

Subappalto

Il subappalto necessario nella prospettiva evolutiva del D.Lgs. n. 50/2016

di Antonio Senatore (*)

Il contributo si propone di fornire una disamina delle principali questioni che hanno riguardato, che riguardano ancora oggi, e che potrebbero riguardare in futuro - specie alla luce del correttivo al codice degli appalti approvato con D.Lgs. n. 56/2017 -, la particolare figura del subappalto "necessario". Il contributo muove dall'analisi delle origini del subappalto e dalle successioni legislative che hanno caratterizzato l'istituto, per poi soffermarsi sull'esame degli orientamenti nati specificamente sulla questione dell'ammissibilità del subappalto necessario; per poi procedere ancora all'esame principi affermati dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2015. Il contributo infine si propone di analizzare compiutamente il tema del subappalto necessario agli effetti della disciplina contenuta nell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016, così per come modificata dal D.Lgs. n. 56/2017, che costituisce invero il tema centrale della trattazione. Ed infine si propone di analizzare più in generale le principali novità introdotte con il richiamato "correttivo" al codice del 2016, con riguardo in generale all'istituto del subappalto.

Le premesse sul subappalto e le successioni legislative

La complessiva riforma della disciplina dei contratti pubblici, compiuta ad opera del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (1), peraltro interessata da un primo intervento correttivo di cui si dirà nel proseguo del presente contributo, non poteva non coinvolgere anche uno degli istituti maggiormente oggetto di interventi normativi e di interesse giurisprudenziale: il subappalto.

Il subappalto si caratterizza per la natura di negozio giuridico derivato dal contratto di appalto, quest'ultimo definito dall'art. 1655 c.c. come contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso il corrispettivo di un prezzo. Il subappalto costituisce un negozio giuridico derivato dal contratto di appalto, alla luce di quanto previsto dal richiamato

art. 1656 c.c., secondo cui l'appaltatore può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, a condizione che vi sia l'autorizzazione del committente. Dunque, la nozione di subappalto è ricavata dall'esaminata disposizione codicistica civile, per la quale, nel caso di assenso del committente, l'appaltatore può a sua volta dare in appalto (di qui il significato del termine subappalto) l'esecuzione dell'opera o del servizio. Stante la stretta connessione tra i negozi giuridici di appalto e subappalto, dottrina e giurisprudenza sono da tempo giunte alla conclusione per cui il subappalto è un contratto derivato (subcontratto), poiché dipendente in tutto e per tutto dal contratto che l'ha originato, ovvero il contratto di appalto, definito altresì contratto principale (2). La forte correlazione tipizzante i due contratti ha come logica e necessaria conseguenza che le vicende del primo condizionano le vicende del secondo (3).

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Per una prima disamina della disciplina complessiva si segnala R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(2) Sul punto S. Fantini, *Il subappalto*, in M.A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, Milano, 2008, 3402; tra molte, Cass., Sez. II, 12 maggio 2016, n. 9766, in *Guida dir.*, 2016, 47, 65.

(3) S. Fantini, *Il subappalto*, cit., 3403.

Nonostante l'origine privatistica, il subappalto ha avuto accesso inevitabilmente al settore dei pubblici appalti di lavori, servizi e forniture (4); ciò ha comportato il progressivo affiancarsi accanto alla disciplina privatistica dell'istituto di una disciplina pubblicistica, che peraltro ha risentito profondamente dell'influenza del diritto comunitario, anch'esso più volte intervenuto sulla materia. Un intervento normativo comunitario e nazionale animato da plurime finalità di interesse generale, non ultima quella di prevenire infiltrazioni da parte della criminalità organizzata nel settore dei contratti pubblici, come peraltro ribadito dal parere del Cons. Stato 1° aprile 2016, n. 855, in merito all'approvazione da parte del Governo del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Non è un caso che, specie nel periodo di maggiore emergenza causato dal fenomeno della mafia, cioè agli inizi degli anni Novanta, si siano dettate nuove regole in materia di subappalto, il quale, per le caratteristiche intrinseche e derivate dal contratto di appalto, ha da sempre costituito uno degli strumenti di attuazione di propositi criminosi più invalsi nella prassi (5).

