



Chiedi a Bosetti !
A domanda risponde
Battista BOSETTI

8 febbraio 2019 dalle ore 12.00 alle ore 13.00



Avv. Vito RIZZO
Coordinatore Scientifico
Webinar ASMEL



Battista BOSETTI

Socio Fondatore

Bosetti Gatti & Partners s.r.l.



Question Time:



Quesiti - Avvalimento

1. Nell'indagine di mercato e/o nella manifestazione di interesse preliminari a una procedura negoziata è possibile prevedere il divieto di avvalimento?

La risposta è negativa; l'istituto dell'avvalimento prescinde dalla tipologia della procedura di gara ed è possibile (quindi deve essere ammesso) anche nelle procedure negoziate precedute dalle indagini di mercato mediante ricerca di manifestazioni di interesse.

Quesiti - Avvalimento

2. È possibile chiarire il principio di rotazione nell'avvalimento con le imprese ausiliarie?

La rotazione riguarda gli operatori economici «invitati» e gli operatori economici «aggiudicatari» (quest'ultima è una precisazione inutile considerato che un aggiudicatario non può che rientrare nel perimetro degli invitati).

Non riguarda invece le imprese ausiliarie.

Del resto la rotazione, pur avendo lo scopo di permettere a tutti gli operatori di avere una possibilità di partecipazione, è «oggettivamente» una restrizione del mercato, per cui non può che applicarsi ai soli soggetti destinatari diretti.

Quesiti - Avvalimento

3. È possibile procedere ad avvalimento attraverso una impresa stabilita all'estero?

La risposta è affermativa senz'altro se l'impresa ausiliaria è stabilita in un paese dell'Unione europea o in un paese che ha sottoscritto gli accordi sugli appalti pubblici (A.A.P.) nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio (WTO).

Peraltro, con un orientamento di non immediata condivisione, il Consiglio di Stato, Sez. V, 21 marzo 2018, n. 1813, ha ammesso l'avvalimento anche di un'impresa ausiliaria stabilita in un paese terzo che non ha sottoscritto gli A.A.P.

Quesiti - Avvalimento

4. Che differenza c'è tra l'avvalimento di garanzia e l'avvalimento operativo alla luce dell'art. 89, comma 1, ultimo periodo del d.lgs. n. 50 del 2016?

La differenza non si rileva nella norma ma nella copiosa elaborazione giurisprudenziale (si vedano Consiglio di Stato, Sez. III, 5/3/2018, n. 1339 e Sez. V, 28/2/2018, n. 1216).

In sintesi:

- l'avvalimento «operativo» è di tipo «materiale» nel senso che si tratta di mezzi d'opera, personale, conoscenze tecniche, esperienza specifica, (mezzi e risorse descrivibili e individuabili oggettivamente); le risorse vanno indicate con puntualità nel contratto di avvalimento e trova applicazione l'articolo 88 del d.P.R. n. 207 del 2010 (che, anche se riservato ai lavori, esprime condizioni applicabili in via generale);

Quesiti - Avvalimento

- l'avvalimento di «garanzia» è «immateriale» ovvero è la capacità di far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto e non richiede di essere riferito a «beni» ma alla messa a disposizione del fatturato, delle referenze bancarie (ove richieste) e della solidità finanziaria e di esperienza di settore, e nel quale non è necessario, di norma, che il contratto si riferisca a specifici beni patrimoniali o a indici materiali, ma è sufficiente che emerga l'impegno contrattuale a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale (da ultimo Consiglio di Stato, Sez. V, 14/5/2018, n. 2855 e 30/1/2019, n. 755).

Le diverse condizioni si riflettono sulle dichiarazioni ma soprattutto sul contenuto contrattuale.

Quesiti - Avvalimento

5. Quali limiti ci sono per l'avvalimento dei requisiti di ordine speciale?

Non vi sono limiti all'avvalimento se non quelli previsti in modo specifico dalle norme:

- nei lavori le attestazioni SOA nelle categorie di cui al d.m. n. 248 del 2016 e nelle categorie che riguardano interventi su beni vincolati (OG2, OS2-A, OS2-B e OS25);*
- nei servizi l'iscrizione all'Albo Nazionale gestori ambientali;*
- nei servizi intellettuali per quanto indicato nella relazione che precede, anche ricorrendo all'articolo 89, comma 4, relativamente alle prestazioni soggette a riserva di legge (ci si può mai immaginare l'avvalimento di un avvocato per i servizi giuridici?)*

Quesiti - Avvalimento

6. La certificazione ISO 9000 può essere oggetto di avvalimento?

La certificazione ISO 9001 è ormai riconosciuta pacificamente come requisito del quale è possibile l'avvalimento (malgrado una giurisprudenza risalente contraddittoria). Del resto, nei lavori, in caso di avvalimento di attestazione SOA per classifiche superiori alla II la certificazione ISO 9001 è intrinseca alla stessa attestazione. Nel contratto di avvalimento però l'ausiliaria dovrà mettere a disposizione il know how, le risorse, i modelli operativi, le procedure, gli addetti alla qualità e ogni altra condizione, con riferimento all'intero complesso aziendale (la certificazione è di per sé «indivisibile») che hanno consentito il rilascio della certificazione. Lo stesso vale per la certificazione ISO 14001. (TAR Firenze, 13 luglio 2018, n. 1012).

