

N. 00009/2015REG.PROV.COLL.

N. 00006/2015 REG.RIC.A.P.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6 di A.P. del 2015, proposto da: Mattioda Pierino & Figli S.p.A. in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I., Sogeco s.r.l. in proprio e quale mandante del costituendo R.T.I. con la Mattioda Pierino & Figli Spa, rappresentati e difesi dagli avv.ti Gianluigi Pellegrino e Claudio Piacentini, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, n.11;

contro

Safital s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Claudio De Portu, con domicilio eletto presso Claudio De Portu in Roma, Via Flaminia, n.354;

nei confronti di

Sav - Societa' Autostrade Valdostane S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Umberto Giardini, Manuela Sanvido, Giovanni Corbyons e Claudio Guccione, con domicilio eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, Via Cicerone n.44;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori (Aiscat), rappresentata e difesa dall'avv. Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, Largo Messico n.7; Associazione Nazionale Costruttori Edili (Ance), rappresentata e difesa dall'avv. Pierluigi Piselli, con domicilio eletto presso Pierluigi Piselli in Roma, Via G. Mercalli n.13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VALLE D'AOSTA - AOSTA n. 00018/2015, resa tra le parti, concernente l'annullamento e/o la riforma della sentenza del T.A.R. della Valle d'Aosta nr. 18 pubblicata in data 13 febbraio 2015, con cui è stato accolto il ricorso promosso da Safital S.r.l. avverso l'aggiudicazione definitiva al (costituendo) r.t.i. tra le imprese Mattioda Pierino S.p.A. e Sogeco s.r.l.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Safital s.r.l. e di Sav - Società Autostrade Valdostane S.p.A., nonché l'appello incidentale proposto da quest'ultima;

Visti gli interventi in giudizio di Aiscat e di Ance;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2015 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Pellegrino, Piacentini, De Portu, Piselli, Tedeschini, Sanvido, Corbyons, e Guccione;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta ha accolto il ricorso proposto dalla Safital s.r.l. avverso l'aggiudicazione definitiva al (costituendo) r.t.i. composto dalla mandataria Mattioda Pierino & figli S.p.A. (d'ora innanzi Mattioda S.p.A.) e dalla mandante So.Ge.Co. s.r.l. dell'appalto avente ad oggetto l'esecuzione dei lavori di sostituzione delle barriere spartitraffico tra le progressive km. 78+816 e km 88+865 (tratto n.40) dell'autostrada A5, disposta dalla Società Autostrade Valdostane S.p.A. (d'ora innanzi SAV), in esito ad una procedura ristretta indetta con il criterio del prezzo più basso e giudicata illegittima dai giudici di prima istanza a causa della mancata (e, viceversa, doverosa) esclusione del r.t.i. aggiudicatario, per aver omesso l'indicazione dell'impresa a cui avrebbe affidato il subappalto delle opere per le quali era sprovvisto del requisito di qualificazione.

Avverso la predetta decisione proponevano appello la Mattioda S.p.A. e la So.Ge.Co. s.r.l., ribadendo l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa impugnazione del bando di gara, nella parte che qui rileva, contestando, nel merito, la correttezza del gravato giudizio di illegittimità dell'aggiudicazione controversa, sulla base del rilievo che la disciplina di riferimento (sia quella speciale della procedura controversa, sia quella normativa generale) non imponevano (tantomeno a pena d'esclusione) l'indicazione del nominativo del subappaltatore nel caso di subappalto c.d. necessario, e concludendo per la riforma della decisione appellata e per la conseguente reiezione del ricorso di primo grado.

Resisteva la Safital s.r.l., contestando la fondatezza dell'appello, riproponendo la censura, rimasta assorbita nel giudizio di prima istanza, relativa all'erroneità della positiva verifica dell'anomalia dell'offerta aggiudicataria, sotto il profilo dell'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza

aziendale, e concludendo per il rigetto dell'impugnazione e per la conferma della statuizione di annullamento, in ipotesi con diversa motivazione.

La sentenza veniva appellata in via incidentale anche dalla SAV, che aderiva alle conclusioni formulate con l'appello principale.

Intervenivano ad adiuvandum l'Associazione Nazionale Costruttori Edili (d'ora innanzi ANCE) e l'Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori (d'ora innanzi AISCAT), formulando le medesime conclusioni delle parti appellanti (in via principale e incidentale).

