

Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di “subappalto” 2017 – 2018

Sommario

1. Premessa.....	2
2. Rapporti tra il subappalto ed altri istituti.....	2
2.1. Avvalimento.....	2
2.2. Affidamenti a lavoratori autonomi.....	3
2.3. Cooptazione.....	3
3. Condizioni e limiti al subappalto.	4
3.1. Autorizzazione al subappalto.....	4
3.2. Divieto di subappalto.	4
3.3. Limiti al subappalto. Categorie superspecialistiche.	6
4. Indicazione della terna dei subappaltatori.....	7
4.1. Soccorso istruttorio.	8
4.2. Possesso dei requisiti.	9
5. Elenco dei pareri di precontenzioso citati.....	10
Pareri anno 2017.....	10
Pareri anno 2018.....	11

1. Premessa.

La vigente disciplina del subappalto nella contrattualistica pubblica è contenuta nell'art. 105 e, per quanto riguarda le concessioni, nell'art. 174 del d. lgs. 50/2016. L'art. 105, comma 2, del decreto legislativo citato fornisce per la prima volta una definizione dell'istituto nell'ambito dei contratti pubblici, stabilendo che «*il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto*», con l'ulteriore specificazione secondo cui «*costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera*». Si tratta quindi di un contratto derivato con il quale l'appaltatore incarica un terzo di eseguire parte delle opere, forniture o servizi che egli stesso ha precedentemente assunto. Da ciò discende che le vicende del contratto di appalto risolto incidono sulle vicende del subappalto, in quanto rapporto derivato e accessorio, con la conseguenza che la risoluzione dell'uno determina lo scioglimento del secondo (**parere sulla normativa n. 87 dell'8 febbraio 2017**).

2. Rapporti tra il subappalto ed altri istituti.

2.1. Avalimento.

Dall'analisi del dato letterale, che chiama in causa “*l'appaltatore*” e “*l'esecuzione*”, si evince che il subappalto è un istituto che esplica i suoi effetti nella fase successiva a quella dell'aggiudicazione (cioè quella di esecuzione del contratto per l'appunto), distinguendosi pertanto dall'avvalimento.

In linea con la Determinazione n. 2 del 1 agosto 2012, con la quale è stata sottolineata la diversità di presupposti e di funzione che caratterizza l'avvalimento rispetto al subappalto, l'Autorità ha nuovamente rimarcato la differenza tra i due istituti con il **Parere n. 1333 del 20 dicembre 2017**, precisando la diversa *ratio* sottesa ai due istituti: mentre l'avvalimento consente al concorrente di integrare i requisiti mancanti necessari per la partecipazione alla gara facendo affidamento su quelli di un altro soggetto, il quale diviene parte sostanziale del contratto di appalto, assumendo insieme al concorrente principale una responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, il subappalto, invece, si sostanzia in una mera sostituzione nell'esecuzione della prestazione contrattuale, costituendo una forma di organizzazione dell'impresa dell'appaltatore¹, il quale rimane responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante.

¹ È possibile, infatti, che l'appaltatore, pur in possesso dei requisiti richiesti per l'esecuzione della prestazione, decida, proprio in virtù della libertà organizzativa di impresa, di subappaltare l'esecuzione di parte della prestazione contrattuale, ovviamente nei limiti consentiti dalla normativa di riferimento (art. 105 del d.lgs. 50/2016).

Con il **Parere n. 181 del 21 febbraio 2018** è stato inoltre precisato che i requisiti posseduti dalle imprese indicate come subappaltatrici non concorrono in alcun modo ad integrare i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara.

