

L'Adunanza plenaria, nel delineare i confini applicativi dell'istituto dell'avvalimento, ha ribadito la portata della regola della tassatività delle cause di esclusione, oggi fissata dall'art. 83, comma 8 del d. lgs. n. 50 del 2016, oltre che del regime dell'invalidità della clausola del bando conseguente alla sua violazione.

La violazione del principio di tassatività determina la nullità delle clausole contrastanti, nullità che, tuttavia, non investe l'intero provvedimento limitandosi a determinare l'illegittimità degli atti conseguenti che, per essere caducati, devono essere impugnati nel termine decadenziale.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 16 ottobre 2020, n. 22 – Pres. Patroni Griffi, Rel. Nocelli, Est. Cirillo

Contratti pubblici – Disciplinare di gara – Clausola che subordina l'avvalimento del requisito di qualificazione alla produzione in gara dell'attestazione SOA della stessa impresa ausiliata – Nullità parziale.

Contratti pubblici – Disciplinare di gara – Nullità della clausola – Non si estende all'intero provvedimento.

Contratti pubblici – Disciplinare di gara – Provvedimenti successivi fondati sulla clausola nulla – Onere di impugnazione nel termine di decadenza.

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 artt. 84 e 89, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 ed è pertanto nulla ai sensi dell'articolo 83, comma 8, ultimo periodo, del medesimo decreto legislativo. (1)

La nullità della clausola ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 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. (2)

I provvedimenti successivi adottati dall'amministrazione, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla, ivi 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. (3)

(1-3) I. – Con la sentenza in rassegna l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, alla quale la quinta sezione del Consiglio di Stato con sentenza non definitiva, 17 marzo 2020, n. 1920 (oggetto della News US in data 31 marzo 2020) aveva deferito alcune questioni interpretative, con articolata motivazione ha concluso nel senso della nullità della clausola

del disciplinare di gara che impone la produzione dell'attestazione SOA alla stessa impresa concorrente che abbia scelto di avvalersi proprio del requisito di qualificazione, nullità che non si estende all'intero bando o disciplinare.

La Plenaria, nel segno anche di questioni già ampiamente risolte da Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9 (in *Foro it.*, 2014, III, 429, con nota di SIGISMONDI; *Dir. proc. amm.*, 2014, 544, con nota BERTONAZZI; *Urbanistica e appalti*, 2014, 1075, con nota di FANTINI; *Giornale dir. amm.*, 2014, 918, con nota di FERRARA, BARTOLINI; *Nuovo notiziario giur.*, 2014, 550, con nota di BARBIERI), più volte citata nella sentenza in rassegna, ha ricostruito l'istituto della nullità sul versante sostanziale e processuale ed ha evidenziato, previo richiamo di alcuni principi in tema di avvalimento SOA, che la clausola nulla ex art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50 del 2016 può non essere impugnata, diversamente dagli atti applicativi o che su di essa si fondano (compresi i provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione), i quali devono essere impugnati nel termine decadenziale.

II. – La vicenda nella quale si è innestata la pronuncia della Plenaria muove dall'esclusione della società ricorrente in primo grado – la quale ha partecipato a una procedura avente ad oggetto l'ampliamento della capacità di base deposito carburanti – disposta poiché aveva dichiarato nella propria offerta tecnica di avvalersi della SOA dell'impresa ausiliaria, in contrasto con la previsione del disciplinare di gara che precludeva una tale possibilità per le imprese che non avessero prodotto in gara una propria attestazione SOA.

Tale previsione – dichiarata illegittima dalla Plenaria per contrasto con l'art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50 del 2016 considerato che l'avvalimento non può essere escluso se non nei casi previsti dalla legge – era nel senso 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 [...]”*.

In primo grado, il ricorso principale proposto dalla concorrente estromessa 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, in parte definito, nell'ambito del quale sono state sollevate le questioni interpretative così sintetizzate:

- a) se rientrino nel divieto di clausole cosiddette atipiche, di cui all'art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, le previsioni 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 medesimo decreto legislativo, escluda, di fatto, la partecipazione alla gara degli operatori economici che siano privi dei corrispondenti requisiti di carattere economico-finanziario o tecnico-professionale;

- b) se, in particolare, 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 già ne posseggano una propria.

