Pubblicato il 16/10/2020

N. 00022/2020REG.PROV.COLL.
N. 00006/2020 REG.RIC.A.P.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6 di A.P. del 2020, proposto da

C.G.M. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Galante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa, 2 Reparto Genio dell'Aeronautica Militare, Difesa Stato Maggiore dell'Aeronautica non costituiti in giudizio;

Real Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Caliendo, Paolo Cantile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Armando Profili, con domicilio digitale come da

PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Palumbo 26;

per la riforma

della sentenza n. 356 del 13 marzo 2019 del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. II, resa tra le parti, che ha annullato l'esclusione dell'odierna appellata, C.G.M. s.r.l., dalla gara indetta dal Ministero della Difesa – Aeronautica Militare – 2° Reparto Genio A.M. e avente ad oggetto l'«ampliamento capacità di deposito carburanti».

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Real Costruzioni S.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2020 il consigliere di Stato Massimiliano Noccelli e uditi per le parti gli avvocati Paolo Galante e Paolo Cantile, ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo del d.l. n. 28/2020;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1- L'amministrazione militare, indicata in epigrafe, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto dei lavori aventi ad oggetto l'ampliamento della capacità di base del deposito carburanti nell'aeroporto militare di Grosseto per un importo a base di gara pari a euro 1.482.342,53, da aggiudicare con il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4, del decreto legislativo n. 50 del 2016.
Il bando di gara, trattandosi di appalto di lavori di importo superiore ad euro 150.000,00, ha richiesto, ai sensi dell'art. 84 del decreto

legislativo n. 50 del 2016, il possesso di un'adeguata attestazione SOA, "in corso di validità", per le categorie e le classifiche indicate al punto 5 dello stesso, ossia OG6 classifica II bis e OS classifica II.

Le offerte pervenute sono state 130 e ne sono state escluse cinque, di cui tre per non aver presentato una propria attestazione SOA, il cui possesso in capo all'ausiliata era previsto al punto 20 del disciplinare di gara proprio per quelle imprese che facevano ricorso all'istituto dell'avvalimento. Tra queste figurava anche l'odierna appellata r.t.i. Real costruzioni S.r.l./Elettro Service Group, S.r.l.

La gara veniva aggiudicata al concorrente r.t.i. C.G.M. s.r.l./S.P.E.L. S.r.l.

2- Il raggruppamento escluso ha proposto ricorso avanti al Tar per la Toscana, impugnando, con ricorso notificato in data 8 novembre 2018, il disciplinare di gara e in particolare il citato art. 20, nella sua portata escludente, per il preteso contrasto con l'art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, deducendone la nullità. Con il medesimo ricorso ha impugnato i conseguenti atti di esclusione (datata 24 ottobre 2018) e infine di aggiudicazione della gara a favore del raggruppamento controinteressato (datata 31 ottobre 2020).

Con un primo motivo, la ricorrente in prime cure ha contestato la disposizione del bando di gara secondo cui un determinato operatore economico, per poter ricorrere all'avvalimento di un'attestazione SOA, debba possedere già una propria attestazione, proponendo una lettura in senso opposto dell'art. 20 del disciplinare, in quanto, con l'avvalimento dell'attestazione SOA, l'operatore intende proprio sopperire alla mancanza delle qualificazioni professionali e tecniche ad eseguire il lavoro, mentre deve essere in possesso solamente dei requisiti soggettivi che sono costituiti dall'idoneità professionale e da

tutti gli altri di cui all'articolo 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

Con il secondo motivo, la Real Costruzioni S.r.l. ha dedotto che deve essere consentito alle imprese, sprovviste dei requisiti tecnici e, nel caso di specie, dell'attestazione SOA, di poter partecipare alla gara attraverso l'istituto dell'avvalimento, altrimenti le piccole e medie imprese si troverebbero nell'impossibilità di partecipare e quindi di concorrere per acquisire appalti di lavori pubblici. Pertanto la previsione del bando che impone a tutti i partecipanti di possedere autonomamente l'attestazione SOA per poter accedere all'istituto dell'avvalimento (art. 20 del disciplinare), nell'introdurre ulteriori limiti rispetto a quelli previsti dall'art. 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016 per l'avvalimento, sarebbe affetta da nullità assoluta, per violazione dell'art. 83, comma 8, dello stesso decreto legislativo, e quindi dovrebbe essere disapplicata dal giudice amministrativo.