L'inevitabile connessione tra i due istituti trova, comunque, conferma nel dettato normativo: l'art. 89, comma 8, del d.lgs. 50/2016 prevede la possibilità che l'impresa ausiliaria assuma il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati: il subappalto, in tale circostanza, viene quindi a costituire un modulo attraverso il quale si concretizza l'avvalimento. L'utilizzo del subappalto nel perimetro tracciato dall'avvalimento sembra dimostrare che l'intenzione legislativa sia quella di garantire la corrispondenza tra i requisiti di partecipazione, anche prestati, e l'esecuzione del contratto (Determinazione n. 2/2012; **Parere di Precontenzioso n. 434 del 27 aprile 2017**). L'inciso "*nei limiti dei requisiti prestati*" necessita però di un'interpretazione in linea con le prescrizioni e i limiti previsti dalla disciplina generale del subappalto. Ne consegue che, mentre in fase di qualificazione il concorrente può utilizzare liberamente l'avvalimento, qualora esso si concretizzi in subappalto, quest'ultimo incontra i limiti previsti dalla disciplina speciale pubblicistica per esso stabilita.

2.2. Affidamenti a lavoratori autonomi.

Sempre restando sul piano della delimitazione dell'istituto da altre fattispecie, con **Pareri n. 246 dell'8 marzo 2017 e n. 256 del 7 marzo 2018** l'Autorità ha sottolineato che l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi o a progetto (nei casi in esame si trattava, rispettivamente, di affidamento di attività di recapito nell'ambito di un servizio di riscossione e di raccolta dei manifesti pubblicitari a supporto di un servizio di affissione pubblica comunale), in assenza di specifici elementi idonei a dimostrare gli elementi tipici del subappalto (l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera o di un servizio), si configura quale contratto d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa. Tale orientamento, già fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2943), trova conferma anche nell'art. 105, comma 3, lett. a) del d.lgs. 50/2016.

2.3. Cooptazione.

A sua volta distinta dal subappalto è la cooptazione. Tale istituto risulta disciplinato dall'art. 92, comma 5, del d.P.R. 207/2010², che ne condiziona l'utilizzo al rispetto dei seguenti requisiti: a) il concorrente singolo o associato deve possedere in proprio i requisiti richiesti dalla *lex specialis*³; b) l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute dall'impresa cooptata deve essere almeno pari all'importo dei

² Tale articolo fa parte delle disposizioni del d.P.R. 207/2010 ancora in vigore fino all'adozione del decreto MIT di cui all'art. 83, comma 2 del Codice, secondo quanto previsto all'art. 216, comma 14, del d. lgs. 50/2016.

³ È questa la principale differenza con il subappalto, soprattutto quello noto come "subappalto necessario" o "qualificante", utilizzato dal concorrente per sopperire alla mancanza di un requisito essenziale alla partecipazione.

lavori da affidare alla medesima; c) i lavori affidati all'impresa cooptata non devono superare il 20% dell'importo complessivo. L'Autorità, con **Parere n. 228 del 1 marzo 2017**⁴, ha sottolineato che la *ratio* dell'istituto è quella di consentire a imprese già qualificate di maturare capacità tecniche in categorie di lavori diverse rispetto a quelle possedute, non compromettendo l'interesse pubblico alla corretta esecuzione dell'appalto. Ha, inoltre, ribadito quanto già affermato in precedenti occasioni anche dalla giurisprudenza amministrativa, sostenendo che - dato il carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto - l'impresa cooptata può eseguire i lavori ma non può assumere lo status di concorrente, di conseguenza non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto, né può subappaltare, o comunque affidare a terzi, i lavori che le vengono affidati.