III. – Con la sentenza in rassegna l'Adunanza plenaria giunge alla elaborazione delle massime riportate sulla base del seguente percorso argomentativo:

- c) sull'ammissibilità, in generale, dell'avvalimento del requisito di qualificazione:
- c1) il codice dei contratti pubblici, in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato divenuta infine prevalente, nel vigore del d. lgs. n. 163 del 2006, dopo un primo indirizzo che negava l'ammissibilità dell'avvalimento sul presupposto del carattere intrinsecamente e insostituibilmente soggettivo e quasi "*personalistico*" della certificazione di qualità, ammette ora l'avvalimento delle certificazioni di qualità e, in particolare, delle attestazioni SOA, poiché riconosce che anche la certificazione di qualità costituisce un requisito speciale di natura tecnico-organizzativa, come tale suscettibile di avvalimento;
 - c2) conferma di tale possibilità, coerente con la *ratio* dell'avvalimento quale delineata da Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23 (in *Urbanistica e appalti*, 2017, 410, con nota di FIGUERA), intesa a favorire il principio della massima partecipazione alle procedure di gara, si è avuta non solo nella legge delega per l'emanazione dell'attuale codice (legge n. 11 del 2016), ma nella stessa formulazione dell'art. 89, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d. lgs. n. 56 del 2017;
 - c3) tuttavia, per evitare che l'avvalimento dell'attestazione SOA, ammissibile in via di principio per il *favor participationis* che ne permea l'istituto, divenga in concreto un mezzo per eludere il rigoroso sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, la giurisprudenza ha più volte ribadito che esso è consentito ad una duplice condizione: I) che oggetto della messa a disposizione sia l'intero *setting* di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA; II) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei

requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile;

- c4) è stato così affermato che, in materia di gare pubbliche, quando oggetto dell'avvalimento sia un'attestazione SOA di cui la concorrente sia priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione, sicché è onere del concorrente dimostrare che:
- I) l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto quale mero requisito astratto e valore cartolare; II) l'impresa ausiliaria assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità;
- d) sul versante delle previsioni della *lex specialis* della procedura in tema di avvalimento:
- d1) nel delineato quadro normativo un obbligo, imposto all'ausiliata dal disciplinare di gara, espressamente a pena di esclusione, di produrre la propria attestazione SOA, quando questa vorrebbe avvalersi dell'attestazione SOA dell'ausiliaria – con un effetto espulsivo che non è implicito o indiretto, ma espresso e diretto – si pone in contrasto con gli artt. 84 e 89 del d. lgs. n. 50 del 2016, che non escludono la possibilità dell'avvalimento dell'attestazione SOA né, tantomeno, subordinano tale possibilità a tale condizione;
 - d2) una siffatta previsione si traduce in un vero e proprio divieto di applicare l'istituto dell'avvalimento mediante la previsione di un adempimento apparentemente formale che, in modo surrettizio ma certamente a pena di esclusione per il concorrente, ne comprime l'operatività senza alcuna idonea copertura normativa (Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5834, in *Appalti & Contratti*, 2019, 10, 101);
 - d3) ne discende che in un contesto normativo ormai mutato e volto a consentire la massima espansione all'avvalimento senza, però, sminuire l'affidabilità economica e tecnica delle imprese partecipanti alla gara, non si può: I) né dare seguito all'orientamento espresso da Cons. Stato, V, 27 marzo 2013, n. 1772 (in *Giurisdiz. amm.*, 2012, 948), che ha inteso, peraltro, evitare gli effetti distorsivi del sistema, potenzialmente derivanti dall'ammissione dell'avvalimento della SOA in presenza di «mera sommatoria delle attestazioni SOA dell'impresa avvalente e dell'impresa ausiliaria,

prescindendo dal fatto che ciascuna di esse sia autonomamente in possesso della qualificazione necessaria alla partecipazione alla gara»; II) né ritenere che la clausola in questione sia legittima sulla base dell'art. 83, comma 8, primo periodo, del d. lgs. n. 50 del 2016, laddove prevede che *“le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità”*;

