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

17 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:

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;

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 (*cfr.* 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 ostacolino la partecipazione alla gara** (*cfr.* 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 princìpi **in tema di nullità parziale** e segnatamente dell'art. 1419, comma 2, c.c.*" (la cd. condizione del *vitiatur sed non vitiat*).

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 fondino 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. Princìpi di diritto

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

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);

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;

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