

CLAUDIO GUCCIONE

LA NECESSARIA INDICAZIONE
DEL SUBAPPALTATORE IN SEDE DI GARA:
IL FRUTTO DELLA CONFUSIONE TRA I REQUISITI PER LA
PARTECIPAZIONE/QUALIFICAZIONE ALLE GARE
ED I REQUISITI PER L'ESECUZIONE DEI LAVORI ⁽¹⁾

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo vigente. – 3. L'orientamento sull'obbligo di indicazione in gara del nominativo del subappaltatore in caso di "subappalto necessario". – 4. Riflessioni critiche in ordine all'orientamento sull'obbligo di indicare in gara il nominativo del subappaltatore. – 4.1. Incompatibilità tra l'obbligo di preventiva indicazione del subappaltatore e la disciplina di settore. – 4.2. Sull'indebita assimilazione tra subappalto e avvalimento: le radicali differenze ontologiche tra i due istituti. – 4.3. Sulla soppressione disposta nel 1998 dell'obbligo di individuazione dei subappaltatori di cui all'art. 34, l. 109 del 1994. – 4.4. Il principio di tassatività delle cause di esclusione e l'assenza di presupposti per l'eterointegrazione – 5. L'orientamento di interpretazione letterale dell'art. 118. – 6. La normativa *in fieri*. – 6.1. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici. – 6.2. Sull'annullamento dell'art. 109, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, ad opera del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, 26 giugno 2013, n. 3014. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione. – Come è noto, nelle procedure ad evidenza pubblica, il concorrente che intende ricorrere al subappalto per l'esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento è tenuto a dichiararlo già in sede di domanda di partecipazione, indicando contestualmente le prestazioni che intende affidare in subappalto ⁽²⁾.

Tale dichiarazione è stata per lungo tempo ritenuta sufficiente tanto dalla dottrina che dalla giurisprudenza.

Nel corso degli ultimi anni, però, alcune pronunce dei tribunali

(1) Il presente scritto è la rivisitazione ed integrazione della Relazione, avente il medesimo titolo, tenuta al Convegno IGI sul tema *Subappalto e qualificazione ad una svolta*, Roma, 24 settembre 2013.

(2) L'art. 118, comma 2, n. 1, d.lgs. n. 163 del 2006, sottopone il ricorso al subappalto alla ricorrenza della seguente condizione "che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo".

amministrativi hanno distinto le ipotesi in cui il concorrente sia autonomamente in possesso dei requisiti necessari ad eseguire direttamente tutte le prestazioni oggetto dell'affidamento, dalle ipotesi in cui l'operatore economico sia sprovvisto dei requisiti necessari ad eseguire in proprio alcune lavorazioni di cui si compone l'intervento, ed hanno affermato che mentre nel primo caso, cosiddetto "subappalto facoltativo", sarebbe sufficiente una dichiarazione che si limiti ad indicare l'intenzione di subappaltare parte delle prestazioni, nel secondo caso, cosiddetto "subappalto necessario", tale dichiarazione dovrebbe altresì contenere l'indicazione del nominativo dell'impresa subappaltatrice e la dimostrazione del possesso da parte di questa dei requisiti necessari all'esecuzione delle prestazioni da subappaltare.

Diversamente, altra parte della giurisprudenza ritiene che, anche nell'ipotesi in cui il concorrente sia sprovvisto di tutti i requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento e il ricorso al subappalto di parte delle prestazioni si renda, quindi, necessario per l'esecuzione dell'opera affidata, il concorrente non sarà comunque tenuto ad indicare già in sede di gara il nominativo dell'impresa subappaltatrice, in quanto non è rinvenibile nella normativa vigente alcun obbligo in tal senso.

Il presente contributo mira, dunque, a fornire un quadro riepilogativo degli orientamenti che si sono andati formando con riferimento ai contenuti della dichiarazione di subappalto ed a verificare la compatibilità degli stessi con la disciplina di comparto oggi vigente.

2. Il quadro normativo vigente. – Prima di entrare nel merito della questione oggetto del presente commento, appare indispensabile riepilogare sinteticamente il quadro normativo vigente, con specifico riferimento alle disposizioni in materia di (i) requisiti per la partecipazione alle gare ⁽³⁾

(3) Per una approfondita analisi sui requisiti di partecipazione alle gare per l'esecuzione di lavori pubblici v. A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012, p. 510 ss.; G. FERRARI, *La qualificazione per i lavori pubblici per le imprese stabilite in Italia e per le imprese stabilite all'estero e la garanzia di qualità*, in *L'organizzazione, la programmazione, i soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in *Trattato sui contratti pubblici* diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2011, p. 1327 ss.; R. IZZO, *Commento sub art. 92*, in *Il nuovo regolamento appalti pubblici*, in *Commento al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e ai regolamenti in tema di qualificazione, revisione dei prezzi, contratti segregati, progettazione* a cura di R. GAROFOLI, G. FERRARI, Milano, 2011, p. 362; A. BOTTO, M.I. CHIMENTI, I. IANNOTTA, N. TORCHIO, *Il sistema di qualificazione per i lavori pubblici e le categorie di opere*, in *Il regolamento di attuazione*, in *Trattato sui contratti pubblici* diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, cit., p. 4613 ss.; R. DAMONTE, *Soggetti abilitati ad assumere lavori pubblici e nuove norme in materia di qualificazione negli appalti pubblici*, in *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici* a cura di L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. DE MARZO, Milano, 2000; M. GRECO, *La qualificazione*

e (ii) requisiti per l'esecuzione delle prestazioni (4).

L'art. 92, d.P.R. n. 207 del 2010, disciplina i requisiti per la partecipazione alle gare del concorrente singolo e di quelli riuniti.

Tale disposizione prevede, al primo comma, che "Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente".

Secondo tale disposizione, dunque, ai fini della partecipazione alla gara, il concorrente che non sia in possesso della qualificazione nelle categorie scorporabili, potrà legittimamente partecipare alla procedura di gara, qualora tali requisiti siano dallo stesso posseduti con riferimento alla categoria prevalente (5).

nella gara d'appalto di lavori pubblici dopo il Codice dei contratti, Rimini, 2007, p. 338; A. VARLARO SINISI, *Il nuovo regolamento sui contratti pubblici: la partecipazione (ATI delle categorie super specialistiche e le società tra imprese riunite)*, in *www.appaltiecontratti.it*, 28 ottobre 2010; G. ZUCCHINI, *Soggetti abilitati ad assumere lavori*, in *Regolamento al Codice dei contratti pubblici* a cura di V. ITALIA, Milano, 2010, p. 74 ss.; L. GIAMPAOLINO, *Le SOA e le loro responsabilità*, in *Contr. St.*, 2001, p. 16 ss.; M.R. SPASIANO, M. CALABRÒ, *Norme di garanzia della qualità*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, p. 613 ss.; M. MARTINELLI, *La capacità economica e finanziaria*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, p. 613 ss.; F. SICILIANO, *Qualificazione per eseguire i lavori pubblici e norme di garanzia della qualità*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* a cura di F. SAITTA, Padova, 2008, p. 293 ss.; G. PESCE, *Requisiti di partecipazione, accesso alle gare pubbliche e riflessi sulla tutela della concorrenza tra le imprese (artt. 34-52)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici* a cura di M. CLARICH, Torino, 2010, p. 301 ss.; R. TITOMANLIO, *Il sistema di qualificazione nei lavori pubblici*, in *Contratti di appalto pubblico* a cura di C. FRANCHINI, Torino, 2010, p. 461 ss.

Con riferimento al previgente d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 ed in particolare all'art. 73, cfr. anche M. ZOPPOLATO, *I requisiti di partecipazione ad appalti e concessioni di lavori pubblici*, in *Il regolamento della legge sui lavori pubblici* a cura di D. TASSAN MAZZOCCO, C. ANGELETTI, A. COSTANTINI, D. GALLI, C. GUCCIONE, F. LEGGIADRO, M. ZOPPOLATO, Milano, 2000, p. 205 ss.

(4) Per quanto riguarda i requisiti per l'esecuzione delle prestazioni v.: F. LATTANZI, *Commento sub art. 109*, in *Il nuovo regolamento appalti pubblici. Commento al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e ai regolamenti in tema di qualificazione, revisione dei prezzi, contratti segregati, progettazione*, cit., p. 362. Con riferimento al previgente d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 cfr. anche M. ZOPPOLATO, *op. cit.*, p. 210.

(5) Ai sensi dell'art. 108, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010, per categoria prevalente si intende la categoria di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento. Si riporta di seguito il testo dell'art. 108, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010: "Nei bandi di gara per l'appalto di opere o lavori pubblici è richiesta la qualificazione nella categoria di opere generali che rappresenta la categoria prevalente, e che identifica la categoria dei lavori da appaltare. Nei bandi di gara per l'appalto di opere o lavori nei quali assume carattere prevalente una lavorazione specializzata, la gara è esperita con espressa richiesta della qualificazione nella relativa categoria

L'art. 109, d.P.R. n. 207 del 2010, si sofferma, poi, sulle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento.

Tale disposizione prevede, al primo comma, che il concorrente in possesso della qualificazione nella categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'intervento, anche se sprovvisto delle relative qualificazioni.

La portata di tale regola viene però notevolmente ridotta dal comma 2 del richiamato art. 109 (disposizione peraltro oggi annullata dal Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, con il parere n. 3014 del 26 giugno 2013) ⁽⁶⁾. Tale disposizione, infatti, individua delle categorie di opere, le cosiddette lavorazioni "a qualificazione obbligatoria", che non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione nella sola categoria prevalente ⁽⁷⁾, e precisa che siffatte lavorazioni "sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni".