Con ordinanza n.2707/2015 in data 3 giugno 2015 la Quarta Sezione rimetteva all'Adunanza Plenaria la soluzione delle questioni (meglio di seguito illustrate) relative alla necessità (o meno) dell'indicazione nominativa, al momento della presentazione dell'offerta, dell'impresa subappaltatrice, nelle ipotesi in cui quella concorrente sia sprovvista del requisito di qualificazione per alcune categorie scorporabili e abbia manifestato l'intenzione di subappaltare le relative lavorazioni, e alla legittimità (o meno) del c.d. soccorso istruttorio al fine di consentire la predetta identificazione (nell'ipotesi in cui l'Adunanza Plenaria la dovesse giudicare necessaria e solo per le procedure nelle quali la fase di presentazione delle offerte si sia conclusa in data anteriore al relativo pronunciamento) e l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali (per le sole procedure nelle quali la fase di presentazione delle offerte si sia conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n.3 del 2015, che ne ha affermato l'obbligatorietà anche per gli appalti di lavori).

Alla pubblica udienza del 7 ottobre 2015, dinanzi all'Adunanza Plenaria, il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Prima di esaminare, nel merito, i quesiti affidati all'Adunanza Plenaria, occorre verificare, d'ufficio, l'ammissibilità degli interventi svolti da ANCE e AISCAT, essendo state ritualmente informate le stesse della questione, nel corso dell'udienza pubblica del 7 ottobre 2015, ai sensi e per gli effetti dell'art.73, comma 3, c.p.a.

1.1- La legittimazione attiva (e, dunque, all'intervento in giudizio) di associazioni rappresentative di interessi collettivi obbedisce alle stringenti regole di seguito precisate (da reputarsi applicabili anche nell'ipotesi, quale quella in esame, in cui l'interventore ad adiuvandum in appello assuma la posizione sostanziale di interventore ad adiuvandum in primo grado e possa, quindi, limitarsi a far valere un interesse di mero fatto, come chiarito dalla recente decisione dell'Adunanza Plenaria 28 gennaio 2015, n.1).

E' necessario, innanzitutto, che la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati (Cons. St., sez. IV, 16 novembre 2011, n.6050).

E', inoltre, indispensabile che l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 27 aprile 2015, n.2150).

Il Collegio non ignora che con la decisione dell'Adunanza Plenaria 3 giugno 2011, n.10 è stata riconosciuta la legittimazione ad agire in capo a un ordine professionale, anche nell'ipotesi in cui il provvedimento impugnato avvantaggi alcuni degli iscritti, ma reputa che tale sentenza non valga a smentire l'indirizzo dianzi citato, ma ne costituisca, al contrario, una chiara conferma.

Nella decisione in esame, infatti, l'Adunanza Plenaria ha ribadito che la legittimazione dell'ente esponenziale va riguardata con esclusivo riferimento all'interesse istituzionalizzato e alla portata lesiva di esso (rintracciabile nel provvedimento impugnato) e si è solo limitata a rilevare correttamente che non vale ad escludere la legittimazione a ricorrere, avverso un provvedimento lesivo degli interessi della collettività dei professionisti iscritti all'ordine, la circostanza che lo stesso ne avvantaggi alcuni, ma non come professionisti (nel chè va ravvisata la capacità rappresentativa dell'ordine professionale), ma nelle diverse e del tutto peculiari vesti di dipendenti o di docenti (e non, quindi, di liberi professionisti), potenzialmente configgenti (come si è verificato nella fattispecie ivi esaminata) con gli interessi, istituzionalmente rappresentati dall'ordine, della generalità della categoria dei professionisti iscritti ad esso.

Resta, infine, preclusa ogni iniziativa giurisdizionale sorretta dal solo interesse al corretto esercizio dei poteri amministrativi o per mere finalità di giustizia, occorrendo, si ripete, per autorizzare l'intervento di un'associazione esponenziale di interessi collettivi, un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso (Cons. St., sez. III, 9 giugno 2014, n.2892).

Orbene, entrambi gli interventi in esame difettano dei predetti, indispensabili, requisiti.

1.2- Quanto alla posizione di ANCE, è sufficiente osservare che la posizione assunta con l'intervento in merito alla questione principalmente dibattuta (e, cioè, la non obbligatorietà dell'indicazione nominativa del subappaltatore in sede di offerta), oltre a non afferire alle finalità istituzionali dell'associazione, non può in alcun modo ritenersi comune a tutti i suoi associati, tanto che, ad esempio, nella presente controversia un'impresa di costruzioni sostiene la tesi contraria (così come appare plausibile che accada in altre situazioni simili).