3. Condizioni e limiti al subappalto.

3.1. Autorizzazione al subappalto.

L'art. 105, comma 4, del d.lgs. 50/2016 indica tra le condizioni necessarie per l'affidamento in subappalto la previa autorizzazione della stazione appaltante e l'indicazione all'atto dell'offerta da parte del concorrente delle lavorazioni, dei servizi, delle forniture o delle parti di essi che si intende subappaltare. Sulla base di quanto sottolineato anche dalla giurisprudenza amministrativa⁵, con **Parere n. 276 del 22 marzo 2017**, l'Autorità ha ritenuto che il subappalto nei confronti di soggetti terzi, estranei alla compagine sociale dell'aggiudicatario, in assenza di manifestazione di volontà di ricorrere all'istituto e dunque senza preventiva autorizzazione della stazione appaltante, costituisce una violazione delle disposizioni codicistiche e un'elusione dei principi in materia di contratti pubblici, in particolare del principio generale e di ordine pubblico di immodificabilità del contraente, dal quale discende il divieto di cessione del contratto di appalto sotto pena di nullità, di cui all'art. 105 comma 1 del d. lgs. 50/2016. Pertanto, il trasferimento delle obbligazioni ad un soggetto terzo, sia pure solo parziale, può essere effettuato e produrre i relativi effetti giuridici solo nel rispetto delle condizioni di legge, ovvero attraverso un formale sub-affidamento previamente richiesto ed autorizzato dall'Amministrazione.

3.2. Divieto di subappalto.

Il d.lgs. 50/2016, all'art. 105, comma 4, lett. a), nella formulazione antecedente alle correzioni apportate con il decreto correttivo (d. lgs. 56/2017), aveva introdotto - quale condizione per il rilascio dell'autorizzazione al subappalto - l'espressa previsione nel bando di gara della facoltà di ricorrere a tale istituto. Tale previsione ha ingenerato alcuni problemi applicativi di cui è stata investita l'Autorità. Con

⁴ Nel caso in esame, le imprese raggruppate, risultate poi aggiudicatrici, hanno realizzato un'indebita commistione tra l'istituto del raggruppamento e quello della cooptazione, non essendo chiaro a che titolo le due società abbiano partecipato alla procedura e rendendo, di fatto, impossibile l'imputabilità dell'offerta.

⁵ Cfr.: Cons. Stato, sez. IV, 18 febbraio 2016, n. 649.

Parere n. 1024 dell'11 ottobre 2017 è stata ritenuta non conforme alla disciplina di settore la clausola di un bando di gara che, interpretando la predetta disposizione in maniera erronea, ha vietato indiscriminatamente il ricorso al subappalto. La decisione è stata presa sulla scorta di quanto già affermato nel **Parere sulla Normativa AG 25 del 20 dicembre 2012** e nel **Parere di Precontenzioso n. 60 del 23 marzo 2013**, in virtù dei quali la previsione nei bandi di gara di limitazioni o divieti al subappalto deve comunque essere motivata da specifiche esigenze di natura tecnico-organizzativa e rispettare i principi di proporzionalità e di massima partecipazione.

Con **Parere n. 609 del 27 giugno 2018** – relativamente ad una gara indetta sotto la vigenza del precedente testo dell'art. 105, comma 4, lett. a), il quale consentiva il subappalto purchè tale facoltà fosse espressamente prevista nel bando di gara - l'Autorità ha precisato che la disposizione non può essere letta come espressione di un potere indiscriminato di esclusione del subappalto. Rispettando quindi lo spirito della norma e la sua *ratio*, si è voluto sottolineare, conformemente a numerosi pareri già espressi dalla stessa Autorità, come la luce dei principi comunitari deve ispirare le azioni della stazione appaltante, secondo i quali è necessario garantire la massima partecipazione e incentivazione di nuovi operatori economici. La limitazione dell'istituto e il relativo ampliamento dei poteri di esclusione del subappalto necessitano un'adeguata motivazione in sede di redazione del bando, in ossequio al principio di proporzionalità. È evidente come tale principio trovi giusta applicazione qualora sia necessario garantire esigenze di natura tecnica-organizzativa o legate alla tipologia del servizio oggetto dell'affidamento.

La disciplina aggiornata dal D. Lgs. N. 56/2017 conferisce un'elevata portata innovativa all'istituto e ne allarga le maglie di relativa applicazione.

A tal proposito vale ricordare che, con la modifica apportata al Codice dal decreto correttivo, la suddetta previsione è stata abrogata⁶.