Dunque, mentre l'art. 92 contiene la disciplina dei requisiti di qualificazione che è sufficiente possedere per partecipare alla gara, l'art. 109 detta la disciplina dei requisiti che è necessario possedere per l'esecuzione delle lavorazioni, distinguendo le prestazioni c.d. "a qualificazione obbligatoria", che il concorrente non può eseguire se privo della relativa qualificazione, e le prestazioni cosiddette "a qualificazione non obbligatoria", che l'affidatario in possesso della qualificazione nella sola categoria prevalente può, invece, eseguire direttamente anche se sprovvisto delle qualificazioni ad esse relative.

specializzata. Si intende per categoria prevalente quella di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento. Nei bandi sono altresì richieste le eventuali ulteriori qualificazioni per le lavorazioni di cui all'art. 109, commi 1 e 2".

(6) Per un approfondimento sul parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, n. 3014 del 26 giugno 2013 v. gli Atti del Convegno IGI *Subappalto e qualificazione ad una svolta*, Roma, 24 settembre 2013; inoltre, C. GUCCIONE, *Censurata dal CdS la disciplina in materia di qualificazione*, in *LeStrade*, n. 8-9, 2013; R. MANGANI, *Svolta nella qualificazione, ma per renderla operativa serve ora un d.P.R.*, su proposta del Ministro Lupi, in www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.it.

(7) Il comma 2 dell'art. 109, d.P.R. n. 207 del 2010, recita "Non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'art. 108, comma 3, relative a:

a) categorie di opere generali individuate nell'all. A;
b) categorie di opere specializzate individuate nell'all. A come categorie a qualificazione obbligatoria.

Esse sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Resta fermo, ai sensi dell'art. 37, comma 11, Codice, il limite di cui all'art. 170, comma 1, per le categorie di cui all'art. 107, comma 2, di importo singolarmente superiore al quindici per cento; si applica l'art. 92, comma 7".

L'art. 118, Codice dei contratti, detta, infine, la disciplina relativa al subappalto ⁽⁸⁾.

Tale disposizione subordina il ricorso al subappalto alle seguenti condizioni: (i) che i concorrenti abbiano indicato in sede di offerta le parti di prestazioni che intendono subappaltare; (ii) che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno 20 giorni prima della data di inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni; (iii) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante, l'affidatario trasmetta anche la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal codice relativamente alle prestazioni da subappaltare e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 e (iv) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto alcuno dei divieti previsti dall'art. 10, l. n. 575 del 1965, e successive modificazioni.

Dal tenore delle disposizioni sin qui richiamate emerge dunque che:

(i) il concorrente può legittimamente partecipare ad una gara anche se sprovvisto delle qualificazioni relative alle categorie scorporabili, purché lo stesso compensi tale carenza con un incremento di qualificazione nella categoria prevalente (art. 92, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010);

(ii) il soggetto aggiudicatario sprovvisto delle qualificazioni relative alle categorie scorporabili "a qualificazione obbligatoria" (che ha coperto tale carenza con un incremento della qualificazione nella categoria prevalente), non potrà eseguire direttamente tali lavori, ma sarà tenuto ad affidarle in subappalto ad un soggetto munito delle necessarie qualificazioni (art. 109, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, peraltro, come già detto, annullato dal Consiglio di Stato);

(iii) la verifica del possesso da parte del subappaltatore delle qualificazioni necessarie ad eseguire le prestazioni affidategli non

(8) Sul subappalto cfr.: S. FANTINI, *Commento sub art. 118*, in *Codice degli appalti pubblici* a cura di R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., p. 1406 ss.; G. CAPRINI, *Commento sub art. 118*, in *Codice dell'appalto pubblico* a cura di S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI, Milano, 2011, p. 1341 ss.; L. GENINATTI SATE, *Commento sub art. 118*, in *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, p. 1136 ss.; S. FANTINI, *Il subappalto*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria b. n. 62 del 2005* a cura di R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, Milano, 2005, p. 3401 ss.; G. ZGAGLIARDICH, *Normativa antimafia, subappalti e sicurezza cantieri nei lavori pubblici: riepilogo degli adempimenti e della modulistica aggiornato con d.lgs. n. 494 del 1996, e con la l. n. 135 del 1997*, Milano, 1997; G. ZGAGLIARDICH (con la collaborazione di S. SCHIAVON), *Subappalto e leggi antimafia nei lavori pubblici: autorizzazione al subappalto dopo la l. n. 109 del 1994, piani di sicurezza dopo i decreti n. 626 del 1994 e n. 494 del 1996, adempimenti con enti previdenziali e similari, reati in materia di lavori pubblici, collegamento fra imprese, comunicazione e informazione antimafia*, Milano, 1996.

attiene alla fase dell'offerta, ma alla successiva fase di esecuzione; solamente in tale fase il concorrente è, infatti, come visto, tenuto a trasmettere alla stazione appaltante copia del contratto di subappalto e a certificare il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti necessari all'esecuzione delle prestazioni (art. 118, comma 2, n. 2 e 3). Tale disciplina è, inoltre, unica; non è, dunque, prevista una regolamentazione differenziata per l'autorizzazione al subappalto cosiddetto "facoltativo" e quello cosiddetto "necessario".

Dal sopra descritto quadro di riferimento emerge, dunque, come alcuna delle disposizioni richiamate imponga espressamente al concorrente, seppur qualificato nella sola categoria prevalente ai sensi dell'art. 92, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010, di indicare, già in sede di offerta, il nominativo dell'impresa subappaltatrice, e questo tanto nel caso di "subappalto necessario" quanto nella diversa ipotesi di "subappalto facoltativo". La disciplina vigente, infatti, da una parte si limita a richiedere che il concorrente sprovvisto della qualificazione in una categoria scorporabile (anche a "qualificazione obbligatoria"), compensi tale carenza con un corrispondente incremento di qualificazione nella categoria prevalente (art. 92, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010) e, dall'altra, differisce alla successiva fase di esecuzione delle prestazioni la trasmissione del contratto di subappalto alla stazione appaltante e la contestuale certificazione attestante il possesso dei requisiti da parte del subappaltatore (art. 118, comma 2, n. 2 e 3).

3. L'orientamento sull'obbligo di indicazione in gara del nominativo del subappaltatore in caso di "subappalto necessario". – La problematica in esame ha tratto origine dalla sentenza del TAR Lazio, Sez. III, 1° luglio 2011, n. 5806 ⁽⁹⁾.

Con tale sentenza, il Tribunale amministrativo regionale, a fronte di una *lex specialis* che richiedeva la qualificazione per la categoria prevalente OG2-classificaIII e categoria scorporabile o subappaltabile a qualificazione obbligatoria OG11-classificaII, ha ritenuto illegittima la partecipazione di un concorrente che, privo della qualificazione nella categoria scorporabile, si è limitato a dichiarare l'intenzione di ricorrere al subappalto, senza però indicare, già in tale sede, i subappaltatori.

Il TAR del Lazio, infatti, dopo aver rilevato che per costante giurisprudenza la mancata o incompleta dichiarazione di subappalto

(9) TAR Lazio, Sez. III, 1° luglio 2011, n. 5806, in *Foro amm.*, 2011, n. 7-8, p. 2378.

non incide sulla partecipazione alla gara, ma solo sulla possibilità di ricorrere al subappalto in fase esecutiva ⁽¹⁰⁾, precisa che tale interpretazione presupponga che il concorrente sia in possesso dei requisiti per eventualmente eseguire l'opera, senza bisogno di ricorrere al subappalto, in quanto, diversamente opinando, parteciperebbe alla gara una impresa non in grado di eseguire le prestazioni oggetto di affidamento essendo la stessa sprovvista dei necessari requisiti di qualificazione.

Secondo la sentenza in commento, da tali considerazioni conseguirebbe che, in caso di mancanza dei requisiti da parte dell'appaltatore, il ricorso al subappalto, trattandosi, per l'appunto, del cosiddetto "subappalto necessario", è sostanzialmente un avvalimento, con conseguente obbligo delle dichiarazioni al momento dell'offerta come previsto dall'art. 49, Codice dei contratti ⁽¹¹⁾.

Pertanto, nel caso sottoposto al suo esame, il giudice amministrativo ha ritenuto illegittima l'ammissione di un concorrente che, sprovvisto della qualificazione nella categoria scorporabile, si era limitato ad indicare l'intenzione di ricorrere al subappalto, senza però dichiarare (i) il nominativo dell'impresa subappaltatrice e (ii) il possesso dei requisiti da parte di quest'ultima.

La sentenza del TAR del Lazio sopra richiamata è stata successivamente confermata dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con la nota sentenza 2 maggio 2012, n. 2508 ⁽¹²⁾.

(10) V. sul punto *ex multis* Cons. St., Sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; Cons. St., Sez. IV, 6 giugno 2008, n. 268, in *Foro amm.*, 2010, n. 12, p. 2866, e in *Cons. St.*, 2008, I, I, p. 113.

(11) Tra le recenti disamine istituzionali in materia di avvalimento v., determinazione Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, 1° agosto 2012, n. 2, L'avvalimento nelle procedure di gara e la circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Dipartimento per le infrastrutture, gli affari generali ed il personale, direzione generale per la regolazione e dei contratti pubblici, 30 ottobre 2012, n. 4536, recante "Primi chiarimenti in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in particolare alla luce delle recenti modifiche e integrazioni intervenute in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture". In dottrina, v. S. FANTINI, *Commento sub art. 49*, in *Codice degli appalti pubblici* a cura di R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., p. 647 ss.; L. CESTARO, *Commento sub art. 49*, in *Codice dell'appalto pubblico* a cura di S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI, Milano, 2011, p. 592 ss.; G. BALOCCO, *L'avvalimento nei contratti pubblici*, Roma, 2009; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., p. 540 ss.; C. ZUCHELLELLI, *L'avvalimento*, in *L'organizzazione, la programmazione, i soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in *Trattato sui contratti pubblici* diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICCOLIS, R. GAROFOLI, cit., 2011, p. 1490 ss.