Si tratta, in altri termini, di una situazione in cui il provvedimento impugnato in primo grado (l'aggiudicazione di un appalto) ha concretato gli effetti di un conflitto di interessi tra gli appartenenti alla categoria istituzionalmente rappresentata dall'ANCE, di talchè l'intervento finalizzato alla sua difesa non può ritenersi sorretto dall'esigenza di tutelare l'interesse collettivo statutariamente rappresentato dall'Associazione.

1.3- In merito alla posizione di AISCAT, a ben vedere, l'intervento non appare sorretto dall'esigenza di tutelare un interesse da essa protetto e perseguito in via statutaria (come potrebbe accadere, ad esempio, in una controversia concernente la legittimità delle tariffe autostradali), quanto da quella di sostenere una tesi di diritto (e, quindi, per mere ed astratte finalità di giustizia) la cui soluzione, tuttavia, non incide in via diretta ed immediata sugli interessi istituzionalmente rappresentati da AISCAT, ma produce effetti solo riflessi ed indiretti sulla sfera giuridica dei concessionari autostradali (ciò che non può ritenersi sufficiente a radicare la legittimazione all'intervento).

1.4- Alla stregua delle considerazioni che precedono, gli interventi in questione vanno giudicati inammissibili e le relative parti estromesse dal giudizio.

2.- Occorre, quindi, procedere all'analisi delle questioni devolute all'Adunanza Plenaria, principiando da quella formulata per prima (e meglio di seguito descritta).

2.1- Come già rilevato in fatto, la Quarta Sezione, registrando un contrasto giurisprudenziale sulla decisiva questione dell'obbligatorietà (o meno) dell'indicazione del subappaltatore già nella fase dell'offerta da parte dell'impresa concorrente sprovvista della qualificazione in una o più categorie scorporabili (e, quindi, a fronte di un c.d. subappalto necessario) e, quindi, sulla doverosità della sua esclusione, nell'ipotesi di inosservanza del predetto obbligo (ove giudicato tale), ne ha devoluto la risoluzione all'Adunanza Plenaria.

Al predetto problema, infatti, sono state offerte due diverse soluzioni.

Secondo una prima tesi, infatti, la necessità della dimostrazione, ai fini della partecipazione alla procedura, della qualificazione per tutte le lavorazioni per le quali la normativa di riferimento la esige implica, quale indefettibile corollario, la necessità dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già nella fase dell'offerta, di guisa da permettere alla stazione appaltante il controllo circa il possesso, da parte della concorrente, di tutti i requisiti di capacità richiesti per l'esecuzione dell'appalto (Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2015, n. 944; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 676; sez. V, 28 agosto 2014, n. 4405; sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4299; sez. IV, 26 maggio 2014, n. 2675; sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224; sez. III 5 dicembre 2013, n. 5781); secondo una diversa, e minoritaria, lettura dell'istituto, viceversa, una corretta esegesi delle regole che presidiano i requisiti di qualificazione, e che escludono che, ai fini della partecipazione alla gara, sia necessario il possesso della qualificazione anche per le opere relative alle categorie scorporabili (esigendo il ricorso al subappalto solo per quelle a qualificazione necessaria e nella sola fase dell'esecuzione dell'appalto), impone la diversa soluzione dell'affermazione del solo obbligo di indicazione delle lavorazioni che il concorrente intende affidare in subappalto, ma non anche del nome dell'impresa subappaltatrice (Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2015, n. 2223; sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449; sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563).

Si tratta, come si vede, di ricostruzioni (entrambe) plausibili e ragionevoli, oltre che fondate sull'esigenza di tutelare l'interesse pubblico all'amministrazione imparziale e corretta delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

2.2- La scelta dell'opzione ricostruttiva più coerente con la normativa di riferimento esige una preliminare disamina del sistema di regole alla stregua del quale dev'essere affermata la sussistenza (o meno) dell'obbligo dell'indicazione nominativa del subappaltatore ai fini della partecipazione alla gara.

L'art.92, commi 1 e 3, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n.207, che disciplina i requisiti di partecipazione alla gara, stabilisce, innanzitutto, che, ai predetti fini, è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente (quando il concorrente, singolo o associato, non la possieda anche per le categorie scorporabili), purchè per l'importo totale dei lavori.