- d4) in tal senso rileva il principio di tassatività delle cause di esclusione, sicché la discrezionalità, comunque non illimitata né insindacabile, della pubblica amministrazione nel disporre ulteriori limitazioni alla partecipazione, è potere ben diverso dalla facoltà, non ammessa dalla legge, di imporre adempimenti che in modo generalizzato ostacolano la partecipazione alla gara senza adeguata copertura normativa e in violazione del principio della concorrenza (Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2627, in *Foro amm.*, 2015, 1423);
- e) quanto alla natura della invalidità (annullabilità o nullità) che colpisce la clausola del bando violativa dell'art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50 del 2016, deve affermarsene la nullità – e la conseguente disapplicabilità – allorché, come accaduto nel caso di specie, essa integri un requisito ulteriore rispetto a quelli espressamente previsti dagli artt. 80 e 83 del codice dei contratti pubblici;
- f) dato tale inquadramento, alcune premesse di sistema consentono di ricordare che:
 - f1) il principio basilare su cui si è retta la teorica dell'atto amministrativo e dei conseguenti rapporti sostanziali e processuali – e che ha operato per decenni alla stregua di una norma positiva – è quello secondo cui lo stato naturale della fattispecie invalida è l'annullabilità;
 - f2) in tale sistema non ha trovato spazio la nullità, così come disciplinata dal codice civile a proposito dell'invalidità del contratto;
 - f3) la giurisprudenza più risalente riteneva che non può aversi nullità quando: I) legittimati a chiedere l'annullamento giudiziale o in autotutela sono solo i partecipanti al procedimento; II) l'azione va proposta in brevi termini di decadenza; III) il vizio non è rilevabile d'ufficio; IV) il provvedimento viziato è sanabile (anche se – va ricordato – progressivamente sono state introdotte dalla legge ipotesi in cui la violazione di una norma imperativa è stata espressamente qualificata in termini di nullità e come tale riconosciuta in giurisprudenza, si pensi, per esempio, alle assunzioni disposte in violazione di divieti legislativi);
 - f4) in coerenza con l'indicato sistema, incentrato sul binomio invalidità/annullabilità, è anche la disciplina sostanziale e processuale con riferimento, per un verso, all'art. 21-septies della l. n. 241 del 1990, e, per

altro verso, agli artt. 31 e 133 cod. proc. amm. (quest'ultimo elencando le materie rientranti nella giurisdizione esclusiva, al comma 1, lett. a, n. 5 vi include la "nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato");

- f5) dalla normativa indicata si ricava che sono state circoscritte a quattro le ipotesi di nullità ammesse, che diventano le uniche, tranne l'azione dichiarativa e quella della nullità c.d. testuale, visto che la giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2010, n. 1549, con nota di FOÀ; *Dir. proc. amm.*, 2011, 1402, con nota di MARRA) ha escluso che ci fosse spazio per la cosiddetta nullità virtuale o di protezione di cui all'articolo 1418, primo comma, cod. civ., in quanto essa avrebbe avuto l'effetto di minare la stabilità e la continuità dell'azione amministrativa;
- g) sul piano – sempre generale – delle differenze e analogie tra nullità di diritto civile e nullità del provvedimento amministrativo, va osservato che:
- g1) rispetto alla nullità civilistica le più visibili differenze sono costituite: I) dal breve termine di decadenza per proporre l'azione di accertamento della nullità; II) dal fatto che nella classica nullità strutturale (*rectius*: negoziale, attinente alla struttura), ossia quella che deriva dall'assenza degli elementi costitutivi dell'atto, manca una norma che espressamente indichi quali sono, contrariamente all'ipotesi contenuta nell'art. 1418, secondo comma, del codice civile, letto in correlazione con l'art. 1325 del medesimo codice;
- g2) le ipotesi del difetto assoluto di attribuzione e del provvedimento adottato in violazione del giudicato sono, invece, proprie del diritto amministrativo e sconosciute dal diritto civile, dove il problema della violazione del giudicato non si pone, essendo sufficiente per fornire la tutela necessaria *l'actio iudicati*;
- g3) la ragione della previsione del termine di decadenza di 180 giorni ex art. 31, comma 4, cod. proc. amm., per la cui decorrenza vale quanto statuito dall'articolo 41, comma 2, cod. proc. amm., va rinvenuta nella necessità di dare certezza e stabilità ai rapporti amministrativi; peraltro, anche il diritto civile conosce casi di nullità in cui la relativa azione deve essere proposta entro un termine di decadenza, basti pensare alla materia delle nullità matrimoniali (di cui all'articolo 117, comma 4, cod. civ.);
- g4) al momento in cui la nullità è stata espressamente inserita nella legge generale sul procedimento amministrativo, la giurisprudenza e la dottrina civilistica avevano già da tempo superato l'impostazione derivante dalla tradizione pandettistica e, analizzando le norme del codice civile così come

applicate nel diritto vivente, avevano dovuto prendere atto che in materia di invalidità le teorizzazioni generali costituiscono una via metodologicamente non esaustiva: tant'è che – come osservato negli studi più recenti – nella contrattualistica moderna vi è una continua interferenza tra regole di validità, riferite alla struttura originaria dell'atto, e regole di comportamento, attinenti al profilo funzionale e legate alla responsabilità delle parti;