Nel primo grado del giudizio si sono costituiti, per resistere al ricorso, il Ministero della difesa e la controinteressata C.G.M. S.r.l. Quest'ultima ha eccepito preliminarmente la tardiva impugnazione del bando e di conseguenza la sua inoppugnabilità, da rilevare in sede di impugnazione dell'atto di esclusione- e ha inoltre proposto ricorso incidentale, deducendo che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara anche per altro motivo, rappresentato dalla violazione dell'art. 83, comma 1, lett. a) e comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016, ossia per la mancata dimostrazione del requisito dell'idoneità professionale coerente con l'oggetto della gara.

Con la sentenza n. 356 del 13 marzo 2019, resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 del codice per il processo amministrativo, il Tar per la Toscana ha respinto il ricorso incidentale proposto da C.G.M.

S.r.l. e, dopo aver disatteso le eccezioni di inammissibilità del ricorso principale per la tardiva impugnazione della clausola, lo ha accolto con precipuo riferimento al secondo motivo, dichiarando la nullità della clausola di cui all'art. 20 del disciplinare di gara e, conseguentemente, annullando il provvedimento di esclusione della società ricorrente e tutti i successivi atti del procedimento di gara, compresa l'aggiudicazione in favore del R.t.i. C.G.M. S.r.l./ S.P.L. S.r.l..

3- Quest'ultimo raggruppamento, in proprio e quale capogruppo aggiudicatario, ha proposto appello con due motivi: con il primo, esso ripropone l'unico motivo del ricorso incidentale, respinto dal tribunale; con il secondo, a sua volta, riformula l'eccezione di inammissibilità e di improcedibilità del ricorso introduttivo per l'affermata tardiva impugnazione delle clausole, direttamente escludenti e immediatamente lesive, del bando di gara e del disciplinare e contesta la ritenuta nullità della clausola in questione.

In appello si è costituito il raggruppamento soccombente in primo grado, mentre non lo ha fatto il Ministero della difesa, pur ritualmente evocato in questo grado del giudizio.

Con l'ordinanza cautelare n. 2993 del 14 giugno 2019, la quinta sezione di questo Consiglio di Stato, nel richiamare un analogo provvedimento cautelare di cui all'ordinanza n. 344 del 25 gennaio 2019 della stessa sezione, ha sospeso l'esecuzione della sentenza di primo grado, trattenendo poi in decisione la causa per il merito nell'udienza del 17 dicembre 2019.

Con la sentenza non definitiva n. 1920 del 17 marzo 2020, la medesima sezione ha respinto il primo motivo di appello con il quale C.G.M. S.r.l. ha riproposto il motivo incidentale escludente, mentre,

con riferimento al secondo motivo di appello proposto dalla stessa, ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione inerente alla validità della clausola del disciplinare -il più volte citato art. 20- che richiede a pena di esclusione l'attestazione SOA dell'impresa ausiliata.

La sentenza, con contestuale rimessione, nel deferire *in parte qua* le questioni controverse a questa Adunanza, rammenta anzitutto che, con il secondo motivo di appello, C.G.M. S.r.l. ha contestato la qualificazione, in termini di radicale nullità, dell'art. 20 del disciplinare, da parte del primo giudice, deducendo che la questione posta dal ricorso involge quella, da ritenersi di massima importanza, dell'interpretazione dell'articolo 83, comma 8, ultimo inciso, del codice dei contratti pubblici. Inoltre, a giustificazione della necessità di rimettere la questione all'Adunanza plenaria, rappresenta anche il contrasto giurisprudenziale che si registra all'interno della medesima sezione remittente, laddove da un lato la sentenza n. 1772 del 2013 e l'ordinanza cautelare n. 344 del 25 gennaio 2019 (già richiamata) negano che la clausola oggettivamente escludente integri un'ipotesi di nullità del bando e dall'altro la sentenza 23 agosto 2019, n. 5834 (intervenuta nelle more del presente giudizio e richiamata in memoria dalle parti) ne ribalta completamente l'orientamento.