Il combinato disposto degli artt.92, comma 7 e 109, comma 2, d.P.R. cit. e 37, comma 11, d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 chiarisce, poi, che il concorrente che non possiede la qualificazione per le opere scorporabili indicate all'art.107, comma 2 (c.d. opere a qualificazione necessaria) non può eseguire direttamente le relative lavorazioni ma le deve subappaltare a un'impresa provvista della relativa, indispensabile qualificazione.

L'art.118 d.lgs. cit. (collocato sistematicamente entro la Sezione V del codice, rubricata "principi relativi all'esecuzione del contratto") si occupa, invece, di definire le modalità e le condizioni per il valido affidamento delle lavorazioni in subappalto e prevede, per quanto qui rileva, che all'atto dell'offerta siano indicati (solo) i lavori che il concorrente intende subappaltare e che l'affidatario

depositi, poi, il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di inizio delle relative lavorazioni (unitamente a tutte le attestazioni e dichiarazioni prescritte).

2.3- Dall'analisi delle regole appena citate si ricavano, quindi, i seguenti principi: a) per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili (neanche in quelle indicate all'art.107, comma 2, d.P.R. cit.); b) le lavorazioni relative alle opere scorporabili nelle categorie individuate all'art.107, comma 2, d.P.R. cit. non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, se sprovvisto della relativa qualificazione (trattandosi, appunto, di opere a qualificazione necessaria); c) nell'ipotesi sub b) il concorrente deve subappaltare l'esecuzione delle relative lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione; d) la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare e che abbia, poi, trasmesso alla stazione appaltante il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati; e) il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talchè il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice (tra le quali, ad esempio, l'incameramento della cauzione).

Si tratta come si vede di un apparato regolativo compiuto, coerente, logico e, soprattutto, privo di aporie, antinomie o lacune.

2.4- Ora, a fronte di un sistema di regole chiaro e univoco, quale quello appena esaminato, restano precluse opzioni ermeneutiche additive, analogiche, sistematiche o estensive, che si risolverebbero, a ben vedere, nell'enucleazione di una regola non scritta (la necessità dell'indicazione del nome del subappaltatore già nella fase dell'offerta) che (quella sì) configgerebbe con il dato testuale della disposizione legislativa dedicata alla definizione delle condizioni di validità del subappalto (art.118, comma 2, d.lgs. cit.) e che, nella catalogazione (esauriente e tassativa) delle stesse, non la contempla.

2.5- Secondo il canone interpretativo sintetizzato nel brocardo in claris non fit interpretatio (e codificato all'art.12 delle Preleggi), infatti, la prima regola di una corretta esegesi è quella che si fonda sul significato delle parole e che, quindi, là dove questo risulta chiaro ed univoco, quale deve intendersi il dato testuale della predetta disposizione, non è ammessa alcuna interpretazione che corregga la sua portata precettiva (per come desunta dal lessico ivi utilizzato, ove risulti privo di ambiguità semantiche).

2.6- Ma anche in ossequio al canone interpretativo espresso nel brocardo ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit si perviene alle medesime conclusioni.

Là dove, infatti, l'art.118, secondo comma, d.lgs. cit., ha catalogato (articolandoli in quattro lettere) i requisiti di validità del subappalto, ha evidentemente inteso circoscrivere, in maniera tassativa ed esaustiva, a quei presupposti (e solo a quelli) le condizioni di efficacia del subappalto, sicchè ogni opzione ermeneutica che si risolvesse nell'aggiunta di un diverso ed ulteriore adempimento (rispetto a quelli ivi classificati) dev'essere rifiutata in quanto finirebbe per far dire alla legge una cosa che la legge non dice (e che, si presume, secondo il suddetto canone interpretativo, non voleva dire).

2.7- Dall'esame della vigente normativa di riferimento può, in definitiva, identificarsi il paradigma (riferito all'azione amministrativa, ma anche al giudizio della sua legittimità) secondo cui l'indicazione del nome del subappaltatore non è obbligatoria all'atto dell'offerta, neanche nei casi in

cui, ai fini dell'esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorporabili a qualificazione necessaria, risulta indispensabile il loro subappalto a un'impresa provvista delle relative qualificazioni (nella fattispecie che viene comunemente, e, per certi versi, impropriamente definita come "subappalto necessario").

