dei requisiti dell’impresa ausiliaria. Con l’ordinanza di rimessione la quarta sezione ricostruiva il possibile contrasto tra la normativa nazionale italiana e quella europea, laddove, mentre ammette che il concorrente possa avvalersi dei requisiti e attestazioni di altra impresa c.d. ausiliaria, non consente espressamente, che in caso di perdita o riduzione dei requisiti di partecipazione in capo all’impresa ausiliaria indicata essa possa essere sostituita con altra impresa. Nell’impostare il ragionamento che ha portato alla soluzione di cui alla massima, la sentenza parte dalla constatazione del riconoscimento in via generale del sistema di avvalimento, cioè del diritto per ogni operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché dimostri all’amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari per l’esecuzione di tale appalto. La sentenza ritiene che consentire, in modo imprevedibile, esclusivamente a un raggruppamento d’imprese di sostituire un’impresa terza che fa parte del raggruppamento, e che ha perduto una qualificazione richiesta a pena di esclusione, costituirebbe una modifica sostanziale dell’offerta e dell’identità stessa del raggruppamento. Una tale modifica dell’offerta, infatti, obbligherebbe l’amministrazione aggiudicatrice a procedere a nuovi controlli procurando un vantaggio competitivo a tale raggruppamento;

- n3) Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23 (in *Guida al dir.*, 2017, fasc. 2, 50, con nota di PONTE; *Foro amm.*, 2016, 2628; *Urbanistica e appalti*, 2017, 410, con nota di FIGUERA; *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 4, 100; *Riv. amm.*, 2017, 261; oggetto della News US, in data 10 novembre 2016, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti, specie §§ da r) a v), con riferimento alla giurisprudenza in tema di avvalimento), secondo cui: *“l’art. 49 d.leg. 12 aprile 2006 n. 163 e l’art. 88 d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207, in relazione all’art. 47, par. 2, dir. 2004/18/Ce, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un’interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell’oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli art. 1346, 1363 e 1367*

c.c.". Si precisa nella sentenza che l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE e risulta volto a conseguire: l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici; il più facile accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici; trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento euro unitario (e sulla base dei generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno; limitare - in casi eccezionali - la possibilità per gli operatori di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento. Conseguentemente l'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento non deve sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli ordinariamente previsti per la generalità dei contratti ai sensi degli artt. 1325 e 1346 c.c.; sicché, al contenuto di tali disposizioni, ed all'interpretazione che ne è comunemente data, va riportato anche il compendio delle norme nazionali che disciplinano l'istituto dell'avvalimento (art. 88, d.P.R. n. 207 del 2010 e artt. 49 e 50 del d.lgs. n. 163 del 2006); poiché manca una norma nazionale (della cui legittimità dal punto di vista europeo sarebbe lecito dubitare) che imponga il requisito della determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento, tale requisito non può essere introdotto in via esegetica sicché è ammissibile la determinabilità dello stesso sulla base degli ordinari criteri dell'ermeneutica contrattuale. Neppure le sopravvenute disposizioni recate dal nuovo codice dei contratti pubblici (di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, in particolare art. 89, comunque inapplicabile *ratione temporis*) recano, in tema di avvalimento, disposizioni derogatorie e di maggior rigore in tema di determinabilità dell'oggetto del contratto. Non può trovare ingresso la teorica della c.d. forma-contenuto del contratto (incentrata sulla puntuale esplicitazione di taluni elementi del rapporto che rilevarebbero ai fini della validità del contratto, rappresentandone in qualche misura il contenuto minimo essenziale con la conseguente comminatoria di forme di "nullità di protezione"), in quanto elaborata in base alle disposizioni normative che nel tempo hanno apprestato tutela al contraente debole per mitigare la situazione di asimmetria informativa in

cui normalmente versa; non si rinviene un'analogia *ratio* giustificatrice nel settore della contrattualistica pubblica, nel cui ambito agiscono operatori professionali. Il contratto di avvalimento è un contratto atipico (connotato dai caratteri del mandato, dell'appalto di servizi e della garanzia), normalmente oneroso (dovendo emergere anche indirettamente l'interesse patrimoniale della ausiliaria nel caso non sia previsto un corrispettivo espresso), in relazione al quale la forma scritta è prescritta *ad substantiam* ed è previsto l'obbligo per l'impresa ausiliaria di presentare un'apposita dichiarazione d'impegno circa la messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto nonostante il suo contenuto risulti in parte riproduttivo di quello proprio del contratto stesso di avvalimento;

- n4) sull'avvalimento in genere, sui requisiti suscettibili di avvalimento, sui divieti di avvalimento e sui rapporti tra avvalimento e SOA: R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 880 ss., 901 ss., in particolare l'A. rammenta che in base all'art. 83, comma 2, del codice dei contratti pubblici, in attesa del regolamento di cui all'art. 216, comma 27 *octies*, ivi previsto per disciplinare i rapporti fra avvalimento e SOA, in virtù della disciplina transitoria sancita dagli artt. 216, comma 14, e 217, lett. u), del codice, continua ad applicarsi l'art. 88 del vecchio regolamento n. 207 del 2010 che consentiva l'avvalimento al fine della qualificazione SOA solo ai rapporti infra gruppo; C. ZUCHELLI, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, II, *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, Milano, 2019, 1103 ss., 1162 ss., specie 1367 ss., dove l'A. conclude nel senso della permanente vigenza, nella fase transitoria, dell'art. 88 del vecchio regolamento del 2010.