

# Dall'Adunanza Plenaria un secco "no" al subappalto necessario

di Antonio Vespignani

**CONSIGLIO DI STATO**, Ad. Plen., 2 novembre 2015, n. 9 - *Presidenti* Virgilio, Baccarini, Lignani, Numerico, Maruotti; *Est.* Deodato - Mattioda Pierino & Figli s.p.a (*Avv.ti* Pellegrino e Piacentini) c. SAFital s.r.l. (*Avv.* De Portu) e Sav Società Autostrade Valdostane s.p.a. (*Avv.ti* Giardini, Sanvido, Corbyons e Guccione)

**Contratti della p.a. - Appalto di lavori pubblici - Gara - Requisiti - Mancata indicazione del nominativo dei subappaltatori per le categorie a qualificazione obbligatoria non possedute dal concorrente - Conseguenze - Esclusione - Illegittimità.**

*Nella legislazione vigente in materia di lavori pubblici non esiste alcuna norma che imponga al concorrente non qualificato per le ccdd. categorie a qualificazione obbligatoria di indicare già in sede di offerta i nominativi di uno o più subappaltatori in possesso della necessaria idoneità. La normativa è infatti chiara e inequivoca nel fissare i requisiti perché il subappalto sia valido ed efficace e pertanto non è consentito all'interprete aggiungere nuovi e diversi adempimenti che finirebbero per correggere la portata precettiva delle norme. (1)*

DIRITTO  
(*Omissis*)

2.- Occorre, quindi, procedere all'analisi delle questioni devolute all'Adunanza Plenaria, principiando da quella formulata per prima (e meglio di seguito descritta).

2.1- Come già rilevato in fatto, la Quarta Sezione, 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 sprovvista della qualificazione in una o più categorie scorporabili (e, quindi, a fronte di un c.d. 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.

Al predetto problema, infatti, sono state offerte due diverse soluzioni.

Secondo una prima tesi, infatti, la necessità della dimostrazione, ai fini della partecipazione alla procedura, della qualificazione per tutte le lavorazioni per le quali la normativa di riferimento la esige implica, quale indefettibile corollario, la necessità dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già nella fase dell'offerta, di guisa

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 (Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2015, n. 944; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 676; sez. V, 28 agosto 2014, n. 4405; sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4299; sez. IV, 26 maggio 2014, n. 2675; sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224; sez. III 5 dicembre 2013, n. 5781); 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 (Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2015, n. 2223; sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449; sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563).

Si tratta, come si vede, di ricostruzioni (entrambe) plausibili e ragionevoli, oltre che fondate sull'esigenza di tutelare l'interesse pubblico all'amministrazione imparziale e corretta delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

2.2- La scelta dell'opzione ricostruttiva più coerente con la normativa di riferimento esige una preliminare disamina del sistema di regole alla stregua del quale dev'essere affermata la sussistenza (o meno) dell'obbligo dell'indicazione nominativa del subappaltatore ai fini della partecipazione alla gara.

L'art. 92, commi 1 e 3, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n.207, 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 scorporabili), purché per l'importo totale dei lavori.

Il combinato disposto degli artt. 92, comma 7 e 109, comma 2, d.P.R. cit. e 37, comma 11, d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 chiarisce, poi, che il concorrente che non possiede la qualificazione per le opere scorporabili 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 d.lgs. cit. (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).

2.3- Dall'analisi delle regole appena citate si ricavano, quindi, 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 scorporabili (neanche in quelle indicate all'art.107, comma 2, d.P.R. cit.); b) le lavorazioni relative alle opere scorporabili nelle categorie individuate all'art.107, comma 2, d.P.R. cit. 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 come si vede di un apparato regolativo compiuto, coerente, logico e, soprattutto, privo di aporie, antinomie o lacune.

2.4- Ora, a fronte di un sistema di regole chiaro e univoco, quale 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 (quella sì) configgerebbe con il dato testuale della disposizione legislativa dedicata alla definizione delle condizioni di validità del subappalto (art.118, comma 2, d.lgs. cit.) e che, nella catalogazione (esaustiva e tassativa) delle stesse, non la contempla.

2.5- Secondo il canone interpretativo sintetizzato nel brocardo *in claris non fit interpretatio* (e codificato all'art.12 delle Preleggi), infatti, la prima regola di una corretta esegesi è quella che si fonda sul significato delle parole e che, quindi, là dove questo risulta chiaro ed univoco, quale deve intendersi il dato testuale della predetta disposizione, non è ammessa alcuna interpretazione che corregga la sua portata precettiva (per come desunta dal lessico ivi utilizzato, ove risulti privo di ambiguità semantiche).