2.8- La correttezza della soluzione appena enunciata (e che risponde al primo quesito nel senso di negare la doverosità dell'indicazione nominativa del subappaltatore) risulta, peraltro, avvalorata e corroborata dai convergenti argomenti di seguito (sinteticamente) dettagliati.

2.9- L'esegesi ut supra preferita risulta, innanzitutto, riscontrata dall'esame diacronico della legislazione in materia, che consegna all'Adunanza la preziosa informazione dell'originaria previsione (nella legge 11 febbraio 1994, n.109, c.d. Legge Merloni) dell'obbligo dell'indicazione, già nella fase dell'offerta, di una rosa di imprese subappaltatrici (fino al numero di sei) entro le quali avrebbe poi dovuto essere scelta quella affidataria delle lavorazioni subappaltate, e della successiva abrogazione di tale previsione (già nella legge 18 novembre 1998, n.415, c.d. Legge Merloni ter e poi, definitivamente, con il codice dei contratti pubblici), che costituisce il più valido indice della consapevole ed univoca volontà del legislatore del 2006 di escludere, tra le condizioni di validità del subappalto, l'obbligo dell'indicazione nominativa in discussione.

Non solo, ma anche nel disegno di legge di delega al Governo per il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (all'esame della Camera dei Deputati, in seconda lettura, al momento della redazione della presente decisione) può ricavarsi un ulteriore prezioso riscontro alla tesi scelta dall'Adunanza Plenaria, là dove si ripristina, ivi, l'obbligo dell'indicazione di una terna di subappaltatori, ad ulteriore conferma che il silenzio serbato sul punto dal codice dei contratti pubblici in vigore non può essere trattato alla stregua di una lacuna colmabile in esito ad una complessa ed incerta operazione ermeneutica, ma costituisce una scelta chiara e cosciente (tanto che la legislazione precedente e, forse, quella successiva hanno operato e, probabilmente, opereranno una scelta diversa).

2.10- La correttezza della scelta interpretativa sopra enunciata risulta, peraltro, avvalorata anche dalle determinazioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (l'AVCP, prima, e l'ANAC, poi) che hanno ripetutamente affermato il principio dell'obbligatorietà della sola indicazione delle lavorazioni che si intendono affidare in subappalto e contestualmente escluso l'obbligatorietà dell'indicazione nominativa del subappaltatore (si vedano la determinazione ANAC nr. 1 dell'8 gennaio 2015; il parere ANAC nr. 11 del 30 gennaio 2014 e la determinazione AVCP nr. 4 del 10 ottobre 2012), approvando, in coerenza con tali enunciazioni, gli schemi dei bandi, con il valore vincolante ad essi assegnati dall'art. 64, comma 4-bis, d.lgs. cit. (e previo parere conforme del Ministero delle infrastrutture).

Come si vede, dunque, le autorità istituzionalmente provviste di competenza in ordine alla vigilanza sulla corretta amministrazione delle procedure di affidamento degli appalti pubblici hanno costantemente espresso l'avviso della doverosità della sola indicazione delle lavorazioni da subappaltare (e non anche del nome dell'impresa subappaltatrice), validando gli schemi dei bandi confezionati in coerenza a tale regola ed ingenerando, perciò, un significativo affidamento circa la legittimità del relativo *modus procedendi*.

2.11- Lo scrutinio delle direttive europee non conduce ad esiti differenti, confermando, anzi, la correttezza dei principi prima affermati.

Le direttive in materia di appalti pubblici hanno, infatti, 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, astenendosi, quindi, dall'imporre una qualsivoglia soluzione alla pertinente questione.

Orbene, in difetto di un vincolo europeo all'introduzione (in via legislativa o amministrativa) dell'obbligo in discussione, la sua positiva affermazione esige una chiara, univoca ed esplicita sua previsione (con una specifica disposizione di legge), in mancanza della quale resta precluso all'interprete (che eserciterebbe inammissibilmente, in tal modo, in luogo del legislatore o della stazione appaltante, la potestà discrezionale assegnata allo Stato membro dalle direttive) il suo riconoscimento (in esito, peraltro, a un percorso ermeneutico di dubbio fondamento positivo).

2.12- Non solo, ma la tesi contraria dev'essere rifiutata anche perché produrrebbe effetti distorsivi (rispetto al sistema) o, comunque, inutili (rispetto agli interessi che con la stessa si intendono tutelare).

