amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 1-2/2018

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, AndryMatilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, FabrizioCerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

La prevenzione dei fenomeni corruttivi e la disciplina del subappalto nel d.lgs. n. 50/2016.

di Giuseppe Durano*

Sommario

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici: il d.lgs. n. 50/2016 – 3. Il codice dei contratti pubblici a la disciplina del subappalto. – 4. Cenni conclusivi.

Abstract

Le discipline normative in ottica di anticorruzione (mediante l'istituzione di strumenti di prevenzione della corruzione) pervadono molteplici settori delle attività economiche, che devono essere ispirate ai principi concorrenziali e di parità di trattamento di derivazione comunitaria.
Così, anche nel Codice dei Contratti pubblici, recepito nel nostro ordinamento con il D.lgs. n. 50/2016, hanno trovato ampio spazio strumenti e normative aventi una funzione anticorruzione, considerato che anche tale disciplina è stata nel tempo negativamente influenzata dal diffondersi di fenomeni corruttivi.
La presa di coscienza di una "nuova" multiforme fisionomia del concetto di corruzione, riconducibile nell'alveo degli aspetti più patologici e occulti della *maladministration*, ha imposto al Legislatore moderno di approntare opportuni strumenti preventivi, consapevole che gli strumenti giuridici possono avere una loro utilità se vengono emanate quelle che Beccaria avrebbe definito leggi non paurose ma "prevenitrici dei delitti"

* Docente a contratto di Diritto Urbanistico presso l'Università "La Sapienza" di Roma - Facoltà di Architettura. Dottorando di ricerca in "Diritto e Impresa" presso la LUISS "Guido Carli" di Roma

1. Premessa

Nonostante la corruzione costituisca un fenomeno sociale che accomuna, con differenti proporzioni e manifestazioni, tutti gli ordinamenti giuridici contemporanei e la dottrina giuridica abbia individuato, all'unanimità, natura, effetti e conseguenze della corruzione, non sono stati ancora oggi delineati rimedi e controlli amministrativi in grado di prevenire il manifestarsi di tali fenomeni; ciò in considerazione delle innumerevoli variabili che caratterizzano la corruzione, che contamina tutte le macro aree del sistema economico globale.

Tralasciando gli aspetti sociali ed economici del fenomeno, occorre evidenziare come nel linguaggio giuridico il termine "corruzione" sia stato tradizionalmente associato alla repressione di reati, ove si manifesta un rilievo penalistico.

L'evolversi della società ha dimostrato, tuttavia, che esiste un'accezione più ampia del termine, che è connessa alla prevenzione del malcostume della sfera pubblica, da contrastare con gli strumenti tipici del diritto amministrativo e, più in generale, con un'attenta e puntuale regolamentazione delle attività aventi una rilevanza pubblicistica.

Così, accanto ai "tradizionali" fenomeni di corruzione penalistica, ove si riscontra la presenza di accordi illeciti intercorrenti tra due soggetti che intendono conseguire, fraudolentemente, utilità indebite, si è progressivamente assistito al dilagare di un fenomeno di più vaste e diffuse dimensioni, considerato che negli ordinamenti contemporanei la corruzione si manifesta come principale nemico dell'ordinamento nella disciplina delle risorse, economiche e morali, del sistema democratico liberale.

Non è, pertanto, casuale che le discipline normative in ottica di anticorruzione (mediante l'istituzione di strumenti di prevenzione della corruzione) pervadano molteplici settori delle attività economiche, che devono essere ispirate ai principi concorrenziali e di parità di trattamento di derivazione comunitaria.

Così anche nel Codice dei Contratti pubblici, recepito nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 50/2016 hanno trovato ampio spazio strumenti e normative aventi una funzione anticorruzione, considerato che anche tale disciplina è stata nel tempo negativamente influenzata dal diffondersi di fenomeni corruttivi.