In particolare, la sezione ha osservato come la clausola del bando di gara in questione –analogamente a quanto ritenuto dalla stessa sezione con la sentenza n. 5834 del 23 agosto 2019 con riferimento ad analoga previsione di un bando di gara dell'Amministrazione della difesa- «*non tanto si limiti a disciplinare la modalità di esercizio dell'avvalimento, ma direttamente ne limiti il ricorso*», al di fuori dei limiti all'avvalimento consentiti alle stazioni appaltanti dalla normativa europea e conseguentemente nazionale.

Constatato, quindi, che «*la* lex specialis *di gara – interpretata come fatto dalla stazione appaltante – in sostanza prescriveva che, per poter partecipare alla procedura competitiva, fosse necessario disporre comunque di un'attestazione SOA, tant'è che i concorrenti, per potersi eventualmente avvalere di quella di un altro operatore economico, avrebbero in ogni caso dovuto possederne una in proprio*», ha concluso per la nullità della clausola, perché «*quella delineata dall'art. 20 del bando non era una disciplina, sia pur restrittiva, delle "modalità" con cui ricorrere all'avvalimento, ma un vero e proprio divieto (di fatto) di ricorrere a tale istituto, incompatibile con la norma cogente attualmente prevista all'art. 89 del Codice dei contratti pubblici*» e perché «*si è evidentemente 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*».

Coerentemente, la citata sentenza della V Sezione ha fatto applicazione della speciale disciplina processuale dell'all'art. 31, comma 4, c.p.a., secondo cui «*la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni*» e «*la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice* […]», trattandosi di azione non costitutiva, bensì di mero accertamento.

4- La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 24 giugno 2020, celebrata in modalità telematica secondo le disposizioni vigenti.

5- I quesiti posti dalla quinta sezione del Consiglio di Stato nella sentenza non definitiva e contestuale rimessione n. 1920 del 17 marzo 2020 sono due:

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.

La decisione sui detti quesiti è rilevante, osserva la sezione remittente, perché, in caso di ritenuta nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, il regime processuale applicabile sarebbe quello dell'art. 31, comma 4, c.p.a., mentre, in caso di ritenuta annullabilità, sarebbe applicabile l'art. 120, comma 5, c.p.a.; ciò, che – essendo stato il bando pubblicato il 21 settembre 2018 e il ricorso proposto il 15 novembre 2018 – comporterebbe il rigetto dell'appello, nella prima eventualità, e l'accoglimento, nella seconda.

6- Ai fini della decisione, la norma che viene anzitutto in rilievo è l'art. 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016, che consente l'utilizzazione dell'avvalimento in via generale da parte delle imprese che negoziano con la pubblica amministrazione, prevedendo quali uniche eccezioni alla regola le ipotesi contemplate nei commi 4, 10 e 11 della stessa.

La seconda disposizione che viene in rilievo è l'art. 83, comma 8, del medesimo decreto legislativo, laddove, nel disciplinare i criteri di selezione e il soccorso istruttorio, stabilisce che: *«Le stazioni appaltanti*

indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. I bandi e le lettere d'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».

Infine, la clausola del bando (art. 20 del disciplinare) così recita: *«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'articolo 2, comma 1 del decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248, ai sensi del comma 11 dell'articolo 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».*

7. La disciplina contenuta nella prima disposizione si incentra sui rapporti tra l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata nonché sui rapporti giuridici che ciascuna di esse instaura con la stazione appaltante, prevedendo in capo a quest'ultima penetranti poteri di controllo sull'effettivo possesso dei requisiti professionali e tecnico-finanziari, che si estendono anche alla fase esecutiva, dell'impresa ausiliaria, che, pur non diventando parte nel contratto che segue l'aggiudicazione, è obbligata in solido con l'impresa ausiliata. Naturalmente poteri di controllo e di conseguente disciplina specifica vengono esercitati dalla stazione appaltante anche nei confronti

dell'impresa ausiliata, che è comunque l'unica che partecipa alla gara e sottoscrive il contratto in caso di aggiudicazione. Inoltre essa è garante dell'esatta esecuzione del contratto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria.

