amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 1-2/2015

estratto

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

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

Dichiarazione di subappalto: è necessario fare chiarezza

di Giulio Palazzesi

Sommario

Premessa – 1. La disciplina del subappalto e dei requisiti per la partecipazione alle gare e per l'esecuzione delle prestazioni – 2. La giurisprudenza sulla necessaria indicazione del subappaltatore nelle ipotesi di subappalto c.d. necessario – 3. La giurisprudenza contraria all'obbligo di preventiva indicazione del subappaltatore – 4. Considerazioni sugli appalti pubblici di lavori – 4.1. Considerazioni sugli appalti pubblici di servizi e forniture – Conclusioni.

ABSTRACT

La problematica relativa ai contenuti della dichiarazione che i concorrenti sono tenuti a rendere in sede di gara ove intendano far ricorso all'istituto del subappalto ed in particolare l'obbligo di indicare il nome della impresa subappaltatrice già in fase dell'offerta nelle ipotesi di subappalto necessario, pur avendo una grande importanza per gli operatori del settore, non sembra riuscire a trovare una soluzione univoca e condivisa nella giurisprudenza amministrativa. Il presente contributo, dopo aver esaminato gli argomenti a sostegno delle diverse tesi, fornisce argomenti a favore della tesi contraria all'obbligo di preventiva indicazione del subappaltatore, esaminando distintamente gli affidamenti in materia di lavori e quelli in materia di servizi e forniture e ricavando argomenti diversi dalla disciplina delle due tipologie di affidamento..

Premessa

Con il presente contributo si intende provare a fare chiarezza su una questione che, seppur di grande importanza per gli operatori del settore, non sembra riuscire a trovare una soluzione univoca e condivisa nella giurisprudenza amministrativa.

Si fa riferimento alla problematica relativa ai contenuti della dichiarazione che i concorrenti sono tenuti a rendere in sede di gara ove intendano fare ricorso all'istituto del subappalto e, più in particolare, alla sussistenza o meno dell'obbligo di indicare, già in fase di offerta, oltre alla volontà di subappaltare parte delle prestazioni, anche il nominativo dell'impresa subappaltatrice nelle ipotesi di subappalto c.d. "necessario" ovvero in tutti quei casi in cui il ricorso al subappalto si rende necessario in ragione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione.

Sul punto si registrano, infatti, in giurisprudenza due orientamenti del tutto contrapposti e tale difformità di pronunce non permette ad operatori economici e stazioni appaltanti di poter conoscere con certezza l'esatta portata degli obblighi dichiarativi imposti dalla normativa vigente.

Emblematiche di tale situazione di incertezza risultano al riguardo due recenti pronunce del Consiglio di Stato, la n. 5760 del 21 novembre 2014 e la n. 5856 del 26 novembre 2014, che, a distanza di solo cinque giorni, hanno aderito a due orientamenti opposti. Peraltro, entrambe le pronunce citate si sono addirittura spinte ad affermare la assoluta prevalenza dell'orientamento in esse condiviso; la sentenza n. 5856/2014, nel richiamare la necessità di preventiva indicazione del subappaltatore nei casi di subappalto c.d. "necessario" parla di "*pacifico orientamento giurisprudenziale*" e la sentenza n. 5760/2014, nel sostenere, all'opposto, l'inesistenza di un obbligo siffatto afferma che trattasi di "*orientamento dominante*".

Appare, pertanto, evidente l'esigenza di chiarezza sulla questione in esame.

1. La disciplina del subappalto e dei requisiti per la partecipazione alle gare e per l'esecuzione delle prestazioni.

Prima di entrare nel merito della problematica oggetto del presente contributo ed esaminare le pronunce della giurisprudenza amministrativa, è opportuno ripercorrere brevemente la disciplina dettata dal Codice dei Contratti Pubblici e dal relativo Regolamento di esecuzione ed attuazione in materia di subappalto e di requisiti necessari a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica e ad eseguire le relative prestazioni.