(12) Cons. St., Sez. VI, con la nota sentenza 2 maggio 2012, n. 2508 in *Foro amm.*, 2013, n. 5, p. 1191; e in www.appaltiecontratti.it, con commento di A. VARLARO SINISI, *Il subappalto in gara: per il Consiglio di Stato non è una partita a poker!*; per ulteriori commenti, v., inoltre, R. MANGANI, *Subappalto, l'impresa senza requisiti deve indicare la società qualificata che svolgerà i lavori già in sede di gara*, in www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.it; V. CAPUZZA, *Subappalto "necessario", avvalimento "so-*

Con tale sentenza il Supremo Collegio, confermando quanto statuito dal TAR del Lazio, ha affermato che (i) quando il subappalto si rende necessario per il mancato possesso da parte del concorrente dei necessari requisiti di qualificazione, la dichiarazione di subappalto deve contenere anche l'indicazione dell'impresa subappaltatrice e la dimostrazione del possesso in capo a questa dei requisiti di qualificazione; (ii) la *ratio* del sistema di subappalto postula la necessità che l'amministrazione aggiudicatrice sia messa in condizione di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un soggetto il quale dimostri di possedere (in proprio, ovvero attraverso l'apporto altrui) le qualificazioni necessarie ad eseguire le prestazioni oggetto di affidamento; (iii) non è, quindi, ammissibile che l'amministrazione ammetta "al buio" un soggetto carente di un requisito di partecipazione e che non si sia curato di dimostrare già in sede di gara la possibilità di avvalersi dei requisiti di soggetti terzi; (iv) nelle ipotesi di subappalto necessario, il richiamo ad altro operatore risulta assimilabile ad un'ipotesi di avalimento, con la conseguenza che il concorrente è tenuto, già nella domanda di partecipazione, ad indicare il soggetto subappaltatore ed allegare il possesso da parte di questo dei necessari requisiti di qualificazione, similmente a quanto previsto dall'art. 49, comma 2, Codice dei contratti ⁽¹³⁾.

Le richiamate pronunce sono, quindi, state seguite da una serie di statuizioni che in parte si allineano all'indirizzo sopra riportato ed in parte se ne allontanano.

In senso conforme, si sono ad esempio espressi il TAR Umbria, con sentenza 31 ottobre 2012, n. 464 ed il Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza del 21 novembre 2012, n. 5900 ⁽¹⁴⁾.

Con tali sentenze, invero riferite ad appalti di servizi, il giudice amministrativo ha, infatti, incidentalmente rilevato che il concorrente può limitarsi a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto unicamente nelle ipotesi in cui lo stesso sia autonomamente in possesso delle qualificazioni necessarie ad eseguire le prestazioni ed il ricorso al subappalto rappresenti, quindi, una mera facoltà; diversamente, tale dichiarazione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore e la dimostrazione del possesso da parte di questo dei requisiti di qualificazione, nelle ipotesi in cui il ricorso

stanziale" e principio di comunione dei requisiti di qualificazione, in www.datalexis.it.

(13) Per un approfondimento sull'orientamento in esame v. anche A. VARLARO SINISI, *Quando scatta l'obbligo di dichiarare in gara il nominativo del subappaltatore*, in www.appaltiecontratti.it; A. BONANNI, *L'obbligo dell'indicazione del nominativo del subappaltatore in sede di gara tra prassi e giurisprudenza*, in www.contratti-pubblici.it.

(14) TAR Umbria, 31 ottobre 2012, n. 464, in www.giustizia-amministrativa.it e Cons. St., Sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900, in *Foro amm.*, 2012, n. 11, p. 2903.

al subappalto si renda necessario a causa del mancato possesso da parte del concorrente dei necessari requisiti di qualificazione.

Nello stesso senso si è poi espresso anche il TAR Puglia che, con la sentenza n. 565 del 16 aprile 2013, ha censurato la partecipazione di un'impresa che, in sede di gara, si è limitata a dichiarare di voler subappaltare una categoria a qualificazione obbligatoria di cui era sprovvista, senza indicare il nominativo dell'impresa subappaltatrice e fornire la dimostrazione del possesso da parte di questa dei necessari requisiti di qualificazione ⁽¹⁵⁾.

In particolare, il TAR Puglia, richiamate le disposizioni in materia di categorie a qualificazione obbligatoria di cui agli artt. 108 e 109, d.P.R. n. 207 del 2010, ha affermato che:

(i) il subappalto di lavori, per i quali l'impresa concorrente sia sfornita della prescritta qualificazione, non opera come mero strumento negoziale preordinato ad assicurare l'esecuzione della prestazione, ma si connota in termini di strumento contrattuale finalizzato ad implementare la massima partecipazione alle gare di appalto, attraverso la creazione di sinergie imprenditoriali tra imprese singolarmente prive dei requisiti minimi di partecipazione; integra cioè una sorta di partenariato di tipo contrattuale;

(ii) in tali ipotesi di subappalto "necessario" la relativa dichiarazione non rileva soltanto ai fini del *quomodo* dell'esecuzione ma soprattutto ai fini dell'*an* dell'affidamento, come accade nel contiguo istituto delle associazioni temporanee di imprese; pertanto, è necessario che il subappaltatore sia identificabile *ab origine*, certamente in via preventiva rispetto all'aggiudicazione, posto che concorre ad "integrare" i requisiti di qualificazione ai fini della partecipazione alla gara. È evidente che si tratti di dichiarazione ontologicamente diversa rispetto a quella resa nell'ipotesi in cui l'impresa concorrente sia autonomamente in possesso dei requisiti prescritti ed utilizzi il sub-appalto come mero strumento di esecuzione dell'opera.

(15) È, tuttavia, opportuno evidenziare che la citata sentenza del TAR Puglia è stata impugnata al Consiglio di Stato e sospesa dalla Sez. V con ordinanza cautelare n. 2814 del 2013, in www.giustizia-amministrativa.it. In senso conforme si è poi espresso anche il TAR Toscana, con la sentenza n. 1173 del 11 luglio 2013, (*Red. amm.*, 2013) secondo il quale la disposizione di cui all'art. 118, comma 2, Codice dei contratti, "che non richiede espressamente l'indicazione preventiva del nominativo del subappaltatore, va peraltro interpretata nel senso che la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore unitamente alla dimostrazione del possesso in capo a costui, dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione, potendo essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara" (anche tale sentenza è stata impugnata al Consiglio di Stato e sospesa dalla Quarta Sezione, con ordinanza cautelare n. 3438 del 2013, in www.giustizia-amministrativa.it).

(iii) In definitiva, il subappalto “necessario” è assimilabile all’avvalimento di cui evidentemente mutua la sostanza, destinata a prevalere sul *nomen iuris*.

4. Riflessioni critiche in ordine all’orientamento sull’obbligo di indicare in gara il nominativo del subappaltatore. – Non si ritiene di condividere l’orientamento sopra riportato, originato dalla sentenza del TAR Lazio, n. 2508 del 2011, che impone al concorrente, nelle ipotesi di subappalto cosiddetto “necessario”, di indicare, già in sede di offerta, anche il nominativo dell’impresa subappaltatrice ed il possesso da parte di questa dei requisiti di qualificazione necessari per l’esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento, in quanto il medesimo non appare conforme alla disciplina di comparto oggi vigente.

Nei paragrafi che seguono ci si soffermerà, dunque, sui profili critici di tale indirizzo giurisprudenziale, al fine di mettere in luce l’incompatibilità di una interpretazione siffatta con la disciplina dettata dalla normativa di settore.

4.1. Incompatibilità tra l’obbligo di preventiva indicazione del subappaltatore e la disciplina di settore. – In primo luogo, l’orientamento fatto proprio dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 2508 del 2012, risulta in contrasto con le disposizioni normative contenute nel Codice dei contratti pubblici e nel relativo regolamento di esecuzione ed attuazione concernenti la qualificazione necessaria per la partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica ed i requisiti richiesti per l’esecuzione delle prestazioni.

Tale orientamento, infatti, nel richiedere l’indicazione del nominativo del subappaltatore, già in sede di domanda di partecipazione, e la dimostrazione del possesso da parte di questo dei requisiti relativi alle lavorazioni da subappaltare, sul presupposto che nelle ipotesi di subappalto cosiddetto “necessario” i requisiti dell’impresa subappaltatrice andrebbero ad “integrare” i requisiti di cui il concorrente risulti sprovvisto, e la stazione appaltante dovrebbe, conseguentemente, essere messa nella condizione di poter valutare sin dall’inizio dell’affidamento l’effettivo possesso di tali requisiti da parte del subappaltatore medesimo, sembra confondere le disposizioni dettate ai fini della partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica con quelle relative all’esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento.

Come si è anticipato nel paragrafo relativo al quadro normativo vigente, infatti, una cosa sono i requisiti necessari per la partecipazione alla gara, di cui al richiamato art. 92, d.P.R. n. 207 del 2010, e cosa ben diversa sono, invece, i requisiti necessari all’esecuzione delle prestazioni, di cui all’art. 109, d.P.R. n. 207 del 2010. Mentre i primi sono i requisiti che il concorrente deve possedere per poter

legittimamente partecipare alla procedura di affidamento, i secondi, attendono alla successiva fase di esecuzione e non concernono, dunque, la fase di ammissione alla gara.

Pretendere che il concorrente, ove sprovvisto della qualificazione in una categoria scorporabile a “qualificazione obbligatoria”, indichi, già in sede di offerta, il nominativo dei subappaltatori ed il possesso da parte di questi dei requisiti di qualificazione, avrebbe, dunque, l’effetto di svuotare completamente di senso la disposizione contenuta nel primo comma dell’art. 92. Tale norma, infatti, prevede espressamente che il concorrente che sia sprovvisto della qualificazione nella categorie scorporabili (anche a qualificazione obbligatoria), possa legittimamente partecipare alla procedura di gara, se i requisiti dallo stesso non posseduti con riferimento alle categorie scorporabili siano da questo posseduti con riferimento alla categoria prevalente. È, dunque, l’incremento di qualificazione nella categoria prevalente che legittima la partecipazione alla gara del concorrente e tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria della stessa, senza che possa assumere alcun rilievo la preventiva indicazione del subappaltatore e la certificazione dei requisiti da questo posseduti.