La disciplina contenuta nella seconda norma ricordata (art. 83) non elimina, anzi lo regolamenta, il potere della stazione appaltante di indicare nel bando le condizioni minime di partecipazione e i mezzi di prova. Questo al fine di consentire la verifica, in via formale e sostanziale, delle capacità realizzative dell'impresa, nonché le competenze tecnico-professionali e le risorse umane, organiche all'impresa medesima.

Dalle richiamate disposizioni normative emerge tuttavia che, conformemente al diritto dell'Unione europea, la stazione appaltante incontra il limite di non poter escludere il meccanismo dell'avvalimento se non nei casi tassativamente previsti dalla legge.

8. Ritiene l'Adunanza plenaria che l'art. 20 del disciplinare sia illegittimo, per contrasto con l'art. 83, comma 8. La disposizione, invero, come si vedrà, in primo luogo appare intrinsecamente contraddittoria, nel consentire l'avvalimento dell'attestazione SOA di altro soggetto (primo periodo) e poi (secondo periodo), nel richiedere cionondimeno il possesso di propria attestazione SOA. Essa, inoltre, prevedendo una causa di esclusione (il mancato possesso della propria attestazione SOA) sprovvista di idonea base normativa, si pone in contrasto col divieto di porre cause di esclusione non previste per legge, a pena di nullità della clausola (art. 83, comma 8, ultimi due periodi).

8.1. Il codice dei contratti pubblici, in linea con la giurisprudenza di questo Consiglio divenuta infine prevalente, nel vigore del d. lgs. n.

163 del 2006 (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 30 novembre 2015, n. 5396; Cons. St., sez. V, 26 maggio 2017, n. 2627), 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, in quanto il contenuto dell'attestazione concerne il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo.

Conferma di tale possibilità, coerente con la *ratio* dell'avvalimento, quale delineata da questa Adunanza plenaria già con la sentenza n. 23 del 4 novembre 2016 in riferimento al d. lgs. n. 163 del 2006, 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), che, nell'art. 1, comma 1, lett. zz), ha 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*», 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, nella parte in cui si prevede che l'operatore economico possa soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c), del d. lgs. n. 50 del 2016, necessari per partecipare ad una procedura di gara – 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.

Per i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, il possesso di detti requisiti di qualificazione avviene esclusivamente, ai sensi dell'art. 84, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, mediante attestazione da parte delle società organismi di attestazione (SOA) autorizzate dall'ANAC.

8.2. Tuttavia, per evitare che l'avvalimento dell'attestazione SOA, ammissibile in via di principio per il *favor partecipationis* che permea l'istituto dell'avvalimento, divenga in concreto un mezzo per eludere il rigoroso sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, la giurisprudenza di questo Consiglio ha più volte ribadito che l'avvalimento dell'attestazione SOA è consentito ad una duplice condizione:

a) 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;

b) 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.

8.3. 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, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione (Cons. St., sez. V, 16 maggio 2017, n. 2316, Cons. St., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2226),

sicché è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto e, nel caso di specie, l'attestazione SOA, quale mero requisito astratto e valore cartolare, ma 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.

8.4. Tali condizioni, del resto, sono coerenti con la ricostruzione dogmatica dell'istituto dell'avvalimento nelle gare pubbliche, ricondotto anche di recente da questa Adunanza plenaria (sent. n. 13 del 2020) ai c.d. contratti d'impresa.

In effetti anche le negoziazioni private conoscono tali tipi di collaborazione tra imprese, che hanno lo stesso (o comunque simile) risultato economico a quello che si realizza con l'avvalimento, solamente che per esse si fa ricorso ad istituti e meccanismi propri di quell'ordinamento (noleggio, affitto, consorzio, gruppo societario, subappalto, cessione di ramo d'azienda e così via).