- g5) nel tempo si è sempre più assottigliata la differenza tra nullità e annullabilità, a lungo ritenute categorie impermeabili e poi progressivamente sfumate in figure intermedie, quali, ad esempio, le invalidità rilevabili d'ufficio ma sanabili, ovvero sanabili ma non rilevabili d'ufficio;
- g6) è così venuta meno anche la distinzione classica originariamente fondata tra rimedi dettati a tutela di interessi generali (nullità) e rimedi volti a proteggere uno solo dei contraenti (annullabilità): pertanto, di fronte ad una norma che preveda che l'esito conseguente alla sua violazione determini la nullità non significa che la scelta del legislatore abbia fatto esclusivamente riferimento ad un interesse generale o pubblico, ma anche a interessi privati o di categorie di soggetti qualificati;
- g7) la nullità dell'atto amministrativo – figura generale, assieme all'annullabilità, dell'invalidità – va analizzata nel contesto ordinamentale specifico, diverso da quello civile, traendosene i seguenti corollari: I) essa opera in presenza di un provvedimento amministrativo, che viene emanato nell'ambito di un procedimento rigorosamente disciplinato e che costituisce la forma necessaria dell'azione tendenzialmente unilaterale del potere amministrativo; II) quest'ultimo si apre, prosegue e si chiude all'insegna del principio per cui l'amministrazione deve curare l'interesse pubblico attribuito dalla legge in maniera da raggiungere il massimo risultato possibile con il minimo mezzo; III) il profilo dell'illegittimità del provvedimento, anche quando ridondi sul procedimento che lo contiene, rileva in maniera efficace solo in sede processuale, a meno che l'amministrazione non ritenga di aprire un procedimento di secondo grado di autotutela; IV) conseguentemente, la nullità emerge nel processo, il quale ha le sue regole, di guisa che chi intenda farla valere deve necessariamente proporre l'azione di annullamento dell'atto emanato in esecuzione di un provvedimento che si assume nullo, mentre l'azione di accertamento è ammissibile solo nei pochi casi in cui il soggetto abbia interesse al mero accertamento e non al suo annullamento; V) tale ultima

ipotesi è difficilmente riscontrabile quando l'amministrazione, proseguendo nel suo itinerario procedimentale, emani altri atti, che il primo presuppongano, i quali producono effetti sulla situazione sostanziale o procedimentale del soggetto inciso;

h) il delineato complesso ordinamentale induce a ritenere che la clausola escludente – che si ponga in violazione dell'art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50 del 2016 – non si possa considerare annullabile (e dunque efficace) sul rilievo che:

h1) ancor prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, per la tradizionale giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato. Ad. plen., 27 gennaio 2003, n. 1 (in *Foro it.*, 2004, III, 344, con nota di MONTANARO), 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;

h2) tale giurisprudenza è stata ribadita nel vigore del testo originario dell'art. 46 dello stesso d. lgs. n. 163 del 2006, finché il d.l. n. 70 del 2011 ha modificato tale art. 46, introducendo il principio della *"tassatività delle cause di esclusione"* e disponendo al comma 1-bis che *"sono comunque nulle"* le *"clausole escludenti"* che violano tale principio;

h3) le finalità di tale riforma sono volte a imporre alla stazione appaltante di emanare gli ulteriori atti del procedimento senza attribuire rilievo alla clausola escludente *contra legem*, nonché a consentire la piena tutela giurisdizionale – senza preclusioni – quando poi sia emanato l'atto di esclusione;

h4) sul significato di tale nullità si è pronunciata l'Adunanza plenaria con la sentenza n. 9 del 2014, cit., per la quale *"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. (vitiatur sed non vitiat)";*

h5) tale sentenza ha aggiunto che *"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 disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice';*

h6) l'art. 83, comma 9, del vigente codice degli appalti ha confermato il principio di tassatività delle cause di esclusione e ha ribadito che *"sono comunque nulle"* le clausole escludenti in contrasto con tale principio;