E ciò in quanto la rinnovata e più estesa concezione di corruzione amministrativa è riconducibile nell'alveo degli aspetti più patologici e occulti della *maladministration*, con la conseguenza che occorre adottare rimedi e strumenti preventivi che consentano di assicurare la parità di trattamento e assicurare il perseguimento degli interessi convergenti degli attori coinvolti.

La presa di coscienza di questa "nuova" multiforme fisionomia del concetto di corruzione ha imposto al Legislatore moderno di approntare opportuni strumenti preventivi, consapevole che gli strumenti giuridici possono avere una loro utilità se vengono emanate quelle che Beccaria avrebbe definito leggi non paurose ma "prevenitrici dei delitti"[1], e dunque se il problema viene risolto alla radice, e si cerca di porre rimedio a quegli aspetti dell'ordinamento che maggiormente agevolano i fenomeni corruttivi.

Il volto sistemico della corruzione ha interessato nel corso degli anni, come rilevato in precedenza, uno dei settori maggiormente influenzati dagli ingenti investimenti effettuati dallo Stato: quello degli appalti pubblici.

[1] C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764.

Difatti tale settore rappresenta la forma di interazione pubblico-privato più importante, attraverso la quale la Pubblica Amministrazione demanda agli operatori economici lavori, beni e servizi destinati ad essere fruiti dalla collettività, esternalizzando le proprie attività e offrendo occasioni di ingenti profitti agli operatori economici; proprio il conseguimento di tali profitti e l'ambizione di conseguirli costituisce la *ratio* e la motivazione che spinge a commettere episodi di corruzione. Questa è una delle ragioni per le quali il settore degli appalti pubblici rappresenta uno dei livelli dell'attività statale costituenti classici esempi di "occasioni" di corruzione.

Vari sono i fattori congeniti del sistema che facilitano il fenomeno corruttivo: così, da un lato, la forte polverizzazione della domanda in capo a una molteplicità di pubbliche amministrazioni e organismi di diritto pubblico, sottratti ai controlli e alle regole previste dalla disciplina nazionale e, dall'altro, la complessità della disciplina e il quadro di instabilità normativa, favoriscono il verificarsi di fenomeni patologici.

Nonostante la consapevole grave dimensione del fenomeno, il regime di trasparenza e anticorruzione, previsto in tema di contratti pubblici ha sempre mostrato molteplici *defaillances*, che hanno indotto il Legislatore nazionale, anche sotto la spinta delle raccomandazioni proveniente dall'Unione europea e dalle organizzazioni internazionali, a progettare un'imponente riforma amministrative della Pubblica Amministrazione (l. 190/2012 e d.l. 90/2014) e successivamente, in recepimento delle Direttive del 2014, del settore degli appalti.

Il suddetto quadro normativo si è ulteriormente arricchito con l'introduzione del nuovo codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016), in vigore dal 18 aprile 2016, che - in recepimento delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE - ha abrogato e sostituito il d.lgs. n. 163/2006, semplificando la normativa ivi contenuta, sia nel numero che nella qualità delle disposizioni.

In seguito all'introduzione del d.lgs. n. 50/2016 occorre, quindi, domandarsi se il nuovo Codice abbia effettivamente introdotto efficaci strumenti di prevenzione della corruzione.

Prima di soffermarsi puntualmente su un istituto cardine del nuovo Codice – il subappalto – v'è da evidenziare come il decreto n. 50/2016 dedichi molte disposizioni al tema della corruzione, con la precipua finalità di prevenirla e contrastarla.

Le norme del nuovo Codice accomunate dal chiaro spirito di prevenire fenomeni corruttivi rappresentano la risposta del Legislatore, europeo prima e nazionale dopo, alle richieste provenienti dalle organizzazioni internazionali di prevedere puntuali argini ai rischi corruttivi propri del settore degli appalti pubblici.

In questo senso devono leggersi tutte le novità in materia di trasparenza ed accessibilità agli atti delle procedure (l'art. 29 che, per esempio, ha imposto l'obbligo all'amministrazione di pubblicare tutta una serie di atti di cui precedentemente non era prevista la pubblicità, quali gli atti di ammissione e di esclusione dei concorrenti); tutte le norme in materia di commissione di gara, quali l'albo dei commissari, la loro scelta tramite sorteggio e la loro selezione solo al termine della presentazione delle offerte; l'art. 42 sul conflitto di interessi; il sistema di scelta del contraente che vede quali procedure ordinarie la procedura aperta e quella ristretta, "relegando" le procedure speciali quali deroghe eccezionali; la positivizzazione dell'istituto di matrice giurisprudenziale dell'*in house providing*; il sistema delle modifiche contrattuali; e ancora, i criteri di selezione che vedono il prezzo più basso quale criterio utilizzabile solo alla

presenza di puntuale condizioni; e infine, tutto il subprocedimento di valutazione dell'anomalia delle offerte).

2. Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici: il d.lgs. n. 50/2016

Il 19 aprile 2016, dunque il giorno successivo al termine di recepimento delle Direttive fissato per il 18 aprile[2], è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale il d.lgs. n. 50/2016 recante il "nuovo" Codice dei Contratti pubblici[3].

Il decreto n. 50/2016 che rappresenta quella che è stata definita una "piccola rivoluzione copernicana" nel settore degli affidamenti pubblici[4] è entrato in vigore "brutalmente" senza alcun termine di *vacatiolegis* e, dunque, il nuovo *corpus* normativo si applica alle procedure di gara bandite dal giorno successivo a quello della sua entrata in vigore (e, dunque, a tutte le gare pubblicate dal 20 aprile u.s. in poi).

Il nuovo Codice, in linea con i principi ispiratori della legge delega, prevede, tra i suoi ambiti centrali, quello della armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure.

Molte sono le norme del nuovo Codice accomunate dal chiaro spirito di prevenire fenomeni corruttivi e tutte rappresentano la risposta del Legislatore, europeo prima e nazionale dopo, alle richieste provenienti dalle organizzazioni internazionali di prevedere puntuali argini ai rischi corruttivi propri del settore degli appalti pubblici.

In particolare, giova sin da subito evidenziare come i problemi più rilevanti nelle procedure ad evidenza pubblica non siano legati, esclusivamente, ai profili della domanda e dell'offerta, ma interessino i grandi temi che stanno alla base delle difficoltà riscontrate nell'intero sistema amministrativo: il controllo della spesa pubblica, l'inflazione normativa, la discrezionalità amministrazione, il contrasto e la prevenzione della corruzione.

Pertanto, anche in ragione di ciò, il fenomeno corruttivo nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, intersecando - come detto - i principali profili di criticità dell'intero sistema, si rivela quanto mai complicato e paradigmatico all'interno dei sistemi economici contemporanei.

Non è un caso, infatti, che tra le pratiche corruttive particolarmente diffuse si annoverano attività particolarmente importanti quali: capitolati su misura per favorire determinate imprese; abuso delle procedure negoziate; conflitti di interesse nella valutazione delle offerte; offerte concordate; criteri di selezione o di valutazione

[2] Il 18 aprile coincideva il termine per l'attuazione della delega da parte del Governo e il termine di recepimento per le Direttive Europee per gli Stati membri.

[3] D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante «Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». Il "nome di battesimo" del nuovo codice è stato considerato troppo lungo e non necessario e ciò in quanto il d.lgs. n. 50 non ha preso né il nome chiesto dalla legge delega (codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione) né quello suggerito dal Consiglio di Stato (codice dei contratti pubblici).

[4] Audizione del Presidente dell'Autorità innanzi le Commissioni riunite Ambiente (VIII) della Camera e Lavori pubblici, Comunicazioni (8a) del Senato sullo schema di decreto per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, 17 marzo 2016, disponibile all'indirizzo www.anticorruzione.it.

poco chiari; partecipazione degli offerenti nella stesura del capitolato; l'abuso della motivazione d'urgenza per evitare gare competitive; la modifica dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto[5].
Di fronte ad una situazione del genere occorre, in primo luogo, riflettere sull'efficacia dei controlli tradizionali, e, successivamente, analizzare i criteri seguiti per prevenire la corruzione, specie in un settore delicatissimo come quello degli appalti pubblici.

3. Il codice dei contratti pubblici a la disciplina del subappalto.

Tra gli istituti cardine delle procedure ad evidenza pubblica, quello del subappalto rappresenta certamente un istituto che, più facilmente di altri, è stato illecitamente sfruttato per introdurre pratiche corruttive all'interno della procedura di gara, ragion per cui occorre analizzare le novità introdotte dalla recente disciplina normativa.
Il subappalto, infatti, presenta il rischio che l'aggiudicatario coinvolga nel contratto soggetti non qualificati e inaffidabili, i quali divengono così gli esecutori di opere finanziate con l'impiego di risorse pubbliche[6]. Tale rischio risulta strettamente dipendente dalla discrezionalità di cui gode l'impresa concorrente nella scelta dei subcontraenti, ai quali affida l'esecuzione di una parte del contratto, con conseguenti possibili elusioni del principio di trasparenza[7].

L'istituto del subappalto ha sempre rappresentato uno dei temi di maggior interesse all'interno della disciplina dei contratti pubblici, e ciò in quanto lo stesso contempera alcune delle prioritarie esigenze del diritto comunitario, quali certamente la più ampia apertura del mercato e la trasparenza dell'operazione, ed alcune del diritto interno, orientate a prevenire gli illeciti e i fenomeni corruttivi (accordi di cartello e infiltrazioni mafiose).
Unitamente all'avvalimento e alle forme di raggruppamento tra imprese, l'istituto in parola, infatti, costituisce indubbiamente uno strumento di maggior apertura del mercato alle piccole-medie imprese.
Eppure se da un lato le nuove Direttive e la Legge Delega di recepimento, almeno formalmente, militano a favore di un'apertura alla concorrenza nel mercato dei pubblici affidamenti, dall'altro l'istituto del subappalto – per come disciplinato nel nuovo Codice dei Contratti – rischia di costituire uno dei punti più problematici dell'intera normativa, tradendo di fatto il proprio scopo originario.
Come noto, nella previgente normativa di cui al d.lgs. 163/2006[8], l'applicazione del subappalto trovava una prima distinzione tra i lavori, da un lato, e i servizi/forniture dall'altro.
In tema di lavori, la disciplina risultante dal vecchio codice (d.lgs. n. 163/2006) e dal relativo Regolamento (d.p.r. 207/2010)[9], delineava un quadro in cui vi erano diverse percentuali di attività subappaltabili a seconda del tipo di cate-

[5] Allegato sull'Italia della relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, «Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione», Bruxelles, 3.2.2014 COM(2014) 38 final, ANNEX 12.
[6] *F. Caringella - L. Tarantino,Subappalto e normativa antimafia negli appalti pubblici,* in *Urbanistica e appalti*, Milano,2001.
[7] G. Fidone,*Prevenzione della corruzione*, op. cit.
[8] Art. 118, d.lgs. n. 163/2006.
[9] E, invero anche dell'art. 12 «*Disposizioni urgenti in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici», l. n. 80 del 23 maggio 2014 recante «Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47. Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015».*

goria di opera, fermo restando il limite del 30% riferito alla cd. categoria prevalente.
Il sistema, dunque, era ripartito diversamente a seconda della soglia di incidenza/importo della categoria di opera rispetto all'intero appalto: vi erano categorie per le quali il subappalto era vietato; categorie per le quali il subappalto era ammesso nei limiti del 30% e, infine, categorie subappaltabili al 100%.
Per i servizi e le forniture, invece, il limite di subappalto rimaneva fissato nel 30% rispetto all'intero importo contrattuale.
Se, come detto, il subappalto rappresenta, dunque, un istituto per mezzo del quale è possibile che si moltiplichino i rischi corruttivi considerato che l'aggiudicatario, sulla base della discrezionalità di cui dispone(va) nella scelta del subappaltatore, potrebbe far "entrare" nella filiera illecita, e in generale coinvolgere nel contratto, soggetti non qualificati o inaffidabili, vi è da chiedersi quali sono state le modifiche normative introdotte sul tema dal d.lgs. n. 50/2016, finalizzato a introdurre strumenti di prevenzione della corruzione.
In ragione di quanto innanzi, la "nuova" normativa dettata dal Codice in materia di subappalto costituisce una delle novità più rilevanti del nuovo assetto normativo, essendo diverse le prescrizioni che, proprio al precipuo fine di prevenire rischi corruttivi, si preoccupano di limitare ed esaurire già al momento di presentazione delle offerte la discrezionalità dell'operatore economico che intenda avvalersi, in fase esecutiva, dell'istituto del subappalto.
In via generale, giova segnalare come il nuovo Codice abbia stabilito *ex ante* un limite complessivo di subappalto – sia per lavori che per servizi e forniture – nella misura del 30% dell'importo contrattuale[10].
Nel settore dei lavori - per disciplina transitoria e in attesa di una generale revisione del quadro delle categorie di opera - al suddetto limite complessivo del 30% dell'importo contrattuale si affiancano i limiti di subappaltabilità indicati nell'art.12, co. 1, della l. n. 80 del 23 maggio 2014, ossia quelli relativi al sistema di categorie di opera, con la precisazione che i due limiti dovranno coesistere[11]. Sotto questo aspetto, dunque, la contestuale presenza di limitazioni provenienti da più discipline normative, tende a limitare la discrezionalità dell'appaltatore che non potrà più, come nel precedente regime, subappaltare liberamente parte dei lavori ad esso affidati.
Tuttavia, occorre domandarsi se le predette limitazioni possano trovare fondamento nelle direttive o se le stesse non contravvengano al divieto – imposto dalla Legge Delega al legislatore del Codice - di cd. *goldplating*, in virtù del quale si ritengono illegittime le normative nazionali che comportano una "restrizione" della normativa interna rispetto allo *standard* fissato dal legislatore comunitario.
Altra importante novità del nuovo Codice in tema di subappalto è quella relativa all'obbligo del concorrente – almeno nelle gare sopra soglia comunitaria – di indicare in via definitiva al momento di presentazione delle offerte il no-

[10]Cfr. art. 105, co. 2, d.lgs. n. 50/2016.
[11] Pertanto ad oggi, in tema di lavori, il concorrente dovrà – a seconda dello specifico appalto – valutare la propria partecipazione tenendo in considerazione due livelli: da un lato dovrà tener presente il sistema di cui all'art. 12, c. 1, della Legge n. 80 del 23 maggio 2014 per subappalti di "categoria"; d'altro canto dovrà prestare attenzione a che la somma dei singoli subappalti di "categoria" non superino l'importo totale di subappalto del 30% dell'importo contrattuale.

minativo di tre subappaltatori ai quali, nella successiva fase di esecuzione del contratto, potranno essere eventualmente affidate le attività dichiarate come subappaltabili (obbligo che diventa mera facoltà nelle gare sotto soglia comunitaria).

È evidente, infatti, che aver imposto l'indicazione della terna dei subappaltatori limita ed esautora la discrezionalità del concorrente, considerato che durante la fase esecutiva all'aggiudicatario non sarà permesso, non solo di affidare in subappalto attività non dichiarate come subappaltabili già in fase di partecipazione (divieto questo già previsto dall'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006), ma anche di scegliere, in base alle condizioni economiche e di mercato del momento (e si consideri che la fase esecutiva potrebbe anche intervenire dopo un lasso di tempo considerevole rispetto al momento di presentazione delle offerte), il soggetto cui affidare le attività in subappalto.

Preliminarmente, e in attesa dei pronunciamenti della giurisprudenza in merito all'obbligatoria indicazione della terna, deve rilevarsi come alcune stazioni appaltanti (anche di grandi dimensioni, quali Consip) abbiano già sottolineato, in sede di chiarimenti resi nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica, come l'indicazione della terna comporti l'obbligo per il concorrente di indicare un numero massimo di tre nominativi ben potendo, di contro, l'impresa indicare un numero di subappaltatori inferiori alla terna (in tale modo comunque riducendo le proprie facoltà di scegliere, in sede di esecuzione, i nominativi del subappaltatori cui affidare parte delle attività dichiarate)[12].

Sempre con riferimento all'indicazione della terna dei subappaltatori, alcune stazioni appaltanti – già prima della modifica apportato con il decreto correttivo n. 56/2017 – hanno invece chiarito come l'indicazione della predetta terna deve riferirsi ad ogni singolo servizio, potendosi verificare l'ipotesi in cui, volendo un operatore economico subappaltare tre diverse attività (ovviamente sempre nel limite del 30%), lo stesso dichiari il nominativo di 9 subappaltatori (3 per ogni attività) con possibilità di indicare in tali ipotesi lo stesso nominativo anche per diverse attività[13].

Che la predetta indicazione della terna vada riferita al singolo servizio/attività da affidare ri-

[12] V. Gara Banca d'Italia «Procedura aperta in modalità telematica per la realizzazione del sistema di gestione delle macchine virtuali dei data center della Banca d'Italia - G005/16» nell'ambito della quale, in sede di chiarimento, è stato formulato il seguente quesito «Con riferimento alla gara in oggetto, si chiede di confermare che in merito alla possibilità di avvalersi di subappalto (art. 105 comma 6), vista la soluzione tecnica progettuale individuata dal fornitore, sia possibile indicare un numero di subappaltatori inferiore a 3». La Stazione appaltante ha fornito la seguente risposta «Nel caso in cui, per il particolare tipo di lavorazione che si intende subappaltare, non sia possibile per l'operatore economico individuare una terna di subappaltatori, è ammessa l'indicazione di un numero di subappaltatori inferiore a tre. Si rammenta che l'autorizzazione al subappalto può essere concessa solo nel caso in cui il subappaltatore rientri tra quelli indicati dall'affidatario in sede di gara».

[13] V. Gara Consip «Gara a procedura aperta ai sensi del d.lgs. 50/2016 e s.m.i., per l'affidamento di servizi di conduzione dell'infrastruttura ICT, di sviluppo di progetti di IT Innovation, di conduzione, gestione e manutenzione di impianti per INAIL - ID: 1815» nell'ambito della quale, in sede di chiarimento, è stato richiesto di «chiarire se sia necessario indicare i subappaltatori per ciascuna attività da subappaltare oppure se sia sufficiente farlo a livello di intera fornitura". Consip, in sede di risposta, ha evidenziato che "Si precisa che va indicata una terna di subappaltatori per ogni attività (e prestazioni accessorie), come definita al punto II.2.2. del bando di gara, che si prevede di affidare a terzi. Si ammette la possibilità che ciascuna terna si componga di uno o più operatori economici in comune».

sulta oggi espressamente chiarito dall'art. 105, comma 6 (nel testo aggiornato dal decreto correttivo n. 56/2017, il quale precisa che «Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna dei subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara».
Peraltro, tale previsione normativa appare essere conforme a quanto previsto dalla legge delega n. 11/2016 in materia di subappalto, considerato che la stessa delegava il Governo a definire i «casi specifici in cui vige l'obbligo di indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto; […]»[14].
Ulteriore elemento critico nella nuova disciplina del subappalto si ravvisa anche nella previsione normativa che impone al concorrente di indicare fin da subito i propri subappaltatori, atteso che tale obbligo potrebbe comportare il rischio di un'eventuale esclusione laddove uno o più subappaltatori dovessero incorrere in una della ipotesi di esclusione previste dall'art. 80 del nuovo Codice, la cui operatività è quindi estesa anche ai subappaltatori.
Ciò comporta che il subappaltatore – pur non assumendo il ruolo di partecipante alla procedura selettiva – incide nella qualificazione morale del concorrente, costringendo le Commissioni di Gara a dover verificare i requisiti morali/generali anche delle imprese subappaltatrici indicate dall'operato economico.

D'altro canto, in assenza di una norma specifica, non si comprende quale potrebbe essere l'effetto - sulla procedura di gara e/o sul contratto – derivante dall'emersione in capo ai subappaltatori indicati/adoperati di una causa di esclusione. Difatti, mentre per l'avvalimento il legislatore ha specificato un vero e proprio obbligo di sostituzione dell'ausiliario nel caso di mancato possesso di un requisito generale/speciale (cfr. art. 89 c. 3 del d.lgs. n. 50/2016), per il subappaltatore che incorra in tale situazione nulla è stato normativamente previsto.
Sul punto, è stato già rilevato come l'elemento di maggiore criticità legato ai requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del nuovo Codice sia proprio l'estensione di tale previsione anche ai subappaltatori previsti dall'art. 105, comma 6 (terna di subappaltatori da indicare necessariamente per gare sopra soglia); ed è proprio in ragione di quanto innanzi che occorrerebbe chiarire se le verifiche concernenti i requisiti dei subappaltatori assumono rilevanza ai fini della verifica dei requisiti di moralità per l'ammissione in gara o se, preferibilmente, costituiscono elemento essenziale al sol fine di conseguire l'autorizzazione al subappalto[15].
Infine, un'ulteriore innovazione in tema di subappalto concerne il pagamento diretto dei subappaltatori.
L'art. 105 c. 13 del nuovo Codice, infatti, prescrive che la Stazione Appaltante debba corrispondere direttamente al subappaltatore l'importo delle prestazioni eseguite, in tre casi:

1. quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa;

[14] Art. 1, co. 1, lett. rrr), l. 28 gennaio 2016, n. 11, «rrr) introduzione nei contratti di lavori, servizi e forniture di una disciplina specifica per il subappalto, prevedendo in particolare: l'obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta le parti del contratto che intende subappaltare; l'espressa individuazione dei casi specifici in cui vige l'obbligo di indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto; […]».

[15] Paper di Italiadecide "*L'attuazione del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici: Problemi, Prospettive, Verifiche*", consultabile sul sito http://www.appaltiecontratti.it/., p. 50.

2. in caso inadempimento da parte dell'appaltatore;
3. su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

Nonostante i casi *sub* 2) e 3) lascino un certo margine di incertezza interpretativa ed operativa, il cambio di rotta del legislatore rispetto alla previgente normativa è evidente nella misura in cui certifica un vero e proprio diritto del subappaltatore ad ottenere un pagamento diretto.

4. Cenni conclusivi

Dall'attuale quadro normativo in materia di appalti pubblici e, più in particolare, dall'innovativa disciplina introdotta in materia di subappalto in ottica anti-corruttiva discendono alcune rilevanti considerazioni.

È evidente, infatti, che la nuova normativa in tale di subappalto riassuntivamente descritta comporterà un naturale ampliamento dell'ambito di giurisdizione del giudice amministrativo in materia di «procedure ad evidenza pubblica».