In realtà sia gli strumenti civilistici sia l'avvalimento sono destinati ad amplificare l'effetto c. d. reale proprio del contratto di società, ossia la creazione di una struttura economica che vive oltre il contratto che l'ha generata. Sicché, l'avvalimento serve *"ad integrare una organizzazione aziendale realmente esistente ed operante nel segmento di mercato proprio dell'appalto posto a gara, ma che, di certo, 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"* (Cons. di Stato, V, sent. n. 1772 del 20 novembre 2013;

negli stessi sensi sembra andare Cons. di Stato, III, sent. n. 3702 del 10 giugno 2020). Con la conseguenza che è stata ben presto avvertita l'esigenza di evitare il possibile fenomeno del c. d. "avvalificio", in cui cioè potessero operare imprese che si limitassero ad utilizzare la capacità economica di altre imprese, nonché di rendere possibile il controllo su tutte quelle forme di avvalimento che si sono delineate a seguito dell'applicazione pratica dell'istituto, come quello frazionato, quello plurimo e incrociato nonché il c.d. avvalimento 'sovrabbondante', e infine per sanzionare le forme di avvalimento vietate, come quello c.d. 'a cascata' (Adunanza Plenaria n. 13 del 2020, cit.).

8.5. Nel delineato quadro normativo, sussistendo il rispetto delle condizioni cui la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato subordina la legittimità del ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA e, per converso, non ricorrendo alcuna delle ipotesi, anche indirette, in cui l'avvalimento risulta vietato, l'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, non solo è contraddittorio rispetto alla previsione dello stesso articolo 20 (il quale consente che «*i concorrenti possono soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale richiesti nel disciplinare di gara, avvalendosi dell'attestazione SOA di altro soggetto*»), ma 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 alla condizione di depositare in sede di gara l'attestazione SOA dell'impresa ausiliata in proprio: come ha ritenuto la sentenza n. 5834

del 23 agosto 2019 della Sezione V di questo Consiglio, 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.

8.6. È ben vero, come ricorda la medesima sentenza n. 5834 ora citata, che l'art. 89, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016 consente alle stazioni appaltanti di prevedere «*nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente*», con un limite consentito all'avvalimento in ragione delle peculiari caratteristiche dell'opera richiesta, ma – in accordo con quanto ha affermato detta pronuncia – si deve escludere che sia questa l'ipotesi di cui si controverte, nella quale la stazione appaltante non ha mai previsto o richiesto che i lavori, per le loro specifiche caratteristiche tecniche, dovessero essere eseguiti direttamente dall'impresa ausiliata e anzi, come detto, ha ammesso in linea di principio il ricorso all'avvalimento, anche dell'attestazione SOA, salvo richiedere contemporaneamente il possesso e la produzione dell'attestazione SOA in capo all'impresa ausiliata.

Si tratta di un adempimento formale e procedurale che contrasta con le previsioni degli artt. 84 e 89 del d. lgs. n. 50 del 2016 e con la *ratio* dell'avvalimento stesso, applicabile alle attestazioni SOA secondo le modalità e nei limiti delineati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, e di fatto, come ricorda la sezione rimettente, esso comporta l'esclusione dell'impresa priva dell'attestazione SOA dalla gara, con un effetto espulsivo che non è implicito o indiretto, ma

espresso e diretto; ciò si evince dal tenore testuale dell'art. 20 del disciplinare di gara.

8.7. Pertanto, 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 dare seguito all'orientamento espresso da questo Consiglio con la sentenza n. 1772 del 27 marzo 2013, la quale 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*»: nel ben diverso caso di specie, non è contestato che l'impresa ausiliaria sia in possesso dell'attestazione SOA richiesta per lo svolgimento dei lavori.

8.8. Neppure si può ritenere che la clausola in questione sia legittima (come sembra prospettare la sezione remittente), 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*».

Infatti, rileva il principio di tassatività delle cause di esclusione, affermato dallo stesso art. 83, comma 8, sicché la discrezionalità, comunque non illimitata né insindacabile, della pubblica amministrazione nel disporre ulteriori limitazioni alla partecipazione, integranti speciali requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnica che siano coerenti e proporzionati all'appalto, è potere ben diverso dalla facoltà, non ammessa dalla legge, di imporre adempimenti che in modo generalizzato ostacolino la partecipazione

alla gara, come è avvenuto nel presente caso per l'avvalimento dell'attestazione SOA, senza adeguata copertura normativa e in violazione del principio della concorrenza (v., in questo senso, anche Cons. St., sez. V, 26 maggio 2015, n. 2627).

