

La pronuncia del Consiglio di Stato sul caso del subappalto necessario

Approfondimento sulla sentenza dell'Adunanza Plenaria del CdS n. 9 del 2 novembre 2015

Claudio Guccione

Avvocato

Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

Con la sentenza n. 9 del 2 novembre 2015, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è definitivamente pronunciata sulla questione dell'obbligatorietà, o meno, dell'indicazione del subappaltatore già nella fase dell'offerta da parte dell'impresa concorrente sprovvista della qualificazione in una o più categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria (nel caso, quindi, di un cosiddetto "subappalto necessario") e, dunque, sulla doverosità dell'esclusione della medesima impresa concorrente, nell'ipotesi di inosservanza del predetto obbligo (ove giudicato tale). L'Adunanza Plenaria ha statuito che (i) l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art. 107 co. 2 del d.P.R. 207/2010. La decisione in commento ha, peraltro, sorprendentemente risolto anche la questione dei cosiddetti oneri di sicurezza per le gare d'appalto bandite prime del 20 marzo 2015, affermando che (ii) non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso



istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015.

Una questione controversa

In estrema sintesi, la questione sottoposta all'attenzione del Consiglio di Stato, aveva ad oggetto l'impugnazione della sentenza del Tar Valle D'Aosta - Aosta 13 febbraio 2015, n. 18, con cui il Tribunale valdostano ha accolto il ricorso promosso dall'impresa ricorrente avverso l'aggiudicazione definitiva al (costituendo) r.t.i. risultato aggiudicatario di una procedura ristretta indetta con il criterio del prezzo più basso e giudicata illegittima dai giudici di primo grado a causa della mancata esclusione del medesimo r.t.i. aggiudicatario, per avere quest'ultimo omesso l'indicazione dell'impresa a cui avrebbe affidato il subappalto delle opere per le quali era sprovvisto del requisito di qualificazione. Avverso la richiamata decisione proponevano appello la mandante e la mandataria del (costituendo) r.t.i., contestando, nel merito, la correttezza del gravato giudizio di illegittimità dell'aggiudicazione controversa, sulla base del rilievo che la disciplina di riferimento (sia quella speciale della procedura controversa, sia la normativa generale) non imponevano (tantomeno a pena d'esclusione) l'indicazione del nominativo del subappaltatore nel caso di subappalto c.d. necessario, e concludendo per la riforma della decisione appellata e per la conseguente rieiezione del ricorso di primo grado. La sentenza veniva appellata in via incidentale anche dalla società autostradale (che aveva disposto l'aggiudicazione definitiva), che aderiva alle conclusioni formulate con l'appello principale. Con ordinanza del 3 giugno 2015, n. 2707, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, registrando un contrasto

giurisprudenziale sulla decisiva questione dell'obbligatorietà (o meno) dell'indicazione del subappaltatore già nella fase dell'offerta da parte dell'impresa concorrente in caso di "subappalto necessario" e, quindi, sulla doverosità della sua esclusione, nell'ipotesi di inosservanza del predetto obbligo (ove giudicato tale), ne ha devoluto la risoluzione all'Adunanza Plenaria.

La decisione del Consiglio di Stato

Con la sentenza in commento, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, innanzitutto, rileva che, nel corso del tempo, sono maturate in giurisprudenza due letture contrastanti:

i) secondo una prima tesi, la necessità della dimostrazione, ai fini della partecipazione alla procedura, della qualificazione per tutte le lavorazioni a qualificazione obbligatoria implica, quale indefettibile corollario, la necessità dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già nella fase dell'offerta, di modo da permettere alla stazione appaltante il controllo circa il possesso, da parte della concorrente, di tutti i requisiti di capacità richiesti per l'esecuzione dell'appalto;

ii) secondo una diversa, e minoritaria, lettura dell'istituto, viceversa, una corretta esegesi delle regole che presidiano i requisiti di qualificazione, e che escludono che, ai fini della partecipazione alla gara, sia necessario il possesso della qualificazione anche per le opere relative alle categorie scorporabili (esigendo il ricorso al subappalto solo per quelle a qualificazione necessaria e nella sola fase dell'esecuzione dell'appalto), impone la diversa soluzione dell'affermazione del solo obbligo di indicazione delle lavorazioni che il concorrente intende affidare in subappalto, ma non anche del nome dell'impresa subappaltatrice.