L'art. 118 del Codice, dopo aver chiarito che i soggetti affidatari dei contratti disciplinati dal d.lgs. 163/2006 sono tenuti ad eseguire in proprio le prestazioni affidate, prevede che «*tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo*».

Il ricorso a tale istituto non è tuttavia esente da limiti; il secondo comma del medesimo art. 118, chiarisce, infatti, che «*per i lavori, per quanto riguarda la categoria prevalente, con il regolamento, è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al trenta per cento*»; per i servizi e le forniture «*tale quota è riferita all'importo complessivo del contratto*».

In attuazione della citata previsione legislativa, l'art. 170 del d.P.R. 207/2010, ha previsto che «*la percentuale di lavori della categoria prevalente subappaltabile o che può essere affidata a cottimo, da parte dell'esecutore, è stabilita nella misura del trenta per cento dell'importo della categoria*».

Per una completa analisi del quadro normativo di riferimento è necessario richiamare anche il

disposto dell'art. 37, comma 11, d.lgs. 163/2006, ai sensi del quale se nell'appalto o nella concessione di lavori rientrano, oltre ai lavori c.d. prevalenti, anche strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi il valore del 15% dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non sono in grado di realizzare detti interventi possono fare ricorso al subappalto con il medesimo limite previsto dal secondo comma dell'art. 118, ovvero nel limite del 30% dell'importo della categoria (per l'elenco delle opere considerate come "*strutture, impianti e opere speciali*", si veda l'art. 12 della legge 80/2014) [1].

Dalla lettura combinata delle disposizioni sopra richiamate, emerge che (i) l'operatore economico può affidare in subappalto parte delle prestazioni oggetto di affidamento e (ii) le prestazioni riconducibili alla categoria prevalente e alle categorie di lavorazioni c.d. superspecialistiche possono essere affidate nel limite del trenta per cento dell'importo della relativa categoria.

La normativa vigente sottopone, infine, il ricorso all'istituto del subappalto ad una serie di adempimenti formali.

L'art. 118 del Codice, subordina, infatti, l'affidamento in subappalto alle seguenti condizioni: (i) che i concorrenti abbiano indicato in sede di offerta le parti di prestazioni che intendono subappaltare; (ii) che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno 20 giorni prima della data di inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni; (iii) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante, l'affidatario trasmetta anche la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal codice relativamente alle prestazioni da subappaltare e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 e (iv) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto alcuno dei divieti previsti dall'art. 10 della l. 575/65 e successive modificazioni.

Chiarito quanto sopra con riferimento alla disciplina dettata in materia di subappalto, è a questo punto opportuno soffermarsi brevemente sulle regole che la normativa vigente detta con riferimento ai requisiti necessari per partecipare alle procedure di gara e per eseguire le relative prestazioni, distinguendo le regole in materia di lavori da quelle in materia di servizi e forniture. Tale disciplina assume, infatti, rilievo preminente nella questione oggetto del presente contributo.

Quanto ai lavori occorre in primo luogo fare riferimento all'art. 92 del d.P.R. 207/2010 recante "*requisiti del concorrente singolo e di quelli riuniti*".

Circoscrivendo l'esame alle regole relative alla partecipazione del concorrente singolo, il primo comma della norma in commento stabilisce che quest'ultimo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi, con l'ulteriore precisazione che i requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente.

Tale disciplina deve tuttavia essere letta anche alla luce delle disposizioni dettate dall'art. 12

[1] L'elenco delle opere da considerare come "strutture, impianti e opere speciali" era prima contenuto nell'art. 107 del d.P.R. 207/2010. Tale disposizione normativa è stata sostituita dal citato art. 12 della l. 80/2014 a seguito del parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, n. 3014/2013 che ha disposto l'annullamento del secondo comma dell'art. 107. Ai sensi di tale norma, si considerano strutture, impianti e opere speciali le seguenti categorie OG11, OS2-A, OS 2-B, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 21, OS 25, OS 30.

della legge n. 80/2014 che disciplina i requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni da parte dell'affidatario[2].