I requisiti del subappaltatore vengono, dunque, in rilievo solamente in un momento successivo, durante la fase di esecuzione delle prestazioni di cui all’art. 109, d.P.R. n. 207 del 2010; in altre parole, la dicitura “categoria a qualificazione obbligatoria” sta a significare che è necessario possedere i relativi attestati SOA per poter eseguire le prestazioni e non anche che tali requisiti sono necessari per partecipare alla gara.

In secondo luogo, un siffatto orientamento svuoterebbe di senso anche la disposizione contenuta nell’art. 118, comma 2, n. 2 e 3, che, come visto, nel disciplinare la fase esecutiva delle prestazioni oggetto di affidamento, subordina il ricorso al subappalto a (i) il deposito, da parte dell’affidatario, del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno 20 giorni prima della data di inizio dell’esecuzione delle relative prestazioni e (ii) la trasmissione, al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante, della certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal codice relativamente alle prestazioni da subappaltare e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all’art. 38.

Invero, qualora si aderisse all’interpretazione di cui alla sentenza n. 2508 del 2012 del Consiglio di Stato, e si ritenesse il concorrente tenuto a dimostrare già in sede di gara il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione relativi alle prestazioni da affidare in subappalto, e la stazione appaltante, quindi, tenuta, già in tale fase, ad un controllo di tali requisiti, non si comprende-

rebbe il motivo per cui il legislatore ha inteso differire alla successiva fase esecutiva la trasmissione del contratto di subappalto alla stazione appaltante e la contestuale certificazione dei requisiti del subappaltatore.

4.2. *Sull'indebita assimilazione tra subappalto e avvalimento: le radicali differenze ontologiche tra i due istituti.* – L'orientamento di cui alla richiamata sentenza n. 2508 del 2012, non può, inoltre, essere condiviso, in quanto opera un'indebita assimilazione tra il cosiddetto subappalto "necessario" e l'avvalimento che, invero, sono istituti ontologicamente assai diversi e con discipline ben distinte.

Infatti, mentre l'avvalimento è un istituto mediante il quale il concorrente può integrare i requisiti richiesti ai fini della partecipazione di cui lo stesso sia carente, il subappalto interviene nella successiva fase di esecuzione delle prestazioni e non attiene, dunque, alla fase di partecipazione ⁽¹⁶⁾.

In altre parole, mentre il ricorso all'avvalimento consente al concorrente di prendere parte ad una procedura di gara con riferimento alla quale lo stesso sarebbe sprovvisto nei necessari requisiti di qualificazione, il subappalto configura semplicemente una modalità di esecuzione dei lavori. In tale ultimo caso, infatti, il concorrente è già di per sé in grado di qualificarsi adeguatamente anche senza il ricorso alle qualifiche di soggetti terzi (nel caso di subappalto cosiddetto "necessario", difatti, è sufficiente che lo stesso copra con la qualificazione nella categoria prevalente anche le categorie scorparabili per le quali non sia in possesso della relativa qualificazione) e, quindi, di prendere legittimamente parte alla procedura di gara e il ricorso al subappalto, dunque, mira unicamente a consentire che le prestazioni siano poi eseguite da un soggetto munito delle necessarie qualificazioni, il cui controllo è però rimandato alla fase esecutiva e non attiene, dunque, alla fase di presentazione delle offerte.

La netta distinzione tra i due istituti emerge ulteriormente ove si consideri che nell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è soggetto terzo rispetto alla gara; la stessa, infatti, è tenuta ad impegnarsi sia verso il concorrente sia verso la stazione appaltante ed è inoltre prevista una responsabilità solidale tra il concorrente e l'impresa ausiliaria nei confronti dell'amministrazione. Nel subappalto, invece, il soggetto responsabile verso la stazione appaltante è la sola impresa appaltatrice, mentre il subappaltatore rimane estraneo alla procedura di gara e compare solamente in fase esecutiva realizzando in proprio le prestazioni a lui affidate.

(16) Per un approfondimento in materia di subappalto e avvalimento v. *supra* nt. 8 e 11.

Ad ulteriore conferma di quanto sin qui osservato, si evidenzia che alla diversa natura dei due istituti corrisponde una ben distinta disciplina (art. 49 per l'avvalimento, con l'indicazione in gara della impresa ausiliaria e art. 118 per il subappalto, senza l'indicazione in gara del subappaltatore).

Invero, nel caso dell'avvalimento, considerato che lo stesso mira ad integrare alcuni requisiti di cui il concorrente è privo, e dunque i requisiti dell'impresa ausiliaria mirano ad integrare la qualificazione dell'impresa ausiliata, la normativa vigente sottopone il ricorso a tale istituto ad una serie di incumbenti che mirano a "vincolare" l'impresa ausiliaria, trattandosi di impresa che non può essere considerata quale soggetto terzo rispetto alla gara. L'art. 49, Codice, richiede, infatti, che il concorrente allegghi, già nella domanda di partecipazione (*i*) una sua dichiarazione attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria; (*ii*) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'art. 38; (*iii*) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento; (*iv*) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; (*v*) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'art. 34; (*vi*) in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto; (*vii*) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di avvalimento l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.

Simili incumbenti non sono, invece, previsti nel caso di ricorso al subappalto. E ciò proprio perché nel caso di subappalto (anche cosiddetto "necessario"), l'impresa subappaltatrice non integra i requisiti del concorrente, che è già adeguatamente qualificato, in conformità alla disciplina di cui all'art. 92, per la partecipazione alla gara, ma viene utilizzata unicamente per eseguire delle prestazioni per le quali è richiesto il possesso di determinate qualificazioni. Il subappaltatore, dunque, rimane estraneo alla procedura di gara e proprio in ragione di ciò il legislatore non ha ritenuto necessario che lo stesso fosse "vincolato" al concorrente sin dalla fase di

presentazione delle offerte. In altre parole, in tale ultimo caso il concorrente partecipa alla gara quale soggetto singolo (senza l'apporto, quindi, di soggetti terzi), garantendo la stazione appaltante, *ex art. 92*, con le qualificazioni da lui possedute, e solamente in fase esecutiva sarà tenuto ad indicare il nominativo del subappaltatore e dimostrare che il medesimo è in possesso dei requisiti necessari ad eseguire le prestazioni oggetto di affidamento (ai sensi dell'art. 118, comma 2, Codice).

4.3. *Sulla soppressione disposta nel 1998 dell'obbligo di individuazione dei subappaltatori di cui all'art. 34, l. n. 109 del 1994.* – L'orientamento fatto proprio dal Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza 2 maggio 2012, n. 2508, non può, inoltre, essere condiviso, in quanto oltre a non risultare aderente al tenore letterale delle disposizioni oggi vigenti, appare anche in contrasto con le modifiche che nel tempo si sono susseguite in materia di subappalto.

Ai sensi dell'art. 34, l. n. 109 del 1994, il concorrente, per poter ricorrere al subappalto, doveva indicare all'atto dell'offerta (a) le parti di prestazioni che intendeva subappaltare e (b) da uno a sei subappaltatori candidati ad eseguire detti lavori ⁽¹⁷⁾.

(17) Si riporta di seguito il testo dell'art. 34 allora vigente "1. Il comma 3 dell'art. 18, l. 19 marzo 1990, n. 55, già sostituito dall'art. 34, d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, è sostituito dal seguente:

«3. Il soggetto appaltante è tenuto ad indicare nel progetto e nel bando di gara la categoria o le categorie prevalenti con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie, relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch'esse con il relativo importo. Tutte le lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo, ferme restando le vigenti disposizioni che prevedono per particolari ipotesi il divieto di affidamento in subappalto. Per quanto riguarda la categoria o le categorie prevalenti, con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17 comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400, è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al 30 per cento. L'affidamento in subappalto o in cottimo è sottoposto alle seguenti condizioni:

1) che i concorrenti abbiano indicato all'atto dell'offerta i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare o concedere in cottimo e abbiano indicato da uno a sei subappaltatori candidati ad eseguire detti lavori; nel caso di indicazione di un solo soggetto, all'atto dell'offerta deve essere depositata la certificazione attestante il possesso da parte del medesimo dei requisiti di cui al n. 4 del presente comma;

2) che l'appaltatore preveda, entro il termine di novanta giorni dall'aggiudicazione, al deposito del contratto di subappalto presso il soggetto appaltante;

3) che, nel caso in cui l'appaltatore abbia indicato all'atto dell'offerta più di un candidato ad eseguire in subappalto i lavori, al momento del deposito presso il soggetto appaltante del contratto di subappalto, l'appaltatore stesso trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di cui al n. 4 del presente comma;

4) che l'affidatario del subappalto o del cottimo sia iscritto, se italiano o straniero non appartenente ad uno Stato membro della Comunità europea, all'Albo nazionale dei costruttori per categorie e classifiche di importi corrispondenti ai lavori

Tale obbligo è stato successivamente soppresso dall'art. 9, l. n. 415 del 1998, il quale ha subordinato il ricorso al subappalto alla sola indicazione delle prestazioni da affidare in subappalto ⁽¹⁸⁾.

da realizzare in subappalto o in cottimo, ovvero sia in possesso dei corrispondenti requisiti previsti dalla vigente normativa in materia di qualificazione delle imprese, salvo i casi in cui, secondo la legislazione vigente, è sufficiente per eseguire i lavori pubblici l'iscrizione alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura;

5) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall'art. 10, l. 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni».

2. Dopo il comma 3 *bis* dell'art. 18, l. 19 marzo 1990, n. 55, introdotto dall'art. 34, d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, è inserito il seguente:

«3 *ter*. In caso di accertata impossibilità ad affidare il subappalto il cottimo ad uno dei soggetti indicati dall'appaltatore all'atto dell'offerta, previa autorizzazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, il subappalto il cottimo possono essere affidati ad altri soggetti che presentino i requisiti di cui al comma 3, n. 4 e 5, del presente articolo».

3. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo si applicano alle gare per le quali alla data di entrata in vigore della presente legge non sia stato ancora pubblicato il bando.

4. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche alle attività che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente superiori al 2 per cento dell'importo dei lavori affidati».