- h7) detta nullità della clausola escludente *contra legem*, deve essere intesa anch'essa come nullità in senso tecnico (con la conseguente improduttività dei suoi effetti), similmente a quanto è stato deciso per la corrispondente disposizione del novellato art. 46 d. lgs. n. 163 del 2006: in altri termini, la clausola è nulla, ma tale nullità, se da un lato non si estende al provvedimento nel suo complesso (*vitiatur sed non vitiat*), d'altro canto impedisce all'amministrazione di porre in essere atti ulteriori che si fondino su quella clausola, rendendoli altrimenti illegittimi e quindi, attesa l'autoritatività di tali atti applicativi, annullabili secondo le regole ordinarie;
- h8) ritenere che la nullità sancita dal comma 8, ultima parte, dell'arti. 83 vada intesa come annullabilità si porrebbe in contrasto con la scelta del legislatore di qualificare come nulla la clausola escludente *contra legem*, e dunque non solo con il tenore testuale della legge, cui occorre attribuire primario rilievo in sede ermeneutica, ma anche con la sua composita *ratio*, volta a individuare un equilibrio tra radicale invalidità della clausola per contrasto con norma imperativa, ordinaria autoritatività dei provvedimenti amministrativi e interesse del ricorrente a far valere l'invalidità, in termini di nullità, quando essa si traduca in un provvedimento applicativo (esclusione o aggiudicazione) lesivo;
- h9) ne discende, conclusivamente – ad integrazione di quanto già affermato dalla sentenza sopra richiamata n. 9 del 2014, cit. – che al cospetto della nullità della clausola escludente *contra legem* del bando di gara non vi sia l'onere per l'impresa di proporre alcun ricorso: tale clausola – in quanto inefficace e improduttiva di effetti – si deve intendere come “*non apposta*”, a tutti gli effetti di legge;
- h10) in tal senso, invero: I) non si possono considerare applicabili l'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990 e l'art. 31 cod. proc. amm., i quali si riferiscono ai casi in cui un provvedimento sia nullo ed “*integralmente*” improduttivo di effetti: la clausola escludente affetta da nullità non incide sulla natura autoritativa del bando di gara, quanto alle sue ulteriori determinazioni; II) il legislatore, nel prevedere la nullità della clausola in questione, ha disposto la sua inefficacia, tanto che la stazione appaltante comunque non può attribuire ad essa rilievo perché ritenuta “*inoppugnabile*”; III) i successivi atti del procedimento, inclusi quelli di esclusione e di aggiudicazione, pur basati sulla clausola nulla, conservano il loro carattere autoritativo e sono soggetti al termine di impugnazione entro il quale si può chiedere l'annullamento dell'atto di esclusione (e degli

atti successivi) per aver fatto illegittima applicazione della clausola escludente nulla;

i) conclusivamente, deve essere affermato che:

- i1) 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 artt. 84 e 89, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 ed è pertanto nulla ai sensi dell'articolo 83, comma 8, ultimo periodo, del medesimo decreto legislativo;
- i2) la nullità della clausola ai sensi del richiamato art. 83, comma 8, 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;
- i3) i provvedimenti successivi adottati dall'amministrazione, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla, ivi 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.

IV. – Si segnala per completezza quanto segue:

j) sull'avvalimento si vedano:

- j1) Consiglio di Stato, Ad. pl., 9 luglio 2020, n. 13 (oggetto della News US in data 24 luglio 2020 alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento);
- j2) 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)
- j3) 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;
- j4) Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23, in *Guida al dir.*, 2017, 2, 50, con nota di PONTE; *Foro amm.*, 2016, 2628; *Urbanistica e appalti*, 2017, 410, con nota di FIGUERA; *Appalti & Contratti*, 2017, 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;

- j5) 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;
- k) sul principio di tassatività delle cause di esclusione, si vedano in particolare:
- k1) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 3 luglio 2020, n. 537, secondo cui *"Il principio di tassatività delle cause di esclusione, contenuto attualmente nell'art. 83, comma 8 del d. lgs. n. 50 del 2016, si fonda su un criterio di individuazione di queste fondato sulle prescrizioni imposte dal codice dei contratti pubblici o da altre leggi. La disposizione è stata intesa 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 (Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, cit. [...])"*;
- k2) Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5828 (in *Appalti & Contratti*, 2019, 10, 102), secondo cui *"la declaratoria di nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione si riferisce a clausole del bando che impongono adempimenti formali e non può, quindi, riguardare prescrizioni contenute nella lex specialis di gara che attengono ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica"*;
- k3) Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18 – Lavorgna s.r.l. (in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2019, 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). 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);