La soluzione offerta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è quella più coerente con la normativa di riferimen-



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)

to, ed esige, in via preliminare, un approfondimento normativo. L'art.92, commi 1 e 3, del Regolamento (d.P.R. n. 207/2010) che disciplina i requisiti di partecipazione alla gara, stabilisce, innanzitutto, che, ai predetti fini, è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente (quando il concorrente, singolo o associato, non la possiede anche per le categorie scorparabili), purché per l'importo totale dei lavori. Il combinato disposto degli artt.92, comma 7 e 109, comma 2 del Regolamento e 37, comma 11 del Codice appalti (D.L.gs. n. 163/2006) chiarisce, poi, che il concorrente che non possiede la qualificazione per le opere scorparabili indicate all'art. 107, comma 2 (c.d. opere a qualificazione necessaria) non può eseguire direttamente le relative lavorazioni ma le deve subappaltare a un'impresa provvista della relativa, indispensabile qualificazione. L'art.118 del Codice appalti (collocato sistematicamente entro la Sezione V del Codice, rubricata "principi relativi all'esecuzione del contratto") si occupa, invece, di definire le modalità e le condizioni per il valido affidamento delle lavorazioni in subappalto e prevede, per quanto qui rileva, che all'atto dell'offerta siano indicati (solo) i lavori che il concorrente intende subappaltare e che l'affidatario depositi, poi, il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di inizio delle relative lavorazioni (unitamente a tutte le attestazioni e dichiarazioni prescritte). I giudici del Consiglio di Stato affermano che dall'analisi delle regole appena citate si ricavano i seguenti principi: a) per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorparabili (neanche in quelle indicate all'art.107, comma 2, del Regolamento); b) le lavorazioni relative alle opere scorparabili nelle categorie individuate all'art.107, comma 2, del Regolamento non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, se sprovvisto della relativa qualificazione (trattandosi, appunto, di opere a qualificazione necessaria); c) nell'ipotesi sub b) il concorrente deve subappaltare l'esecuzione delle relative lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione; d) la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare e che abbia, poi, trasmesso alla stazione appaltante il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati; e) il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice (tra le quali, ad esempio, l'incameramento della cauzione). Si tratta - afferma l'Adunanza Plenaria - di un apparato regolativo compiuto, coerente, logico e, soprattutto, privo di aporie, antinomie o lacune. Dunque, a fronte di un sistema di regole chiaro e univoco, come quello appena esaminato, restano precluse opzioni ermeneutiche additive, analogiche, sistematiche o estensive, che si risolverebbero, a ben vedere, nell'enucleazione di una regola non scritta (la necessità dell'indicazione del nome del subappaltatore già nella fase dell'offerta) che configgerebbe con il dato testuale della disposizione legislativa dedicata alla definizione delle condizioni di validità del subappalto (art.118,



comma 2, del Codice appalti) e che, nella catalogazione (esauriente e tassativa) delle stesse, non la contempla. Sulla base dall'esame della vigente normativa di riferimento, l'Adunanza conclude in questo senso: "può, in definitiva, identificarsi il paradigma (riferito all'azione amministrativa, ma anche al giudizio della sua legittimità) secondo cui l'indicazione del nome del subappaltatore non è obbligatoria all'atto dell'offerta, neanche nei casi in cui, ai fini dell'esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorparabili a qualificazione necessaria, risulta indispensabile il loro subappalto a un'impresa provvista delle relative qualificazioni (nella fattispecie che viene comunemente, e, per certi versi, impropriamente definita come 'subappalto necessario')". Del resto, la correttezza della soluzione sopra enunciata (e che risponde al quesito, posto con ordinanza del Consiglio di Stato, nel senso di negare la doverosità dell'indicazione nominativa del subappaltatore) risulta, peraltro, avvalorata e corroborata dai convergenti argomenti di seguito (sinteticamente) dettagliati:

i) l'esame diacronico della legislazione in materia, che consegna all'Adunanza la preziosa informazione dell'originaria previsione (nella legge 11 febbraio 1994, n.109, c.d. "Legge Merloni") dell'obbligo dell'indicazione, già nella fase dell'offerta, di una rosa di imprese subappaltatrici (fino al numero di sei) entro le quali avrebbe poi dovuto essere scelta quella affidataria delle lavorazioni subappaltate, e della successiva abrogazione di tale previsione (già nella legge 18 novembre 1998, n.415, c.d. "Legge Merloni ter" e poi, definitivamente, con il codice dei contratti pubblici), che costituisce il più valido indice della consapevole ed univoca volontà del legislatore del 2006 di escludere, tra le condizioni di validità del subappalto, l'obbligo dell'indicazione nominativa in discussione;

ii) la previsione nella normativa in fieri dell'obbligo di indicare *ab initio* una terna di nomi di subappaltatori. L'Adunanza Plenaria afferma che "anche nel disegno di legge di delega al Governo per il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (all'esame della Camera dei Deputati, in seconda lettura, al momento della redazione della presente decisione) può ricavarsi un ulteriore prezioso riscontro alla tesi scelta dall'Adunanza Plenaria, là dove si ripristina, ivi, l'obbligo dell'indicazione di una terna di subappaltatori, ad ulteriore conferma che il silenzio serbato sul punto dal codice dei contratti pubblici in vigore non può essere trattato alla stregua di una lacuna colmabile in esito ad una complessa ed incerta operazione ermeneutica, ma costituisce una scelta chiara e cosciente (tanto che la legislazione precedente e, forse, quella successiva hanno operato e, probabilmente, opereranno una scelta diversa)".

iii) la tesi favorevole all'affermazione dell'obbligo in questione comporterebbe, peraltro, una confusione tra avvalimento e subappalto, nella misura in cui attrae il rapporto con l'impresa subappaltatrice nella fase della gara, anziché in quella dell'esecuzione dell'appalto, con ciò assimilando due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse, ma senza creare il medesimo vincolo dell'avvalimento e senza assicurare, quindi, alla stazione appaltante le stesse garanzie contrattuali da esso offerte. La prospettazione qui disattesa finirebbe, infine, per introdurre un requisito di qualificazione diverso ed ulteriore rispetto a quelli stabiliti, con disciplina completa ed autosufficiente, dall'art.92 del Regolamento (che, come si è già rilevato, esclude l'obbligo del possesso delle attestazioni nelle categorie scorparabili, ancorché a qualificazione necessaria, ai fini della partecipazione alla gara qualora si possieda la qualificazione nella categoria prevalente per l'intero importo dell'appalto), implicando, di conseguenza, la sua inammissibile disapplicazione, che, tuttavia, postula l'indefettibile presupposto, nella specie inconfigurabile, dell'illegittimità della norma secondaria in quanto confliggente con la disposizione legislativa primaria (come chiarito, ex multis, da Cons. St., sez. VI, 14 luglio 2014, n. 3623).

Oneri di sicurezza per le gare bandite prima del 20 marzo 2015

Come sopra anticipato, con un ulteriore quesito è stato chiesto all'Adunanza Plenaria di chiarire la legittimità (*recitius*: la doverosità) dell'uso dei poteri di soccorso istruttorio nei casi in cui la fase procedurale di presentazione delle offerte si sia perfezionata prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria 20 marzo 2015 n.3, con la quale è stato chiarito che l'obbligo, codificato all'art.87, comma 4, del Codice appalti, di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale si applica anche agli appalti di lavori. A tale questione l'Adunanza Plenaria offre "una risposta negativa, in quanto con la medesima decisione dell'Adunanza Plenaria è stata espressamente esclusa la sanabilità con il soccorso istruttorio dell'omissione dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, che si risolverebbe in un'inammissibile integrazione postuma di un elemento essenziale dell'offerta (cfr. Ad. Plen. n. 3 del 2015, punto 2.10)". Dunque, come detto, secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015. ■■