Quesiti - Avvalimento

7. L'istituto dell'avvalimento è applicabile anche alle ipotesi in concessione mediante finanza di progetto?

L'art. 89 (avvalimento) è collocato nel titolo III della Parte II, non richiamato dall'art.179 (disciplina comune applicabile ai PPP), cosa che potrebbe far credere l'inapplicabilità dell'avvalimento alla finanza di progetto.

Tuttavia, come noto, la finanza di progetto non è altro che un «contratto di concessione» anche se caratterizzato da alcune peculiarità procedurali e l'articolo 164, comma 2, richiama anche la parte II del codice «per quanto compatibile».

Quesiti - Avvalimento

Ebbene, l'avvalimento è senz'altro un principio generale di origine comunitaria, per cui non c'è ragione perché non possa essere applicato alle concessioni e alla finanza di progetto, anche perché l'articolo 38, paragrafo 2, della direttiva 2014/23 sulle concessioni, riproduce esattamente l'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 sugli appalti, che costituisce la norma quadro in materia di avvalimento, recepita con l'articolo 89 del Codice.

Ovviamente trattandosi di prestazioni riconducibili alle più varie tipologie di operatori (finanziatori, costruttori, progettisti, gestori ecc.) quindi con i requisiti i più diversi e variegati, l'avvalimento dovrà essere effettuato con la dovuta precisione e impostazione.

Quesiti - Avvalimento

8. Quali sono gli elementi specifici del contratto di avvalimento?

Premesso che tali elementi sono distinti a seconda che si tratti di avvalimento di garanzia (es. fatturato) oppure operativo (attestato SOA, lavori o servizi pregressi, personale ecc.) e che in comune hanno solo le clausole contrattuali che regolano i rapporti e i vincoli delle parti tra di loro (ausiliario e concorrente) e nei confronti della stazione appaltante, non pare possibile in poche righe rispondere in modo esaustivo alla domanda.

Si rinvia all'elaborazione giurisprudenziale citata nella risposta al quesito n. 4.



Quesiti - Avvalimento

9. Tenuto conto che il certificato di esecuzione è rilasciato all'impresa che partecipa alla gara, l'avvalimento deve risultare come subappalto?

Solo se l'ausiliario ha assunto anche le vesti del subappaltatore ai sensi dell'articolo 89, comma 8, allora la parte di lavori eseguiti dallo stesso risulteranno nel certificato di esecuzione lavori.

Ma solo perché impresa subappaltatrice e solo incidentalmente anche ausiliaria.

Quesiti - Avvalimento

10. Per l'affidamento di incarichi di progettazione è possibile l'avvalimento per quanto riguarda la figura del geologo?

Pur essendo noti orientamenti contrari, si ritiene che la risposta sia negativa. L'avvalimento è ammesso per i requisiti di cui all'art. 83, comma 1, lettere b) e c) (economico finanziari e tecnico professionali) non per quelli dello stesso comma 1, lettera a) (idoneità professionale con iscrizioni nei registri professionali). Quindi non è ammesso l'avvalimento del geologo, in quanto iscritto al registro professionale inteso come Ordine professionale. Nello stesso senso le direttive comunitarie sul punto.



Quesiti - Avvalimento

11. Entro quali limiti percentuali si può fare ricorso all'avvalimento?

L'ordinamento non prevede limiti quantitativi per i requisiti per i quali è possibile il ricorso all'avvalimento.

Quesiti - Avvalimento

12. Quali limiti ci sono all'avvalimento degli incarichi di ingegneria rispetto all'affidamento dei lavori?

*Come detto per il geologo l'avvalimento è ammesso per i requisiti economico finanziari e tecnico professionali ma **non** per quelli di idoneità professionale con iscrizioni nei registri professionali. Quindi non è ammesso l'avvalimento delle figure professionali obbligatorie richieste dal bando, ma solo dei titoli di studio e professionali ulteriori e solo se gli ausiliari eseguono direttamente i servizi pertinenti e se tali capacità richieste non sono valutate tra i criteri di aggiudicazione (Allegati XVII, parte II, lettera f)), secondo il principio che l'avvalimento non è ammesso per le offerte tecniche.*

Quesiti - Avvalimento

13. Come si procede con la risoluzione ai sensi dell'art. 89, comma 9 del Codice, non rientrando nei casi disciplinati all'art. 108?