2.6- Ma anche in ossequio al canone interpretativo espresso nel brocardo *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit* si perviene alle medesime conclusioni.

Là dove, infatti, l'art.118, secondo comma, d.lgs. cit., ha catalogato (articolandoli in quattro lettere) i requisiti di validità del subappalto, ha evidentemente inteso circoscrivere, in maniera tassativa ed esaustiva, a quei presupposti (e solo a quelli) le condizioni di efficacia del subappalto, sicché ogni opzione ermeneutica che si risolvesse nell'aggiunta di un diverso ed ulteriore adempimento (rispetto a quelli ivi classificati) dev'essere rifiutata in quanto finirebbe per far dire alla legge una cosa che la legge non dice (e che, si presume, secondo il suddetto canone interpretativo, non voleva dire).

2.7- Dall'esame della vigente normativa di riferimento 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 scorponabili 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").

2.8- La correttezza della soluzione appena enunciata (e che risponde al primo quesito nel senso di negare la doverosità dell'indicazione nominativa del subappaltatore) risulta, peraltro, avvalorata e corroborata dai convergenti argomenti di seguito (sinteticamente) dettagliati.

2.9- L'esegesi *ut supra* preferita risulta, innanzitutto, riscontrata dall'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 previ-





lo prevedeva), mediante l'inammissibile inserzione automatica nella *lex specialis* di un obbligo non previsto da alcuna disposizione normativa cogente pretermessa nell'avviso (da valersi quale unica condizione legittimante della sua eterointegrazione).

Mentre, infatti, l'eterointegrazione della *lex specialis* postula logicamente l'omessa ripetizione, in essa, di un adempimento viceversa sancito chiaramente da una disposizione normativa imperativa (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1250), nella fattispecie in esame verrebbe, al contrario, automaticamente inserita nel bando una clausola non rinvenibile nel diritto positivo e di mera creazione giurisprudenziale.

2.14- La statuizione dell'adempimento in questione finirebbe, inoltre, per costituire una clausola espulsiva atipica, in palese spregio del principio di tassatività delle cause di esclusione (codificato all'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. cit.).

Se è vero, infatti, che la latitudine applicativa della predetta disposizione è stata decifrata come comprensiva anche dell'inosservanza di adempimenti doverosi prescritti dal codice, ancorché non assistiti dalla sanzione espulsiva (cfr. Ad. Plen. n. 9 e n. 16 del 2014), è anche vero che l'applicazione di tale principio esige, in ogni caso, l'esistenza di una prescrizione legislativa espressa, chiara e cogente (nella fattispecie non rintracciabile nel codice dei contratti pubblici).

2.15- 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.

Non solo, ma il relativo assunto si rivela distorsivo del mercato dei lavori pubblici, nella misura in cui costringe le imprese concorrenti a scegliere una (sola) impresa subappaltatrice, già nella fase della partecipazione alla gara, mediante l'imposizione di un onere partecipativo del tutto sproporzionato e gravoso.

2.16- La prospettazione qui disattesa finirebbe, infine, per introdurrebbe un requisito di qualificazione diverso ed ulteriore rispetto a quelli stabiliti, con disciplina completa ed autosufficiente, dall'art. 92 d.P.R. cit. (che, come si è già rilevato, esclude l'obbligo del possesso delle attestazioni nelle categorie scorporabili, ancorché a qualificazione necessaria, ai fini della partecipazione alla gara), implicando, di conseguenza, la sua inammissibile disapplicazione, che, tuttavia, postula l'infettibile presupposto, nella specie inconfigurabile, dell'illegittimità della norma secondaria in quanto confliggente con la disposizione legislativa primaria (come chiarito, *ex multis*, da Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2014, n. 3623).

Se, infatti, il fondamento logico e sistematico della tesi ricostruttiva che afferma l'obbligatorietà dell'indicazione del nominativo del subappaltatore all'atto dell'offerta dev'essere rinvenuto nell'esigenza di garantire alla stazione appaltante il controllo del possesso da parte del concorrente di tutti i requisiti di qualificazione necessari, la sua condivisione postula l'affermazione della necessità, ai fini della partecipazione alla procedura, della dimostrazione della titolarità delle attestazioni riferite anche alle opere scorporabili (ciò che, invece, risulta chiaramente escluso dalla citata disposizione regolamentare dedicata alla disciplina delle qualificazioni e che andrebbe, quindi, logicamente disapplicata, ma in difetto della indispensabile condizione, sopra ricordata, della sua illegittimità).