La rilevanza pubblicistica del subappalto emerge invero già dalla L. 20 marzo 1865, n. 2248, che all'art. 339, dell'allegato F, prevedeva che non si potessero subappaltare opere "senza il consenso o l'approvazione dell'Autorità competente". Seguono l'art. 21, della L. 13 settembre 1982, n. 646 e l'art. 18 della L. 19 marzo 1990, n. 55 "Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale", che già dall'epigrafe davano atto della rispettiva funzione generale di prevenzione del fenomeno mafioso. Nell'ottica della funzione preventiva anzidetta, l'art. 18, comma 3, L. n. 55/1990 prevedeva per gli appalti di opere che tutti i lavori, a prescindere dalla categoria, potevano essere subappaltati, ma ad alcune condizioni: l'indicazione dei lavori o delle parti di opere che l'affidatario intendeva subappaltare; l'obbligo in capo all'appaltatore di depositare il contratto presso la stazione appaltante entro venti giorni dall'inizio dei lavori; la

trasmissione dei documenti attestanti il possesso dei requisiti del subappaltatore per eseguire i lavori; la non sussistenza di divieti di procedere all'esecuzione dei lavori in subappalto stabiliti da norme oppure dai bandi di gara. Alle norme anzidette se ne aggiungevano altre, contemplate dai successivi commi dell'art. 18, orientate soprattutto a modulare il rapporto di subappalto, come quelle del comma 4, che prevedevano l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, prezzi unitari con un ribasso non superiore al venti per cento del prezzo risultante dall'atto di aggiudicazione (6).

Gli altri rilevanti interventi normativi sul tema sono la c.d. Legge Merloni, ossia la L. 11 febbraio 1994, n. 109, che regolava il subappalto all'art. 34, riformando la disciplina contenuta nell'art. 18 della L. n. 55/1990, nonché il regolamento attuativo della medesima Legge, il d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, grazie al quale l'istituto diventava a tutti gli effetti una struttura portante della disciplina degli appalti pubblici.

Tuttavia, è con il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, c.d. codice dei contratti pubblici, precisamente con l'art. 118, che si ha una prima ed articolata disciplina del subappalto nel settore degli appalti pubblici, questi intesi, non più unicamente come lavori, ma anche servizi e forniture. Tra le caratteristiche salienti del subappalto nella disciplina del 2006 si notavano: l'indicazione delle prestazioni subappaltabili da parte della stazione appaltante, dovendo questa indicare per i lavori la categoria prevalente; la fissazione della quota del 30% come limite subappaltabile per quei lavori afferenti alla categoria prevalente; l'autorizzazione della stazione appaltante a subappaltare a seguito di presentazione di idonea documentazione da parte dell'appaltatore.

Nel 2014 l'UE ha varato tre direttive, le nn. 23, 24 e 25, con cui si imponeva agli Stati membri di modificare le normative nazionali sull'affidamento dei contratti pubblici. Il legislatore è intervenuto delegando il Governo (L. 28 gennaio 2016, n. 11) a formulare un nuovo Codice che attuasse i sopravvenuti principi comunitari. Il Legislatore delegato ha

(4) Rimane, anche nel settore degli appalti pubblici, la natura del subappalto quale negozio giuridico stipulato tra privati, sottoposto anche alla disciplina codicistica di diritto privato, con conseguente giurisdizione ordinaria per le controversie e le pretese creditorie nascenti dal rapporto sub-contrattuale, tra molte: Cons. Stato, Sez. V, 20 maggio 2003, n. 2755, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1629, e Cass., Sez. I, 20 giugno 2000, n. 8384, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2577.

(5) Lo attesta la vasta casistica giurisprudenziale in materia di informative interdittive, emesse ai sensi degli artt. 84 e 91 del D.

Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. delle Leggi antimafia), tra molte: Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2015, n. 1345, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(6) Tale previsione perseguiva evidentemente il fine di impedire un eccessivo frazionamento dell'operazione economica e lo sfruttamento del lavoro, come sottolinea Cass., Sez. I 12 febbraio 2016, n. 2814, in *Mass. Giust. civ.*, 2016, e Cass., Sez. II, 1° aprile 2015, n. 6635, in *Mass. Giust. civ.*, 2015.

quindi provveduto a predisporre un *corpus* organico di norme, contenuto e confluito nel D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che è stato preceduto da un importante, ai fini esecutivi, parere del Consiglio di Stato in data 1 aprile 2016, con n. 855.

Il subappalto necessario: gli orientamenti, la Plenaria n. 9/2015, i postumi

Tra le questioni legate alla disciplina del subappalto, degna di particolare attenzione, specie alla luce delle novità insite nel primo correttivo al D.Lgs. n. 50/2016, è quella del c.d. subappalto necessario.