8.9. Pertanto risulta illegittima, per violazione degli artt. 84 e 89, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, la clausola del disciplinare di gara che, senza indicare le specifiche ragioni ai sensi dell'art. 89, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016, subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione SOA della impresa ausiliata, ed è conseguentemente di per sé illegittima, come ha statuito il TAR, l'esclusione dell'odierna appellata dalla gara, non essendo peraltro contestato ed anzi essendo stato accertato nel corso del giudizio – come ha ben messo in rilievo la sezione remittente nel respingere, con statuizione ormai coperta da giudicato interno, il ricorso incidentale di C.G.M. s.r.l. – il requisito di idoneità professionale di Real Costruzioni s.r.l., ai sensi dell'art. 83, comma 1, lett. a), del d. lgs. n. 50 del 2016, quale operatore economico del settore.

9. Ritenuta l'illegittimità della clausola escludente in contestazione, dunque, si tratta ora di acclarare se essa sia annullabile o nulla.

In estrema sintesi, deve ritenersi che la clausola escludente del bando è affetta da nullità, e pertanto da considerare come non apposta e quindi disapplicabile, poiché essa finisce per integrare un requisito ulteriore rispetto a quelli espressamente previsti dagli artt. 80 e 83 del codice dei contratti pubblici; cosa non consentita dall'ordinamento, che anzi in tal caso prevede la sanzione massima della nullità.

Da ciò questa Adunanza plenaria desume che si tratti di una nullità parziale che non invalida l'intero bando e che non si configuri una

fattispecie di nullità derivata o successiva, bensì propria, ossia di una clausola in contrasto con una norma imperativa di legge.

10. La questione effettivamente, come segnalato dalla sezione remittente, riveste carattere generale, in quanto si tratta di stabilire gli esatti termini del funzionamento dell'istituto della nullità nei rapporti amministrativi. Quindi si rendono necessarie alcune premesse di sistema nel cui contesto inquadrare il caso in esame.

10.1. Va ricordato che per la giurisprudenza, cui poi si è allineata anche la dottrina, 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. Sicché il sistema relativo all'invalidità si è incentrato sull'unico vizio principale, ossia l'illegittimità.

In questo sistema non ha trovato spazio la nullità, così come disciplinata dal codice civile a proposito dell'invalidità del contratto. La giurisprudenza più risalente riteneva che non può aversi nullità se legittimati a chiedere l'annullamento giudiziale o in autotutela sono solo i partecipanti al procedimento, se l'azione va proposta in brevi termini di decadenza, se il vizio non è rilevabile d'ufficio e se infine 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).

D'altro canto anche nei rapporti civilistici la fattispecie nulla produce effetti, nonostante se ne predicasse l'improduttività degli effetti,

l'imprescrittibilità, l'impugnabilità da chiunque avesse interesse, la rilevabilità d'ufficio. Inoltre vi era la chiara consapevolezza che i termini nullità e annullabilità venivano usati dal legislatore in maniera non rigorosa e che fossero presenti nell'ordinamento casi di nullità relativa e casi di annullabilità assoluta. Gli esempi sono molti e noti: l'uso improprio del vocabolo "validità" nell'art. 1398 del codice civile, che invece contempla un chiaro caso di inefficacia, la conversione del negozio nullo in cui si producono gli effetti benché di una fattispecie negoziale altra con effetti diversi e più ridotti, l'usucapione e la pubblicità sanante, le nullità in materia di diritto di famiglia e di contratto di lavoro.

10.2. In coerenza con l'indicato sistema, incentrato sul binomio invalidità/annullabilità, è andata anche la legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo sino a quando non è intervenuta la legge 11 febbraio 2005, n.15, che ha inserito, all'interno dell'originario impianto, l'intero capo IV bis, che all'art. 21-*septies*, intitolato «Nullità del provvedimento», stabilisce: «*E' nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge*».