3.- La soluzione del primo quesito implica la decadenza del secondo, in quanto fondato sull'unico presupposto dell'affermazione della necessità dell'indicazione nominativa del subappaltatore (viceversa negata con la risposta al primo quesito).

(*Omissis*)

---

## Commento

Con la sentenza in commento l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato pone risolve in maniera definitiva la problematica, insorta sostanzialmente negli ultimi tre anni, sul tema del c.d. subappalto necessario.

Con tale espressione si indica la fattispecie che prende le mosse da un bando di gara che, accanto alla categoria prevalente, preveda una o più categorie a qualificazione obbligatoria, di cui il concorrente sia sprovvisto. In tal caso, stante il divieto di esecuzione diretta di tali lavorazioni da parte dell'affidatario non qualificato per le relative categorie, vi è l'obbligo di ufficializzare già in sede di offerta la volontà di subappaltare, a pena di esclusione: di qui la qualificazione del subappalto come "necessario".

Peraltro la medesima locuzione viene utilizzata - in maniera giustamente definita "impropria" dall'Adunanza - anche per indicare la presunta necessità che in sede di offerta siano indicati, oltre alle lavorazioni, altresì i nominativi dei subappaltatori qualificati.

L'oggetto del giudizio verteva infatti proprio sulla necessità o meno che tale ufficializzazione preventiva si estenda anche all'indicazione delle imprese subappaltatrici.

Investita della questione dalla sezione IV - a sua volta chiamata a pronunciarsi in sede di appello sulla decisione del T.A.R. Valle d'Aosta 13 febbraio 2015, n. 18<sup>1</sup> - l'A.P. mette a confronto le due posizioni riconoscendo anzitutto la prevalenza numerica della tesi che postula l'obbligatorietà, a pena di esclusione, della indicazione nominativa del/i subappaltatore/i.

Premessa la considerazione - molto diplomatica - che entrambe le ricostruzioni si presentano come plausibili e che entrambe poggiano sull'esigenza di tutelare l'interesse pubblico all'imparzialità e correttezza delle procedure di affidamento, la sentenza boccia però *in toto* la prospettazione dell'obbligo di indicazione dei subappaltatori, optando per un *iter* logico e argomentativo tanto lineare quanto convincente.

Esso prende infatti doverosamente le mosse dall'esame del diritto positivo, sia nella parte relativa alla qualificazione per la partecipazione alle gare, sia in quella più specificamente riguardante il subappalto.

Proprio l'esame del *corpus* normativo consente ai giudici di Palazzo Spada di enucleare alcuni principi pacifici:

.....

(1) Cfr. A. VESPIGNANI, *Ancora in tema di subappalto "necessario"*, Commento a T.A.R. VALLE D'AOSTA, 13 febbraio 2015, n. 18, di questa Rivista, n. 1/2015.



- la sufficienza, ai fini della partecipazione alla gara, del possesso nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori, senza che vi sia la necessità di analoga qualificazione anche per le categorie scorporabili (ancorché a qualificazione obbligatoria ex art. 107, comma 2, d.P.R. n. 207/2010);
- le lavorazioni riferite alle predette categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria non possono essere eseguite dall'affidatario che non sia in possesso della relativa qualificazione, il quale deve pertanto subappaltarle a imprese specificamente qualificate;
- ai fini della validità e dell'efficacia del subappalto è indispensabile che il concorrente abbia indicato in sede di offerta le lavorazioni che intende subappaltare e che, almeno 20 giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati, abbia trasmesso al committente il contratto di subappalto;
- il subappalto è istituito che attiene alla fase esecutiva dell'appalto e tocca l'aspetto della gara nei soli limiti, sopra indicati, della preventiva ufficializzazione delle lavorazioni che saranno oggetto di delega a terzi.

La rassegna di tali incontestati principi consente all'A.P. di pervenire alla conclusione che la normativa in materia costituisce "*un apparato regolativo compiuto, coerente, logico e, soprattutto, privo di aporie, antinomie o lacune*". Ciò che porta ad escludere la possibilità di interpretazioni che possano in qualche modo correggere la portata precettiva delle norme.