Il citato art. 12, infatti, dopo aver previsto in linea generale che il concorrente in possesso della qualificazione nella categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera anche se sprovvisto delle relative qualificazioni, chiarisce, tuttavia, che il concorrente qualificato nella sola categoria prevalente non può eseguire direttamente, se privo delle relative qualificazioni, le lavorazioni rientranti in alcune categorie specificatamente individuate dalla norma in commento[3] (c.d. categorie a qualificazione obbligatoria) se di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera ovvero di importo superiore a 150.000 Euro; tali lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni.

Dalla lettura combinata delle disposizioni sopra richiamate si evince che il concorrente singolo può partecipare alla procedura di gara sia nel caso in cui lo stesso sia in possesso della qualificazione relativa alla categoria prevalente ed alle categorie scorporabili per i rispettivi importi, sia nell'ipotesi in cui lo stesso sia in possesso della qualificazione nella sola categoria prevalente per l'importo totale dei lavori; in tale ultimo caso però l'affidatario non potrà eseguire direttamente le lavorazioni a qualificazione c.d. obbligatoria di cui sia privo, prestazioni che dovranno pertanto inevitabilmente essere affidate in subappalto ad un'impresa in possesso delle relative qualificazioni.

Disciplina diversa è, invece, prevista per i servizi e le forniture.

Le regole in materia sono dettate dall'art. 275 del d.P.R. 207/2010, recante "*requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento*", ai sensi del quale il concorrente singolo può partecipare alla gara se in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla prestazione di servizi e forniture indicata come principale ed alle eventuali prestazioni secondarie per i singoli importi.

Diversamente dai lavori, dunque, in materia di servizi la normativa vigente richiede che il concorrente sia in possesso dei requisiti tanto della prestazione prevalente quanto di quelle secondarie. Non è, quindi, prevista l'alternativa contenuta nell'art. 92 in materia di lavori che consente la partecipazione anche del concorrente qualificato per la sola prevalente, ma per l'intero importo; conseguentemente manca anche una disciplina analoga a quella contenuta nell'art. 12 della l. 80/2014 e sopra richiamata.

Negli appalti di servizi e forniture, infine, l'art. 42 del Codice prevede, limitatamente ai requisiti di capacità tecnico-professionale, che il concorrente possa fornire la dimostrazione del possesso di tali requisiti mediante l'indicazione «*della quota di appalto che il concorrente intenda, eventualmente, subappaltare*».

2. La giurisprudenza sulla necessaria indicazione del subappaltatore nelle ipotesi di subappalto c.d. necessario.

Come anticipato in premessa, negli ultimi anni alcune pronunce della giurisprudenza ammi-

[2] La disciplina relativa ai requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni era prima contenuta nell'art. 109 del d.P.R. 207/2010. Tale disposizione normativa è stata sostituita dal citato art. 12 della l. 80/2014 a seguito del parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, n. 3014/2013 che ha disposto l'annullamento del secondo comma dell'art. 109. Il medesimo art. 12 ha altresì disposto l'abrogazione dei commi 1 e 3 del richiamato art. 109.

[3] Ai sensi dell'art. 12 della legge n. 80/2014 rientrano tra tali categorie a qualificazione c.d. obbligatoria tutte le categorie di opere generali (OG), nonché le seguenti categorie di opere speciali (OS): 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 25.

nistrativa hanno affermato che in determinate ipotesi la dichiarazione di subappalto non può limitarsi ad indicare la volontà di subappaltare parte delle prestazioni, ma deve anche contenere il nominativo dell'impresa subappaltatrice e la dimostrazione, da parte di questa, dei requisiti necessari all'esecuzione delle prestazioni.

Particolarmente significativa appare sul punto la sentenza del Tar Lazio n. 5806 del 1° luglio 2011 poi confermata in appello dalla sentenza del Consiglio di Stato, n. 2508 del 2 maggio 2012.