2.13- In primo luogo, l'affermazione dell'obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore all'atto dell'offerta si risolverebbe in una eterointegrazione del bando (che non lo prevedeva), mediante l'inammissibile inserzione automatica nella *lex specialis* di un obbligo non previsto da alcuna disposizione normativa cogente pretermessa nell'avviso (da valersi quale unica condizione legittimante della sua eterointegrazione).

Mentre, infatti, l'eterointegrazione della *lex specialis* postula logicamente l'omessa ripetizione, in essa, di un adempimento viceversa sancito chiaramente da una disposizione normativa imperativa (cfr. ex multis Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2015, n.1250), nella fattispecie in esame verrebbe, al contrario, automaticamente inserita nel bando una clausola non rinvenibile nel diritto positivo e di mera creazione giurisprudenziale.

2.14- La statuizione dell'adempimento in questione finirebbe, inoltre, per costituire una clausola espulsiva atipica, in palese spregio del principio di tassatività delle cause di esclusione (codificato all'art.46, comma 1-bis, d.lgs. cit.).

Se è vero, infatti, che la latitudine applicativa della predetta disposizione è stata decifrata come comprensiva anche dell'inosservanza di adempimenti doverosi prescritti dal codice, ancorché non assistiti dalla sanzione espulsiva (cfr. Ad. Plen. n.9 e n. 16 del 2014), è anche vero che l'applicazione di tale principio esige, in ogni caso, l'esistenza di una prescrizione legislativa espressa, chiara e cogente (nella fattispecie non rintracciabile nel codice dei contratti pubblici).

2.15- La tesi favorevole all'affermazione dell'obbligo in questione comporterebbe, peraltro, una confusione tra avvalimento e subappalto, nella misura in cui attrae il rapporto con l'impresa subappaltatrice nella fase della gara, anziché in quella dell'esecuzione dell'appalto, con ciò assimilando due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse, ma senza creare il medesimo vincolo dell'avvalimento e senza assicurare, quindi, alla stazione appaltante le stesse garanzie contrattuali da esso offerte.

Non solo, ma il relativo assunto si rivela distorsivo del mercato dei lavori pubblici, nella misura in cui costringe le imprese concorrenti a scegliere una (sola) impresa subappaltatrice, già nella fase della partecipazione alla gara, mediante l'imposizione di un onere partecipativo del tutto sproporzionato e gravoso.

2.16- La prospettazione qui disattesa finirebbe, infine, per introdurrebbe un requisito di qualificazione diverso ed ulteriore rispetto a quelli stabiliti, con disciplina completa ed autosufficiente, dall'art.92 d.P.R. cit. (che, come si è già rilevato, esclude l'obbligo del possesso

delle attestazioni nelle categorie scorporabili, ancorchè a qualificazione necessaria, ai fini della partecipazione alla gara), implicando, di conseguenza, la sua inammissibile disapplicazione, che, tuttavia, postula l'indefettibile presupposto, nella specie inconfigurabile, dell'illegittimità della norma secondaria in quanto confliggente con la disposizione legislativa primaria (come chiarito, ex multis, da Cons. St., sez. VI, 14 luglio 2014, n.3623).

Se, infatti, il fondamento logico e sistematico della tesi ricostruttiva che afferma l'obbligatorietà dell'indicazione del nominativo del subappaltatore all'atto dell'offerta dev'essere rinvenuto nell'esigenza di garantire alla stazione appaltante il controllo del possesso da parte del concorrente di tutti i requisiti di qualificazione necessari, la sua condivisione postula l'affermazione della necessità, ai fini della partecipazione alla procedura, della dimostrazione della titolarità delle attestazioni riferite anche alle opere scorporabili (ciò che, invece, risulta chiaramente escluso dalla citata disposizione regolamentare dedicata alla disciplina delle qualificazioni e che andrebbe, quindi, logicamente disapplicata, ma in difetto della indispensabile condizione, sopra ricordata, della sua illegittimità).

3.- La soluzione del primo quesito implica la decadenza del secondo, in quanto fondato sull'unico presupposto dell'affermazione della necessità dell'indicazione nominativa del subappaltatore (viceversa negata con la risposta al primo quesito).

4.- Con il terzo quesito si chiede all'Adunanza Plenaria di chiarire la legittimità (rectius: la doverosità) dell'uso dei poteri di soccorso istruttorio nei casi in cui la fase procedurale di presentazione delle offerte si sia perfezionata prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria 20 marzo 2015 n.3 (con la quale è stato chiarito che l'obbligo, codificato all'art.87, comma 4, d.lgs. cit., di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale si applica anche agli appalti di lavori).