In primo luogo, ciò si verificherà, inevitabilmente, nelle ipotesi in cui vige l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori già in fase di presentazione delle offerte di gara; tutto ciò, ovviamente, in disparte la questione esegetica, allo stato priva di soluzione, del difetto dei requisiti dei subappaltatori e dell'eventuale ipotesi di esclusione del concorrente principale, il quale non ha alcuna possibilità di indicare sostituti diversi da quelli compresi nella terna indicata in fase di gara (v. il combinato disposto degli artt. 105, c. 6 e c. 12, 80, commi 1, 5, 14)[16].

Su tale ultimo aspetto, alla luce del complesso quadro normativo sin qui delineato è auspicabile invocare un nuovo e dirimente intervento del Giudice Amministrativo, il quale già in passato, per il tramite dell'Adunanza Plenaria, aveva risolto un risalente contrasto di giurisprudenza, affermando che non risulta necessaria l'indicazione in gara dei nomi dei subappaltatori, nemmeno nel caso di subappalto necessario, e che il difetto di requisiti del subappaltatore non comporta esclusione del concorrente principale[17].

[16] L'art. 80, c. 1, nonché l'art. 80, c. 5, prevedono che le cause di esclusione ivi previste comportano l'esclusione del concorrente principale, non solo se riguardano lo stesso concorrente principale, ma anche se riguardano un subappaltatore, nei casi in cui è obbligatorio indicare in gara una terna di subappaltatori (art. 105, c. 6). Si pone tuttavia un problema di coordinamento di tali previsioni con l'art. 105, c. 12, a tenore del quale «L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80». Tale previsione costituisce trasposizione dei pertinenti articoli delle direttive, secondo cui ogni qualvolta le stazioni appaltanti sono tenute, in base alle leggi nazionali, a verificare le cause di esclusione anche nei confronti dei subappaltatori, esse chiedono agli operatori economici di sostituire i subappaltatori che risultano privi dei requisiti generali. Le direttive sembrano dunque consentire la possibilità di sostituire i subappaltatori privi dei requisiti anche quando i loro nomi vanno indicati in gara. Sicché, le disposizioni dell'art. 80, c. 1 e c. 5, che sembrano invece prevedere la esclusione del concorrente per difetto dei requisiti del subappaltatore, senza possibilità di sostituirlo, potrebbero anche prestarsi a dubbi di compatibilità comunitaria. E' peraltro possibile darne una interpretazione comunitariamente orientata, ritenendo quanto meno che, quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni.

[17] Cons. St., Ad. Plen., 2.11.2015 n. 9; la questione era stata rimessa alla Plenaria da Cons. St., sez. IV, 3.6.2015, n. 2707 e da Cons. St., sez. V, 17.6.2015, n. 3069; sulla questione della necessità o meno di indicazione dei nominativi dei subappaltatori in caso di c.d. subappalto necessario, prima

Un orientamento unanime che dovrà, certamente, essere rivisto e/o modificato alla luce del complesso quadro normativo che emerge dall'esegesi del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

di tale plenaria, v., nel senso della necessità di indicazione: Cons. St., sez. IV, 3.3.2016, n. 879; Id., sez. V, 21.7.2015, n. 3615; Id., sez. IV, 4.5.2015, n. 2223; Id., sez. V, 25.2.2015, n. 944; Id., sez. V, 10.2.2015, n. 676; Id., sez. III, 26.11.2014, n. 5856; Id., sez. V, 28.8.2014, n. 4405; Id., sez. IV, 26.8.2014, n. 4299; Id., sez. IV, 26.5.2014, n. 2675; Id., sez. IV, 13.3.2014, n. 1224; Id., sez. III, 5.12.2013, n. 5781; Id., sez. III, 4.9.2013, n. 4431; Id., sez. V, 21.11.2012, n. 5900; Id., sez. VI, 2.5.2012, n. 2508; nel senso della nn necessità di indicazione dei nominative in gara: Cons. St., sez. IV, 4.5.2015, n. 2223; Id., sez. V, 7.7.2014, n. 3449; Id., sez. V, 19.6.2012, n. 3563.