Con tale pronuncia il Tar del Lazio ha ritenuto illegittima la partecipazione di un operatore in possesso della qualificazione nella sola categoria prevalente prevista dal bando e sprovvisto della qualificazione nella categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria che, in sede di gara, si è limitato a dichiarare la volontà di affidare in subappalto la predetta categoria senza indicare il nominativo del subappaltatore e senza fornire la dimostrazione del possesso da parte di questo dei requisiti di qualificazione necessari ad eseguire le prestazioni da subappaltare.

Ad avviso del Tribunale Amministrativo Regionale, infatti, in ipotesi siffatte, il subappalto sarebbe «*sostanzialmente un avvalimento con conseguente obbligo delle dichiarazioni al momento dell'offerta come previsto dall'art. 49 del codice degli appalti*»; e ciò in considerazione del fatto che in simili casi, il ricorso al subappalto si renderebbe necessario per il concorrente che, in quanto privo di qualificazione in determinate categorie a qualificazione obbligatoria, non potrebbe eseguire direttamente tali prestazioni essendo pertanto obbligato a subappaltare le stesse ad imprese idoneamente qualificate.

L'art. 118 del d.lgs. 163/2006, andrebbe quindi interpretato nel senso che la dichiarazione ivi prevista deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore, unitamente alla dimostrazione del possesso, in capo a costui, dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al subappalto si renda necessario in ragione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione.

L'assunto sopra richiamato è stato poi ripreso e condiviso da diverse pronunce della giurisprudenza amministrativa relative sia ad appalti di lavori che ad appalti di servizi[4].

3. La giurisprudenza contraria all'obbligo di preventiva indicazione del subappaltatore.

Parte della giurisprudenza amministrativa si è, tuttavia, discostata dall'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato.

Alcune pronunce del giudice amministrativo hanno, infatti, rilevato come la normativa vigente non impone ai concorrenti di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta, ma si limita a richiedere la preventiva indicazione delle prestazioni che il concorrente intende affidare in subappalto, qualora lo stesso non sia in possesso delle qualificazioni necessarie ad eseguire direttamente le categorie scorporabili, rimandando alla fase esecutiva sia l'indicazione del nominativo dell'impresa subappaltatrice sia la dimostrazione dei requisiti da parte di questo (art. 118).

Più in particolare, secondo tale orientamento, dal combinato disposto degli artt. 37, comma 11 e 118, comma 2, del d.lgs. 163/2006 e 92 del d.P.R. 207/2010 «*non si evince espressamente l'esistenza dell'obbligo del concorrente, che dichiari di voler avvalersi del subappalto per alcune specifiche lavorazioni, di indicare già in sede di presentazione*

[4] Si veda per i lavori Tar Toscana, sentenza 14 ottobre 2013, n. 1360; Consiglio di Stato, sentenze 28 agosto 2014, n. 4405; 26 agosto 2014, n. 4299; 13 marzo 2014, n. 1224; 26 maggio 2014, n. 2675, 3 luglio 2014, n. 3344; e per i servizi Tar Umbria 31 ottobre 2012, n. 464; Consiglio di Stato, sentenze 21 novembre 2012, n. 5900; 5 dicembre 2013, n. 5781; 26 novembre 2014, n. 5856.

dell'offerta il nominativo dell'impresa subappaltatrice»[5].

Il diverso orientamento giurisprudenziale che impone la preventiva indicazione del subappaltatore nelle ipotesi in cui lo stesso sia privo dei requisiti relativi alle categorie scorporabili a qualificazione c.d. obbligatoria, non sarebbe, pertanto, meritevole di essere condiviso, in quanto non terrebbe adeguatamente in considerazione il disposto di cui all'art. 92 del d.P.R. 207/2010. Tale previsione legislativa chiarisce, infatti, che il concorrente può prendere parte alla procedura di gara anche se sprovvisto di qualificazione in alcune categorie scorporabile, purché copra tale carenza con un incremento di qualificazione nella categoria prevalente. In altre parole, l'operatore in possesso anche della sola prevalente per l'intero importo dell'appalto non può essere considerato privo dei necessari requisiti di qualificazione e non è pertanto tenuto a dimostrare, già in sede di offerta, il possesso di tali requisiti da parte del futuro subappaltatore. Ciò che tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dell'impresa e legittima la partecipazione del concorrente alla procedura è infatti la totale copertura della categoria prevalente[6].