Un espresso divieto alla subappaltabilità delle prestazioni è quello previsto all'art. 31, comma 8, del d.lgs. 50/2016 (già art. 91, comma 3, del d.lgs. 163/2006). La norma riguarda gli incarichi di progettazione, direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del RUP. L'affidatario può, invece, avvalersi del subappalto per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizioni di elaborati specialistici e di dettaglio (con la sola esclusione delle relazioni geologiche, per le quali, dunque, permane il divieto di subappalto) e per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali.

⁶ Il decreto correttivo ha completamente riscritto il comma 4 dell'art. 105. Oltre alla predetta soppressione, sono state riproposte, tra le condizioni per il rilascio da parte della stazione appaltante dell'autorizzazione al subappalto, l'indicazione da parte del concorrente all'atto dell'offerta delle parti che intende subappaltare (oggi lett. c) e la dimostrazione, sempre a carico del concorrente, dell'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 (oggi lett. d). Sono state, invece, aggiunte due condizioni: che l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto (lett. a) e che il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria (lett. b).

Sul tema, le Linee Guida n. 1 “*Indirizzi generali sull’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria*” (Deliberazioni n. 973 del 14 settembre 2016 e n. 138 del 21 febbraio 2018), hanno precisato che la relazione geologica non comprende le prestazioni d’opera riguardanti le indagini geognostiche e prove geotecniche e le altre prestazioni specificamente indicate nella norma. Con **Parere n. 944 del 13 settembre 2017** è stato sottolineato che non rientra tra le attività per cui l’art. 31, comma 8, del Codice pone un esplicito divieto di subappalto neppure l’incarico per lo svolgimento di indagini strutturali e analisi statica di edifici. In un’altra occasione, nell’ambito di un affidamento per la verifica di vulnerabilità sismica di edifici, il **Parere n. 1336 del 20 dicembre 2017** ha ritenuto illegittima l’esclusione degli operatori economici che non avevano incluso un geologo tra i soggetti che avrebbero dovuto svolgere il servizio oggetto della gara. Ciò in quanto le indagini diagnostiche e geognostiche sono attività specialistiche di supporto alla progettazione che, a differenza della relazione geologica, possono essere oggetto di subappalto.

3.3. Limiti al subappalto. Categorie superspecialistiche.

In tema di limiti al subappalto, l’art. 105, comma 2, del Codice delinea una disciplina di restrizioni al subappalto parzialmente diversa rispetto al precedente quadro normativo. Nell’art. 118, comma 2, del vecchio Codice veniva fatta una distinzione sulla base dell’oggetto dell’appalto, con la conseguenza che gli appalti di servizi e forniture risultavano subappaltabili nel limite del 30 % dell’importo complessivo del contratto, mentre per gli appalti di lavori, in relazione alla categoria prevalente, era rinviata al regolamento di attuazione la definizione della quota parte subappaltabile in misura eventualmente diversificata a seconda del tipo di categoria, ma in ogni caso non superiore al 30%⁷. Tutte le lavorazioni appartenenti alle categorie scorporabili, invece, con la sola eccezione delle superspecialistiche, erano subappaltabili senza limiti. Il nuovo quadro normativo, invece, prevede un limite al subappalto nella misura del 30% dell’importo complessivo del contratto, indipendentemente dall’oggetto del contratto stesso (lavori, servizi o forniture) e dalla tipologia di lavorazione (principale o scorporabile). Ciò che è rimasto invariato rispetto al previgente quadro normativo è l’ulteriore limite, in aggiunta cioè alle suddette restrizioni, applicabile alle opere superspecialistiche: il comma 5 dell’art. 105, infatti, come è stato anche ricordato con **Parere n. 1334 del 20 dicembre 2017**, nel fare un rinvio all’art. 89, comma 11, detta per il subappalto un limite del 30% dell’importo di tali opere. L’unica differenza rispetto al passato è data dal fatto che la soglia di rilevanza interviene se il valore di tali opere supera il 10% (e non più il 15% come previsto dall’art. 37, comma 11, del d. lgs. 163/2006) dell’importo totale dei lavori.