Alla disciplina sostanziale è seguita quella processuale, ossia quella contenuta nell'art. 31 del codice del processo amministrativo, intitolato «Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità», che, al comma 4, stabilisce: *«La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di 180 giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. 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». L'ultimo rimando si riferisce al procedimento relativo al giudizio di ottemperanza, dove nella lettera indicata si stabilisce: *«Dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato»*. Infine l'art. 133, che, 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»*.
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 ha escluso che ci fosse spazio per la cosiddetta nullità virtuale o di protezione di cui all'articolo 1418, primo comma, del codice civile, in quanto essa avrebbe avuto l'effetto di minare la stabilità e la continuità dell'azione amministrativa.
Infatti la medesima sezione remittente, in una pronuncia intervenuta quando era appena entrato in vigore il codice del processo amministrativo e che non risulta superata, ha statuito che: *«La norma, introdotta dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, tra le varie opzioni possibili -ossia tra quella di inserire nel sistema della patologia dell'atto tutte le ipotesi di nullità (testuale strutturale e virtuale) previste dall'articolo 1418 del codice civile e quella di ritenere sufficiente la categoria dell'annullabilità per quanto riguarda i rapporti amministrativi- ha scelto la soluzione di compromesso, ossia quella di escludere la nullità per contrasto con norme imperative di legge, giudicando tale categoria particolarmente pericolosa rispetto alle esigenze di certezza e di stabilità dell'azione amministrativa. In altri termini, le cause di nullità debbono intendersi a numero chiuso, così come peraltro già ritenuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, VI, 13 giugno 2007, n. 3173; V 26 novembre 2008, n. 5845). Pertanto, le ipotesi astrattamente riconducibili alla*

nullità c. d. virtuale vanno ricondotte al vizio di violazione di legge, atteso che le norme riguardanti l'azione amministrativa, dato il loro carattere pubblicistico, sono sempre norme imperative e quindi non disponibili da parte dell'amministrazione.>>. (Cons. di Stato, V, sent. n. 1498 del 15 marzo 2010).

10.3. Rispetto alla nullità civilistica le più visibili differenze sono costituite dal breve termine di decadenza per proporre l'azione di accertamento della nullità e il 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.

Invece le ipotesi del difetto assoluto di attribuzione e del provvedimento adottato in violazione del giudicato sono 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.*

Infine, la ragione della previsione del termine di decadenza di 180 giorni, per la cui decorrenza vale quanto statuito dall'articolo 41, comma 2, del codice del processo amministrativo, va rinvenuta nella necessità di dare certezza e stabilità ai rapporti amministrativi; ragione che è la stessa per cui, a proposito dell'azione di annullamento è previsto il breve termine di 60 giorni per impugnare, ridotto a 30 negli altri casi espressamente previsti dal codice, tra cui il caso in esame. 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, del codice civile.

10.4. Ai fini della presente decisione più che le differenze con la nullità civilistica vanno individuati i punti di contatto, poiché essi consentono di delineare una sorta di quadro unico del sistema delle nullità.

Va premesso che 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.

Non a caso 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. Cosicché è 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. In altri termini la norma presuppone una combinazione di criteri diversi alla luce dei quali il giudice deve valutare, caso per caso, la compatibilità tra le specifiche clausole del contratto e gli interessi o i valori che l'ordinamento intende garantire attraverso la norma imperativa.

11. La breve rassegna delle posizioni civilistiche intorno all'istituto della nullità si giustifica sia perché esso è nato in quell'ordinamento, sia perché consente di poterlo meglio collocare in un ordinamento, quello amministrativo, che ha funzionato senza mai avvertirne la mancanza.

11.1. La nullità dell'atto amministrativo -figura generale, assieme all'annullabilità, dell'invalidità e che può essere riguardata non solo come vizio, ma anche come azione, eccezione in senso tecnico e come sanzione- va analizzata nel contesto ordinamentale specifico, diverso da quello civile.