Nel medesimo senso si è espressa anche l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, che ha, peraltro, rilevato come l'adesione all'orientamento che impone la preventiva indicazione del subappaltatore «*finisce per creare due distinte figure di subappalto, quello "facoltativo" e quello "necessario", con differenti regimi applicativi che, però, non trovano riscontro positivo nell'ordinamento vigente*»; ad avviso dell'Autorità, inoltre, una simile interpretazione «*conduce ad un'indebita assimilazione tra subappalto ed avvalimento, che, in realtà, sono istituti differenti e conoscono una distinta disciplina*»[7].

4 Considerazioni sugli appalti pubblici di lavori.

A parere di chi scrive, il secondo degli orientamenti sopra richiamati sembrerebbe più aderente al quadro normativo oggi vigente.

Per esigenze di chiarezza espositiva appare tuttavia opportuno affrontare separatamente gli appalti di lavori e gli appalti di servizi e forniture.

Sebbene, infatti, la giurisprudenza amministrativa sembra aver applicato le medesime considerazioni per tutti i tipi di affidamenti, la diversità di disciplina dettata dal Legislatore per la partecipazione alle gare di lavori, rispetto a quella in materia di servizi e forniture sembrerebbe imporre un trattazione distinta delle due tipologie di affidamento.

In materia di lavori, le pronunce giurisprudenziali che, in determinate ipotesi, impongono la preventiva indicazione del subappaltatore non sembrano poter essere condivise.

Tali statuizioni si fondano in sostanza sul seguente *iter* argomentativo: il concorrente può partecipare alla procedura di gara anche se privo di qualificazione in alcune delle categorie scorporabili purché copra tale carenza con un incremento di qualificazione nella categoria prevalente (art. 92, d.P.R. 207/2010); in tali casi però il concorrente non potrà eseguire direttamente le prestazioni rientranti nelle categorie a qualificazione c.d. obbligatoria se privo dei relativi requisiti (art. 12, l. n. 80/2014) e queste prestazioni dovranno, quindi, essere obbligatoriamente subappaltate dall'affidatario; il subappalto andrebbe pertanto a sopperire alla

[5] Consiglio di Stato, 7 luglio 2014, n. 3449.

[6] Si veda per i lavori Tar Sardegna, 13 novembre 2013, n. 751; Tar Puglia, Bari, 27 marzo 2014, n. 393; Consiglio di Stato, sentenze 25 luglio 2013, n. 3963; 7 luglio 2014, n. 3449; 21 novembre 2014, n. 5760; e per i servizi Consiglio di Stato, 19 giugno 2012, n. 3563.

[7] AVCP, parere n. 70 del 9 maggio 2013; si veda anche AVCP determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 sui banditipo; AVCP pareri n. 165 del 10 ottobre 2012 e n. 187 del 7 novembre 2012.

carenza di alcuni requisiti da parte del concorrente sostanziandosi in una sorta di avvalimento; in ipotesi siffatte, l'amministrazione dovrebbe essere messa in grado di poter valutare sin dalla fase di offerta che l'impresa che andrà poi ad eseguire in concreto le prestazioni sia effettivamente in possesso dei necessari requisiti; a tal fine sarà quindi necessario indicare già in fase di gara il nominativo dell'impresa subappaltatrice ed il possesso in capo a questa dei requisiti prescritti per l'esecuzione delle relative prestazioni analogamente a quanto previsto per l'avvalimento dall'art. 49, d.lgs. 163/2006.