⁷ L’art. 170 del d.P.R. 207/2010 stabiliva che la percentuale di lavori della categoria prevalente subappaltabile è del 30% dell’importo della categoria, mentre l’art. 122, comma 7, del d.lgs. 163/2006 precisava che i lavori, relativi alla categoria prevalente, di importo complessivo inferiore ad un milione di euro erano subappaltabili nel limite del 20% dell’importo della medesima categoria.

Una problematica ha riguardato il regime transitorio applicabile nelle more dell'adozione del decreto ministeriale previsto dall'art. 89, comma 11, del d.lgs. 50/2016, con il quale è stato definito, tra l'altro, l'elenco delle opere cosiddette superspecialistiche (Decreto MIT n. 248 del 10 novembre 2016). L'Autorità, con **Parere n. 398 del 12 aprile 2017**, ha sottolineato che per il subappalto delle opere rientranti nelle categorie superspecialistiche, anche prima dell'entrata in vigore del suddetto decreto ministeriale, occorre rispettare i limiti posti dall'art. 89, comma 11, del Codice. Nel ritenere ciò, l'Autorità ha fatto leva sul fatto che il rinvio al decreto ministeriale riguarda la definizione dell'elenco delle opere e non già il valore delle lavorazioni superspecialistiche sull'importo totale dei lavori (10%), al di sopra del quale scatta il divieto di subappalto non oltre il 30%. Nel caso di specie, proprio in virtù del fatto che il suddetto limite è posto direttamente dalla legge, è apparso necessario interpretare in maniera conforme ad essa il disciplinare di gara che, a causa di un refuso, lo aveva indicato nella misura del 15%, in linea con le precedenti disposizioni codicistiche.

4. Indicazione della terna dei subappaltatori.

Il tema dell'obbligatorietà dell'indicazione dei nominativi dei subappaltatori da parte dei concorrenti fin dalla presentazione dell'offerta ha acceso un ampio dibattito, sia dottrinale che giurisprudenziale, che si è concluso in un primo momento con l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (2 novembre 2015, n. 9) e, successivamente, con l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016. La prima, analizzando il dato letterale delle disposizioni del d.lgs. 163/2006, si era espressa sostenendo l'insussistenza, anche in riferimento al cosiddetto subappalto qualificante o necessario⁸, dell'obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore fin dalla fase di presentazione dell'offerta. Il secondo, invece, in maniera del tutto innovativa, ha introdotto, al comma 6 dell'art. 105, l'obbligo di indicare in sede di offerta una terna di subappaltatori, senza fare alcuna distinzione tra subappalto necessario o qualificante e subappalto facoltativo.

Come è stato sostenuto dall'Autorità (**Parere n. 1035 del 30 ottobre 2018**), sulla base della normativa attualmente vigente, circa l'obbligatorietà dell'indicazione del nome del subappaltatore, nel caso di "subappalto necessario", il concorrente in sede di gara è obbligato esclusivamente a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto indicando precisamente per quali attività; l'indicazione della terna dei subappaltatori è infatti obbligatoria solo «...*qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190*».

⁸ Vale a dire il subappalto utilizzato dal concorrente per sopperire alla mancanza di un requisito essenziale alla partecipazione.

Occorre ricordare che il d.lgs. 56/2017, riformulando completamente tale norma, ha esteso l'ambito di applicazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta la terna di subappaltatori, in quanto non ha riproposto il riferimento agli appalti per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione e vi ha fatto rientrare anche gli appalti aventi ad oggetto le attività maggiormente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 1, comma 53, della l. 190/2012⁹, indipendentemente dall'importo a base di gara. È stato inoltre specificato che la terna dei subappaltatori deve essere indicata relativamente a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista dal bando di gara. Infine, per gli appalti sotto soglia, per i quali non è obbligatoria l'indicazione della terna dei subappaltatori, è stato previsto che la stazione appaltante indichi nel bando o nell'avviso di gara le modalità e le tempistiche per la verifica, prima della stipula del contratto stesso, delle condizioni di esclusione di cui all'art. 80 in capo all'appaltatore e al subappaltatore.

4.1. Soccorso istruttorio.

L'Autorità, nella circostanza in cui sia obbligatoria, ex art. 105 comma 6, l'indicazione della terna dei subappaltatori, ha ritenuto ammissibile il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio per sanare la mancanza delle dichiarazioni sulle assenze di cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, del Codice riferite alla ditta subappaltatrice¹⁰ (**Parere n. 95 dell'8 febbraio 2017**) e per integrare i nominativi della terna dei subappaltatori (**Parere n. 487 del 3 maggio 2017**). In altra occasione l'Autorità, facendo leva su un consolidato indirizzo giurisprudenziale, ha ritenuto illegittima l'esclusione dalla procedura del concorrente in possesso dei requisiti di partecipazione che, in sede di soccorso istruttorio attivato per integrare la terna dei subappaltatori, ha dichiarato di rinunciare al subappalto e di voler eseguire la prestazione in proprio, con l'unica conseguenza che gli è preclusa, in sede di esecuzione, la possibilità di avvalersi del subappalto (**Parere n. 973 del 27 settembre 2017**). Viceversa, non è stata ritenuta sanabile mediante soccorso istruttorio l'omessa dichiarazione della volontà di ricorrere al subappalto nel caso in cui l'impresa concorrente sia sprovvista della qualificazione necessaria ad eseguire i lavori (**Parere n. 191 del 1 marzo 2018**) in quanto - secondo il pacifico orientamento giurisprudenziale e come già indicato dall'Autorità nella Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 - tale procedura può essere utilizzata per completare dichiarazioni carenti ma non per integrare un requisito di partecipazione. Sull'inammissibilità della dichiarazione di subappalto tardiva l'Autorità si è pronunciata anche nel **Parere n. 324 del 28 marzo 2018**.

⁹ Trattasi delle seguenti attività: a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) noli a caldo; h) autotrasporti per conto di terzi; i) guardiania dei cantieri.

¹⁰ Come richiesto dall'art. 105, comma 4, lett. d) del Codice.

4.2. Possesso dei requisiti.

La necessaria qualificazione del subappaltatore nella categoria richiesta dall'appalto (art. 105, comma 4, lett. b) d. lgs. 50/2016) è stata richiamata nel **Parere n. 508 del 30 maggio 2018** a proposito dell'affidamento di un servizio funebre comunale per il quale era richiesta l'autorizzazione all'esercizio dell'attività ai sensi della legge regionale.

Con il già richiamato **Parere n. 487/2017** (in vigore del regime antecedente al decreto correttivo del Codice dei contratti) è stato invece precisato che, quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, occorre che almeno uno di essi abbia i requisiti per eseguire la prestazione. Nel ritenere ciò, l'Autorità ha fatto propria l'interpretazione comunitariamente orientata fornita dal Consiglio di Stato con il parere n. 2286 del 3 novembre 2016, reso sullo schema di Linee Guida ANAC n. 6¹¹. In tale occasione il giudice amministrativo ha espresso la necessità di coordinare le disposizioni dei commi 1 e 5 dell'art. 80 (che comportano, nel caso in cui sia obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in gara, l'esclusione del concorrente principale anche se le cause di esclusione sono riferite al subappaltatore) con le disposizioni del comma 12 dell'art. 105, che prevede l'obbligo di sostituzione del subappaltatore in capo al quale si sia verificata la sussistenza di motivi di esclusione.

Con l'adozione del Bando-tipo n. 1/2017¹² e del Bando-tipo n. 2/2018¹³, preso atto delle correzioni effettivamente apportate al Codice con il d. lgs. 56/2017, l'Autorità ha rivisto questa posizione. Nella sezione dedicata al subappalto (punto 9), è previsto che l'omessa dichiarazione della terna o l'indicazione di un numero di subappaltatori inferiori a tre, pur non costituendo motivo di esclusione, comporta, per il concorrente, il divieto di subappaltare, lasciando presupporre che non sia più possibile integrare, attraverso il soccorso istruttorio, la terna dei subappaltatori. In aggiunta, viene esplicitamente affermato che il mancato possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice, in capo ad uno dei subappaltatori indicati nella terna, comporta l'esclusione del concorrente dalla gara.