(18) Per un commento generale alla legge Merloni *ter*, v. U. REALFONZO, *I principi della legge quadro sui lavori pubblici: Commento analitico alla l. n. 109 del 1994 (come modificata dalla l. n. 415 del 1998 e, in ultimo, dalla l. n. 144 del 1999)*, Bergamo, 1999; G. PASCONE, *La riforma dei lavori pubblici: dopo le integrazioni e le modifiche conclusive (l. n. 415 del 1998)*, Roma, 1999; F. DE MATTEIS, *Le norme sugli appalti di opere pubbliche: le nuove regole per gli appalti stabilite dalla Merloni ter: testo coordinato della legge quadro con la l. n. 415 del 1998, tutte le norme collegate*, Roma, 1999; M. STECCANELLA, E. ROBALDO, *La legge quadro in materia di lavori pubblici: legge 11 febbraio 1994, n. 109, aggiornata con la l. n. 216 del 1995 e la l. n. 415 del 1998 (Merloni ter)*, Milano, 1999.

Per un commento della riforma normativa sul punto specifico della disciplina del subappalto, v. G. ZGAGLIARDICH, *Mancata indicazione, nell'offerta, delle imprese candidate al subappalto prima e dopo la "Merloni ter"*, in *Urbanistica e appalti*, 2000 n. 7; A. FERRUTI, *Le principali modificazioni alla disciplina del subappalto operate dalla l. 18 novembre 1998, n. 415*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, n. 1, p. 33-50. A tal proposito, v. anche S. FANTINI, *Il subappalto*, in *I settori speciali, L'esecuzione*, in *Trattato sui contratti pubblici* diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, cit., p. 3408, nonché D. VAGNOZZI, *Il subappalto nei contratti pubblici*, in *questa Rivista*, 2003, p. 742 ss., secondo cui l'eliminazione dell'obbligo di indicare già in sede di gara i nominativi dei subappaltatori sarebbe «un'opzione legislativa condivisibile alla prova dei fatti, in quanto l'onere di elencazione nominativa dei subappaltatori (da uno a sei), previsto antecedentemente alle modifiche introdotte con la legge Merloni *ter*, aveva presentato rilevanti problemi applicativi, al punto che il committente che si trovava costretto a negare l'autorizzazione al subaffidamento in favore di un soggetto diverso da quelli elencati nell'offerta, rischiava di dover annullare l'aggiudicazione e magari ripetere l'intera procedura di gara qualora l'aggiudicatario non fosse in possesso delle iscrizioni necessarie ad eseguire direttamente i lavori oggetto del subappalto che non poteva essere autorizzato».

D'altra parte, la stessa giurisprudenza aveva progressivamente svalutato siffatto adempimento, ritenendolo irrilevante ai fini della partecipazione alla gara e concludendo che dalla mancata indicazione dei subappaltatori dovesse derivare

Ebbene, da tale evoluzione normativa possono essere tratte due conclusioni utili ai fini che qui interessano: 1) quando il legislatore ha ritenuto fosse necessaria l'indicazione del nominativo del subappaltatore lo ha specificato espressamente e 2) quando era previsto l'obbligo di indicazione del subappaltatore, era consentito di indicare fino a sei potenziali subappaltatori; tale accorgimento aveva l'evidente scopo di non frustare la libertà di iniziativa economica del concorrente, che non rimaneva vincolato ad un solo subappaltatore indicato in sede di gara, ma poteva scegliere tra ben sei operatori. Tale previsione garantiva anche la procedura di gara dall'eventuale venir meno di uno dei subappaltatori indicati. Nel caso, infatti, in cui uno dei subappaltatori indicati in corso di gara, fosse fallito o comunque non avesse più potuto eseguire le prestazioni da subappaltare sarebbero comunque rimaste cinque ulteriori imprese cui poter ricorrere in sede esecutiva. E per la medesima ragione era altresì previsto che in caso di accertata impossibilità di affidare il subappalto ad uno dei soggetti indicati all'atto dell'offerta, l'appaltatore poteva, previa autorizzazione della stazione appaltante, affidare dette prestazioni. Ebbene, una siffatta valvola di sicurezza non è prevista nell'ordinamento vigente; pertanto, ove si aderisse alla tesi secondo la quale sarebbe necessario indicare già in sede di gara il nominativo del subappaltatore, l'eventualità in cui il soggetto così indicato venisse meno sembrerebbe di fatto priva di soluzione, in quanto, in tale caso, il concorrente, da una parte, non potrebbe più fare ricorso al soggetto originariamente individuato e, dall'altra, non potrebbe neanche ricorrere ad altro soggetto, in quanto non preventivamente indicato. Non può sfuggire l'abnormità di una tale conclusione.

4.4. *Il principio di tassatività delle cause di esclusione e l'assenza di presupposti per l'eterointegrazione.* – Come efficacemente evidenziato da alcune delle pronunce che saranno di seguito esaminate, la correttezza dell'orientamento da ultimo fatto proprio dal Consiglio

esclusivamente l'impossibilità di subappaltare le opere ma non l'esclusione dalla gara: si vedano, in tal senso, tra le tante, Cons. St., Sez. V, 28 febbraio 2002, n. 1229, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 427; Cons. St., Sez. V, 23 giugno 1999, n. 438, in *Giur. it.*, 1999, p. 2166; TAR Lazio, Sez. III bis, 30 luglio 1998, n. 1925, in *TAR*, 1998, I, p. 2975; TAR Lombardia, Milano, 11 luglio 1997, n. 1262, *ivi*, 1997, I, p. 3058; Cons. St., Sez. V, 23 giugno 1999, n. 438, in *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 756 ss.; Cons. St., Sez. V, 5 febbraio 1993, n. 240, in *Foro amm.*, 1993, p. 414; TAR Umbria, 2 settembre 1999, n. 746, in *TAR*, 1999, I, p. 4406; TAR Calabria, Catanzaro, 6 maggio 1999, n. 648, in *TAR*, 1999, I, p. 2909; TAR Campania, Sez. I, 21 aprile 1999, n. 1065, *ivi*, 1999, I, p. 2713. *Contra*: TAR Toscana, Sez. I, 21 aprile 1998, n. 151, in *Urbanistica e appalti*, 1998, p. 119, con nota di G. GIOVANNELLI, *Subappalto: categoria prevalente e categorie relative ad opere scorporabili*.

di Stato con la recente sentenza 25 luglio 2013, n. 3963 è anche l'unico rispettoso del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, Codice dei contratti ⁽¹⁹⁾.

Come è noto, ai sensi dell'art. 46, Codice dei contratti, la stazione appaltante esclude i candidati in caso di (i) mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti (ii) incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali o (iii) non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze

(19) Per una più approfondita disamina del principio di tassatività delle cause di esclusione, ex art. 46, comma 1 bis, Codice degli appalti pubblici, si rimanda a: F. DELFINO, *Commento sub art. 46*, in *Codice degli appalti pubblici* a cura di R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., p. 622 ss.; R. MANGANI, *Cause di esclusione, focus sui requisiti generali e speciali: le precisazioni rispetto allo schema di luglio*, in www.ediliziaeterritorio.it, 18 ottobre 2012; G. BARZAZI, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dagli appalti pubblici*, in *Contr. St.*, 2012, n. 1, p. 5-10; P. DELLA PORTA, *Tassatività delle cause di esclusione (tipiche o atipiche?) contenute nella legge di gara*, ivi, p. 51-56; M. CHIOSSO, *Principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare e potere di soccorso della stazione appaltante: nuovi approdi della recente giurisprudenza*, ivi, n. 2, p. 58-64; O. CRISTANTE, *Sulla rilevanza di eventuali omissioni dichiarative in rapporto al principio di tassatività delle cause di esclusione enunciato dall'art. 46 Codice, dei contratti pubblici*, ivi, n. 4, p. 36-41.

In giurisprudenza, tra le tante, v. TRGA Trentino-Alto Adige, Bolzano, Sez. I, 26 agosto 2013, n. 285, in *Red. amm. TAR*, 2013, p. 78; TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 8 agosto 2013, n. 727, ivi, p. 78; TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 10 maggio 2013, n. 390, in *Foro amm.*, 2013, n. 5, p. 1801; Cons. St., Sez. III, 12 aprile 2013, n. 2006, ivi, n. 4, p. 907; Cons. St., Sez. III, 1 febbraio 2012, n. 493, con nota di R. CODEBÒ, *Tassatività delle cause di esclusione: piccola rivoluzione in favore delle imprese*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, p. 797; TAR Veneto, Sez. I, 13 settembre 2011, n. 1376, con nota di R. GIANI, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante*, ivi, p. 95; Cons. St., Sez. VI, (ord.) 14 settembre 2011, n. 3932; TAR Liguria, Sez. II, 22 settembre 2011, n. 1396, in *Diritto & Giustizia*, 18 ottobre 2011; TAR Lazio, Roma, Sez. III ter, 7 ottobre 2011, n. 7785, *Diritto & Giustizia*, 8 novembre 2011; Cons. St., Sez. V, (ord.) 12 ottobre 2011, n. 4496; Cons. St., Sez. V, (ord.) 12 ottobre 2011, n. 4497; TAR Umbria, Sez. I, 13 ottobre 2011, n. 330, *Foro amm.*, 2011, n. 10, p. 3112.

Per quanto riguarda gli effetti dell'inserimento di ulteriori clausole di esclusione non normativamente previste e, dunque, della violazione del principio di tassatività in esame, sembra che il legislatore abbia optato per la più incisiva forma di invalidità: infatti, la previsione normativa in parola sembra doversi leggere nel senso che una clausola di esclusione inserita nella *lex specialis* di gara ulteriore rispetto a quelle di legge è da ritenersi nulla. Tale riferimento alla nullità implica un obbligo per la commissione di gara di disapplicazione della clausola stessa e importa l'applicazione del regime della nullità proprio Codice del processo amministrativo, con conseguente rilevanza d'ufficio da parte del giudice. Sul punto, v. R. GIANI, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante*, cit. Nello stesso senso, v. anche R. DE NICOLIS, *Le novità dell'estate 2011 in materia pubblici appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, p. 1025 nonché G. VIRGA, *Il divieto di "caccia all'errore" nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, Codice degli appalti*, in www.lexitalia.it n. 9 del 2011.

concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.