Ebbene, il citato orientamento, seppur evidentemente motivato dall'esigenza di tutelare l'amministrazione aggiudicatrice e mettere la stessa in condizione di poter conoscere, già al momento della fase di partecipazione, le imprese esecutrici delle prestazioni ed i relativi requisiti di qualificazione, non appare coerente con la disciplina dettata dal Codice degli appalti e dal relativo Regolamento di esecuzione.

Come si è avuto modo di evidenziare nei paragrafi che precedono, infatti, la normativa in materia di appalti pubblici, chiarisce che per partecipare alle procedure di gara il concorrente deve essere in possesso di determinati requisiti.

Con specifico riferimento agli affidamenti di lavori, la disciplina di tali requisiti è dettata dall'art. 92 del d.P.R. 207/2010 che, come anticipato, si limita a richiedere che il concorrente sia in possesso o della sola categoria prevalente per l'intero importo dell'appalto ovvero della categoria prevalente e delle categorie scorporabili per i singoli importi (con l'ulteriore precisazione che i requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente).

Tale norma consente quindi espressamente la partecipazione alla gara anche da parte del concorrente che, pur sprovvisto di qualificazione in alcune delle categorie scorporabili (anche se a qualificazione obbligatoria), copra tale carenza con un incremento di qualificazione nella categoria prevalente.

La circostanza poi che il concorrente così qualificato non potrà eseguire direttamente le prestazioni rientranti nelle categoria a qualificazione c.d. obbligatoria (art. 12, l. n. 80/2014) impone unicamente al concorrente di dichiarare, a pena di esclusione, l'intenzione di affidare tali lavorazioni in subappalto, ma non sembra poter giustificare che quest'ultimo debba fornire, già in sede di offerta, anche la dimostrazione del possesso dei requisiti da parte dell'impresa subappaltatrice.

Invero, la diversa tesi favorevole alla preventiva indicazione del subappaltatore non sembra tenere in considerazione che (i) un simile obbligo non è prescritto da alcuna disposizione legislativa; (ii) il concorrente ha già fornito la dimostrazione di possedere i requisiti richiesti dalla normativa ex art. 92 del d.P.R. 207/2010 e sono questi requisiti che tutelano la stazione appaltante in ordine all'affidabilità dell'operatore e (iii) l'amministrazione potrà comunque debitamente valutare, anche se nella successiva fase esecutiva, l'idoneità del soggetto che in concreto andrà ad eseguire le prestazioni posto che, come anticipato, l'art. 118, d.lgs. 163/2006, subordina il ricorso al subappalto, tra l'altro, alle seguenti condizioni (a) che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno 20 giorni prima della data di inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni e (b) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante, l'affidatario trasmetta anche la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal codice relativamente alle prestazioni da subappaltare e la dichiarazione del subappaltato-

re attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38.
Una simile interpretazione, peraltro, finirebbe per equiparare nella sostanza l'istituto del subappalto all'avvalimento che sono, invece, due istituti con finalità e discipline ben distinte. Mentre, infatti, l'avvalimento è un istituto mediante il quale il concorrente che sia privo di alcuni requisiti di partecipazione di carattere speciale sopperisce a tale carenza avvalendosi dei requisiti di altro soggetto, il subappalto è uno strumento utilizzato da un concorrente che possiede già tutti i requisiti necessari per partecipare alla procedura di gara e rappresenta una mera modalità di esecuzione delle prestazioni. Sul piano normativo, del resto, solo per le ipotesi di avvalimento è espressamente imposto al concorrente di individuare sin dall'offerta il nominativo dell'impresa ausiliaria e di fornire la dimostrazione del possesso, in capo a questa, dei necessari requisiti di qualificazione (art. 49, d.lgs. 163/2006); nel caso di subappalto simili incombenti sono, invece, differiti alla successiva fase di esecuzione.
La correttezza delle conclusioni qui rassegnate appare, peraltro, confermata da una serie di ulteriori considerazioni.
In primo luogo, si rileva che l'obbligo di preventiva indicazione del subappaltatore era espressamente previsto dalla previgente legge 109/1994 (art. 34), ma tale incombente è stato successivamente soppresso dall'art. 9 della legge 415/1998 che ha subordinato il ricorso al subappalto alla sola indicazione delle prestazioni da affidare in subappalto.
In secondo luogo, considerato che nessuna norma impone al concorrente di indicare in sede di offerta anche il nominativo dell'impresa subappaltatrice, una eventuale esclusione disposta in ragione di tale omissione sembra porsi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46 del Codice dei Contratti che, come è noto, circoscrive le ipotesi di esclusione a circostanze tassativamente indicate.