L'art. 108 non esaurisce le cause di risoluzione in danno, essendo previsti altri casi (come appunto l'art. 89, comma 9 o casi stabiliti autonomamente dal contratto stesso ad esempio ex artt. 1456 e 1457, secondo comma, del codice civile).

L'art. 108, ai commi da 3 a 9, può comunque essere utilizzato come percorso procedimentale addivenire alla risoluzione, in quanto la violazione di cui all'art. 89, comma 9, rientra pur sempre nel perimetro del «grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali» prevista come causa di risoluzione dall'articolo 108, comma 3.

Quesiti - Avvalimento

14. È possibile l'avvalimento per le categorie OG2?

La risposta è negativa, in applicazione dell'articolo 146, comma 3, del Codice.

La categoria OG2 non è soggetta alle condizioni di avvalimento di cui all'art. 89, comma 11, per cui è vietato l'avvalimento in assoluto qualunque sia l'importo (anche se inferiore al 10% del totale).

La stessa disciplina colpisce le categorie OS2-A, OS2-B e OS25.

Quesiti - Avvalimento

15. L'avvalimento va dichiarato all'ANAC per le gare di qualsiasi importo o solo per le gare superiori alla soglia comunitaria?

Ai sensi dell'art. 89, comma 9, ultimo periodo, la stazione appaltante deve trasmettere all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario.

La dichiarazione on-line predisposta da ANAC prevede la comunicazione di tutte le dichiarazioni di avvalimento e non solo quella che riguarda l'aggiudicatario e non distingue tra appalti soprassoglia e sottosoglia.

Quesiti - Subappalto

16. Quali conseguenze ci sono per l'indicazione incompleta della terna dei subappaltatori?

Se la terna è incompleta con riferimento a prestazioni che non richiedono la qualificazione obbligatoria, si può soprassedere, a meno che l'offerente abbia indicato di voler subappaltare tali prestazioni, nel qual caso può procedersi al completamento mediante soccorso istruttorio.

Se la terna è incompleta con riferimento a prestazioni che richiedono la qualificazione obbligatoria (ad esempio nei lavori di subappalto «necessario/qualificante») direi che il completamento mediante soccorso istruttorio è doveroso. Alla conclusione del soccorso istruttorio, se la terna rimane incompleta, l'offerente è comunque ammesso.

Quesiti - Subappalto

17. Per appalti di importo inferiore a 150.000 euro, un concorrente può eseguire le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria se ha i requisiti ex art.90 DPR 207/2010?

La risposta è affermativa, ma forse il quesito voleva essere diverso, ovvero: per appalti di importo superiore a 150.000 euro, un concorrente può eseguire le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria di importo inferiore a 150.000 euro se ha i requisiti ex art.90 DPR 207/2010?

Anche in questo caso la risposta è affermativa: in tal senso da ultimo TAR Brescia, 17 settembre 2018, n. 859.

Quesiti - Subappalto

18. In quali casi è possibile subappaltare lavori oltre il limite del 30%?

Di norma non vi sono casi come quelli rappresentati in quesito.

Può accadere che in presenza di una categoria superspecializzata ex art. 89, comma 11, subappaltabile al 30% (art. 105, comma 5), sommando tale quota al 30% del totale (art. 105, comma 2) si raggiunga un valore superiore al 30% del totale, ma si tratta di un effetto incidentale causato dall'art. 1, comma 2, del d.m. n. 248 del 2016 secondo il quale il limite del 30% della categoria superspecializzata di cui al comma 5 non è computato ai fini del raggiungimento del limite generale di cui al comma 2.

Tuttavia si dubita di questa conclusione, si ritiene che la risposta debba essere sempre prudenzialmente negativa.

Quesiti - Subappalto

19. Le richieste di subappalto inferiori al 2% dell'importo contrattuale sono da considerare subappalti a tutti gli effetti?

La risposta è affermativa se, ancorché inferiori al 2%, siano superiori a 100.000 euro oppure comportino un'incidenza della manodopera superiore al 50%.

Si ritiene che costituiscano altresì subappalto, indipendentemente dalle condizioni sopra descritte, quando consistono in «lavorazioni» o «servizi» che caratterizzano la natura stessa del contratto principale.



Quesiti - Subappalto

20. In quali casi l'utilizzo della manodopera esterna all'impresa diventa subappalto?

Praticamente sempre, a meno che si tratti di «distacco di manodopera» ai sensi dell'art. 30 della legge Biagi (Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276) oppure, con le limitazioni previste dai contratti nazionali (es. art. 95 del contratto edili), di somministrazione di lavoro da parte delle agenzie autorizzate.