Il subappalto necessario si realizza nel caso in cui l'appaltatore difetti dei requisiti necessari per realizzare una o più prestazioni dell'appalto, motivo per cui è obbligato a subappaltarle ad un'impresa in possesso di quegli stessi requisiti. Invece, nell'ipotesi, per così dire, ordinaria (o definibile di subappalto facoltativo) l'appaltatore già possiede in proprio tutti i requisiti necessari per l'esecuzione dell'appalto, ma sceglie, sulla base di una valutazione discrezionale e di mera opportunità economica, di subappaltare talune prestazioni ad un'altra impresa, anch'essa in possesso di tutti i requisiti necessari per l'esecuzione (7). Il subappalto necessario trova la propria logica nell'esigenza di soddisfare il possesso di requisiti imprescindibili per l'esecuzione dell'appalto, e lo stesso istituto, proprio in virtù di tale elemento caratterizzante, presenta evidenti similitudini con un altro istituto tipico degli appalti pubblici: l'avvalimento.

Proprio la possibilità, da parte di una impresa, di fare proprie, utilizzandole, le capacità finanziarie, tecniche e organizzative di un'altra impresa, di modo che possieda i requisiti specifici partecipativi ad un determinato bando di gara, avvicina l'istituto del subappalto necessario a quello dell'avvalimento. Tuttavia, ancorché i due istituti abbiano in comune l'obiettivo di ampliare il novero delle imprese potenzialmente partecipanti alle gare pubbliche, favorendo la concorrenza tra gli operatori economici, comunque tra essi emergono elementi di differenziazione (8). In effetti, se il subappalto costituisce una particolare modalità di esecuzione della prestazione appaltata, l'avvalimento rileva nella fase di presentazione

dell'offerta in gara, come strumento di cui il concorrente può usufruire per assicurarsi qualifiche e requisiti necessari per la partecipazione (economici, finanziari, tecnici, attestazioni SOA), facendo riferimento alla capacità di altri operatori (9).

La similitudine tra i due istituti non li pone tuttavia in una posizione antitetica, considerato che il subappalto rappresenta un modo di svolgimento della prestazione, nel senso che un'impresa, pienamente qualificata e in possesso di tutti i requisiti, subappalta ad altre impresa una parte delle prestazioni, ma ciò avviene dopo l'eventuale aggiudicazione, mentre i requisiti devono essere posseduti al momento della presentazione dell'offerta di gara e non possono, naturalmente, che essere dell'impresa partecipante e non integrabili con quelli del futuro subappaltatore (10). Tale, in apparenza, differenza netta tra i due istituti non ha impedito il sorgere di disquisizioni circa una possibile identità sostanziale, originando un acceso dibattito in merito all'esistenza o meno di un obbligo per il concorrente di allegare, già in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, sia il nome del subappaltatore, sia il possesso da parte di quest'ultimo dei requisiti di partecipazione alla gara (*id est* il possesso dei requisiti per l'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto). È proprio su questi obblighi dichiarativi che si è discusso circa l'assimilazione tra i due istituti, in quanto si è osservato, con riferimento al subappalto necessario, che non sarebbe consentito alle imprese partecipanti alle gare di effettuare le dichiarazioni relative al subappaltatore ed al possesso dei requisiti in capo a quest'ultimo nella c.d. fase esecutiva, ossia a posteriori dell'aggiudicazione, dovendosi piuttosto ritenere che il subappalto necessario si configuri come un "avvalimento sostanziale", con la conseguenza che il momento in cui devono essere rese le dichiarazioni anzidette, dovrebbe essere anticipato alla fase della presentazione delle offerte, così come previsto per l'istituto dell'avvalimento (11).

All'orientamento anzidetto, nato dall'interpretazione del previgente art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006, col tempo se ne è affiancato un altro, che criticava la predetta impostazione ritenendola

(7) Tra molte, in riferimento alla distinzione tra le due tipologie, Cons. Stato, Sez. III, 18 novembre 2016, n. 4798 e Cons. Stato, Sez. IV, 3 marzo 2016, n. 879, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

(8) *Ex multis* T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 6 novembre 2015, n. 3211, in www.giustizia-amministrativa.it.