E poiché una di queste - l'art. 118, comma 2 del Codice - è inequivoca nel definire i requisiti di validità del subappalto, non residua spazio per opzioni interpretative che potessero condurre a risultati diversi, nel caso specifico l'individuazione del nuovo requisito rappresentato dall'indicazione preventiva dei futuri subappaltatori.

Malgrado quindi sia possibile rinvenire un apprezzabile fondamento logico e sistematico nella tesi che afferma l'obbligatorietà dell'indicazione dei subappaltatori sin dall'atto dell'offerta - individuabile nell'esigenza di assicurare il controllo del possesso da parte del concorrente di tutti i requisiti di qualificazione - è indubbio che tale assunto non trovi alcun riscontro nel vigente *corpus* normativo.

Tale conclusione trova d'altra parte importanti conferme indirette anche nell'esame della legislazione sia passata che *in fieri*.

Da un lato infatti, la pronuncia non manca di ricordare il precedente rappresentato dalla l. n. 109/1994 (c.d. legge Merloni) che imponeva al concorrente di indicare già in sede di offerta una rosa di imprese qualificate tra le quali si sarebbe poi scelto il subappaltatore.

La successiva espressa abrogazione della norma (ad opera della l. n. 415/1998) e la sua mancata riproposizione nel Codice degli appalti costituisce la dimostrazione della chiara volontà del legislatore di escludere l'obbligo di indicazione nominativa dei subappaltatori tra le condizioni di validità del subappalto.

Sotto il secondo profilo, l'A.P. volge lo sguardo anche al disegno di legge di delega per il recepimento delle nuove direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni. Tra i principi del disegno di legge in commento viene infatti inserito l'obbligo di indicare in sede di offerta una terna di nominativi di subappaltatori, con ciò dimostrando che, laddove il legislatore ha inteso percorrere questa strada, lo ha fatto con norma espressa.

L'A.P. non si sofferma - né probabilmente avrebbe avuto ragione di farlo - sulle ragioni che avevano indotto il legislatore del 1998 ad abrogare la norma della legge Merloni, vale a dire, prevalentemente, le innumerevoli difficoltà operative che l'obbligo di indicazione preventiva del subappaltatore aveva creato nella pratica quotidiana dell'appalto. Difficoltà che sono verosimilmente destinate a ripetersi e che appaiono presenti a chi oggi si accinge a riscrivere la normativa, se è vero che nel testo approvato dalla Camera figura la limitazione di tale obbligo a non meglio precisati "casi specifici".

Dopo aver ricordato che la medesima posizione - insussistenza, a legislazione vigente, di un obbligo di indicare in sede di offerta i nominativi dei subappaltatori e, conseguentemente, illegittimità di eventuali esclusioni dalle gare disposte per questo motivo - è stata a più riprese sostenuta dall'Autorità per la vigilanza (sia come Avcp, sia come Anac) e che nessuna indicazione di segno opposto si può ricavare dall'esame della disciplina comunitaria, l'A.P. traccia un fugace (e forse ardito) parallelo tra gli istituti del subappalto e dell'avvalimento.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, anticipare all'atto dell'offerta l'ufficializzazione dei futuri subappaltatori significherebbe di fatto realizzare una (confusa) assimilazione tra istituti radicalmente diversi per presupposti, finalità e disciplina. Per quanto la pronuncia non approfondisca il punto, l'assimilazione dovrebbe presumibilmente consistere nella circostanza che con il subappalto "necessario" si avrebbe un'anticipazione alla fase di gara del controllo dei requisiti di qualificazione degli esecutori, laddove il concorrente sia di per sé sprovvisto della specifica idoneità per le categorie a qualificazione obbligatoria: una sorta di etero-integrazione della qualificazione, proprio come avviene nell'avvalimento. Salvo poi venire in considerazione il rilievo - opportunamente sottolineato dall'Adunanza - che in questo modo non sorgerebbe un vincolo analogo a quello che scaturisce dal



contratto di avvalimento, cosicché la stazione appaltante non beneficerebbe delle medesime garanzie contrattuali.

In definitiva, la sentenza in commento pone la parola “fine” alle discussioni e soprattutto ai contenziosi in materia di subappalto “necessario” (come sopra delineato). Ma è una “fine” destinata a durare per pochi mesi, atteso che il quadro normativo sul punto è destinato a subire radicali modifiche ad opera del/i decreto/i di recepimento delle direttive comunitarie e di riordino della disciplina in materia di contratti pubblici (la prima scadenza, come noto, è fissata al 18 aprile 2016; la seconda, eventuale, al 31 luglio 2016).