



Novità in materia di appalti pubblici 9/2024

SOMMARIO: L'attestazione SOA oggetto del contratto di avvalimento – Il corretto utilizzo del soccorso istruttorio – La distinzione tra l'opzione di proroga e la proroga tecnica– La deroga al principio di rotazione ai sensi del nuovo Codice dei contratti pubblici

1. L'attestazione SOA oggetto del contratto di avvalimento

Il TAR Sicilia, sede Catania, ribadisce che, qualora l'attestazione SOA sia oggetto dell'avvalimento previsto dall'art. 104 del D. Lgs. 36/2023, è necessario che l'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 stessa.

[TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 16 aprile 2024 n. 1432](#)

«Il Collegio reputa che anche in relazione alla nuova disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 36/2023 (art. 104) vada mantenuta ferma l'evoluzione dei principi delineatasi in giurisprudenza, nella vigenza del precedente Codice, in materia di avvalimento, ed in particolare di avvalimento "operativo" e di avvalimento dell'attestazione SOA.

Secondo consolidato orientamento interpretativo, a seconda che si tratti di avvalimento di garanzia ovvero di avvalimento tecnico o operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria, in quanto (solo) in caso di avvalimento c.d. tecnico-operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione, da parte dell'ausiliaria, di mezzi e risorse specifiche (e specificamente indicate nel contratto), indispensabili per l'esecuzione dell'appalto.

Qualora oggetto di avvalimento sia una certificazione di qualità, o un'attestazione di qualificazione per l'esecuzione di lavori, è indispensabile che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che, complessivamente considerate, le hanno consentito di acquisire la certificazione o l'attestazione.

Invero, l'attestazione SOA è rilasciata da appositi organismi a seguito di un'articolata verifica volta ad accertare la sussistenza, in capo all'impresa richiedente, oltre che dei requisiti di ordine generale, dei requisiti di ordine speciale (adeguata capacità economica e finanziaria; adeguata idoneità tecnica e organizzativa; adeguata dotazione di attrezzature tecniche; adeguato organico medio annuo), sicché, quando oggetto dell'avvalimento sia l'attestazione SOA, l'effettiva operatività del "prestito" richiede che siano messi a disposizione tutti i mezzi e le risorse valutati ai fini della qualificazione e del rilascio del relativo attestato per le lavorazioni d'interesse.

Ne deriva l'onere del concorrente di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto (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" (Ad. Plen., 16 ottobre 2020, n. 22). Ciò in quanto l'avvalimento serve "ad integrare una organizzazione aziendale realmente esistente ed operante nel segmento di mercato proprio dell'appalto posto a gara, ma, 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".»



2. Il corretto utilizzo del soccorso istruttorio

Il TAR Emilia-Romagna, sezione distaccata di Parma, ribadisce che, ai sensi della disciplina delineata all'art. 101 del D. Lgs. 36/2023, il soccorso istruttorio non può essere attivato per integrare o sanare gli elementi dell'offerta tecnica o economica, potendo, invece, essere utilizzato per sanare le carenze della documentazione amministrativa.

[TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 17 aprile 2024 n. 88](#)

«Osserva la giurisprudenza amministrativa che, anche per il soccorso istruttorio per come disciplinato dal Decreto Legislativo 31 marzo 2023, "deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti.

Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa. In altri termini, si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei requisiti di ordine generale (in quanto soggettivamente all'operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara) (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870).»

3. La distinzione tra l'opzione di proroga e la proroga tecnica

Il TAR Campania, sede di Salerno, ribadisce la distinzione tra l'opzione di proroga e la proroga tecnica, già chiarita dall'art. 120, commi 10 e 11 del D. Lgs. 36/2023.

[TAR Campania, Napoli, Sez. V, 4 aprile 2024, n. 2200](#)

«Le osservazioni sopra svolte inducono a distinguere l'opzione di proroga dalla c.d. "proroga tecnica", come peraltro puntualmente precisato dai commi 10 e 11 del vigente D.lgs. n. 36/2023.

In particolare, l'opzione di proroga deve essere prevista appositamente nel bando e nei documenti di gara e, se esercitata dalla stazione appaltante, obbliga l'appaltatore ad eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti dal contratto o, se invece specificamente previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante.

Diversamente, la proroga tecnica è quella resa necessaria da situazioni eccezionali, dalle quali derivino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della nuova procedura di affidamento. In tale caso è consentita, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, la proroga del contratto con l'appaltatore uscente qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazione di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l'igiene pubblica, oppure nell'ipotesi in cui l'interruzione della prestazione dedotta nella gara sia idonea a determinare un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare.

La c.d. "proroga tecnica" va quindi tenuta distinta dalla "opzione di proroga", che non incontra limiti temporali salvo quelli stabiliti nei documenti di gara.

Nel chiarire ulteriormente i profili distintivi intercorrenti tra le due tipologie di proroghe, la giurisprudenza ha precisato che l'istituto della proroga contrattuale è consentito solo se la relativa clausola venga già inserita nel bando quale opzione da esercitarsi da parte della Stazione Appaltante in favore dell'operatore economico aggiudicatario della selezione, alle condizioni fissate sin dall'inizio nella lex specialis di gara, definendosi preventivamente condizioni e termini della proroga (con modalità proporzionate all'oggetto del contratto e capaci di escludere pregiudizi alla leale concorrenza nel mercato economico di riferimento), tanto che tutti i partecipanti alla gara siano posti in grado di presentare un'offerta economica che comprenda anche l'eventuale





periodo di proroga, i cui effetti quindi siano stati anch'essi oggetto della selezione.»

4. La deroga al principio di rotazione ai sensi del nuovo Codice dei contratti pubblici

In merito al principio di rotazione previsto dall'art. 49 del D. Lgs. 36/2023, l'Autorità Nazionale Anticorruzione sottolinea che, rispetto alla disciplina contenuta nel previgente Codice, la norma attuale ha una portata innovativa, in quanto prevede che, qualora ricorrano i presupposti indicati al comma 4 del citato articolo, la stazione appaltante possa derogare al divieto di reinvitare il contraente uscente.

[Atto del Presidente del 13 marzo 2024, fasc. 5334](#)

«Il nuovo codice (d.lgs. 36/2023), che si applica agli affidamenti il cui bando è pubblicato a partire dal 1° luglio 2023, diversamente dal d.lgs. n. 50/2016 abrogato dal 1° luglio 2023, riserva un articolo specifico al principio di rotazione (art. 49) in cui ha ribadito l'attualità di detto principio per il sottosoglia in parte riprendendo in parte innovando su taluni profili significativi quanto già previsto dall'art. 36 del d.lgs. 50/2016 e chiarito dalle Linee Guida n. 4. Sul punto vale innanzitutto ricordare che, a decorrere dalla data in cui il nuovo codice di cui al d.lgs. 36/2023 acquista efficacia, in luogo dei regolamenti e delle linee guida dell'ANAC adottati in attuazione del decreto legislativo n. 50 del 2016, laddove non diversamente previsto, si applicano le corrispondenti disposizioni del nuovo codice e dei suoi allegati (art. 225, comma 16 del d. lgs. 36/2023). In continuità con la progressiva disciplina, l'art. 49 del d. lgs. 36/2023 impone il rispetto del principio di rotazione nella fase dell'invito al contraente uscente, con lo scopo di evitare che quest'ultimo, forte della conoscenza della prestazione da realizzare acquisita nel precedente contratto, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici.

L'art. 49 comma 4 del d. lgs. citato, rispetto alle linee guida n. 4, risulta tuttavia in parte innovativo, quantomeno laddove consente di derogare al divieto del reinvito del contraente uscente, motivando circa la contemporanea sussistenza dei presupposti richiesti dal comma 4 dell'articolo citato ossia: struttura del mercato, effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione del precedente contratto. Il contraente uscente può dunque essere reinvitato o risultare affidatario diretto laddove, come precisa la relazione illustrativa al Codice, sussistano i requisiti richiesti dalla legge, concorrenti e non alternativi tra loro, ossia struttura del mercato, effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione del precedente contratto, che devono tuttavia essere specificamente rappresentati negli atti di gara.»



Contatti

Torino Corso Vittorio Emanuele II, 68 10121 | T. +39 011 51121

Milano Via Bigli 2, 20121 | T. +39 02 303049

Roma Via Ludovisi, 35 00187 | T. +39 011 51121

info@pavesioassociati.it – www.pavesioassociati.it

Per maggiori informazioni:

AreaAmministrativo@pavesioassociati.it

Disclaimer

Il presente documento è redatto in termini generali, unicamente a fini divulgativi e di aggiornamento normativo.