4.1 Considerazioni sugli appalti pubblici di servizi e forniture.

Appare a questo punto opportuno muovere alcune considerazioni con riferimento agli appalti di servizi e forniture.
Anche in tali ipotesi, seppur con argomentazioni parzialmente diverse, non sembra poter essere condiviso l'orientamento che impone la preventiva indicazione del nominativo del subappaltatore.
Come anticipato, la disciplina dettata in materia di requisiti di partecipazione per gli appalti di servizi e forniture è diversa da quella prevista per gli appalti di lavori.
In materia di servizi e forniture, infatti, l'art. 275 del d.P.R. 207/2010 richiede che il concorrente sia in possesso sia dei requisiti della prestazione prevalente quanto di quelli relativi alle prestazioni secondarie.
In tali ipotesi, tuttavia, l'art. 42 del d.lgs. 163/2006, prevede che il concorrente, seppur con riferimento ai soli requisiti di capacità tecnico-professionale (e non, quindi, per quelli relativi alla capacità economico-professionale) possa dimostrarne il possesso mediante l'indicazione «*della quota di appalto che il concorrente intenda, eventualmente subappaltare*».
Nel caso dei servizi e delle forniture, quindi, la normativa vigente sembrerebbe consentire di ricorrere all'istituto del subappalto anche per sopperire alla totale carenza di un requisito di partecipazione. Si noti che una simile eventualità va ben oltre a quanto accade nei lavori; nel caso dei lavori, infatti, il concorrente che ricorre al subappalto (anche c.d. necessario) è comunque in possesso di tutti i requisiti necessari a partecipare alla gara anche se privo di alcuni requisiti necessari ad eseguire le prestazioni ed il subappalto non mira quindi a consentire la partecipazione di un concorrente che non po-

trebbe altrimenti prendere parte alla procedura di gara, ma è tutt'al più finalizzato ad integrare i requisiti richiesti per la successiva esecuzione delle prestazioni.

Con riferimento al tema oggetto del presente contributo, si tratterà quindi di verificare se per gli appalti di servizi e forniture (i) la normativa consenta effettivamente di ricorrere al subappalto per integrare la carenza di un requisito di partecipazione e (ii) se il concorrente sia tenuto ad indicare, oltre alle quote che intende subappaltare, anche il nominativo del subappaltatore.

Ebbene, ad avviso di chi scrive, nonostante la citata previsione di cui all'art. 42 del Codice dei Contratti, la possibilità di consentire il ricorso al subappalto anche per sopperire la totale mancanza di un requisito di partecipazione, non appare coerente con le disposizioni legislative oggi vigenti.

In particolare, occorre tenere in considerazione che (i) il sistema normativo prevede l'istituto dell'avvalimento e quest'ultimo è finalizzato proprio a consentire ai concorrenti privi di alcuni requisiti di poter colmare tale mancanza mediante il ricorso ai requisiti di altri operatori; (ii) la normativa vigente sottopone il ricorso all'avvalimento ad incombenti più stringenti rispetto al subappalto proprio perché tale istituto è volto a consentire la partecipazione da parte di un concorrente che non potrebbe altrimenti prendere parte alla procedura di gara e (iii) come evidenziato dall'Autorità di Vigilanza «*L'avvalimento, infatti, è un istituto che consente al concorrente di integrare i propri requisiti in sede di gara. Il subappalto, invece, rappresenta una modalità di esecuzione dei lavori mediante affidamento da parte di un soggetto già in possesso dei requisiti ad un altro soggetto che realizzerà parte della prestazione*»[8].