- k4) 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. 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”*;*
- k5) Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014 (in *Nuovo notiziario giur.*, 2017, 668, con nota di PALMIERI; *Riv. trim. appalti*, 2017, 983, con nota di BARBIERI), secondo cui, con riferimento all’art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50 2016 (e prima ancora all’art., 46, comma 1-bis d. lgs. n. 163 del 2006), *“L’aver*

inquadrate il vizio nelle cause di nullità, ex art. 21-septies legge n. 241/1990, costituisce un indizio della vocazione generale ed autonoma dell'interesse participationis. Il legislatore ha ritenuto nel caso di specie di abdicare all'ordinario schema dell'annullabilità – in cui l'effetto di ripristino della legittimità è realizzato attraverso la cooperazione e sulla base della dimensione esclusivamente individuale dell'interesse privato leso - a favore dello schema della nullità, in cui invece l'interesse trascende la dimensione meramente individuale sino a giustificare il rilievo d'ufficio da parte del giudice e l'opposizione senza limiti di tempo della parte del resistente”;

- l) 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);
 - 13) dall'espressa comminatoria di nullità delle clausole espulsive autonomamente previste dalla stazione appaltante 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) sulla *“nullità testuale”* del provvedimento amministrativo e relative previsioni:

- m1) con riferimento all'art. 3 d. P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (fattispecie richiamata nella sentenza in rassegna): Cons. Stato, sez. V., 30 aprile 2014, n. 2270, secondo cui *“Il rapporto di lavoro instaurato con gli enti locali, in contrasto con norme che sanciscono la nullità di assunzioni al di fuori dei casi da essi disciplinati, sia esso rapporto a termine o a tempo indeterminato, nasce e vive come rapporto di fatto, rispetto al quale gli indici rivelatori del pubblico impiego assumono soltanto funzione di astratta qualificazione al fine della determinazione della giurisdizione e della disciplina economica e previdenziale relativa alle prestazioni lavorative; ciò in quanto la sanzione della nullità, comminata per i provvedimenti di assunzione «contra legem», utilizza la nozione di nullità in senso proprio, con la conseguenza di rendere tale vizio rilevabile da chiunque e d'ufficio, imprescrittibile e insanabile (Cons. Stato, Ad. pl., 5 marzo 1992, n. 5, in Foro it., 1993, III, 0). Peraltro, può essere ricordato che l'art. 3, d.P.R. n. 3 del 1957 è una norma di principio nel settore del pubblico impiego e chiarisce espressamente che l'assunzione senza concorso è nulla e “non produce effetto a carico dell'Amministrazione”;*
- m2) con riferimento all'art. 30 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: T.a.r. per la Sicilia, sez. III, 2 dicembre 2010, n. 14218, secondo cui dà luogo a nullità del bando di concorso la *condotta elusiva dell'obbligo di esperimento della mobilità ex art. 30 d. lgs. n. 165/01 - procedimento da iniziarsi e concludersi anteriormente all'indizione del concorso”;*
- m3) sulla nullità del contratto di pubblico impiego: Cass. civ., sez. lav., 11 luglio 2019, n. 18699 (in *Giur. it.*, 2019, 2700, con nota di CANGEMI), secondo cui *“In occasione dell'accesso al pubblico impiego, la produzione di falsi documentali o di dichiarazioni non veritiere è causa di decadenza, con conseguente nullità del contratto, allorquando tali infedeltà comportino la carenza di un requisito che avrebbe in ogni caso impedito l'instaurazione del rapporto di lavoro con la p.a.”;*
- m4) sulla nullità dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni in violazione delle regole a presidio dell'obbligo di accedere alle convenzioni Consip: Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2018, n. 1937 (in *Giornale dir. amm.*, 2019, 114 (m), con nota di DE LUCIA); Corte conti, sez. contr. Friuli Venezia Giulia, delib. 13 gennaio 2016, FVG/35/2016/PAR, che ha ricordato come *“i contratti stipulati in violazione di tali previsioni sono nulli e costituiscono illecito disciplinare e contabile, cui corrisponde quindi un'ipotesi tipica di responsabilità amministrativa”;*
- m5) sul d.l. 16 maggio 1994, n. 293 convertito, con modificazioni, nella legge 15 luglio 1994, n. 444 in tema di *prorogatio* degli organi amministrativi e regime degli atti adottati (il cui art. 6 stabilisce che, decorso il termine massimo di proroga previsto dall'art. 3, senza che si sia provveduto alla loro