(9) *Ex multis* T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 31 maggio 2016, n. 6271, in *Foro amm. TAR*, 2016, 5, 1412, e T.A.R. Sicilia,

Palermo, Sez. I, 29 aprile 2015, n. 1040, in www.dirittoegiustizia.it.

(10) Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2011, n. 3698, in *Foro amm. CDS*, 2011, 6, 1981.

(11) Tra le prime Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508, in www.iusexplorer.it; *idem* Cons. Stato, Sez. V, 21 luglio 2015, n. 3615, in *Foro Amm. CDS*, 2, 2015, 1970.

pregiudizievole del c.d. *favor participationis*, oltreché un'alterazione della disciplina dettata dal Codice del 2006, poiché si attribuivano oneri in capo al concorrente che in ipotesi di "subappalto facoltativo" non avrebbe avuto, con evidenti e non consentite sperequazioni (12). L'orientamento impositivo dell'obbligo in capo all'appaltatore di indicare, già in sede di presentazione dell'offerta, l'impresa subappaltatrice ed il possesso, in capo a quest'ultima dei requisiti di partecipazione, nel solo caso di subappalto necessario, assumeva da subito un rilevante seguito, nonostante l'obbligo di che trattasi non emergesse in modo nitido dal tenore testuale del citato art. 118 (13).

L'obiettivo era evidentemente quello limitare il subappalto alle sole ipotesi in cui fosse la conseguenza di una ponderata valutazione imprenditoriale, non imposta da contingenti ragioni date dall'assenza dei requisiti in capo all'impresa partecipante, sulla ritenuta considerazione del subappalto necessario alla stregua di una vera e propria particolarità (se non anomalia) del sistema. Peraltro, l'impianto così definito non è stato ritenuto contrastante con il principio per il quale, pur essendo tassative le clausole di esclusione dalle gare, esse possono comunque ricavarci, anche se non espressamente menzionate, in costanza di adempimenti doverosamente imposti da norme, ancorché queste non contemplino un'espressa sanzione di esclusione (14).

A dirimere il delicato conflitto giurisprudenziale è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 2 novembre 2015, n. 9 (15), che ha enunciato il seguente principio di diritto: in sede di presentazione dell'offerta non è necessaria l'indicazione dell'impresa subappaltatrice, qualora il concorrente sia sprovvisto di requisiti di qualificazione alla gara per alcune categorie scorporabili di prestazioni e abbia manifestato l'intenzione di subappaltarle. L'assenza dell'obbligo di indicazione della subappaltatrice, conseguentemente, elide *ab imis* anche la necessità che la stessa impresa subappaltatrice sia tenuta a rendere dichiarazioni circa il possesso dei requisiti partecipativi in sede di presentazione dell'offerta. Nonostante la fermezza delle conclusioni cui giunge, l'Adunanza Plenaria non è mancata di rilevare come entrambe le tesi contrastanti trovassero validi argomenti a supporto, oltre ad essere fondate sull'esigenza di tutelare l'interesse pubblico ad una imparziale e

corretta azione amministrativa nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici (16).

La Plenaria risolve il conflitto giurisprudenziale chiarendo che dalla norma di riferimento (a quel momento l'art. 118, D.Lgs. n. 163/2006) non si rinviene l'obbligo di indicare il nome del subappaltatore già in sede di gara, posto che il subappalto trova la sua naturale sede nella fase dell'esecuzione del contratto. Per la Plenaria, dunque, a fronte di questi due principi emergenti dal dettato normativo, sono 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 (esauriente e tassativa) delle stesse, non la contempla" (17). Ad avvalorare la conclusione anzidetta sono anche richiami alla successione delle leggi nel tempo, ed in particolare rimandi alla L. Merloni che prevedeva l'obbligo per le imprese di indicare, già in fase di gara, una rosa di massimo sei imprese dalle quali poi scegliere i subappaltatori; obbligo definitivamente eliminato dalla L. Merloni *ter* e non più previsto dalla normativa successiva, il che costituirebbe un univoco indice della consapevole volontà del Legislatore di escludere, tra le condizioni di validità del subappalto, l'obbligo di rendere le dichiarazioni in questione (18).

In conclusione, l'inserzione automatica dell'obbligo di indicare il subappaltatore e dichiarare il possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti richiesti dai bandi di gara, è stata considerata un'eterointegrazione degli stessi bandi priva di fondamento nelle norme imperative, e pertanto da considerarsi non consentita (19). Del resto, la direttiva europea attuata dal Codice del 2006 demandava alla discrezionalità degli Stati membri "l'opzione regolatoria circa la doverosità o meno dell'indicazione del subappaltatore"; ciò rende le conclusioni cui è giunta l'Adunanza Plenaria con la sentenza 9/2015 decisamente condivisibili, specie nella petizione di principio secondo cui la regola della necessità

(12) T.A.R. Lombardia, Sez. II, 10 marzo 2015, n. 387, in *Foro amm. TAR*, 2, 2015, 876.

(13) *Ex multis* Cons. Stato, Sez. IV 13 marzo 2014, n. 122, in *Foro amm. CDS*, 2, 2014, p. 810 e Cons. Stato, Sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1250, in www.giustizia-amministrativa.it.

(14) Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it.

(15) In www.lexitalia.it.

(16) *Ibidem*, par. 2.1.

(17) *Ibidem*, par. 2.4.

(18) *Ibidem*, par. 2.9.

(19) Tra molte T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 28 gennaio 2016, n. 1242 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 2 novembre 2015, n. 12333, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'indicazione del nominativo del subappaltatore, già nella fase di presentazione dell'offerta, non è rinvenibile nelle norme di riferimento.

Non sono mancati tuttavia casi in cui è continuato ad imporsi l'orientamento giurisprudenziale non condiviso dalla citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria (20). Si tratta di pronunciamenti, alcuni dei quali dello stesso Consiglio di Stato, secondo cui l'onere della preventiva indicazione del subappaltatore e del possesso dei requisiti chiesti dal bando risiede "nell'imprescindibile esigenza di evitare che l'aggiudicazione avvenga in favore di un soggetto sprovvisto dei necessari requisiti di qualificazione, al quale, diversamente opinando, dovrebbe accordarsi la possibilità non soltanto di dimostrare, ma addirittura di acquisire i requisiti in questione a gara conclusa, in violazione del principio della c.d. *par condicio* e con il rischio per l'Amministrazione procedente che l'appaltatore così designato non onori l'impegno assunto, rendendo necessaria la ripetizione della gara" (21). Non sono mancate inoltre posizioni peculiari, come quella di alcune pronunce che, pur aderendo all'orientamento che prevede l'obbligo di dichiarare i requisiti di cui dispone l'impresa subappaltatrice, ritengono altresì applicabile il soccorso istruttorio, per cui la stazione appaltante non potrebbe escludere l'impresa per la mancata indicazione del subappaltatore necessario, dovendo viceversa richiedere, sempre, l'integrazione della documentazione e delle dichiarazioni mancanti (22).

Il subappalto necessario nell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016 e nel correttivo di cui al D.Lgs. n. 56/2017

Con riferimento sempre al tema del subappalto necessario occorre valutare gli effetti della nuova disciplina contenuta nell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016, che costituisce il tema centrale del presente contributo.

È stato chiarito come il subappalto necessario nasce da un'interpretazione estensiva dell'art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006; perciò, occorre verificare se l'impianto testuale dell'art. 115 del D.Lgs. n. 50/2016 si presti o meno anch'esso ad un'interpretazione che consenta di affermare la possibilità di ricorrere a tale rimedio.

L'analisi deve necessariamente prendere le mosse dalla previgente disciplina del subappalto necessario, assimilato sostanzialmente all'avvalimento, pur avendo i due istituti caratteristiche diverse. Riepilogando: nella vigenza della normativa del Codice 2006, l'impresa poteva ricorrere al subappalto necessario, in luogo della costituzione di un r.t.i. di tipo verticale, sin dalla fase di presentazione dell'offerta, in modo da "prendere in prestito" i requisiti dell'impresa futura subappaltatrice per ottenere l'aggiudicazione dell'appalto. Tale costruzione ha sollevato i dubbi evidenziati al precedente paragrafo, ma è stata comunque ritenuta in linea con il dettato legislativo che si caratterizzava per l'esistenza di "categorie prevalenti" tra le prestazioni, e più precisamente per la facoltà di subappaltare nel limite del 30% delle stesse prestazioni. Si tratta di un aspetto che ha segnato sicuramente una cesura tra la precedente impostazione e quella configurata nell'art. 105, nella versione confermata dal recentissimo correttivo. La prima e confermata versione dell'art. 105 pone infatti un limite del 30% delle prestazioni subappaltabili riferito, non alle categorie prevalenti, bensì al valore complessivo del contratto di appalto. Non potendosi rinvenire più un riferimento alle categorie prevalenti nell'art. 105, viene meno conseguentemente e logicamente anche la possibilità che l'impresa possa chiamare in causa un'altra (subappaltatrice) per usufruire dei suoi requisiti per l'esecuzione delle prestazioni caratterizzanti il rapporto di appalto. Da ciò ne è conseguito che, alla luce dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016, in caso di mancanza di requisiti da parte di un'impresa, quest'ultima può ricorrere unicamente all'avvalimento oppure al raggruppamento di tipo verticale.