Secondo tale disposizione le stazioni appaltanti possono procedere all'esclusione di un operatore unicamente ove tale sanzione sia prevista da disposizioni del Codice, del regolamento o da altre disposizioni di legge. Ebbene, come ampiamente evidenziato, la normativa vigente non contiene un obbligo di preventiva indicazione dei subappaltatori (anche nel caso di cosiddetto subappalto "necessario"). Pertanto, una esclusione che si fondi su un tale presupposto non può che ritenersi illegittima per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sopra richiamato.

Con specifico riferimento al principio della tassatività delle cause di esclusione, appare opportuno richiamare quanto affermato dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con l'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria 17 maggio 2013, n. 2681 ⁽²⁰⁾.

Con tale ordinanza, con la quale il Supremo Collegio ha chiesto all'Adunanza plenaria, tra l'altro, se ed in quale misura, nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 4, comma 2, d.l. n. 70 del 2011, (che ha introdotto il comma *1bis* nell'art. 46) potesse già ritenersi vigente un principio di tassatività delle cause di esclusione, è stato, infatti, osservato come tale previsione non abbia portata innovativa, bensì interpretativa e come la stessa debba essere intesa quale una specificazione o un corollario del principio del "soccorso" istruttorio, in base al quale, quindi, il dovere di preventiva richiesta di regolarizzazione opera inderogabilmente tranne nei casi in cui la causa di esclusione abbia un fondamento, implicito o esplicito, in una fonte legislativa o nel regolamento di attuazione Codice dei contratti pubblici.

Neppure, potrebbe parlarsi, in tali casi, di eterointegrazione della *lex specialis* ⁽²¹⁾.

Come è noto, infatti, si parla di eterointegrazione di un bando di gara nelle ipotesi in cui la *lex specialis*, pur non riportando espressamente una prescrizione contenuta in disposizioni legislative vigenti, si considera integrata da tali prescrizioni che, quindi, trovano applicazione indipendentemente da una loro previsione nel bando di gara. Presupposto di tale eterointegrazione è dunque l'esistenza di un puntale norma imperativa (dette anche di "ordine

(20) Cons. St., Sez. VI, ord. 17 maggio 2013, n. 2681, in www.giustizia-amministrativa.it, con commento di P. QUINTO, *Il valore della legalità amministrativa: in attesa dell'A.P.*

(21) Con riferimento al concetto di eterointegrazione del bando di gara v.: A. GRAZZINI, *Il bando di gara*, in *Appalti e contratti, percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2009, p. 47 ss.; P. SANTORO, E. SANTORO, *Le procedure di scelta del contraente*, in *Nuovo Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2011, p. 451.

pubblico”) non richiamata dalla disciplina di gara. Ebbene, non sfugge che con riferimento alla dichiarazione di subappalto non è rinvenibile alcuna norma imperativa che imponga al concorrente di indicare, già in sede di offerta, il nominativo del soggetto subappaltatore nelle ipotesi di subappalto cosiddetto “necessario”, con la conseguenza che sarebbe del tutto improprio parlare, in tali casi, di eterointegrazione del bando di gara. Sul punto, si evidenzia, inoltre, che una tale integrazione sarebbe da configurare come eterointegrazione *in malam partem*, cioè implicante non l’ampliamento della posizione giuridica del concorrente, ma il suo restringimento, attraverso il riferimento a ipotesi di esclusione non previste dal bando, e tale eterointegrazione (*in malam partem*) è vista con sfavore dalla giurisprudenza. Come di recente affermato dal giudice amministrativo, infatti, “ritenere possibile l’esclusione automatica dalla partecipazione all’aggiudicazione di contratti pubblici per la mancata inserzione in sede di offerta di elementi contenutistici previsti come obbligatori nell’ordinamento, nel totale silenzio della *lex specialis*, collide con l’esigenza di certezza del diritto e di tutela dell’affidamento dei concorrenti” nonché con il principio di *favor participationis* (22).

(22) TAR Umbria, 22 maggio 2013, n. 301, in *Foro amm.*, 2013, n. 5, p. 1528. Per una lettura critica dell’applicazione del principio di eterointegrazione agli atti di gara v., poi, la recente sentenza del Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364. In merito alla possibilità di ricorrere all’eterointegrazione nelle ipotesi oggetto del presente commento si riporta, inoltre, quanto affermato dal TAR Puglia che, con la sentenza 29 maggio 2013, n. 859, ha efficacemente osservato come in tali casi l’eterointegrazione della *lex specialis* risulterebbe “più che un’integrazione da parte delle norme legislative, piuttosto l’assunzione, a parametro di legittimità dell’azione amministrativa, di una ricostruzione giurisprudenziale che presuppone l’esistenza e la rilevanza nella normativa di settore, da un lato, di una distinzione e di un diverso regime applicativo tra il subappalto del soggetto in possesso di tutte le qualificazioni SoA ed il cosiddetto “subappalto necessario” e, dall’altro, di un principio per il quale i requisiti di ammissione alla gara debbano essere tutti verificati, senza distinzione, al momento dell’esame della domanda di partecipazione. Ora però, poiché tale presupposto non trova nella normativa vigente conferme testuali, per aderire a tale tesi, occorrerebbe ammettere che una ricostruzione di natura sistematico-teleologica, seppur pregevole e autorevole, possa prevalere sulla legge stessa. In realtà, la disciplina attuale non pone l’obbligo d’indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta, in nessun caso, senz’alcuna differenza tra il subappalto cosiddetto “necessario” (utilizzato dal concorrente per integrare la propria qualificazione) e quello cosiddetto “facoltativo” (configurante una modalità esecutiva dell’opera), ma soltanto l’obbligo di specificare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora privo della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione mancante dev’essere posseduta in relazione alla categoria prevalente”.

Si veda anche, in giurisprudenza, la sentenza del Cons. St., Sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7443, con nota di G. D’ELIA, *Il bando come lex specialis e la natura degli atti amministrativi a contenuto generale*, in *Foro amm.*, 2010, n. 2, p. 327, nonché Cons. St., Sez. V, 8 gennaio 2007, n. 12, con nota di G. CREPALDI, *Norme imperative di legge e principio di eterointegrazione del bando di gara*, in *Foro amm.*, 2007, n. 2, p. 568.

5. *L'orientamento di interpretazione letterale dell'art. 118.* – Le considerazioni critiche sopra espresse con riferimento all'orientamento che impone l'indicazione preventiva del nominativo del subappaltatore per le ipotesi di subappalto cosiddetto necessario, sono state in larga parte condivise da una serie di pronunce della giurisprudenza amministrativa che, discostandosi dall'orientamento originato dalla sentenza del TAR Lazio, n. 5806 del 2011, hanno efficacemente affermato che, anche nei casi di subappalto cosiddetto necessario, sarebbe in ogni caso sufficiente, in rigoroso ossequio all'art. 118, la sola indicazione delle lavorazioni che si intende subappaltare, senza bisogno, quindi, di indicare, già in sede di domanda di partecipazione, anche il nominativo del subappaltatore; indicazione che, invece, emergerà solamente nella successiva fase esecutiva, in sede di deposito del contratto di subappalto, almeno venti giorni prima dell'effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni.

Contrari all'indirizzo di cui alla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 2508 del 2012, sono, in primo luogo, tutti i pronunciamenti dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

In particolare, ci si riferisce alla determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 sui bandi-tipo, con la quale l'Autorità, con riferimento alla disciplina del subappalto, ha efficacemente osservato che la normativa in materia non comporta alcun obbligo di indicare, già in sede di offerta, i nominativi dei subappaltatori, bensì impone unicamente al concorrente di indicare le quote che intende subappaltare, qualora sprovvisto della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione "mancante" deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria prevalente dal momento che ciò tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria da parte dell'impresa.

Nello stesso senso l'Autorità si è espressa con i successivi pareri n. 165 del 10 ottobre 2012; n. 187 del 7 novembre 2012 e n. 70 del 9 maggio 2013.

Con tali pareri l'Autorità ha precisato che:

(i) Ai sensi dell'art. 92, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010, il concorrente singolo può partecipare alla gara quando è in possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'intero importo dei lavori ovvero, in alternativa, quando sia qualificato nella categoria prevalente e nelle categorie scorporabili per i rispettivi importi, con la ulteriore precisazione che i requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente.

(ii) Il legislatore, dunque, nelle ipotesi in cui il subappalto è utilizzato da parte di un concorrente non in possesso di tutte le categorie "a qualificazione obbligatoria", si è limitato a richiedere che l'importo delle categorie subappaltate sia compensato da un

corrispondente incremento della qualificazione nella categoria prevalente, senza, invece, richiedere l'indicazione preventiva del subappaltatore in sede di gara.

(iii) L'art. 118, Codice, si limita, quindi, a richiedere l'indicazione della volontà di subappaltare rimandando alla successiva fase di esecuzione dei lavori il deposito del contratto di subappalto e la certificazione dei requisiti di qualificazione e di quelli generali delle imprese subappaltatrici le quali, a differenza di quanto accade nell'avvalimento, non devono essere preventivamente individuate in sede di offerta.

(iv) Anche con riguardo alle prestazioni a qualificazione obbligatoria, pertanto, l'obbligo di indicazione del nominativo dei subappaltatori non risulta sancito né dall'art. 118 né da altra disposizione Codice.

(v) Non può, in definitiva, essere condiviso quanto statuito dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con la sentenza n. 2508 del 2012; una tale interpretazione porterebbe, infatti, *a*) alla creazione di due distinte figure di subappalto ("facoltativo" e "necessario") con differenti regimi applicativi che non trovano alcun riscontro nell'ordinamento vigente che, invero, disciplina in modo unitario il procedimento di autorizzazione al subappalto; *b*) ad una indebita assimilazione del subappalto all'avvalimento, non compatibile con la disciplina dei due istituti; infatti, l'avvalimento è un istituto che consente al concorrente di integrare i propri requisiti in sede di gara, il subappalto, invece, rappresenta una modalità di esecuzione dei lavori; in particolare, mentre nell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi la stessa impegnare sia verso il concorrente sia verso la stazione appaltante ed essendo prevista una responsabilità solidale tra il concorrente e l'impresa ausiliaria nei confronti dell'amministrazione, nel subappalto il soggetto responsabile verso la stazione appaltante è la sola impresa appaltatrice, mentre il subappaltatore rimane estraneo alla procedura di gara e compare solamente in fase esecutiva realizzando in proprio le prestazioni a lui affidate.

In tal senso si è espresso anche il TAR Puglia con la sentenza breve 29 maggio 2013, n. 859 (23).

Al fine di risolvere la problematica sottoposta al proprio esame, il TAR Puglia doveva chiarire se l'art. 118, Codice dei contratti, imponga al concorrente, già in sede di offerta, di indicare il nominativo dei subappaltatori nell'ipotesi in cui lo stesso sia sprovvisto dei requisiti

(23) TAR Puglia, 29 maggio 2013, n. 859, in *Diritto & Giustizia*, 2011, 5 luglio. Anche tale sentenza è stata impugnata avanti al Cons. St., Sez. IV, e sospesa con ordinanza cautelare n. 2576 del 2013, in www.giustizia-amministrativa.it.

di qualificazione per l'esecuzione delle lavorazioni che intende subappaltare, ovvero per il caso di cosiddetto "subappalto necessario".

Ebbene, il TAR Puglia, con una pronuncia che si contraddistingue per chiarezza e completezza, dopo aver richiamato le disposizioni di cui agli artt. 92, 108 e 109, d.P.R. n. 207 del 2010, ha compiutamente rilevato come nelle ipotesi in cui il subappalto è utilizzato come strumento di integrazione delle qualificazioni necessarie ai fini dell'esecuzione, il legislatore si sia limitato a richiedere unicamente che l'importo delle categorie scorporabili (non possedute dal concorrente) venga compensato attraverso un corrispondente incremento della qualificazione nella categoria prevalente, senza bisogno che venga indicato anche il nominativo dell'impresa subappaltatrice.

Secondo il Tribunale amministrativo, infatti, l'art. 118, Codice dei contratti, si limita a richiedere la dichiarazione relativa alla volontà di ricorrere al subappalto, rimandando alla successiva fase esecutiva il deposito del contratto e la certificazione dei requisiti di qualificazione e di quelli generali.

Il TAR Puglia precisa inoltre che tale interpretazione risulta l'esito di una consapevole operazione del legislatore consistente nella soppressione dell'obbligo di immediata indicazione dei subappaltatori di cui all'art. 34, comma 1, l. n. 109 del 1994.

Infine, la sentenza in commento, sottolinea che la mancata indicazione del subappaltatore neanche preclude alla stazione appaltante la possibilità di valutare l'idoneità morale e tecnica del soggetto; ai sensi dell'art. 118, infatti, l'affidatario, prima di procedere con il subappalto, deve consegnare all'amministrazione, oltre a copia del contratto di subappalto, anche la dichiarazione relativa ai requisiti generali e tecnici del subappaltatore e, ove la stazione appaltante accerti la mancanza di tali qualità, per il concorrente non sarà possibile ottenere la relativa autorizzazione.

Medesimi approdi sono, infine, stati raggiunti anche dal TAR Lombardia con la sentenza, 2514 del 11 ottobre 2012 ⁽²⁴⁾; poi confermata dal Consiglio di Stato, Sez. V, con la recente sentenza 25 luglio 2013, n. 3963 ⁽²⁵⁾.

Con tali pronunce il giudice amministrativo, dopo aver rilevato la non pertinenza della sentenza n. 2508 del 2012 (in quanto in quel caso era la stessa legge di gara a richiedere che fosse indicato il subappaltatore), alla fattispecie sottoposta alla sua attenzione,

(24) TAR Lombardia, 11 ottobre 2012, n. 2514, in www.giustizia-amministrativa.it.

(25) Cons. St., Sez. V, 25 luglio 2013, n. 3963, in www.giustizia-amministrativa.it. Per un commento alla sentenza v. C. GUCCIONE, *Gare pubbliche, non è obbligatorio indicare già in sede di gara il nome dell'impresa subappaltatrice*, in www.ediliziaeterriorio.ilsole24ore.com e nel n. 31-32 del 2013 della medesima Rivista.

ha confermato l'orientamento sull'assenza dell'obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore in sede di gara.

Il Collegio ricorda, infatti, che ai sensi dell'art. 92 del nuovo regolamento "Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi".

Secondo la richiamata disposizione è, dunque, l'esistenza della totale copertura della categoria prevalente a legittimare la partecipazione alla gara, pur in carenza dei requisiti relativi alle categorie scorporabili, purché il concorrente abbia dichiarato di voler subappaltare le prestazioni relative a tali categorie scorporabili.

In altre parole, il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, pone in evidenza che la qualificazione mancante deve essere posseduta dal concorrente in relazione alla categoria prevalente, in quanto è questo che tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria della stessa.

Chiarito quanto sopra, il Supremo Collegio precisa, quindi, che la concreta identificazione dell'impresa subappaltatrice e la verifica del possesso dei requisiti da parte di quest'ultima concerne solo il momento dell'esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento e non rileva, dunque, in sede di gara.

A conferma di tale assunto, il giudice amministrativo richiama altresì quanto affermato dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture con la determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, sui bandi-tipo.

In ultimo, secondo l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, tali conclusioni sarebbero il frutto di una scelta dello stesso legislatore. Sul punto viene, infatti, posto in evidenza come la prima stesura Codice dei contratti pubblici, prevedesse espressamente che le opere altamente specializzate (*ex art. 107, comma 2, d.P.R. 207 del 2010*) eccedenti il 15 per cento potessero essere eseguite solo da ATI nell'ipotesi in cui il concorrente non fosse in possesso dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari relativi alla categoria scorporabile; tale previsione è stata, tuttavia, modificata dal d.lgs. n. 152 del 2008, che ha previsto la possibilità di ricorrere al subappalto anche per le opere altamente specializzate ⁽²⁶⁾, senza alcuna specificazione e rimandando a quanto disposto dall'art. 118, comma 2, terzo periodo Codice, dei contratti, non ritenendo, quindi, di delineare condizioni diverse di partecipazione alla gara neanche

(26) Le categorie altamente specializzate sono previste dall'art. 37, comma 11, del d.lgs. n. 163 del 2006, ed elencate all'art. 107, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010.

nel caso di opere altamente specializzate superiori al 15 per cento dell'importo complessivo.

Secondo il Consiglio di Stato, dunque, in tali casi, non può non trovare applicazione la regola generale dettata dall'art. 118, d.lgs. n. 163 del 2006, e dall'art. 109, d.P.R. n. 207 del 2010, che non impone al concorrente di indicare, già in sede di gara, il nominativo del subappaltatore.

6. La normativa "in fieri". – Chiarito il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, appare a questo punto opportuno volgere lo sguardo sulle evoluzioni normative che stanno attualmente riguardando il settore degli appalti pubblici al fine di valutare come questi cambiamenti possano incidere sulla tematica oggetto del presente commento.

In particolare, ci si soffermerà su (i) la proposta di Direttiva in materia di appalti pubblici e (ii) l'avvenuto annullamento di alcune disposizioni del regolamento di attuazione ed esecuzione Codice, dei contratti, ad opera del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, n. 3014 del 2013.

6.1. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici. – Ci si soffermerà, in primo luogo, sulla proposta di Direttiva in materia di appalti pubblici ed osservare cosa sia ivi previsto in materia di subappalto ⁽²⁷⁾.

Ai sensi dell'art. 71, di tale proposta "Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti".

Secondo tale disposizione, dunque, gli operatori economici potranno essere tenuti ad indicare anche il nominativo dei soggetti subappaltatori, ma unicamente ove (i) la stazione appaltante lo preveda espressamente nei documenti di gara o (ii) lo Stato membro inserisca un preciso obbligo legislativo che imponga alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere nella disciplina di gara un obbligo in tal senso.

Tale proposta di Direttiva, conferma, dunque, ulteriormente quanto sin qui osservato, in quanto ribadisce che la preventiva in-

(27) Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici (COM(2011)896 def.). Si fa presente che nel mese di giugno è stato sancito l'accordo fra Parlamento e Consiglio Europeo per la modifica delle Direttive appalti e sulla nuova Direttiva concessioni. Nel mese di luglio è, poi, giunta l'approvazione della Commissione dei rappresentanti permanenti (COREPER) e nei prossimi mesi si attende l'adozione del testo finale.

dicazione del nominativo dei concorrenti non può che discendere o da una precisa disposizione legislativa introdotta dal legislatore nazionale o da una espressa previsione in tal senso della *lex specialis* (sempre che la normativa di settore attribuisca una tale facoltà alla stazione appaltante), non potendosi, invece, ritenere sussistente un obbligo siffatto ove non ricorra almeno una di tali condizioni ⁽²⁸⁾.

6.2. *Sull'annullamento dell'art. 109, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, ad opera del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere 26 giugno 2013, n. 3014.* – In ultimo, appare, per completezza opportuno, soffermarsi brevemente sul parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, n. 3014 del 2013 ⁽²⁹⁾.

Con tale parere, infatti, il Supremo Consesso ha disposto, tra l'altro, l'annullamento della disposizione di cui all'art. 109, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 (in relazione all'all. A, e, in particolare, alla "Tabella sintetica delle categorie"), ai sensi del quale, come visto, il concorrente qualificato per la sola categoria prevalente non può eseguire direttamente le lavorazioni a qualificazione obbligatoria indicate nel bando di gara e relativamente alle quali il concorrente risulta sprovvisto delle adeguate qualificazioni.