Nella Nota illustrativa al Bando-tipo n. 1 l'Autorità dà atto del diverso orientamento espresso sul tema dal Consiglio di Stato con il ricordato Parere n. 2286/2016, che - in termini di compatibilità con il contenuto delle direttive comunitarie - riteneva sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente il fatto che almeno uno dei subappaltatori avesse i requisiti e fosse qualificato per eseguire la prestazione. Il Consiglio di Stato, peraltro, auspicava un intervento correttivo al Codice in tal senso, intervento che invece è mancato. In assenza di una modifica legislativa l'Autorità ha quindi ritenuto non possibile la lettura delle norme nel senso sopra descritto, tenuto conto che il comma 12 dell'art. 105, in tema di

¹¹ Recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice».

¹² Deliberazione n. 1228 del 22 novembre 2017, contenente lo schema di disciplinare di gara della «Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo».

¹³ Deliberazione n. 2 del 10 gennaio 2018, contenente lo schema di disciplinare di gara della «Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi di pulizia di importo pari o superiore alla soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo».

sostituzione dei subappaltatori, chiama in causa “l’affidatario” e non il “concorrente”. La sostituzione del subappaltatore ivi contemplata appare infatti riferita ad un momento successivo a quello dell’aggiudicazione. Tale orientamento è stato riproposto nel **Parere n. 70 del 24 gennaio 2018**.

In tema di possesso di requisiti, l’Autorità (**Parere n. 1071 del 14 novembre 2018**) ha ritenuto conforme alla normativa di settore l’esclusione da una procedura di gara di un soggetto non in possesso dell’iscrizione della *white list* istituita presso la Prefettura della provincia in cui l’operatore economico ha la propria sede.

Tale requisito, come previsto dall’art. 1, comma 52, della legge 190/2012 è volto a prevenire fenomeni di infiltrazione mafiosa ed è requisito obbligatorio per la partecipazione alle gare e l’affidamento di appalti pubblici nei settori individuati come a maggior rischio.

Infatti il disciplinare di gara, nel caso specifico (relativo all’attività di scavo per sbancamento e il confezionamento, la fornitura e il trasporto di calcestruzzo), richiedeva come requisito che i partecipanti fossero iscritti alla *white list* istituita presso la Prefettura della Provincia in cui l’operatore economico ha la propria sede o, in alternativa, che avessero presentato domanda di iscrizione.

5. Elenco dei pareri di precontenzioso citati

Pareri anno 2017

- 1) Parere n. 95 del 08/2/2017;
- 2) Parere n. 228 del 01/3/2017;
- 3) Parere n. 246 del 08/3/2017;
- 4) Parere n. 276 del 22/3/2017;
- 5) Parere n. 398 del 12/4/2017;
- 6) Parere n. 434 del 27/4/2017;
- 7) Parere n. 487 del 03/5/2017;
- 8) Parere n. 944 del 13/9/2017;
- 9) Parere n. 973 del 27/9/2017;
- 10) Parere n. 1024 del 11/10/2017;
- 11) Parere n. 1333 del 20/12/2017;
- 12) Parere n. 1334 del 20/12/2017;
- 13) Parere n. 1336 del 20/12/2017.

Pareri anno 2018

- 1) Parere n. 70 del 24/1/2018;
- 2) Parere n. 181 del 21/2/2018;
- 3) Parere n. 191 del 1/3/2018;
- 4) Parere n. 256 del 7/3/2018;
- 5) Parere n. 324 del 28/3/2018;
- 6) Parere n. 508 del 30/05/2018;
- 7) Parere n. 609 del 27/06/2018;
- 8) Parere n. 1035 del 30/10/2018;
- 9) Parere n. 1071 del 14/11/2018.

Ufficio Precontenzioso e Pareri – febbraio 2019