Il nuovo Codice 2016, in conclusione, elimina il subappalto necessario. La mancanza di un riferimento normativo alle categorie delle prestazioni prevalenti impedisce la scorponabilità delle stesse prestazioni ed elimina in generale la possibilità che un'impresa possa essere in possesso dei requisiti per alcune prestazioni, ma non per altre o tutte, così da indurla al subappalto necessario. La disciplina introdotta dal Codice del 2016 sul subappalto, dunque, ha il beneficio di superare e rendere inattuali i dubbi interpretativi che, in alcuni casi, neppure la giurisprudenza era stata in grado di risolvere definitivamente, neanche mediante la pronuncia

(20) Si veda Cons. Stato, Sez. IV, 3 marzo 2016, n. 879, in www.iusexplorer.it.

(21) Cons. Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 520, in www.giustizia-amministrativa.it.

(22) T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 2 novembre 2015, n. 2476, in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'Adunanza Plenaria n. 9/2015, considerato che la contrapposizione tra i diversi orientamenti continuava a persistere anche successivamente al predetto pronunciamento.

Il subappalto necessario tuttavia ha rischiato di trovare nuovo ingresso in virtù delle novità insite nella bozza di decreto correttivo al Codice 2016, di cui al D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, attuativo della delega contenuta all'art. 1, commi 2 e 8, L. 28 gennaio 2016, n. 11. L'intervento normativo ultimo si propone di essere, come riportato nella relazione di accompagnamento alle Camere, rispondente ai parametri costituzionali sulla ripartizione della potestà legislativa, in quanto la materia su cui si interviene rientra in quella più generale della concorrenza, affidata alla competenza esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. e, Cost.).

Per quanto di interesse del presente contributo, l'obiettivo del correttivo è, secondo quanto emerge dall'art. 69 del D.Lgs. n. 56/2017, rendere meno rigida la disciplina del subappalto e di facilitare nel contempo la possibilità di utilizzare il medesimo istituto; ciò in ossequio anche alle conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sent. 14 luglio 2016, C-406/14 (causa *Wroclaw*), la quale, par. 37, pone la seguente petizione di principio: "la direttiva 2004/18 deve essere interpretata nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice non è autorizzata ad imporre, mediante una clausola del capitolato d'onori di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori oggetto di detto appalto avvalendosi di risorse proprie" (23). Nonostante la giurisprudenza comunitaria sopra riportata si riferisse alle norme previgenti, le sue enunciazioni hanno indotto a compiere alcune riflessioni circa la compatibilità con il diritto comunitario delle norme introdotte con l'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016. Infatti, anche le direttive del 2014 non prevedono un limite quantitativo di opere concedibili in subappalto, ponendo un dubbio di compatibilità tra le previsioni ivi contenute e le previsioni dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016, che viceversa fissano nel 30% dell'importo complessivo del contratto il limite del subappalto.

I dubbi e le riflessioni anzidette hanno originato una proposta di modifica dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016 con la reintroduzione del limite del 30% riferito alla categoria "prevalente" per i lavori e, solo nel caso

di servizi e forniture, all'importo complessivo del contratto.

La proposta di modifica ha fatto riemergere le questioni prima trattate sul subappalto necessario, che si pensavano fossero definitivamente risolte grazie alla mancata previsione delle categorie prevalenti delle prestazioni nella prima versione dell'art. 105. Con il nuovo richiamo alle categorie prevalenti, si prefigurava un ritorno alla possibilità di ricorrere al subappalto necessario - invero, non espressamente disconosciuto dalle nuove norme - e, dunque, un ritorno ai vecchi dubbi dottrinali e giurisprudenziali sulla natura, sullo scopo e sulle caratteristiche (quindi anche sulla legittimità) dello stesso.