Tale annullamento, che diventerà efficace con l'emanazione di un apposito decreto, comporterà verosimilmente che il concorrente qualificato nella sola categoria prevalente ai sensi dell'art. 92, comma 1, ultimo periodo, potrà eseguire direttamente anche le lavorazioni scorporabili per le quali non sia in possesso della relativa qualificazione e non sarà, quindi, più obbligato a ricorrere al subappalto per l'esecuzione delle prestazioni cosiddette a qualificazione obbligatoria.

Appare, dunque, evidente che siffatto annullamento comporta il momentaneo superamento della questione relativa all'indicazione del subappaltatore nei casi di subappalto cosiddetto "necessario"

(28) A tale riguardo, è opportuno, per completezza, sottolineare come la previsione di cui al richiamato art. 71, secondo la quale l'obbligo di preventiva indicazione dei subappaltatori, oltre a poter essere imposto dallo stato membro, può anche essere introdotto su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice, è stata criticata dall'Associazione nazionale dei costruttori edili. L'ANCE, infatti, nell'"Audizione presso la Commissione lavori pubblici del Senato in merito alle nuove Direttive UE in materia di contratti di appalto nei settori ordinari e speciali, nonché in materia di contratti di concessione" (COM(2011)986; COM(2011)985 e COM(2011)897) del 3 ottobre 2012 ha espresso le proprie perplessità in merito alla "possibilità attribuita alle stazioni appaltanti di prevedere l'obbligatoria indicazione dei nominativi dei subappaltatori (art. 71, § 1). Infatti si ritiene maggiormente conforme all'*aquis* comunitario in materia di libero mercato il mantenimento del principio di libertà di subappalto, ivi compresa quella di scelta del soggetto subappaltatore".

(29) Cons. St., Ad. Comm. spec. n. 3014/2013 in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un approfondimento sul parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, n. 3014 del 2013 v. *supra*, nt. 6.

(stante l'annullamento delle disposizioni relative alla "qualificazione obbligatoria").

Tuttavia, a parere di chi scrive, tale problematica, seppur momentaneamente superata dal richiamato annullamento dell'art. 109, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 (o meglio, superata a decorrere dall'adozione del decreto di recepimento sopra richiamato), appare destinata a tornare di attualità. A seguito dell'adozione del parere in commento, infatti, risulta che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sia già al lavoro per la definizione di una revisione del sistema di qualificazione che tenga conto del parere del Consiglio di Stato e sembra ragionevole pensare che saranno comunque mantenute delle categorie di lavorazioni per le quali sia imposta la qualificazione obbligatoria conformemente a quanto previsto dall'annullato art. 109, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010; il parere del Consiglio di Stato, infatti, non ha, affermato l'illegittimità *tout court* della previsione di lavorazioni cosiddette a qualificazione obbligatoria, ma ha, invece, rilevato l'illogicità e contraddittorietà del sistema per l'eccessivo numero di tali prestazioni; in altre parole il Consiglio di Stato non ha affermato che non possono prevedersi lavorazioni a "qualificazione obbligatoria", bensì ha osservato che se la regola generale è quella per cui il concorrente in possesso della qualificazione nella categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'intervento anche se sprovvisto delle relative qualificazioni (art. 109, comma 1), salvo puntuali eccezioni, prevedere poi un numero troppo elevato di categorie che il concorrente in possesso della sola prevalente non può eseguire direttamente se sprovvisto delle relative qualificazioni rischierebbe di svuotare di senso la previsione di cui al comma 1 dell'art. 109 fino a trasformarla da regola generale ad eccezione, destinata, dunque, a trovare applicazione in casi marginali ⁽³⁰⁾.

(30) Si segnala, sul punto, la segnalazione dell'Autorità del 25 settembre 2013 n. 3, recante Qualificazione lavori. Con tale segnalazione l'Autorità di vigilanza, con riferimento alle modifiche che si rendono necessarie a seguito dell'avvenuto annullamento dell'art. 109, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, ha proposto due alternative "da una parte potrebbe essere mantenuto fermo l'impianto normativo di cui al comma 1 dell'art. 109, contestualmente riducendo il numero delle categorie di lavori a qualificazione obbligatoria di cui al successivo comma 2 e, nel contempo, rendendo meno rigida la disposizione, contenuta nell'ultimo periodo del medesimo comma, relativa ai limiti di subappaltabilità delle SIOS, che superino il 15% dell'importo dell'appalto; dall'altra, potrebbe essere invertita la disposizione del comma 1 dell'art. 109, prevedendo, come regola generale, il divieto, per l'affidatario qualificato nella categoria prevalente, di eseguire le lavorazioni per categorie diverse, a qualificazione obbligatoria. Anche in quest'ultimo caso, naturalmente, potrebbe essere opportuna una rivisitazione delle categorie specialistiche e superspecialistiche; ciò per aderire alla fondata osservazione del Consiglio di Stato, secondo cui molte delle categorie a qualificazione obbligatoria sono prive dei connotati di particolare specialismo,

Sempre con riferimento all'annullamento operato dal Consiglio di Stato con il parere in esame, sembra, inoltre, opportuno mettere in luce la relazione contraddittoria che intercorre tra l'annullamento dell'art. 109, comma 2, sopra richiamato e l'orientamento secondo il quale, nelle ipotesi di "subappalto necessario", vi sarebbe un obbligo di indicare, già in sede di offerta, il nominativo del subappaltatore nonché di dimostrare il possesso da parte di questo dei requisiti di qualificazione.

Da una parte, infatti, il Consiglio di Stato, con il parere n. 3014 del 2013, ha dichiarato l'annullamento delle norme che impongono al concorrente singolo, qualificato nella sola categoria prevalente, di affidare in subappalto le categorie scorporabili a "qualificazione obbligatoria" delle quali il concorrente medesimo sia sprovvisto, ma dall'altra, con alcune sentenze sopra esaminate, ha imposto ulteriori obblighi (indicazione del nominativo del subappaltatore e dimostrazione del possesso da parte di questo delle necessarie qualificazioni), peraltro non previsti dalla normativa vigente, proprio per le ipotesi in cui il concorrente ricorra al subappalto per l'esecuzione delle prestazioni a "qualificazione obbligatoria" relativamente alle quali lo stesso non sia in possesso dei relativi attestati SOA⁽³¹⁾.

7. Conclusioni. – In conclusione, può, dunque, senz'altro essere condiviso l'orientamento fatto proprio dal Consiglio di Stato con la recente sentenza 25 luglio 2013, n. 3963, con il quale è stato chiarito che, in assenza di una espressa previsione in tal senso da parte della disciplina di gara, il concorrente non sarà tenuto ad indicare, già in sede di gara, il nominativo del subappaltatore anche per le ipotesi di subappalto cosiddetto "necessario", non essendo ravvisabile nella normativa di settore alcuna disposizione che imponga un incombente siffatto.

Resta, tuttavia, da chiarire cosa succeda nell'ipotesi in cui l'indicazione del nominativo del subappaltatore sia espressamente richiesto dalla *lex specialis*. In tali casi, infatti, potrebbe alternativamente ritenersi che (i) tale previsione sia legittima e il concorrente sarà pertanto tenuto a tale indicazione, oppure (ii) tale richiesta si ponga in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione e la relativa clausola debba, quindi, ritenersi nulla ai sensi dell'art. 46, comma 1bis, d.lgs. n. 163 del 2006. In buona sostanza, occorre chiedersi se sia facoltà della stazione appaltante inserire nella disciplina di gara una clausola siffatta.

ovvero del "notevole contenuto tecnologico" e della "rilevante complessità tecnica di cui all'art. 37, comma 11, Codice dei contratti".

(31) Con riferimento alle problematiche connesse all'attuazione del parere consultivo del Consiglio di Stato n. 3014 del 2013, v. anche l'Atto di segnalazione dell'Autorità n. 3 del 2013, cit.

Una tale eventualità sembra da escludere. Una volta chiarito che la normativa non impone al concorrente un obbligo in tal senso e rilevato che l'identificazione del subappaltatore e il controllo dei suoi requisiti di questo attiene alla fase di esecuzione del contratto, infatti, non può che concludersi nel senso che l'introduzione di una previsione quale quella in esame si porrebbe in contrasto con il disposto di cui all'art. 46, comma 1 *bis*, Codice dei contratti ⁽³²⁾.

Dunque, in assenza di una non auspicabile modifica normativa, che obiettivamente rappresenterebbe un passo indietro rispetto alla evoluzione testuale registratasi nel 1998, è di palmare evidenza che l'orientamento giurisprudenziale oggetto di riflessioni critiche nel presente scritto genera una dannosissima confusione negli operatori del settore. Per quanto concerne le stazioni appaltanti, difatti, è comprensibile come non siano orientate ad inserire nei bandi la richiesta di esprimere in gara il nominativo del subappaltatore, ciò per non violare la illustrata normativa vigente in materia di subappalto e di partecipazione alle gare, e per non voler inserire una clausola nulla *ex art. 46, comma 1 bis*. Per quanto, invece, riguarda le imprese, pur in assenza di obblighi normativi sulla necessità di indicare il nominativo del subappaltatore e pur in assenza nel bando di una clausola in tal senso (che, come si è detto, ove vi fosse sarebbe affetta da nullità), le medesime rischiano l'esclusione o da parte delle stazioni appaltanti, se erroneamente persuase dalla giurisprudenza sulla eterointegrazione nel caso in esame, o da parte di un concorrente in gara che, una volta disposta l'aggiudicazione in capo ad altra impresa, tenta *ex post* di sostenere in sede di ricorso al TAR, l'illegittima ammissione alla gara del concorrente che non ha dichiarato (poiché non previsto dalla normativa e dalla *lex specialis*) il nominativo del subappaltatore in sede di gara. Ecco come volendo attribuire ad un orientamento giurisprudenziale valenza di funzione nomopoietica che si traduce nel minare il principio di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento dei concorrenti, vi è licenza, poiché a discapito del *favor participationis*, di definirla in *malam partem*.

(32) In tale senso anche R. MANGANI, *Subappalto "necessario" e facoltativo. Chiave di lettura. Neppure il bando potrebbe introdurre tale prescrizione*, in www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com.