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, ancorché sempre più spesso partecipata, del potere amministrativo. Quest'ultimo si apre, prosegue e si chiude all'insegna del principio per cui l'amministrazione deve curare l'interesse pubblico datogli in attribuzione dalla legge in maniera da raggiungere il massimo risultato possibile con il minimo mezzo.

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.

Pertanto la nullità emerge nel processo, che ha le sue regole. Quindi 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; ipotesi 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.

12. Nel complesso delineato contesto ordinamentale, l'Adunanza Plenaria ritiene che la clausola escludente - che si ponga in violazione dell'art. 83, comma 8, del 'secondo codice' sugli appalti pubblici – non si possa considerare annullabile (e dunque efficace).

12.1. Valgano al riguardo le considerazioni che seguono.

Ancor prima dell'entrata in vigore del 'primo codice' dei contratti pubblici (d.lg. n. 163 del 2006), per la tradizionale 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 è stata ribadita nel vigore del testo originario dell'art. 46 del 'primo codice' sui contratti pubblici, finché il decreto legge 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.

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.

Sul significato di tale nullità si è pronunciata l'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 9 del 2014, 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").*

Questa 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".*

12.2. L'art. 83, comma 9, del vigente codice degli appalti (d.lg. n. 50 del 2016) 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.

12.3. Ritiene l'Adunanza Plenaria che la nullità della clausola escludente *contra legem*, ora prevista dall'art. 83, comma 9, del codice, vada 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 del 'primo codice'. 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.

Ritenere che la nullità sancita dal comma 8, ultima parte, dell'articolo 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 in concreto della sua situazione soggettiva tutelata..

12.4. A questo punto, e tirando del filo delle argomentazioni sin qui svolte, a integrazione di quanto già affermato dalla sentenza sopra richiamata n. 9 del 2014, ritiene l'Adunanza Plenaria 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.

Non si possono considerare applicabili l'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990 e l'art. 31 del codice del processo amministrativo, i quali si riferiscono ai casi in cui un provvedimento sia nullo ed 'integralmente' improduttivo di effetti: la clausola escludente affetta da nullità, in base al principio *vitiatur sed non vitiat* già affermato dalla sentenza di questa Adunanza n. 9 del 2014, non incide sulla natura

autoritativa del bando di gara, quanto alle sue ulteriori determinazioni.

Il legislatore, nel prevedere la nullità della clausola in questione, ha disposto la sua inefficacia, tanto che – se anche il procedimento dura ben più dei sei mesi previsti dall'art. 31 del c.p.a. per l'esercizio della azione di nullità – la stazione appaltante comunque non può attribuire ad essa rilievo perché ritenuta "inoppugnabile".

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 previsto dall'art. 120 del codice del processo amministrativo, 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.

L'art. 120 non prevede alcuna deroga al termine di decadenza di trenta giorni, che sussiste qualsiasi sia il vizio – più o meno grave – dell'atto impugnato. Né può farsi discendere, quanto meno nell'ordinamento amministrativo, la nullità di un atto applicativo di un precedente provvedimento solo parzialmente affetto da una nullità riferita a una sua specifica clausola inidonea a inficiare la validità di quel provvedimento nel suo complesso.

13. Non vi è dunque alcun onere, in conclusione, per le imprese partecipanti alla gara di impugnare (entro l'ordinario termine di decadenza) la clausola escludente nulla e quindi "inefficace" *ex lege*, ma vi è uno specifico onere di impugnare nei termini ordinari gli atti successivi che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell'atto precedente.

14. Per le ragioni che precedono, l'Adunanza Plenaria enuncia i seguenti princìpi di diritto:

a) la clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione SOA anche della stessa impresa ausiliata si pone in contrasto con gli 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;

b) 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;

c) 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.

15. La controversia va rimessa alla sezione remittente perché faccia applicazione, nella definizione della lite, dei principi di diritto come formulati, nonché per la statuizione sulle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, enuncia i princìpi di diritto sopra riportati e restituisce il giudizio alla Sezione, cui va rimessa anche la statuizione sulle spese.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 24 giugno e 23 settembre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente, Estensore

Diego Sabatino, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi

L'ESTENSORE **IL SEGRETARIO**
Gianpiero Paolo Cirillo