Negli appalti di servizi e forniture sarebbe, quindi, improprio parlare di subappalto "necessario". In queste ipotesi, infatti, affermare che la dichiarazione di subappalto "deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore, unitamente alla dimostrazione del possesso in capo al medesimo dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al subappalto si renda necessario in conseguenza del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione" significherebbe ammettere che il concorrente possa colmare la carenza di un requisito mediante il ricorso al subappalto in alternativa all'avvalimento e tale eventualità non sembra essere del tutto coerente con il quadro normativo di riferimento.

Peraltro, anche ove si ritenesse di dover interpretare la normativa vigente nel senso di ammettere che il concorrente possa partecipare agli appalti di servizi e forniture anche sopperendo alla mancanza di un requisito speciale tramite il ricorso al subappalto, è comunque necessario considerare che: (i) il bando di gara dovrebbe prevedere espressamente tale possibilità (art. 42, comma 2); (ii) la quota affidabile in subappalto non potrebbe comunque eccedere il 30% dell'importo del contratto (art. 118, comma 2); (iii) la norma parla dei soli requisiti di capacità tecnica e non potrebbe quindi essere estesa anche ai requisiti di capacità economico-finanziaria (art. 42) e (iv) la disposizione normativa si limita a richiedere unicamente di indicare la quota da affidare in subappalto, ma non impone al concorrente di dichiarare anche il nominativo dell'impresa subappaltatrice (art. 42).

Anche nel caso di servizi e forniture non sembra quindi potersi condividere l'orientamento che, in determinate ipotesi, richiede la preventiva indicazione, già in sede di offerta, del nominativo dell'impresa subappaltatrice.

Conclusioni.

[8] AVCP determinazione n. 2 del 1 agosto 2012.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

In conclusione, a parere di chi scrive, la normativa oggi vigente in materia di appalti pubblici non sembra poter essere interpretata in modo da imporre al concorrente di individuare, già in fase di offerta, il nominativo dell'impresa subappaltatrice con contestuale dimostrazione del possesso da parte di questa dei necessari requisiti di qualificazione e questo tanto nelle ipotesi di subappalto c.d. "necessario" che in quelle di subappalto c.d. "facoltativo".

Peraltro, la giurisprudenza amministrativa non sembra aver operato una invero necessaria distinzione tra la disciplina relativa agli appalti di lavori e la disciplina relativa agli appalti di servizi e forniture. Come anticipato, infatti, il citato orientamento del c.d. subappalto "necessario" ha avuto origine in una controversia attinente ad un appalto di lavori, ma è poi stato "recepito" anche da successive pronunce in materia di servizi senza alcuna considerazione delle diverse regole che governano la partecipazione e l'esecuzione di tale tipologia di affidamenti. La parziale difformità delle disposizioni relative ai lavori e quelle relative ai servizi e forniture sembra, invece, imporre una trattazione distinta della questione oggi in esame.

Tutto ciò chiarito, si evidenzia che, anche qualora non si ritenesse di poter condividere le argomentazioni esposte nel presente contributo, ciò che non sembra poter essere messo in dubbio è l'assoluta necessità di chiarezza sulla questione in esame. Non può, infatti, sfuggire che fintanto che la giurisprudenza continuerà a fornire delle indicazioni contrastanti sulla problematica affrontata, da una parte, sia gli operatori economici sia le stazioni appaltanti non saranno messi in grado di conoscere con il dovuto grado di certezza quali siano le regole che in concreto governeranno le singole procedure di gara e, dall'altra, le procedure ad evidenza pubblica saranno esposte ad un costante rischio di impugnazione giurisdizionale con l'ulteriore aggravante che identiche situazioni di fatto potranno essere risolte in maniera difforme da parte dell'Autorità Giudiziaria.