

## **Il Subappalto “necessario”**

*di Christian Longo*

*Data di pubblicazione: 6-8-2021*

Va ribadita la possibilità del ricorso al subappalto “necessario” anche nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016. Sebbene l’istituto non sia espressamente previsto nel Codice dei contratti pubblici, esso è compatibile con l’assetto delineato dall’art. 105 in tema di subappalto, non è smentito dalle norme del Codice concernenti il possesso dei requisiti da parte degli esecutori dei lavori pubblici ed è tuttora praticabile per la confermata vigenza dell’art. 12 (Disposizioni urgenti in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici), comma 1 e 2, del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80.

### **GUIDA ALLA LETTURA**

L’istituto del subappalto necessario, di derivazione giurisprudenziale, viene esaminato dalla sentenza in commento e permette all’Operatore economico concorrente di colmare il proprio deficit di qualificazione, ricorrendo – legittimamente – al requisito richiesto dal bando di gara, subappaltando ad un altro O.E. In tal senso, è interessante tener conto della normativa vigente.

In particolare, il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, regolamento di esecuzione ed attuazione del previgente D.Lgs. n. 163/2006, risulta vigente con riferimento – tra l’altro - al subappalto “necessario” per le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria. Ciò perché, come chiarito nella sentenza in commento, ai sensi dell’art. 83, comma 1, e dell’art. 216, comma 14, del d.lgs. n. 50 del 2016, così come modificati con il d.l. n. 32 del 2019, convertito dalla legge n. 55 del 2019, è stata sancita l’ultrattività del previgente regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. n. 163 del 2006 fino all’adozione di un nuovo regolamento, non ancora intervenuta, ai sensi dell’art. 216, comma 27 octies.

Ma vi è di più! Nel solco di quanto previsto dall’art. 105, comma 6 del Codice, l’indicazione dei nominativi dei subappaltatori non risulta obbligatoria (tra l’altro tale comma risulta sospeso fino al 31 dicembre 2021, in attuazione dell’art. 1, comma 18, secondo periodo, della legge n. 55 del 2019 e dell’art. 13, comma 2, lett. c della legge n. 21 del 2021); ciò tuttavia solo se negli atti di gara la Stazione Appaltante non abbia previsto tale requisito quale adempimento obbligatorio in sede di offerta da parte dell’Impresa concorrente.

**REPUBBLICA ITALIANA**

## IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

### Il Consiglio di Stato

#### in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 5532 del 2020, proposto da Procogen s.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo r.t.i. con G.s.a. Globalservice s.r.l. e Tralice Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lodovico Visone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

#### *contro*

Comune di Firenze, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Debora Pacini e Andrea Sansoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio n. 15;

#### *nei confronti*

Costruzioni Vitale s.r.l. e Califel s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Antonio Parisi e Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

#### ***per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Sezione prima) n. 804/2020, resa tra le parti.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Firenze e di Costruzioni Vitale s.r.l. e Califel s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 28 gennaio 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito dalla legge n. 176 del 2020, il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti, in collegamento da remoto, gli avvocati Visone, Pacini e Parisi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana ha respinto il ricorso proposto dalla Procogen s.r.l., in qualità di mandataria del r.t.i. con G.S.A. Globalservice s.r.l. e Tralice Costruzioni s.r.l. (mandanti), contro il Comune di Firenze e nei confronti della Costruzioni Vitale s.r.l., in qualità di mandataria, e della Califel s.r.l., in qualità di mandante del costituendo raggruppamento di imprese, per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultimo della gara, indetta dal Comune di Firenze, con bando pubblicato il 2 settembre 2019, per i lavori di realizzazione del "Nuovo Biennio I.I.S. Leonardo da Vinci".

La sentenza - dato atto che con ordinanza del 16 gennaio 2020, n. 39 aveva accolto l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente e sospeso l'esecuzione degli atti impugnati - ha respinto tutti e dieci i motivi di ricorso, per le ragioni di cui appresso.

1.1. Quanto ai primi sei – trattati congiuntamente perché tutti relativi all'invocata esclusione dalla procedura del r.t.i. controinteressato, il quale avrebbe reso, nella prospettazione di parte ricorrente, una dichiarazione relativa alla volontà di subappaltare le lavorazioni di cui all'art. 9.5, 13.1.1 e 13.2 del disciplinare di gara (in buona sostanza, lavori di categoria OG12, da eseguirsi necessariamente da impresa qualificata ed iscritta all'Albo nazionale gestori ambientali categoria 9 in classe D, resi necessari dall'inquinamento ambientale del terreno destinato ad ospitare la nuova sede scolastica) insufficiente ad integrare quello che era da ritenersi un requisito di partecipazione alla gara; mancanza, per di più, insuscettibile di sanatoria attraverso il soccorso istruttorio (effettuato nel caso di specie, avendo il R.T.I. controinteressato positivamente riscontrato la nota 1° ottobre 2019 prot. 315950 dell'Area di Coordinamento Tecnica del Comune di Firenze, richiedente l'integrazione della dichiarazione) – ha ritenuto che:

- la dichiarazione di voler subappaltare il 100% delle <<opere relative alla categoria scorporabile OG12>> era stata resa dal R.T.I. controinteressato nel D.G.E.U. e, pertanto, si trattava di *“una semplice omissione della sola classe di qualificazione dell'impresa destinata ad eseguire i lavori e dell'iscrizione della stessa all'Albo Gestori Ambientali categoria 9, classe D”*;

- quindi, si era in presenza di *“una di quelle <<incompletezz(e) del documento di gara unico europeo>> che potevano (ed anzi dovevano) costituire oggetto di ricorso al soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, 9° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e bene ha fatto pertanto la Stazione appaltante a permettere al R.T.I. controinteressato di integrare la dichiarazione”*, non ostando a tale conclusione né la giurisprudenza richiamata dalla ricorrente (in specie la decisione di Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, riferita però all'abrogato art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006) né l'art. 7.8, comma 2, del disciplinare di gara (*<<irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata>>*);

- in merito, poi, alla mancata indicazione dell'impresa subappaltatrice, era sufficiente rilevare *“come Cons. Stato ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9 (del resto, citata anche da parte ricorrente) abbia risolto del tutto i contrasti affacciatisi in giurisprudenza e definitivamente validato la tesi secondo la quale, <<in sede di offerta, non è necessaria l'indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice, qualora la concorrente sia sprovvista del requisito di qualificazione per alcune categorie scorporabili e abbia manifestato l'intenzione di subappaltare le relative lavorazioni>>”,* affermando così *“principi pienamente condivisi”* (applicati al subappalto “necessario”, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, da Cons. Stato, V, 20 agosto 2019, n. 5745).

1.2. Quanto al settimo motivo – relativo alla mancata attribuzione alla ricorrente dei 5 punti previsti con riferimento al criterio di valutazione delle offerte tecniche denominato B-riduzione dei tempi di esecuzione, derivata dall'omesso caricamento per errore sul sistema START, che ha gestito la procedura di gara del cd. <<Modulo OT>>, recante gli elementi essenziali per la valutazione del criterio – ha ritenuto, modificando il proprio precedente orientamento, espresso nell'ordinanza cautelare favorevole alla ricorrente, che:

- i dati per l'attribuzione del punteggio non avrebbero potuto essere desunti dal cronoprogramma dell'opera;

- il disciplinare di gara e il modulo OT prevedevano la necessità di indicare anche altri elementi necessari per l'attribuzione del punteggio in questione, costituiti dall'organigramma dell'ufficio di cantiere (con l'impegno dell'offerente a mantenerlo per tutta la durata dei lavori fino al collaudo), dall'individuazione delle attrezzature a disposizione (inclusi i programmi informatici utilizzati) e dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro applicato ai propri operai (anche in riferimento alle condizioni di lavoro offerte che l'offerente doveva specificamente dichiarare di rispettare);

- in mancanza di tali indicazioni, aventi *“indubbio carattere negoziale e costitutivo dell'offerta”*, era mancata da parte ricorrente la dimostrazione della possibilità della stazione appaltante di desumere dalla complessiva documentazione gli elementi indispensabili per l'attribuzione del punteggio;

- corretta perciò era da ritenersi la mancata attribuzione.

1.3. Quanto all'ottavo motivo – concernente, così come l'analoga prospettazione contenuta nel quinto motivo, l'ammissibilità del subappalto necessario in costanza del nuovo Codice dei contratti pubblici- ha richiamato e fatto proprio l'orientamento giurisprudenziale prevalente nel senso della non incompatibilità dell'istituto col d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'attuale vigenza dell'art. 12, commi 1 e 2, del d.l. n. 47 del 2014.

1.4. Quanto al nono motivo –relativo all'omessa sottoscrizione, da parte della mandante, della documentazione trasmessa in sede di verifica dell'anomalia- ha ritenuto non esteso a tale documentazione l'obbligo della sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i componenti del r.t.i., di cui all'art. 48, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, e non provate la predisposizione “unilaterale” da parte della mandataria e la non condivisione dei suoi contenuti da parte della

mandante.

1.5. Quanto al decimo motivo –relativo al giudizio di anomalia dell’offerta- ha ritenuto che non vi fossero elementi idonei ad evidenziare *ictu oculi* l’inattendibilità dell’offerta o macroscopiche illogicità o erroneità fattuali suscettibili di sindacato in sede giurisdizionale (per le ragioni esposte alla pagina 12 della sentenza, lettere a – d, cui è qui sufficiente fare rinvio).

1.6. Respinto il ricorso, le spese processuali sono state compensate per giusti motivi.

2. Avverso la sentenza la società ProcoGen s.r.l. ha avanzato appello con quattro motivi, con i quali sono state riproposte le censure di cui ai primi otto motivi di ricorso. L’appellante non ha invece gravato la decisione di rigetto dei motivi nono e decimo, concernenti il sub procedimento di verifica di anomalia, su cui si è perciò formato giudicato interno.

2.1. Il Comune di Firenze e le società Costruzioni Vitale s.r.l. e Califel s.r.l., rispettivamente la prima in qualità di mandataria e la seconda in qualità di mandante del r.t.i. aggiudicatario, si sono costituiti in giudizio per resistere all’appello.

2.2. Con ordinanza cautelare dell’11 settembre 2020, n. 5331 è stata respinta l’istanza di sospensione dell’esecutività della sentenza di primo grado.

2.3. All’udienza del 28 gennaio 2021 la causa è stata discussa da remoto e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie e repliche di tutte le parti.

3. Con i primi tre motivi di gravame sono riproposte le censure di cui ai primi sei ed, in parte, all’ottavo dei motivi dell’originario ricorso.

3.1. Preliminarmente va respinta l’eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa delle controinteressate per mancanza di specificità delle censure contro i capi della sentenza gravata richiesta dall’art. 101, comma 1, Cod. proc. amm.

Sebbene l’appellante abbia concentrato in tre motivi le censure contenute nei detti, più numerosi, motivi di ricorso, ha svolto in appello argomentazioni del tutto congruenti con la motivazione della sentenza, la quale ha, a sua volta, congiuntamente trattato i primi sei motivi di ricorso e l’ottavo. La specificità del gravame richiesta dall’art. 101, comma 1, Cod. proc. amm. va valutata avendo riguardo alla sentenza che si impugna, non essendo perciò necessaria - ed essendo anzi non conforme a legge - la pedissequa riproposizione degli originari motivi di ricorso e richiedendosi la critica, non delle singole argomentazioni poste a fondamento della decisione, bensì dei “capi” di sentenza, cioè di ciascuna statuizione o pronuncia espressa autonomamente sufficiente a sorreggere la decisione su ogni singola questione di rito o di merito, sulla quale, in mancanza di impugnazione si forma il giudicato.

L’atto di appello contiene argomentazioni basate su ricostruzioni dell’impianto normativo o della legge di gara incompatibili con quelle della sentenza, al fine di sostenere l’incoerenza o l’inconsistenza giuridica della conclusione raggiunta in primo grado sulle due questioni controverse affrontate con i detti motivi di ricorso (cui si aggiunge la terza, consequenziale,

concernente l'ammissibilità del soccorso istruttorio): per un verso, ammissibilità del subappalto necessario; per altro verso, necessità dell'indicazione del nome del subappaltatore in sede di offerta.

Su entrambe tali questioni l'atto di appello realizza specificamente l'effetto devolutivo del gravame, considerato altresì che, come osserva l'appellante, l'attuale codice del processo amministrativo lo configura come rimedio a critica libera.

3.2. E' invece irrilevante, perciò non meritevole di approfondimento, un'altra eccezione di inammissibilità sollevata dal Comune di Firenze, relativa alla dedotta novità della censura – che si sostiene essere estranea agli originari motivi di ricorso e proposta per la prima volta in appello – concernente l'inammissibilità del subappalto “necessario”, inteso come avvalimento c.d. sostanziale, in ragione del divieto di avvalimento del requisito di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, di cui all'art. 89, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016.

L'irrilevanza dell'eccezione di novità consegue al fatto che, come si vedrà, la decisione del presente appello prescinde da tale ultima disposizione e dalle sue (eventuali) ricadute applicative in tema di subappalto “necessario”.

4. I primi tre motivi di appello vanno trattati congiuntamente perché riguardano l'unitaria trattazione in sentenza dei primi sei motivi di ricorso, concernenti l'ammissibilità del subappalto “necessario” nella procedura di gara *de qua*, nonché il capo collegato col quale è stato respinto l'ottavo motivo, concernente l'ammissibilità dell'istituto del subappalto “necessario” in generale nell'assetto delineato dal Codice dei contratti pubblici.

4.1. Col primo motivo (*Error in iudicando- violazione e distorta applicazione di legge: artt. 83, 1° co. lett. a), d.lgs. 50/2016, in relazione all'art. 212, V co., d.lgs. 152/16, all'art. 89, 10° co, d.lgs. 50/16, art.12, d.l.47/2014*), l'appellante sostiene che: l'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali è un requisito speciale di idoneità professionale; deve essere posseduto da tutte le imprese nelle ATI orizzontali e dall'impresa che esegue le operazioni di bonifica nelle ATI verticali, alla data di presentazione dell'offerta; perciò non avrebbe potuto essere soddisfatto a mezzo di avvalimento, né a mezzo di subappalto, sia per il dato normativo primario, sia per un'interpretazione del disciplinare coerente con tale dato normativo; si sarebbero potuti sub appaltare, in via eccezionale, i lavori di bonifica della categoria OG12, a qualificazione obbligatoria, ove ritenuto ancora consentito a seguito del d.lgs. n. 50 del 2016, ma non si sarebbe potuto sub appaltare il requisito soggettivo professionale di iscrizione all'ANGA.

Constatato che nessuna impresa dell'ATI Vitale possiede tale requisito, l'appellante aggiunge che, diversamente opinando, si sarebbe dovuto indicare in sede di gara quanto meno il nominativo del subappaltatore, che sarebbe venuto così “*ad integrare un'ibrida figura di concorrente a cavallo tra componente di un'ATI verticale e un ausiliario*”.

4.2. Col secondo motivo (*Error in iudicando- violazione ed erronea interpretazione di legge: artt. 35, 83, 89, 105 d.lgs.50/2016; art. 61, reg. 207/2010; 63 e 71 dir. 2014/24/UE; 49 e 56 TFUE*) l'appellante sviluppa l'argomentazione conclusiva del motivo di gravame precedente,

osservando che: non varrebbe invocare in senso contrario alla necessaria indicazione del nome del subappaltatore la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2015, richiamata dal tribunale; l'art. 105, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, che regola la gara in oggetto, impone l'indicazione del nominativo del subappaltatore; tale onere si può ritenere eccezionalmente derogato dal d.l. n. 32 del 2019 soltanto per gli effetti propri del subappalto, ma non per gli effetti dell'avvalimento sostanziale, che sarebbe inverato dalla modalità operativa del sub appalto "necessario" (come da Cons. Stato, III, ord. 10 giugno 2020, n. 3702).

4.3. Col terzo motivo (*Error in iudicando- violazione e distorta applicazione di legge: artt. 83, 84 89 d.lgs. 50/2016; art. 212 d.lgs. 152/2006; art.13 disciplinare di gara; artt. 61 e 92 d.p.r. 207/10*) l'appellante, richiamata la *ratio* posta a fondamento della decisione dell'Adunanza plenaria n. 9/2015, sostiene che questa rileverebbe nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria, non anche nell'ipotesi, quale quella di specie, in cui la legge di gara prescriba, quale requisito professionale di partecipazione, il possesso dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali ai sensi dell'art. 212 del d.lgs. n. 152 del 2006. Aggiunge l'appellante che, trattandosi di requisito speciale di idoneità professionale, da possedere in sede di partecipazione alla procedura di gara alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, l'omissione denunciata col ricorso introduttivo non avrebbe potuto essere sanata col soccorso istruttorio e comunque, nel caso di specie, concesso il soccorso istruttorio, "*nemmeno a valle di tale illegittimo momento, però, il RTI Vitale ha inteso colmare la lacuna*", tanto che, alla data di proposizione dell'appello, risultava ancora ignoto chi avrebbe realizzato "*la delicata opera di bonifica e con quali requisiti professionali*". Di qui la conferma dell'erroneità della sentenza che ha legittimato la partecipazione del concorrente in carenza del requisito speciale di idoneità professionale, relegandolo nella fase esecutiva.

4.3.1. A completamento del terzo mezzo di gravame, l'appellante censura la sentenza, per avere il Tribunale ritenuto di poter omologare il requisito di iscrizione all'ANGA, per categoria e classifica idonea, ad un requisito di esecuzione, laddove l'impugnata ammissione dell'ATI Vitale sarebbe illegittima per violazione degli artt. 212 del d.lgs. n. 152 del 2006 e 83 del d.lgs. n. 50 del 2016 (già 39 del d.lgs. n. 163 del 2006).

4.3.2. Infine, l'appellante torna a sostenere che il requisito, in quanto "*di ordine professionale, tecnico-qualitativo, di natura soggettiva*" avrebbe dovuto essere posseduto dai concorrenti e non sarebbe stato possibile il ricorso al subappalto necessario "*che veniva così tramutato in un avvalimento mascherato*".

5. I motivi sono fondati e vanno accolti, nei limiti e per le ragioni di cui appresso.

5.1. In primo luogo va ribadita la possibilità del ricorso al subappalto "necessario" anche nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016.

Sebbene l'istituto non sia espressamente previsto nel *Codice dei contratti pubblici*, esso è compatibile con l'assetto delineato dall'art. 105 in tema di subappalto, non è smentito dalle norme del *Codice* concernenti il possesso dei requisiti da parte degli esecutori dei lavori pubblici ed è tuttora praticabile per la confermata vigenza dell'art. 12 (*Disposizioni urgenti in*

*materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici*), comma 1 e 2, del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80.

L'art. 105, infatti, definisce, al secondo comma, il subappalto come *“il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto”*; quanto alle condizioni di ammissibilità del subappalto, nei successivi comma quarto e quinto stabilisce che: i) *“I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché: a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto; b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria; c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare; d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art. 80”* (comma 4); ii) *“per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso”* (comma 5); al comma 22 è poi precisato che *“le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili [...]”*.

La disposizione non contiene un divieto di subappalto finalizzato a conseguire i requisiti di qualificazione per i lavori appartenenti alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria. Non appare decisiva la circostanza che la disposizione ponga il limite del subappalto del 30% (peraltro allo stato sospeso dalle disposizioni del d.l. n. 32 del 2019, convertito dalla legge n. 55 del 2019, su cui si tornerà) in riferimento all'importo *“complessivo del contratto”*, piuttosto che in riferimento all'importo dei lavori di categoria *“prevalente”*, per inferirne un divieto implicito di così rilevante portata: il testo dell'art. 105 comporta, quindi, solo un limite più stringente, ma non incompatibile con il subappalto *“necessario”* dei lavori di categoria scorporabile.

Quanto poi al sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici ed ai requisiti che devono essere posseduti dal concorrente -fermo restando quanto previsto dall'art. 84, che si occupa del sistema di qualificazione e degli organismi di qualificazione (S.O.A.)- sono tuttora vigenti, nei limiti della compatibilità, le disposizioni del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (ai sensi dell'art. 83, comma 1, e 216, comma 14, del d.lgs. n. 50 del 2016, che, così come modificati con il d.l. n. 32 del 2019, convertito dalla legge n. 55 del 2019, hanno sancito l'ultrattività del previgente regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. n. 163 del 2006 fino all'adozione di un nuovo regolamento, non ancora intervenuta, ai sensi dell'art. 216, comma 27 *octies*), che non escludono il subappalto *“necessario”* per le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria.

In merito a tale istituto (oltre che in merito all'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010) dispone il citato art. 12 del d.l. n. 47 del 2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 80 del 2014, nella parte rimasta in vigore dopo l'entrata in vigore del *Codice dei contratti pubblici*.

Infatti, l'art. 217, lett. nn), del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'abrogare i commi 3, 5, 8, 9 e 11 dell'art. 12 del d.l. n.47 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 80 del 2014, ha, per quanto qui rileva, lasciato vigente l'art. 12, comma 2, a norma del quale *“In tema di affidamento di contratti pubblici di lavori, si applicano altresì le seguenti disposizioni: a) l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b), eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni;*

*b) non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al d.P.R. 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale. [...]”.*

La fattispecie prevista dalla lettera b) ricorre, appunto, nel presente contenzioso poiché questo concerne un appalto di lavori in cui sono previste opere specialistiche rientranti in categoria scorporabile (OG 12) c.d. a qualificazione obbligatoria (che perciò non possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario se privo della relativa qualificazione e devono essere necessariamente subappaltate), per le quali la mandataria del raggruppamento aggiudicatario ha dichiarato di voler fare ricorso al subappalto ad impresa qualificata.

La vigenza della disposizione regolatrice della fattispecie rende la stessa praticabile dalla stazione appaltante, che l'ha regolata nel bando di gara, nei termini di cui si dirà.

5.1.1. D'altronde, l'ammissibilità del ricorso al subappalto “necessario” (o altrimenti detto “qualificante”) nel vigore dell'attuale *Codice di contratti pubblici* è stata riconosciuta dalla giurisprudenza richiamata nella sentenza qui appellata (tra cui vi è il precedente di questa Sezione, 20 agosto 2019, n. 5745), nonché da sentenze più recenti della Sezione, 4 giugno 2020, n. 3504 e 13 agosto 2020, n. 5030 (sulla quale ultima si tornerà) ed ancora dall'ordinanza del Consiglio di Stato, III, 10 giugno 2020, n. 3702.

Giova precisare che quest'ultimo pronunciamento, sebbene citato dall'appellante a sostegno delle proprie ragioni, dà per scontata l'ammissibilità del subappalto “necessario” o “qualificante” (cfr. punto 2 della motivazione) ed anzi, in conseguenza di tale presupposta ammissibilità, è stata ritenuta dirimente la questione interpretativa pregiudiziale rimessa, con l'ordinanza in esame, alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (*“Se gli articoli 63 e 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, unitamente ai*

*principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), ostino ad una interpretazione della normativa nazionale italiana in materia di subappalto necessario secondo la quale il concorrente sprovvisto della qualificazione obbligatoria in una o più categorie scorporabili non può integrare il requisito mancante facendo ricorso a più imprese subappaltatrici, ovvero cumulando gli importi per i quali queste ultime risultano qualificate").* Soltanto nella prospettiva interpretativa appena sintetizzata l'ordinanza svolge le argomentazioni, su cui si è soffermata l'appellante, concernenti i rapporti tra il subappalto necessario e l'avvalimento, evidenziandone differenze e punti di contatto, tuttavia al fine esclusivo di valutare se estendere al subappalto, per via interpretativa, nel silenzio delle norme riguardanti tale istituto, una disciplina di favore già dettata per l'avvalimento, come appunto quella che consente la possibilità di frazionamento dei requisiti tra più imprese ausiliarie (art. 89, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016).

5.2. Quanto all'ulteriore questione posta dal ricorso, si ritiene di dover confermare l'orientamento giurisprudenziale, fatto proprio dal giudice di primo grado, secondo cui, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 105, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria per legge l'indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice, neppure in caso di subappalto necessario - ovvero allorché il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili (per le ragioni già esposte da Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9, confermate nel vigore dell'attuale *Codice dei contratti pubblici* dall'applicazione fatta nel già citato precedente di cui a Cons. Stato, V, n. 5745/2019, nonché dall'appena menzionata ordinanza della sez. III, n. 3702/2020).

5.2.1. Va precisato che, contrariamente a quanto assume l'appellante negli scritti conclusivi, il principio non è stato smentito dalla recente sentenza di questa Sezione, n. 5030/2020, su menzionata. La fattispecie oggetto di tale decisione è affatto diversa da quella della quale è qui dato occuparsi, in quanto, nella procedura di gara ivi esaminata, l'impresa concorrente, pur avendo dichiarato di voler fare ricorso al subappalto, non aveva in alcun modo manifestato la volontà di avvalersi di subappalto "necessario", cioè di subappaltare i lavori delle categorie scorporabili perché priva della corrispondente qualificazione, ma, all'opposto, aveva dichiarato il possesso dei requisiti in proprio anche per le lavorazioni specialistiche in categoria scorporabile (salvo poi a rimanerne priva in corso di procedura). Perciò soltanto a tale concreto atteggiarsi della condotta dell'impresa concorrente devono intendersi riferite le parti della motivazione, impropriamente richiamate dall'appellante a sostegno dei motivi di gravame. Si tratta delle affermazioni che *"laddove privo del requisito di gara il concorrente è tenuto a dare espressa indicazione della volontà di ricorrere a subappalto per qualificarsi"* e che *"lo stesso deve ritenersi per il caso che, pur possedendo il requisito in proprio, l'operatore voglia integrarlo facendo ricorso al subappaltatore"*; nel contesto della decisione, l'affermazione conclusiva del ragionamento (*"L'indicazione del subappaltatore ai fini dell'integrazione dei requisiti di gara configura una vera e propria manifestazione di volontà da parte dell'operatore, che incide sulla stessa conformazione funzionale del concorrente e sulla correlata modulazione dei requisiti, anche ai fini della corrispondente verifica da parte dell'amministrazione"*) non sta a significare - come vorrebbe l'appellante - che, quando si tratta di subappalto "necessario", sarebbe sempre obbligatoria l'indicazione del nome del subappaltatore, tanto addirittura da ritenere inapplicabili al subappalto "necessario" l'art. 105,

commi 4° e 6°, e di conseguenza la sospensione dell'obbligo dichiarativo del comma 6°. La sentenza non afferma affatto un tale principio, né altro da cui questo si possa desumere, in quanto si limita a statuire, in riferimento al caso esaminato, che il concorrente che intenda fare ricorso al subappalto "necessario" perché privo della qualificazione per i lavori in categoria scorporabile (o perché non intenda avvalersi della qualificazione in proprio) deve espressamente manifestare in sede di gara tale sua volontà.

In sintesi, la sentenza si occupa della manifestazione di volontà di ricorrere al subappalto "necessario", non della necessità di specificare il nome del subappaltatore.

5.2.2. Siffatto onere dichiarativo è disciplinato dall'art. 105, comma 6, *Codice dei contratti pubblici*, che, allo scopo, non consente di distinguere tra subappalto e subappalto "necessario".

La disposizione, per quanto di interesse, prevede infatti: *"E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, 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. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. [...]"*.

Con la legge 14 giugno 2019 n. 55 di conversione del decreto legge del 18 aprile 2019 n. 32, è stata introdotta una disciplina in deroga a talune previsioni del menzionato art. 105, in vigore dal 18 giugno 2019 e destinata a valere sino al 31 dicembre 2020 (prorogata fino al 30 giugno 2021 dall'art. 13, comma 2, lett. c, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, non ancora convertito). In particolare, si è prevista fino a tale ultima data la sospensione dell'obbligo dichiarativo della terna dei subappaltatori in sede di offerta.

Siffatto regime transitorio è *ratione temporis* applicabile alla gara *de qua*, indetta dal Comune di Firenze in epoca successiva alla sua entrata in vigore, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. in data 2 settembre 2019.

La sospensione dell'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori, in quanto riferita senza eccezioni al subappalto, è applicabile anche al subappalto "necessario", in linea di continuità con la giurisprudenza sopra richiamata che non ha ritenuto di poter differenziare quest'ultimo in relazione a tale specifico aspetto (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 9/2015, per ragioni condivisibili anche nel vigore dell'attuale *Codice dei contratti pubblici*).

5.2.3. Per completare il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, va rilevato che l'art. 71 (*Subappalto*) della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici dispone al punto 2 che *<<Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.>>*.

La direttiva ha quindi rimesso alla discrezionale scelta degli Stati membri o, comunque, delle stazioni appaltanti l'opzione regolatoria attinente alla doverosità dell'indicazione del nome del subappaltatore, ai fini della partecipazione alla gara.

Orbene, la scelta del legislatore interno di sospendere temporaneamente l'obbligo dichiarativo in discussione non preclude alle stazioni appaltanti di introdurlo nella legge di gara, in conformità al diritto euro-unitario e al principio di proporzionalità.

Detto obbligo dichiarativo vieppiù risulta di ragionevole e proporzionata applicazione ogniquale sia utile, come nel caso del subappalto "necessario", per consentire alla stazione appaltante di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un'impresa, la quale dichiara e dimostri di possedere non in proprio, ma attraverso l'apporto altrui, le qualificazioni necessarie per l'aggiudicazione del contratto; in tal modo si consente inoltre alla stazione appaltante di equiparare, ai fini della possibilità di verifica immediata del possesso dei requisiti di partecipazione, tutti i concorrenti sin dal momento della presentazione delle offerte, in ossequio al principio della *par condicio*.

Di qui il corollario che la mancata previsione legislativa dell'obbligo di indicare nell'offerta i subappaltatori proposti non ne impedisce l'inserimento nel disciplinare di gara.

6. Dato tutto quanto sopra esposto in diritto, va precisato in punto di fatto che:

- l'appalto ha ad oggetto l'esecuzione dei lavori di "Realizzazione nuovo biennio I.I.S. Leonardo Da Vinci", consistenti in lavorazioni edili e impiantistiche relative alla costruzione di un nuovo edificio scolastico - categorie OG1 (prevalente), OG11 e OS6 - e comprende altresì le lavorazioni di bonifica previa impermeabilizzazione di parte dell'area di pertinenza del nuovo edificio - categoria OG12 - incidenti per il 4,93% sull'importo totale dei lavori di € 6.958.598,09;

- la questione concernente la contestata ammissione alla gara del RTI controinteressato, riguarda le lavorazioni della categoria OG12, poiché le componenti del raggruppamento sono prive sia del requisito di qualificazione per la categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria (OG12) sia del requisito speciale di idoneità professionale dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali (in categoria 9, classe D, cioè categoria "bonifica siti", classe per lavori fino all'importo di € 1.000.000, ai sensi del D.M. 3 giugno 2014, n. 8);

- la mandataria Costruzioni Vitale ha dimostrato il possesso della qualificazione SOA V classifica (fino a € 5.165.000,00), che ricomprende l'importo sia delle lavorazioni della categoria prevalente OG1 (€ 3.033.824,62), sia delle lavorazioni scorporabili della categoria non posseduta OG12 (€ 343.108,98), qualificandosi a partecipare ai sensi dell'art.92, comma 3, d.P.R. n. 207 del 2010;

- il DGUE prodotto in gara da Costruzioni Vitale conteneva, l'espressa dichiarazione di voler subappaltare le opere relative alla categoria scorporabile OG12 al 100%;

- il seggio di gara ha attivato la procedura di soccorso istruttorio perché la dichiarazione di

subappalto non precisava “*ad impresa qualificata iscritta all’Albo Gestori Ambientali categoria 9 in classe D*”;

- tale integrazione è stata resa dall’impresa concorrente in sede di soccorso istruttorio, senza però indicare né nella dichiarazione di subappalto né nella dichiarazione integrativa il nominativo dell’impresa subappaltatrice.

6.1. Le previsioni rilevanti della *lex specialis* sono contenute nel disciplinare di gara e si rinvengono specificamente nei seguenti articoli:

- art. 9 (Subappalto): << 9.1. Il subappalto è consentito previa autorizzazione della stazione appaltante ai sensi dell’art. 105 del Codice per un importo non superiore al 40 per cento dell’importo complessivo del contratto e con il limite ulteriore del 30 per cento (ai sensi dell’art. 105 co. 5 del Codice e dell’art. 1 co. 2 del DM 248/16) per le lavorazioni rientranti nella categoria OG11: il concorrente deve indicare all’atto dell’offerta (nel DGUE, PARTE II<sup>A</sup>, Sezione D) i lavori o le parti di opere che intende subappaltare o concedere in cottimo, in conformità a quanto previsto dall’art. 105 co. 4 del Codice. In mancanza di tali indicazioni il successivo subappalto è vietato.

9.2 La stazione appaltante corrisponderà direttamente al subappaltatore, al cottimista, l’importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei casi previsti dall’art. 105 co. 13 del Codice.

9.3 Ove non ricorrano le condizioni di cui al paragrafo che precede la stazione appaltante non provvederà al pagamento diretto del subappaltatore e i pagamenti verranno effettuati, nel rispetto delle prescrizioni dell’art. 105 del Codice, all’appaltatore che dovrà trasmettere alla stazione appaltante, entro venti giorni dal relativo pagamento, copia delle fatture quietanzate, emesse dal subappaltatore.

9.4 Resta fermo che, ai sensi dell’art.105, comma 4 lett. a) del Codice, in sede di esecuzione del contratto non potrà essere autorizzato il subappalto ad impresa che abbia partecipato alla procedura per l’affidamento dell’appalto.

9.5 In caso di subappalto della categoria OG12, il concorrente deve dichiarare espressamente il subappalto delle lavorazioni di categoria OG12 ad impresa qualificata ed iscritta all’Albo Gestori Ambientali categoria 9 in classe D. >> (n.d.r. il grassetto è nel testo del documento prodotto in giudizio);

- art. 13 (Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa): << 13.1 I concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei seguenti requisiti:

13.1.1 attestazione, rilasciata da società organismo di attestazione (SOA) regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti, ai sensi degli artt. 84 co. 1 del Codice, 60 e 61 del DPR 207/10 come vigente ai sensi dell’art. 216 co 14 del Codice, la qualificazione in categoria e classifica adeguata ai lavori da assumere.

In particolare:

- le lavorazioni della categoria OS6, categoria non a qualificazione obbligatoria, sono interamente subappaltabili (previa dichiarazione nel DGUE PARTE II<sup>A</sup>, Sezione D) o sono assumibili ed eseguibili dall'operatore economico privo della relativa qualificazione in entrambi i casi a condizione che sia qualificato nella categoria prevalente anche per l'importo delle opere della Categoria OS6 (in aggiunta all'importo delle opere della categoria prevalente che intende eseguire);

- le lavorazioni della categoria OG12, categoria a qualificazione obbligatoria, sono interamente subappaltabili e per i lavori di bonifica (OG12), le imprese dovranno essere iscritte all'Albo Nazionale Gestori Ambientali ai sensi dell'art. 212 co. 5 del D.Lgs 152/2006. Il concorrente singolo che esegue le lavorazioni OG12, dovrà essere qualificato in tale categoria e possedere l'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali categoria 9 in classe D a titolo di requisito di idoneità professionale. L'operatore economico privo di qualificazione per tale categoria, che non voglia costituire un Raggruppamento verticale con operatore qualificato in tale categoria ed iscritto all'Albo Gestori Ambientali categoria 9 in classe D, può partecipare alla gara a condizione che dichiari nel DGUE PARTE II<sup>A</sup>, Sezione D, pena l'esclusione, di voler subappaltare le lavorazioni inerenti la categoria per la quale non sia qualificato ad impresa qualificata ed iscritta all'Albo Gestori Ambientali categoria 9 in classe D e sia contemporaneamente qualificato nella categoria prevalente per una classifica che comprenda l'importo della lavorazioni della categoria prevalente che assume e delle lavorazioni della Categoria OG12 per la quale è privo di qualificazione.

In caso di subappalto della categoria OG12 dovrà essere indicato specificamente il subappalto ad impresa qualificata iscritta all'Albo Gestori Ambientali categoria 9 in classe D.

Poiché ai sensi dell'art. 89 c. 10 del Codice l'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in mancanza di tale requisito l'impresa singola in possesso della categoria prevalente dovrà costituire un raggruppamento temporaneo d'impresе (R.T.I.) verticale con operatore economico in possesso della categoria OG12, nonché dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali – categoria 9 classe D. [...]>> (n.d.r. il grassetto è nel testo del documento prodotto in giudizio);

- art. 16 sul "Documento di gara unico europeo": <<In caso di subappalto della categoria OG12 dovrà essere dichiarato espressamente il subappalto delle lavorazioni di categoria OG12 ad impresa qualificata ed iscritta all'Albo Gestori Ambientali categoria 9 in classe D>> (n.d.r. il grassetto è nel testo prodotto in giudizio).

7. L'interpretazione letterale e sistematica delle disposizioni di gara appena riportate è nel senso che esse dettano requisiti di partecipazione, necessari quindi per l'ammissibilità dell'offerta.

Ciò non sta a significare, come vorrebbe l'appellante, che le imprese del costituendo r.t.i. o quanto meno la mandataria dovessero necessariamente essere iscritte all'Albo nazionale dei gestori ambientali, ma nemmeno, come sostiene la stazione appaltante, che questo fosse un mero requisito di esecuzione.

7.1. Non si intende, in linea di principio, smentire l'affermazione, pure presente nella giurisprudenza richiamata dalle appellate, secondo cui il non aver richiesto quale requisito di partecipazione, ma solo di esecuzione, l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, per una prestazione marginale nella globalità del servizio, è conforme al principio del *favor participationis* e l'inserimento nella *lex specialis* dell'obbligo di iscrizione come requisito di esecuzione non è contrario alle prescrizioni del c.d. *Codice dell'ambiente* (così Cons. Stato, V, 5 luglio 2017, n. 3303, id., 23 luglio 2018, n. 4445; id., 3 giugno 2019, n. 3727).

Va tuttavia sottolineato che si tratta di affermazione conseguente all'interpretazione di disposizioni di *lex specialis* regolanti singole procedure di gara, già inequivoche nel richiedere il requisito soltanto nella fase esecutiva ovvero interpretabili nel senso della sostanziale marginalità del servizio per il quale era richiesta l'iscrizione, rispetto alle prestazioni oggetto di appalto.

Né l'una né l'altra di tali eventualità si rinvergono nel caso di specie.

7.2. In proposito, è opportuno previamente richiamare l'art. 212, comma 5 e 6, del d.lgs. 152 del 2006 recante *Norme in materia ambientale* ("Codice dell'ambiente") in base ai quali: "*L'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi prodotti da terzi, di raccolta e trasporto di rifiuti pericolosi, di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto, di commercio ed intermediazione dei rifiuti senza detenzione dei rifiuti stessi, nonché di gestione di impianti di smaltimento e di recupero di titolarità di terzi e di gestione di impianti mobili di smaltimento e di recupero di rifiuti, nei limiti di cui all'articolo 208, comma 15. Sono esonerati dall'obbligo di cui al presente comma le organizzazioni di cui agli articoli 221, comma 3, lettere a) e c), 223, 224, 228, 233, 234, 235 e 236, a condizione che dispongano di evidenze documentali o contabili che svolgano funzioni analoghe, fermi restando gli adempimenti documentali e contabili previsti a carico dei predetti soggetti dalle vigenti normative. 6. L'iscrizione deve essere rinnovata ogni cinque anni e costituisce titolo per l'esercizio delle attività di raccolta, di trasporto, di commercio e di intermediazione dei rifiuti; per le altre attività l'iscrizione abilita alla gestione degli impianti il cui esercizio sia stato autorizzato o allo svolgimento delle attività soggette ad iscrizione.*"

Coerente con tali previsioni è il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali è un requisito di natura soggettiva relativo alla idoneità professionale degli operatori a norma dell'art. 83, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, e costituisce titolo autorizzatorio per l'esercizio dell'attività di raccolta e trasporti dei rifiuti pericolosi e non (ovvero, per quanto qui rileva, di bonifica dei siti), sì che "*il relativo possesso determina quindi l'abilitazione soggettiva all'esercizio della professione e costituisce pertanto, un requisito che si pone a monte dell'attività di gestione dei rifiuti, pacificamente rientrando nell'ambito dei requisiti di partecipazione e non di esecuzione*" (Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6032), risultando poi la presenza soggettiva di siffatto requisito per poter concorrere a gare aventi ad oggetto dette attività "*conforme all'immanente principio di ragionevolezza e di proporzionalità – in specie, quanto a necessità e adeguatezza*" (Cons. di Stato, V, 19 aprile 2017, n. 1825).

7.3. I principi appena richiamati trovano coerente applicazione nel caso di specie, in cui, tra

l'altro, la necessaria iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali si accompagna alla qualificazione in OG12 necessaria per l'esecuzione dei lavori in categoria scorporabile riguardanti la bonifica del sito e la sua impermeabilizzazione.

7.3.1. L'art. 13 del disciplinare di gara va letto nella sua interezza, senza che si possa distinguere al suo interno tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, essendo chiaramente riferito, per come si evince dalla rubrica (*"Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa"*), ai requisiti necessari per la partecipazione alla gara ai sensi dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici.

Parimenti unitaria ed univoca è l'interpretazione da darsi al paragrafo 13.1, il cui *incipit* (*"I concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei seguenti requisiti: [...]"*) non può non ricomprendere, quanto alla sanzione espulsiva riferita al possesso dei requisiti, l'elencazione che segue sotto i numeri 13.1.1 e successivi.

In particolare, la richiesta esplicita di *"attestazione rilasciata da società organismo di attestazione (SOA) regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti, ai sensi degli artt. 84 co. 1 del Codice, 60 e 61 del DPR 207/10 come vigente ai sensi dell'art. 216 co 14 del Codice, la qualificazione in categoria e classifica adeguata ai lavori da assumere"* di cui al punto 13.1.1 non è affatto in contrapposizione con le precisazioni che seguono riguardanti le lavorazioni della categoria OS6 (categoria non a qualificazione obbligatoria, le cui lavorazioni sono interamente subappaltabili) e le lavorazioni della categoria OG12 (categoria invece a qualificazione obbligatoria, per le cui lavorazioni la legge di gara prevede parimenti la possibilità di subappalto integrale purché a subappaltatore qualificato).

Nell'uno e nell'altro caso si tratta di *prestazioni oggetto dell'appalto*, su cui parametrare i requisiti di partecipazione degli esecutori dei lavori pubblici ai sensi degli artt. 83, 84 e 216, comma 14, del *Codice dei contratti pubblici*, nonché dei richiamati artt. 60 e 61 e 92 del tuttora vigente d.P.R. n. 207 del 2010, tanto è vero che è richiesto che l'impresa mandataria dovesse essere qualificata nella categoria prevalente per classifica includente anche l'importo delle lavorazioni della categoria OG12 scorporabile.

7.3.2. Alla lettera della legge di gara vanno aggiunte le considerazioni che seguono in merito all'oggetto dell'appalto.

La marginalità di cui è detto nella giurisprudenza che consente di configurare l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali come requisito di esecuzione va riferita, non al valore, bensì all'accessorietà delle relative prestazioni, in quanto non facenti parte dell'oggetto dell'affidamento, ma solo serventi a queste ultime, tanto da rendere contraria ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza un'eventuale richiesta del requisito sin dal momento di partecipazione alla procedura di gara (cfr. Cons. Stato, V, 3 giugno 2019, n. 3727, in cui si sottolinea come oggetto precipuo e specifico dell'appalto, nel caso ivi esaminato, non fosse l'attività di raccolta e trasporto di rifiuti e queste ultime, per converso, rivestissero solo carattere secondario e accessorio rispetto alle prestazioni da affidarsi).

Nella procedura di gara *de qua*, i lavori di bonifica del sito previa impermeabilizzazione di parte

dell'area di pertinenza del nuovo edificio sono invece oggetto diretto dell'affidamento, tanto da essere stata prevista la necessaria qualificazione in categoria scorporabile OG12 delle imprese partecipanti.

Di qui l'irrilevanza dell'argomento delle appellate fondato sulla modesta incidenza percentuale del valore dei lavori di bonifica del sito sull'importo totale dei lavori (pari al 4,93% sull'importo di € 6.958.598,09), onde inferirne l'accessorietà e la marginalità delle prestazioni: questa è decisamente da escludere, trattandosi di prestazione essenziale, alla stregua delle considerazioni che precedono.

La circostanza, poi, che, nelle su riportate disposizioni del disciplinare, la qualificazione in OG12 venga richiesta nei confronti dell'«esecutore» dei lavori di bonifica, non vale certo a spostare alla fase esecutiva l'acquisizione della qualificazione e del requisito di idoneità, ma sta evidentemente a significare che dovesse essere fornita della qualificazione e del requisito di idoneità quella delle imprese del raggruppamento che si sarebbe impegnata ad eseguire le lavorazioni OG12, escluso l'avvalimento, ma fatto salvo il subappalto.

7.4. D'altronde il tratto differenziale del subappalto c.d. necessario rispetto all'ordinaria configurazione del subappalto, che spiega anche le ragioni di cautela ed i limiti entro i quali se ne riconosce l'ammissibilità, sta giustappunto nel consentire che un requisito di qualificazione necessaria, che per definizione è requisito di partecipazione, venga "attratto" nell'ambito applicativo di un istituto tipicamente operante nella fase esecutiva dell'affidamento.

8. Accertato perciò che legittimamente il disciplinare di gara ha previsto il ricorso al subappalto "necessario", sia in riferimento alla categoria scorporabile OG12 (opere e impianti di bonifica e protezione ambientale) che in riferimento al collegato requisito di idoneità dell'iscrizione all'Albo, resta da verificare se, nel dichiarare di voler fare ricorso al subappalto per le lavorazioni corrispondenti, la mandataria Costruzioni Vitale dovesse o meno indicare l'impresa subappaltatrice.

8.1. Orbene, contrariamente a quanto assume la stazione appaltante, proprio le disposizioni del disciplinare di gara, ed in particolare il combinato delle previsioni contenute negli articoli 9, 13 e 16 su riportate, inducono ad un'interpretazione per la quale non sarebbe stata sufficiente la mera manifestazione di volontà *"di voler subappaltare le lavorazioni inerenti la categoria per la quale non sia qualificato ad impresa qualificata ed iscritta all'Albo Gestori Ambientali categoria 9 in classe D"* (come già specificato al punto 13.1, primo periodo, in correlazione a quanto già, peraltro, anticipato nell'articolo 9.5 ed a quanto poi ribadito nell'articolo 16.2). Come precisato al successivo secondo periodo della stessa disposizione: *"In caso di subappalto della categoria OG12 dovrà essere indicato specificamente il subappalto ad impresa qualificata iscritta all'Albo Gestori Ambientali categoria 9 in classe D"*: orbene, tale aggiunta, per non essere meramente ripetitiva di quanto lo stesso disciplinare aveva disposto in merito alla manifestazione di volontà di subappaltare le lavorazioni in categoria OG12, non può avere altro significato che quello di imporre l'indicazione dell'impresa.

Tale approdo interpretativo, che si fonda sull'interpretazione delle clausole del disciplinare le une per mezzo delle altre e nel complesso dell'atto (arg. ex art. 1363 cod. civ.), trova riscontro

letterale nella previsione che fosse necessario indicare “specificamente” il subappalto ad impresa qualificata ed iscritta all’Albo, laddove l’elemento specificante è appunto l’indicazione nominativa dell’impresa.

Dal punto di vista sistematico, infine, la richiesta di tale specificazione appare ragionevole e proporzionata perché, una volta intervenuta la sospensione dell’art. 105, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, ai sensi dell’art. 1, comma 18, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, la stazione appaltante, in tanto avrebbe potuto conoscere preventivamente l’idoneità e la qualificazione del subappaltatore, in quanto col disciplinare ne avesse richiesta l’indicazione sin dal momento della domanda di partecipazione alla gara.

8.1. La clausola del disciplinare di cui all’art. 13.1.1 interpretata come sopra non integra una causa escludente *contra legem*, della quale ritenere la nullità ai sensi dell’art. 83, comma 8, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016 (come opposto dalle parti appellate, per l’eventualità di tale sua interpretazione).

Essa contiene la prescrizione, da parte della stazione appaltante, di requisiti di idoneità professionale e di qualificazione prescritti dalla legge e dal regolamento per l’esecuzione dei lavori di bonifica oggetto di appalto (laddove la diversa conclusione raggiunta, *incidenter tantum*, dal citato precedente dell’Adunanza plenaria, n. 9/2015, se è pertinente in riferimento al subappalto c.d. facoltativo per le categorie scorporabili, mal si adatta alle categorie scorporabili c.d. a qualificazione obbligatoria, per le quali appunto il requisito di qualificazione è previsto come obbligatorio dalla legge).

La mancanza di un requisito di partecipazione previsto per legge non può che comportare l’esclusione dalla gara del concorrente che ne sia privo.

In sintesi, l’esclusione non consegue alla violazione dell’onere formale della mancata indicazione del subappaltatore, bensì alla circostanza che, non fornendo questa indicazione, il r.t.i. controinteressato è risultato privo di requisiti di idoneità e di qualificazione indispensabili per l’ammissione alla gara.

9. In conseguenza di tutto quanto fin qui esposto va rilevata la fondatezza delle censure dell’appellante concernenti l’inammissibilità del soccorso istruttorio.

9.1. Giova premettere che se si interpreta la legge di gara nel senso, sopra sostenuto, che fosse necessaria l’indicazione nominativa del subappaltatore, la questione concernente l’ammissibilità del soccorso istruttorio risulta priva di concreta rilevanza, poiché in punto di fatto, si evince dagli atti che nemmeno dopo la sollecitazione del seggio di gara, ai sensi dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, il r.t.i. Vitale-Califel ha colmato la lacuna concernente l’indicazione nominativa del subappaltatore.

9.2. Tuttavia, anche a voler interpretare la legge di gara nel senso, ritenuto dal primo giudice, dell’ammissibilità della dichiarazione di subappalto priva di tale indicazione, la dichiarazione avrebbe dovuto essere completa sin dal momento della domanda di partecipazione alla gara, essendo essenziale, per quanto sopra esposto, non solo il possesso in capo al subappaltatore

della qualificazione in OG12, ma anche il possesso del requisito di idoneità professionale dell'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali.

Le clausole della legge di gara sopra riportate sono chiare nel prevedere, a pena di esclusione, l'essenzialità della dichiarazione di subappalto completa del riferimento all'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, tanto più necessaria in mancanza dell'indicazione del nominativo del subappaltatore. Infatti, mancando quest'ultima, la lacuna concernente il requisito di idoneità professionale non risulta più essere solo "formale" ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, tale cioè che fosse possibile alla Costruzioni Vitale dimostrare *ex post* che il requisito era posseduto già al momento della domanda e solo per una mera irregolarità documentale non risultasse esplicitato. Essa si traduce nella mancanza della dichiarazione concernente il possesso del requisito di idoneità professionale, come ripetutamente richiesta dalla legge di gara a pena di esclusione.

In sintesi, la duplice carenza dichiarativa ha comportato che non fosse possibile verificare il possesso del requisito nel termine perentorio di presentazione della domanda di partecipazione, in modo che, una volta scaduto tale termine, l'integrazione della dichiarazione consentita mediante soccorso istruttorio risulta comunque tardiva, né l'istituto può essere utilizzato agli impropri fini di un'inammissibile rimessione in termini (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 9 luglio 2019, n. 4787).

10. In conclusione, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto l'originario ricorso di Procogen s.r.l., in proprio e nella qualità anzidetta, e va annullata l'aggiudicazione in favore del raggruppamento temporaneo di imprese Costruzioni Vitale s.r.l., in qualità di mandataria, e Califel s.r.l., in qualità di mandante, per mancanza dei requisiti di qualificazione per i lavori di bonifica e di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, che ne avrebbe dovuto comportare l'esclusione.

10.1. L'accoglimento dei primi tre motivi di appello, con la statuizione consequenziale appena detta, comporta l'assorbimento del quarto motivo, concernente il rigetto del settimo motivo dell'originario ricorso (col quale è censurata la mancata attribuzione al r.t.i. ricorrente dei cinque punti rivendicati per l'elemento tempo dell'offerta tecnica).

La posizione di secondo graduato consente infatti all'appellante di avvantaggiarsi immediatamente dell'annullamento dell'aggiudicazione a favore del r.t.i. controinteressato, qui appellato.

11. Poiché dagli atti risulta che il contratto è stato stipulato il 13 gennaio 2021, va accolta la domanda dell'appellante di dichiarazione di inefficacia del contratto e di subentro del costituendo r.t.i. Procogen s.r.l. con le società GSA Globalservice s.r.l. e Tralice Costruzioni s.r.l., fatte salve le ulteriori verifiche della stazione appaltante, se necessarie a seguito dell'aggiudicazione della gara a quest'ultimo.

11.1. Non risultando la consegna anticipata dei lavori, la data di stipulazione del contratto lascia presumere che, dopo meno di un mese, l'esecuzione sia ancora limitata agli atti prodromici alla cantierizzazione, di modo che - in mancanza di elementi contrari, nemmeno

prospettati dalle parti appellate – nulla osta al subentro nel contratto, tenuto conto dei parametri di valutazione di cui all'art. 122 Cod. proc. amm.

11.2. Dato ciò, non vi è luogo, allo stato, a provvedere sulla domanda di risarcimento per equivalente avanzata dalla Procogen s.r.l.

12. Sussistono eccezionali ragioni di compensazione delle spese processuali per l'incertezza interpretativa del quadro normativo in tema di subappalto, ed in particolare in tema di subappalto "necessario".

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso proposto da Procogen s.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo r.t.i. indicato in epigrafe, ed annulla gli atti impugnati; dichiara l'inefficacia del contratto stipulato il 13 gennaio 2021 ed il diritto al subentro dell'appellante, secondo quanto specificato in motivazione.

Compensa interamente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.