

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

Dal 13 al 17 maggio

Focus Giurisprudenza

Appalti pubblici: legittimo limitare il subappalto per ragioni tecniche

Rientra tra le “specifiche caratteristiche del subappalto” che legittimano la previsione di un tetto massimo al subappalto la complessità tecnica delle opere impiantistiche da realizzare; ciò, non potendosi ritenere che una simile limitazione sia motivata solo nel caso di un potenziale contrasto con la criminalità organizzata, poiché le stesse direttive consentono all’amministrazione aggiudicatrice di esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall’offerente.

È quanto affermato nella [sentenza n. 4161 del 9 maggio 2024 del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale \(sez. V\)](#) di seguito approfondita dalla direzione opere pubbliche.

Il fatto

Oggetto della decisione del Collegio era una procedura di appalto per la costruzione di una scuola, che limitava il subappalto al 30% per la categoria OS28 (impianti termici e condizionamento). L’appaltatore aveva richiesto un’autorizzazione per un importo superiore al limite consentito.

Di fronte al diniego della stazione appaltante, l’impresa affidataria ha ricorso al TAR Friuli Venezia Giulia ([sent. n. 4/2024](#)), impugnando il provvedimento di rigetto dell’istanza di subappalto e la lex specialis di gara, sostenendo che tali limiti erano contrari alla sentenza della Corte di Giustizia UE del 27 novembre 2019, in causa C-402/18 (che ha dichiarato incompatibile con la direttiva 2014/24/UE l’art. 105, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016), e alle direttive europee in materia di appalti pubblici.

Il TAR ha respinto il ricorso, ritenendo che i limiti imposti fossero ben giustificati da specifiche ragioni tecniche evidenziate dall’amministrazione. La Corte di Giustizia UE non ha infatti censurato la previsione di limiti quantitativi al subappalto per una specifica gara, ma solo la loro fissazione in via generale e astratta dalla fonte primaria (art. 105, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016), «*in quanto in contrasto con il principio di proporzionalità, potendosi ipotizzare misure meno restrittive idonee a perseguire l’obiettivo del legislatore di contrasto alla criminalità organizzata. Ciò comporta che non è possibile ricavare un divieto assoluto all’apposizione di limiti quantitativi al subappalto*».

La tempestività dell’impugnazione

In merito alla tempestività del ricorso, il Consiglio di Stato ha respinto le osservazioni dell’amministrazione, evidenziando che le clausole della lex specialis non avevano contenuto oggettivamente escludente (v. Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4) e pertanto non richiedevano una loro tempestiva impugnazione. Il

subappalto riguarda l'esecuzione contrattuale, quindi le relative clausole vanno impugnate con l'atto applicativo, diversamente dall'avvalimento che riguarda i requisiti di partecipazione.

La legittimità dei limiti al subappalto

Riguardo alla possibilità di porre un tetto massimo al subappalto, il Consiglio di Stato ha osservato che, secondo la Corte di Giustizia UE, non è coerente con il diritto europeo una normativa nazionale che vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto per una quota parte che superi una percentuale fissa dell'importo dell'appalto pubblico. A contrario, da ciò si desume che deve ritenersi consentita una limitazione specifica del subappalto, assistita da adeguata motivazione.

Pertanto, nel caso specifico e secondo lo stesso Collegio, era legittima la scelta dell'amministrazione che, nei documenti di gara, aveva espresso le ragioni della limitazione del subappalto nelle categorie OS28 e OS30, chiarendo che queste risiedevano «*nella complessità tecnica delle lavorazioni, che richiede la prestazione prevalente e diretta dell'appaltatore, ai fini della corretta esecuzione del complesso impiantistico*».

Inoltre, non può ritenersi – come asserito dal ricorrente – che il contrasto alla criminalità organizzata sia l'unico obiettivo che consente la limitazione del subappalto. Infatti, sia l'art. 105, comma 2, dell'abrogato d.lgs. n. 50 del 2016, sia l'art. 119, comma 2, del vigente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023) prevedono come possibile limite del subappalto anche le "specifiche caratteristiche del subappalto" concernenti, nel caso di specie, opere impiantistiche.