A tale problema occorre offrire una risposta negativa, in quanto con la medesima decisione dell'Adunanza Plenaria è stata espressamente esclusa la sanabilità con il soccorso istruttorio dell'omissione dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, che si risolverebbe in un'inammissibile integrazione postuma di un elemento essenziale dell'offerta (cfr. Ad. Plen. n. 3 del 2015, punto 2.10).

Non si ravvisano, peraltro, ragioni per rimeditare tale (condivisibile e recente) avviso, nella misura in cui si rivela coerente con la lettura della funzione e dei limiti di operatività dell'istituto del soccorso istruttorio, per come enunciati da questa stessa Adunanza Plenaria (Ad. Plen. n.9 del 2014).

A questo proposito non può accedersi alla tesi propugnata dalla difesa delle appellanti secondo cui, in applicazione del principio di cui alla A.P. n. 21 del 2012, dovrebbe affermarsi che la esclusione dalla gara per non avere indicato gli oneri di sicurezza aziendale potrebbe essere comminata solo per le procedure bandite successivamente alla pubblicazione della decisione della A.P. n. 3 del 2015.

L'Adunanza al riguardo approfondendo la questione, ritiene di dover riaffermare il tradizionale insegnamento in tema di esegesi giurisprudenziale, anche monofilattica, che attribuisce ad essa valore esclusivamente dichiarativo.

La diversa opinione finisce per attribuire alla esegesi valore ed efficacia normativa in contrasto con la logica intrinseca della interpretazione e con il principio costituzionale della separazione dei poteri venendosi a porre in sostanza come una fonte di produzione.

In proposito è stato perspicuamente osservato: “Ad una diversa conclusione potrebbe invero giungersi solo ove si ritenga che la precedente interpretazione, ancorché poi corretta, costituisca il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell’atto compiuto in correlazione temporale con essa (ut lex temporis acti). Ma con ciò, all’evidenza, si trasformerebbe una sequenza di interventi accertativi del contenuto della norma in una operazione di creazione di un novum ius, in sequenza ad un vetus ius, con sostanziale attribuzione, ai singoli arresti, del valore di atti fonte del diritto, di provenienza dal giudice; soluzione non certo coniugabile con il precetto costituzionale dell’art. 101 Cost.” (Cassazione SS.UU. n. 15144 del 2011).

E’ significativo che anche le recenti aperture del giudice di legittimità in tema di prospective overruling siano rimaste confinate in ambito strettamente delimitato.

A far tempo dalla già citata pronuncia delle Sezioni unite n. 15144 del 2011 si è costantemente affermato che per attribuire carattere innovativo all’intervento nomofilattico occorre la concomitanza di tre precisi presupposti e cioè che l’esegesi incida su una regola del processo; che si tratti di esegesi imprevedibile susseguente ad altra consolidata nel tempo e quindi tale da indurre un ragionevole affidamento, e che infine - presupposto decisivo – comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa (v. anche Cass. 28967/11; 12704/12 e, da ultimo, 19700/15; 20007/15).

Nel caso di specie nessuno degli anzidetti presupposti può ritenersi sussistente non trattandosi di norma attinente ad un procedimento di carattere giurisdizionale, non preesistendo un indirizzo lungamente consolidato nel tempo e non risultando precluso il diritto di azione o di difesa per alcuna delle parti in causa.

In conclusione, se da un lato non sembra possibile elevare la precedente esegesi al rango di legge per il periodo antecedente al suo mutamento, dall’altro non possono essere sottotaciute le aspirazioni del cittadino alla sempre maggiore certezza del diritto ed alla stabilità della nomofiliachia, ma trattasi di esigenze che, ancorché comprensibili e condivisibili de jure condendo, nell’attuale assetto costituzionale possono essere affrontate e risolte esclusivamente dal legislatore.

5.- Alla stregua delle considerazioni che precedono, si devono, quindi, affermare i principi di diritto che seguono:

a) l’indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell’offerta non è obbligatoria, neanche nell’ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all’art.72, comma 2, d.P.R. cit.;

b) non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell’Adunanza Plenaria n.3 del 2015.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto:

a) dichiara inammissibili gli interventi in giudizio di ANCE e di AISCAT;

b) formula i principi di diritto di cui in motivazione;

c) restituisce gli atti alla IV Sezione del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Paolo Numerico, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Nicola Russo, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/11/2015

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione