

Qualificazione e subappalto: temi aperti in attesa del primo correttivo al Codice appalti

12 Dicembre 2024



In attesa del primo correttivo al Dlgs 36/2023, l'Ance ha ricostruito gli orientamenti interpretativi sui temi della qualificazione, del subappalto necessario e dell'individuazione delle categorie scorporabili.

Qualificazione in gara

L'articolo 100, comma 4, del d.lgs. 36/2023, più semplicemente definito "codice dei contratti pubblici" o "codice appalti", prevede che il possesso di attestazione di qualificazione (SOA) in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione nonché per l'esecuzione dell'appalto.

L'art. 30, comma 1, dell'Allegato II.12 del d.lgs. 36/2023, al pari del previgente art. 92, comma 1, del d.P.R. 207/2010, esplica in concetto di "adeguatezza" della qualificazione, nel caso in cui l'appalto preveda più categorie di lavori, riportando due modalità alternative di partecipazione per un concorrente singolo:

- possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori;
- possesso dei requisiti per la categoria prevalente e per le categorie scorporabili per i rispettivi importi.

In entrambi i casi, il concorrente deve dimostrare di possedere una qualificazione SOA con classifiche di importo adeguate a coprire gli importi dell'appalto secondo la modalità di partecipazione prescelta.

La differenza sostanziale risiede nel fatto che solo nella seconda modalità di qualificazione, il concorrente dispone di una qualificazione SOA per categorie e classifiche di importo almeno corrispondente ai requisiti minimi previsti per la partecipazione alla gara. Di contro, nella prima modalità di qualificazione, il concorrente che non dispone di una specifica qualificazione nelle categorie scorporabili previste dall'appalto ricorre all'istituto definito dalla giurisprudenza amministrativa come subappalto "necessario o qualificante", che differisce dal modello classico poiché non è espressione di autonomia organizzativa, ma è imposto dalla circostanza che il concorrente non ha la qualifica per eseguire tutte le lavorazioni.

Infatti, il subappalto è strumentalmente utilizzato ai fini della qualificazione e realizza un punto di intersezione tra due distinti ambiti - i requisiti di partecipazione (fase di gara) e il subappalto (fase esecutiva) - consentendo l'utilizzo anticipato dell'istituto esecutivo del subappalto a fini qualificatori (v. Cons. St., sez. V, 23.2.24 n. 1793 nonché id., 2.1.24, n. 26, riferito al previgente quadro normativo, su cui però non sono state introdotte rilevanti novità anche rispetto a quanto deciso nell'Ad. plen. 2.11.15, n. 9).

Nella prospettiva più tipicamente amministrativa, il richiamo al subappalto nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria presidia l'esigenza di assicurare che i lavori siano eseguiti da soggetti muniti dei necessari requisiti di qualificazione, permettendo alla stazione appaltante di valutare preventivamente il deficit di qualificazione del partecipante (v. Cons. St., n. 1793/24 cit.).

Resta fermo che l'indicazione del nominativo del subappaltatore in gara non è obbligatoria neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possiede la qualificazione nelle categorie scorporabili (v. Cons. St., sez. VII, 25.1.23 n. 808).

Categorie a qualificazione obbligatoria

Il tema del subappalto necessario è strettamente collegato all'acceso dibattito giurisprudenziale che, preso atto della mancata riproduzione nell'allegato II.12 del codice della distinzione tra categorie a qualificazione non obbligatoria, si incentra sulla vigenza dell'art. 12 del d.l. 47/2014 (l. conv. 80/2014).

Detta norma fissa la regola che "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 decreto del Presidente della Repubblica 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" [segue nel testo elenco dettagliato].

Le restanti categorie, a qualificazione "non obbligatoria", sarebbero quindi, al pari di quanto accadeva in vigenza del d.P.R. 34/2000 e del successivo d.P.R. 207/2010, eseguibili direttamente dall'impresa in possesso della qualificazione nella categoria prevalente, senza necessità di ricorrere al subappalto (necessario).

Secondo un primo orientamento, ora minoritario, con l'entrata in vigore del d.lgs. 36/2023 è venuta meno la distinzione tra categorie di lavorazioni a qualificazione "obbligatoria" e "non obbligatoria", con l'effetto di connotare indistintamente tutte le opere scorporabili della natura di lavorazioni a qualificazione obbligatoria (v. TAR Reggio Calabria, 26.10.23, n. 782; , TAR Piemonte, II, 16.1.24, n. 23; v. anche ricostruzione in Parere di precontenzioso ANAC n. 278 del 5.6.24 e delibera ANAC n. 225 del 8.5.24).

Di contro, l'orientamento ora maggioritario ritiene che non sia stato abrogato l'art. 12 comma 2 lett. b) del d.l. n. 47 del 2014, né vi siano argomenti convincenti nel senso di un'abrogazione implicita, eventualità esclusa anche dalla relazione illustrativa di accompagnamento allo schema definitivo del codice (v. Cons. St., Sez. V, 25.10.24, n. 8534; TAR Firenze, 15.10.24 n. 1177; TAR Bolzano, 6.3.24, n. 62). Conseguentemente, ancora sussistono le categorie a qualificazione non obbligatoria e il ricorso a subappalto necessario è riferibile alle sole categorie elencate nel più volte citato articolo 12 del d.l. n. 47 del 2014.

Scorpo delle categorie

Il tema delle categorie SOA può essere esaminato anche sotto il profilo dello scorpo. Il previgente Codice d.lgs. 50/2016, all'art. 3 comma 1, lett. oo-ter), definiva con precisione i criteri di individuazione delle categorie scorporabili sia in termini quantitativi (10% dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro) sia qualitativi (appartenenza alle categorie di cui all'articolo 89, comma 11).

Nel nuovo codice appalti, invece, tale quantificazione è riportata solo per le cd. categorie SIOS, per le

quali l'Allegato I.7 e l'art. 40, comma 2, lett. f), punto 9, individuano una soglia di scorporabilità pari al 15% dell'importo totale dei lavori (v. risposta n. 2336/24 a quesito giuridico del Servizio supporto giuridico del MIT).

Per le altre categorie, secondo la giurisprudenza, è il ruolo di "supplenza" assolto dall'art. 12, comma 2, del d.l. 47/2014 a qualificare come "fisso" il rinvio alle soglie stabilite dall'art. 108 co. 3 del d.P.R. n. 207/2010, già contenuto nell'art. 109 co. 2 del medesimo d.P.R. n. 207/2010, che pertanto non risente dell'abrogazione della norma richiamata (v. TAR Firenze, n. 1177/24, cit.).

In tal modo, rimane immutato il principio secondo cui gli operatori in possesso di qualifica per le opere della categoria prevalente possono eseguire direttamente anche le opere in una categoria (scorporabile) di lavori che, seppure riconducibili ad una delle declaratorie SOA, sia di valore inferiore alla soglia dei 150.000,00 euro e del 10% del valore dell'appalto (v. TAR Firenze, n. 1177/24, cit.).

Indicazione esplicita del subappalto necessario

La disciplina delle dichiarazioni di subappalto necessario ha conosciuto una significativa evoluzione con l'entrata in vigore del d.lgs. 36/2023. Secondo la consolidata giurisprudenza formatasi nel vigore del d.lgs. 50/2016, l'operatore economico era tenuto a manifestare espressamente la volontà di ricorrere al subappalto per sopperire al requisito di qualificazione mancante, escludendo la validità di formule generiche o predisposte per altri fini. Tale orientamento escludeva inoltre la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, in quanto la dichiarazione di subappalto necessario costituiva una modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione.

L'orientamento restrittivo va oggi riconsiderato alla luce del principio del risultato, espressamente codificato nel nuovo codice dei contratti. L'art. 1 del d.lgs. 36/2023 eleva infatti il risultato dell'affidamento - inteso come conseguimento del miglior rapporto qualità/prezzo in tempi adeguati - a "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto" (v. TAR Genova, 9.12.2024, n. 850).

Tale principio, ribadito dall'art. 4 del codice, assume un ruolo preminente nell'interpretazione e applicazione delle disposizioni codistiche, insieme ai principi di fiducia e di accesso al mercato, valorizzando i poteri discrezionali dell'Amministrazione e superando automatismi e formalismi nell'attuazione delle regole.

Nel nuovo quadro normativo, emerge un diverso approccio interpretativo (v. TAR Genova, n. 850/24, cit.) basato su due considerazioni fondamentali:

- il subappalto necessario (o qualificante) condivide la medesima natura giuridica del subappalto facoltativo (o semplice), distinguendosi solo sotto il profilo funzionale in quanto imposto dal deficit di qualificazione del concorrente nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria (art. 12, comma 2, d.l. 47/2014);
- in assenza di specifiche prescrizioni normative sulla forma, non può richiedersi per il subappalto qualificante una dichiarazione differenziata rispetto a quella prevista per il subappalto semplice.

La recente giurisprudenza ha confermato questo orientamento. Il Consiglio di Stato (sez. V, 12.11.24, n. 9051) ha ritenuto valida, ai fini del subappalto necessario, anche una dichiarazione generica di voler subappaltare "tutte le lavorazioni nei limiti consentiti dalla legge". Analogamente, altra pronuncia (v. Cons. St., n. 1743/24, cit.) ha ammesso la validità di una dichiarazione di subappalto necessario priva dell'espressa specificazione della natura qualificatoria.

Ad avviso dell'ANCE, questa evoluzione interpretativa risponde pienamente alla ratio del principio del

risultato, evitando che formalismi dichiarativi possano pregiudicare la più ampia partecipazione alle gare e l'efficiente allocazione delle risorse pubbliche. La soluzione interpretativa emersa consente di colmare le lacune del nuovo codice attraverso il riferimento a parametri consolidati, evitando incertezze applicative in attesa del primo correttivo.