Pertanto, se da un lato ci si è trovati di fronte alla necessità di dare attuazione alle indicazioni della giurisprudenza comunitaria, dall'altro si è dato nuovamente adito a questioni oramai sopite, a cui si era posto rimedio definitivamente con l'art. 105 del nuovo Codice. Peraltro, le modifiche ipotizzate in merito al modo di intendere il limite del 30% non si riducevano ad ingenerare le criticità anzidette; le stesse norme abbozzate, se da un lato avevano l'effetto di semplificare le procedure di partecipazione all'appalto grazie al sostanziale aumento della quota delle prestazioni subappaltabili, dall'altro, riducevano ulteriormente le forme di prevenzione contro gli eventi corruttivi e le infiltrazioni della criminalità organizzata.

Le scelte normative ipotizzate sul modo di intendere il limite del 30% non sono andate esenti da rilievi critici nell'ambito del parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema del decreto correttivo (24).

Infatti, il Consiglio di Stato ricorda che già nel parere n. 855/2016, in relazione alla prima versione dell'art. 105, era stato osservato che il Legislatore nazionale potrebbe porre, in tema di subappalto, limiti di maggiore rigore rispetto alle direttive europee, fondati da pregnanti ragioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro, senza che gli stessi limiti costituiscano altresì un ingiustificato *goldplating*. Tuttavia, il parere da ultimo intervenuto tiene conto delle indicazioni della sopra richiamata giurisprudenza comunitaria, secondo cui il diritto europeo non consente agli Stati membri di porre limiti quantitativi al subappalto. Ad avviso del Consiglio di Stato le norme comunitarie, però, devono essere interpretate nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice non è autorizzata ad imporre,

(23) in www.curia.europa.eu; nello stesso senso si vedano anche Corte di Giustizia UE 10 ottobre 2013, C-94/12 e 18 marzo 2004, C-314/01, entrambe in www.curiaeuropa.eu.

(24) Cons. Stato, Comm. Spec., par. 30 marzo 2017, n. 782, in www.lexitalia.it.

mediante una clausola del capitolato d'oneri di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori, dei servizi, ecc., avvalendosi di risorse proprie, ma anche nel senso che è necessario vietare il ricorso a subappaltatori quando la stessa amministrazione non è in grado di verificare le relative capacità in sede di valutazione delle offerte e di selezione dell'aggiudicatario.

Sul punto il parere mette in evidenza come la giurisprudenza comunitaria si sia formata in relazione alla previgente Dir. 2004/18, mentre le direttive 2014 consentirebbero agli Stati membri di dettare una disciplina più restrittiva del subappalto. Infatti, la Dir. del 2014, rispetto alla precedente del 2004, per la prima volta include nella disciplina del subappalto finalità che prima erano proprie della legislazione italiana, come la maggiore trasparenza e la tutela del lavoro. È vero, rileva il Consiglio di Stato, che nemmeno le nuove direttive contemplano espressamente limiti quantitativi per il subappalto, salva la possibilità per la stazione appaltante di esigere di conoscere preventivamente i nomi dei subappaltatori e la facoltà per gli Stati membri di imporre norme di tutela giuslavoristica. Tuttavia, la complessiva disciplina delle nuove direttive, più attente, in tema di subappalto, ai temi della trasparenza e della tutela del lavoro, unitamente all'altro obiettivo, complessivamente perseguito, della tutela delle micro, piccole e medie imprese, legittima un'interpretazione nel senso della compatibilità comunitaria delle limitazioni quantitative al subappalto, previste dal Legislatore nazionale nell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016.

Il parere evidenziava che le limitazioni in questione meriterebbero di essere vagliate, e possono essere giustificate, da un lato alla luce dei principi di sostenibilità sociale, che sono alla base delle stesse direttive, e dall'altro lato alla luce di quei valori superiori, declinati dall'art. 36 T.F.U.E., che possono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui la sicurezza pubblica.

In tale prospettiva, conclusivamente, veniva sollecitata la possibilità di scegliere "l'opzione zero", ossia di non intervenire sulla scelta di fondo già operata dalla prima versione dell'art. 115 del Codice 2016, difendendo la scelta italiana in sede di un'eventuale procedura di infrazione dinanzi alla Commissione europea, in caso, modificando in un secondo momento la norma in questione, a seguito di una, non scontata, condanna in sede comunitaria.

Tale indicazione fornita dal parere del Consiglio di Stato è stata condivisa in pieno in sede di approvazione del D.Lgs. n. 56/2017, che conferma sul punto l'art. 105 del D.Lgs. nella facoltà di subappaltare nel limite del 30% dell'importo complessivo del contratto.