Tale ricostruzione è inoltre in linea con l'art. 63, par. 2, della direttiva 2014/24/UE, che consente all'amministrazione aggiudicatrice di esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente.

Sulla base di queste argomentazioni, il Collegio ha respinto l'appello.

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

Appalti pubblici: non esaustivi i controlli sui sistemi informatici

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha approfondito la tematica della regolarità fiscale all'interno delle procedure di gara pubbliche. Le indicazioni fornite, pur facendo riferimento a un contratto regolato dal precedente d.lgs. 50/2006, sono di attuale interesse poiché riguardano la valenza dei certificati emessi tramite AVCPass, attualmente denominato fascicolo virtuale dell'OE.

Di seguito la ricostruzione della sentenza da parte della Direzione Legislazione Opere Pubbliche.

Con [sentenza del 24 aprile 2024, n. 7](#), il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, è intervenuta su tre quesiti interpretativi, che avevano come antecedente il mancato pagamento del contributo unificato.

In particolare, era stato richiesto al Collegio se: i) nonostante il principio della insindacabilità da parte della stazione appaltante delle certificazioni dell'Agenzia delle Entrate sull'assenza di irregolarità fiscali dei partecipanti a una gara pubblica, ci sia sempre l'obbligo per ogni concorrente di informare tempestivamente la stazione appaltante di eventuali irregolarità che dovessero emergere durante la gara, ii) la stazione appaltante abbia il dovere di verificare l'assenza di irregolarità nell'aggiudicatario per l'intera durata della procedura, eventualmente richiedendo certificazioni che coprano l'intero periodo dalla presentazione dell'offerta fino all'aggiudicazione, e iii) un concorrente che impugna l'aggiudicazione possa dimostrare, e con quali mezzi, che l'aggiudicatario ha perso il requisito dell'assenza di irregolarità in qualsiasi momento della procedura di gara, con conseguente obbligo per l'amministrazione di escluderlo dalla procedura stessa.

1. Certificati e obblighi di SA e concorrente

Con riferimento ai primi due quesiti interpretativi, la decisione dell'Adunanza Plenaria ha evidenziato che i certificati dell'Agenzia delle Entrate, attestanti l'assenza di irregolarità fiscali, sono vincolanti per le stazioni appaltanti e li esonerano da ulteriori verifiche. Ciò nonostante, i concorrenti devono continuare a possedere in modo continuativo e sostanziale i requisiti di ammissione alla gara, ossia nel periodo che va dal momento di presentazione dell'offerta sino alla stipula del contratto (e poi ancora fino all'adempimento delle obbligazioni contrattuali).

È quindi doveroso per la stazione appaltante, compiere i relativi accertamenti con riguardo all'intero periodo e, con specifico riguardo al requisito concernente l'assenza di debiti tributari, questo potrebbe implicare l'acquisizione di più certificazioni aggiornate dall'amministrazione fiscale competente (Agenzie delle Entrate o eventualmente altra amministrazione titolare di poteri impositivi).

Lo stesso obbligo grava sul concorrente, il quale è tenuto a monitorare la propria situazione debitoria e informare tempestivamente l'amministrazione di eventuali irregolarità sopravvenute durante la gara; ciò, come sottolineato dalla Plenaria, in applicazione del principio secondo cui *"I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede"* (art. 1, comma 2-bis, della L. 7 agosto 1990, n. 241), applicabile anche al settore dei contratti pubblici.

2. Prova in giudizio della non regolarità fiscale

Con riferimento al terzo e ultimo quesito, la Plenaria del Consiglio di Stato ricorda che, indipendentemente dalle verifiche compiute dalla stazione appaltante, tramite certificazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate, ciò si applica anche al DURC rilasciato dagli enti previdenziali e assistenziali. Il concorrente può sempre

contestare l'aggiudicazione dimostrando, con qualunque mezzo idoneo allo scopo, sia l'assenza originaria sia la perdita successiva della regolarità fiscale dell'aggiudicatario.

Compete poi al giudice amministrativo accertare, in via incidentale e senza efficacia di giudicato nel rapporto tributario o previdenziale/assistenziale, nell'ambito del giudizio relativo all'affidamento del contratto pubblico, la idoneità e la completezza della certificazione presa in considerazione, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal concorrente.

3. Soluzione del caso specifico

Col primo motivo dell'appello principale, l'Adunanza Plenaria conferma che l'aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara perché priva, al momento della presentazione dell'offerta, della regolarità fiscale, in conseguenza di un debito, grave e definitivamente accertato, col Segretariato Generale della Giustizia amministrativa, derivante dal mancato pagamento di una sanzione pari a 18.000 euro, irrogata in conseguenza del ritardato pagamento del contributo unificato dovuto per l'iscrizione a ruolo del ricorso.

Infatti, il contributo unificato, seppure ascritto alla categoria delle entrate tributarie (e identica natura fiscale va riconosciuta alle sanzioni pecuniarie conseguenti al mancato o al ritardato pagamento del contributo unificato), non rientra tra le imposte amministrative dall'Agenzia delle Entrate, motivo per cui i debiti a esso relativi non vengono iscritti nel 'cassetto fiscale'.

Pertanto, poco contano le risultanze delle certificazioni rilasciate dall'Agenzia delle Entrate che transitano attraverso lo strumento informatico messo a disposizione dall'ANAC (AVCPASS ora FVOE), se tale sistema e lo stesso certificato non prevedono alcun obbligo posto a carico del Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa.

Inoltre, sempre secondo la Plenaria, nel caso specifico la violazione della detta obbligazione tributaria era grave e definitivamente accertata. Questo perché l'importo era superiore alla soglia di 5.000 euro (v. art. 48-bis, commi 1 e 2-bis del DPR 602/1973) e perché l'invito di pagamento (valevole quale atto di accertamento della debenza) era stato, correttamente, notificato alla concorrente all'indirizzo del difensore presso il quale aveva eletto domicilio (V. art. 248, comma 2, del D.P.R. n. 115 del 2002 e Corte Costituzionale, sent. 29 marzo 2019, n. 67) e neppure quest'ultimo era stato impugnato, con conseguente cristallizzazione della obbligazione concernente tanto il contributo unificato, quanto la sanzione pecuniaria.

4. La posizione della Plenaria nel contesto del FVOE 2.0

Con riferimento alla documentazione resa disponibile attraverso il sistema FVOE 2.0, sono presenti le stesse problematiche affrontate nella sentenza in commento,

che confermano l'importanza dell'impegno proattivo dei concorrenti nel mantenere informata la regolarità stazione appaltante sulla fiscale e contributiva, ciò indipendentemente dallo strumento informatico utilizzato.

Infatti, anche superando il sistema AVCpass con il fascicolo virtuale dell'OE, l'Autorità si limita a garantire il trasporto e la pubblicazione sicura dei documenti senza alcuna trasformazione o valutazione dei contenuti forniti dagli Enti convenzionati e senza che questi siano necessariamente esaustivi (un elenco di quanto ottenibile dalla stazione appaltante tramite questo sistema, seppur riferito al FVOE 1.0, è contenuto nella [Relazione di accompagnamento alla delibera n. 464 del 27 luglio 2022](#)).

Pertanto, non stupisce che l'ANAC, nella [Delibera n. 262 del 20 giugno 2023 - Provvedimento art. 24 - FVOE](#), abbia precisato che, in attesa della piena operatività del FVOE 2.0, sia indispensabile il contributo delle stazioni appaltanti e dei concorrenti a funzionamento dell'intero sistema di accertamento dei requisiti. Infatti, se le prime devono anzitutto verificare i requisiti non disponibili nel sistema, i secondi devono comunque essere inserire i dati e documenti relativi ai requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari non presenti nel FVOE. Le stazioni appaltanti hanno poi l'onere di trasmettere tutte le informazioni sulle cause di esclusione all'ANAC per la loro eventuale annotazione nel casellario informatico.

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).