ricostituzione, gli organi amministrativi “*prorogati*” decadono e tutti gli atti successivi da essi adottati sono nulli): Corte cost., 27 luglio 2005, n. 339 (in *Foro it.*, 2007, I, 378) e, precedentemente, sentenza 4 maggio 1992, n. 208 (in *Foro it.*, 1993, I, 0);

m6) sulla nullità delle mansioni superiori svolte di fatto: Cass. civ., sez. lav., 23 ottobre 2017, n. 25018;

n) sul termine decadenziale per la proposizione dell’azione di nullità e sulla rilevabilità d’ufficio ex art. 31, comma 4, cod. proc. amm.:

n1) con particolare riferimento alla asimmetria nella disciplina della nullità tra “*temporaneità*” dell’azione dichiarativa di nullità soggetta a termine di decadenza e “*perpetuità*” della rilevabilità di ufficio, limiti del ricorso incidentale e autotutela dell’amministrazione volta a rimuovere l’atto nullo: Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2018, n. 67 e giurisprudenza (anche civile) ivi richiamata;

n2) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 28 gennaio 2015, n. 75, secondo cui “*l’azione di nullità esercitata contro una prescrizione del bando deve considerarsi tempestiva quando l’impugnazione dell’atto applicativo è proposta tempestivamente, in quanto la previsione testuale di nullità (anziché annullabilità) di una clausola sul versante processuale non può sicuramente risolversi in danno del soggetto che appunto la vuole contestare*”;

n3) Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993 (in *Riv. giur. edilizia*, 2014, I, 599), secondo cui: I) “*la nullità inficia radicalmente l’atto, e per questo, accanto ad un’azione di accertamento sottoposta a regime decadenziale dilatato, il codice del processo ha previsto che la nullità dell’atto possa «sempre essere rilevata d’ufficio dal giudice»*”; II) “*La previsione normativa non può avere altro significato che l’attribuzione al giudice, analogamente a quanto previsto per le nullità civilistiche, di un potere di rilievo ufficioso a presidio di un interesse generale all’eliminazione dall’ordinamento di fattispecie pubblicistiche radicalmente in contrasto con lo stesso*”; III) “*E nel giudizio amministrativo di legittimità, a differenza che in quello civile, il potere di rilievo è utilmente esercitabile nell’interesse (anche del ricorrente), proprio, se non esclusivamente, nelle ipotesi di sopravvenienza del vizio, atteso che, in via generale, il carattere meramente giuridico della modificazione autoritativa della posizione giuridica del privato, il termine di decadenza, e l’identità di effetti della declaratoria di nullità rispetto alla sentenza di annullamento, finiscono per svuotare di contenuto la previsione, rendendo di fatto impraticabile il potere ufficioso di rilievo della nullità*”

n4) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 27 luglio 2012, n. 721 (in *Guida al dir.*, 2012, 39, 90, con nota di GIUNTA), secondo cui: I) “*l’art. 31, 4° comma, c.p.a. esprime*

una parentesi di giurisdizione oggettiva che, per espressa previsione di legge, si innesta nel processo amministrativo, in deroga al suo ordinario carattere di giurisdizione soggettiva”; II) “Nel processo amministrativo il potere che la legge dà al giudice di rilevare d’ufficio la nullità, ex art. 31, 4° comma, c.p.a. - al pari di ogni altra rilevanza ope iudicis: per esempio quella dell’incompetenza - costituisce una potestà («potere-dovere») il cui esercizio è sempre obbligatorio, come corollario del ruolo di imparzialità garante dell’esatta applicazione delle regole processuali che la legge gli ha assegnato; a ciò consegue che il giudice che rilevi una nullità - quantomeno nei casi in cui si tratti di una nullità testuale, ossia espressamente comminata dalla legge che vi riconnette il potere di rilievo giudiziale ufficioso - è sempre tenuto a dichiararla d’ufficio, statuendo in conformità”;