La conferma della previsione previgente, ossia la mancata reintroduzione del riferimento alle categorie prevalenti, impedisce che un'impresa possa chiamare in causa un'altra impresa per usufruire dei suoi requisiti per l'esecuzione delle prestazioni caratterizzanti il rapporto di appalto, il che conferma, dunque, l'eliminazione dall'attuale sistema normativo del subappalto necessario.

Non sono mancate con il primo correttivo modifiche alla disciplina del subappalto che migliorano, senza dare adito a dubbi o valutazioni contrastanti, l'impianto normativo originario, garantendone maggiore omogeneità, chiarezza e adeguatezza, nell'ottica dello sviluppo del settore che la stessa legge delega si era prefissata.

Di seguito i principali correttivi apportati all'art. 105. Al primo comma, recita l'art. 69 del decreto correttivo, sopprimendo le parole "di norma", si rafforza il concetto per cui il subappalto nell'ordinamento italiano risulta essere vietato ad eccezione delle ipotesi derogatorie previste. Per cui l'affidatario deve realizzare in proprio le opere, i lavori o i servizi che si è aggiudicato, sicché è sostanzialmente riaffermata l'impostazione alla base del previgente art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006. La stessa nozione di subappalto risulta arricchita dalle nuove norme, visto che al comma 1 è aggiunto il seguente periodo: "Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare".

È importante altresì l'aggiunta al quarto comma dell'art. 105 della facoltà di subappaltare per tutte le lavorazioni, a prescindere dalle categorie di appartenenza "purché l'affidatario sia qualificato nella relativa categoria". L'inciso aggiunto alla fine del quarto comma chiarisce e specifica l'obbligo per il subappaltatore di essere in regola con le certificazioni e con le qualità da possedere per poter subappaltare, di modo che si possa sì favorire il subappalto, senza però sopportare i rischi di un subappalto a soggetto

sprovvisto dei necessari requisiti. In questo modo si tutela l'interesse generale nel vedere realizzate le opere, i lavori o i servizi, senza eludere sistemi di controllo che, prima d'ora, riguardavano solo gli appaltatori.

Il correttivo sostituisce il comma 4 e specifica tra l'altro che l'autorizzazione al subappalto può essere negata nell'ipotesi in cui il subappaltatore abbia presentato un'offerta nel medesimo procedimento di gara. La nuova norma mira a prevenire che un soggetto che in fase di offerta sia "avversario" del vincitore, possa poi approfittare dell'aggiudicazione altrui per trarne un profitto. Ragioni di opportunità inducono ad escludere la legittimità di simile comportamento, in quanto si potrebbe paventare il rischio di una turbativa o, comunque, di accordi tra imprese per poter sfruttare congiuntamente un bando di gara con profili di illiceità potenziale.

In riferimento all'indicazione della terna di subappaltatori, il nuovo art. 105, in particolare il comma 6, per come modificato dalla lett. e), dall'art. 69 del correttivo, dispone l'obbligatorietà dell'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori presentino importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, per come individuate al comma 53, dell'art. 1 della L. 6 novembre 2012, n. 190. Inoltre, è precisato che nel caso di appalti con oggetto più tipi di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, per

gli appalti sotto le soglie di cui all'art. 35: le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'art. 80 prima della stipula del contratto, per l'appaltatore e i subappaltatori; l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13, dell'art. 80.

Infine, non sono mancate con il primo correttivo modifiche alla disciplina del subappalto che saranno destinate a creare difficoltà interpretative ed applicative, come quelle, peraltro non recettive delle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato sul punto, relative all'associazione in partecipazione. In particolare, il comma 20 è arricchito dalla seguente previsione: "nonché alle associazioni in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto"; nonché dalla seguente previsione: "Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo è consentita, in deroga all'articolo 48, comma 9, primo periodo, la costituzione dell'associazione in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto". L'associazione in partecipazione, in linea generale regolata dagli artt. 2549 ss. c.c., è introdotta dunque come strumento alternativo al subappalto, in deroga alle previsioni dell'art. 48, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016, riprodotte per la parte in questione, di quelle dell'art. 37, comma 9, D.Lgs. n. 163/2006, aventi funzione di prevenzione dalle infiltrazioni criminali, mirando ad evitare che l'esecutore materiale sia *de facto* controllato da altri soggetti (l'associato in partecipazione).