- n5) con riferimento all’epoca anteriore all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo: Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 265 (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 261; sez. IV, 6 novembre 1996, n. 1990, in *Ragiusan*, 1997, 153, 399;
- o) sulla nullità del provvedimento emanato sulla base di norma poi dichiarata incostituzionale: Cons. Stato, sez., IV, 3 marzo 2014, n. 993, cit.;
- p) sulla nullità del provvedimento emanato in violazione o elusione del giudicato:
 - p1) Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2020, n. 1738 (in *Vita not.*, 2020, 160), secondo cui “L’azione amministrativa successiva al giudicato sulla «medesima vicenda amministrativa», quando l’accertamento non è stato pieno in ragione dell’esistenza di poteri discrezionali in capo alla p.a., è retta da «regole giudiziali» e da «regole legali»; ne consegue che: i) una parte di tale azione deve rispettare i vincoli che derivano dal giudicato e, in particolare, il vincolo conformativo; ii) un’altra parte della medesima azione, non oggetto di specifico accertamento giudiziale, deve rispettare i vincoli posti dal principio di legalità; se l’amministrazione viola la prima tipologia di vincoli di tipo giudiziale, non eseguendo il giudicato o ponendo in essere un’attività di violazione o elusione del giudicato stesso, la tutela si svolge sul piano dell’esecuzione ed è costituita dall’azione di ottemperanza, soggetta a prescrizione nel termine di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza, con la quale si può contestare l’omissione ovvero la nullità degli atti adottati; se l’amministrazione viola la seconda tipologia di vincoli di tipo legale, la tutela si svolge sul piano della cognizione ed è costituita, in presenza di atti amministrativi, dall’azione di annullamento (art. 29 c.p.a.), che deve essere proposta nel termine di decadenza di sessanta giorni (art. 41, 2° comma, c.p.a.) ovvero dell’azione di nullità (art. 31, 4° comma, c.p.a.), che deve essere proposta nel termine di centottanta giorni”;

- p2) Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2014, n. 4267, secondo cui *“Non può essere accolta l’ulteriore deduzione in ordine alla rilevabilità d’ufficio dell’asserita violazione del giudicato ad effetto del provvedimento impugnato, considerato che l’art. 31, comma 4, c.p.a., nel prevedere che «La nullità dell’atto...può essere rilevata d’ufficio», dispone contestualmente che «Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all’art. 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV”, con rinvio perciò alla dichiarazione della nullità degli «atti in violazione o elusione del giudicato» pronunciata con sentenza del giudice in accoglimento del ricorso per ottemperanza; ciò che comporta la non rilevabilità d’ufficio della nullità in questione sulla base, anzitutto, del tenore letterale della norma, che in relazione a questa nullità esclude l’applicabilità del «presente comma» e quindi di tutte le sue prescrizioni, nonché in coerenza con la specialità della disciplina del giudizio di ottemperanza tale da richiedere che alla dichiarazione di nullità di cui si tratta si giunga mediante l’azione di cui all’art. 114 c.p.a. Data la specialità della normativa sul processo amministrativo e, nel suo ambito di quella ora specificamente citata, non vale inoltre il richiamo dell’art. 1421 c.c. relativo alla normativa generale sui contratti”;*
- p3) per una più risalente pronuncia: Cons. Stato, Ad. plen., 19 marzo 1984, n. 6 (in *Foro it.*, 1984, III, 331);
- q) sulle nullità c.d. *“regionali”* in tema di appalti pubblici: Corte cost., 12 marzo 2015, n. 33, secondo cui *“È incostituzionale l’art. 2, 1° e 2° comma, l. reg. Sicilia 20 novembre 2008 n. 15, nella parte in cui richiede, per gli appalti pubblici di importo superiore a centomila euro, la tracciabilità dei flussi finanziari attraverso l’utilizzo di un unico conto corrente e stabilisce la nullità del bando per mancata previsione della risoluzione contrattuale, nel caso in cui il rappresentante legale o un dirigente dell’impresa aggiudicataria venga rinviato a giudizio”;*
- r) sul tema specifico dei rapporti tra azione di nullità, clausole del bando violative del principio di tassatività delle cause di esclusione e azione di annullamento, si vedano:
- r1) Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, cit., secondo cui: I) *“L’art. 46, 1° comma bis, d.leg. 12 aprile 2006 n. 163 [...] 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”;* II) *“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”;*
- r2) Cons. Stato, Ad. plen., 5 luglio 2012, n. 26 (in *Corriere merito*, 2012, 969, con nota di CICCHESE; *Riv. amm.*, 2012, 795;

- s) in relazione alla peculiare configurazione della nullità dell'atto tributario: Cass. civ., sez. trib., 18 settembre 2015, n. 18448 (in *Fisco*, 2015, 3873);
- t) in dottrina:
- t1) sulla tassatività delle cause di esclusione, R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, p. 956;
 - t2) sul rapporto tra nullità e giurisdizione: D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007, 229 ss.;
 - t3) sulla nullità in diritto civile e in diritto amministrativo e sulla relativa evoluzione, G.P. CIRILLO, *Diritto civile pubblico*, Roma, 2010, 250 ss.