Quesiti - Subappalto

21. Cosa succede se la ditta non dichiara di avvalersi del subappalto, ma lo chiede successivamente?

L'autorizzazione al subappalto deve essere negata per carenza del presupposto essenziale della previa indicazione delle prestazioni da subappaltare ex art. 105, comma 4, lettera c).

Se il subappalto era «facoltativo» la ditta dovrà eseguire tutte le prestazioni in proprio. Se il subappalto era «necessario/qualificante» la fattispecie non può verificarsi dal momento che la ditta andava esclusa in gara per carenza di qualificazione.

Quesiti - Subappalto

22. Quali sono i casi di obbligo o meno della terna dei subappaltatori?

L'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori, imposto dall'art. 105, comma 6, del Codice, sussiste per lavori, servizi e forniture, in due casi:

- a) appalti di importo superiore alla soglia comunitaria (e, come noto, nei servizi pluriennali, non è difficile superare la soglia comunitaria);*
- b) appalti che prevedono attività esposte a rischio di infiltrazione mafiosa elencate all'art. 1, comma 53, della legge n. 190 del 2012.*

Per altre specifiche si rinvia alla relazione che precede.



Quesiti - Subappalto

23. Il limite del 30% del subappalto tra categoria prevalente e categorie scorporabili può essere considerato in maniera separata?

La risposta è affermativa per quanto riguarda le categorie scorporabili superspecializzate di cui al d.m. n. 248 del 2016, ai sensi dell'art. 1, comma 2, ultimo periodo, dello stesso d.m.

La risposta è negativa in ogni altro caso.



Quesiti - Subappalto

24. In caso di appalto suddiviso in lotti è possibile indicare la stessa terna di subappaltatori?

La risposta è affermativa.

Quesiti - Subappalto

25. In quali casi è vietato il subappalto?

Nei lavori il divieto si applica alle categorie superspecializzate di cui all'art. 89, comma 11, per la parte eccedente il 30% e, in generale, a tutte le categorie per la parte eccedente il 30% del totale.

Nei servizi tecnici per l'iscrizione agli ordini professionali e in ogni caso per la parte eccedente il 30% del totale dell'appalto.

Nei servizi per l'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali.

In generale il divieto si applica in carenza dei presupposti di cui all'art. 105, comma 4.

Quesiti - Subappalto

26. Una consorziata designata in gara quale esecutrice dei lavori può subappaltare a un'altra consorziata dello stesso consorzio che è società cooperativa?

Non si vedono ostacoli.

Si precisa tuttavia che l'autorizzazione al subappalto deve essere richiesta e rilasciata al consorzio concorrente e non alla consorziata indicata per l'esecuzione, in quanto è il consorzio il solo operatore contraente.

Quesiti - Subappalto

27. Nel subappalto quali criteri si devono seguire per la gestione della contabilità?

Premesso che i criteri specifici andrebbero previsti nel CSA e poi imposti nei singoli contratti di subappalto, in via ordinaria i criteri da seguire sono i medesimi previsti per la contabilità in generale (artt. 13, 14 e 15 del d.m. n. 49 del 2018). Tuttavia, è necessario che la DL predisponga una contabilità che evidenzi la separazione delle lavorazioni eseguite in subappalto da quelle eseguite dall'appaltatore, ai fini dell'art. 7 del citato d.m. n. 49 del 2018 ma soprattutto ai fini della verifica del rispetto delle previsioni dell'art. 105, commi 2, 13 e 14, secondo periodo, del Codice. Tali obblighi vanno imposti alla DL in fase di incarico.



Quesiti - Subappalto

28. In alternativa al subappalto, è possibile costituire un RTI nel quale le lavorazioni sono assegnate a un componente specifico?

Non si vedono ostacoli.

Ovviamente nel rispetto dell'art. 48, commi 1, 3 e 4, e dell'art. 83, comma 8, nonché, in quanto ancora applicabile, dell'articolo 92 del d.P.R. n. 207 del 2010 per i lavori.

Quesiti - Subappalto

29. È possibile precisare le procedure e le modalità di affidamento in subappalto in caso di SIOS?

Sono le medesime per qualunque altro subappalto, con la precisazione che il subappalto non può superare il 30% della singola categoria e, se non ricorrono condizioni o esigenze oggettive, il subappalto di ciascuna categoria non può essere frazionato tra più contratti di subappalto (art. 1, comma 2, d.m. n. 248 del 2016).



Quesiti - Subappalto

30. Per la categoria OS25 con importo inferiore al 10% e ad € 150.000,00, può esserci il subappalto al 100%?

La risposta è affermativa; questo quand'anche fosse superiore a 150.000 se inferiore al 10% del totale dell'appalto.

Quesiti - Subappalto

31. Cosa succede se il subappaltatore rifiuta di eseguire il lavoro e non sono stati previsti altri subappaltatori nella terna?

Se il subappalto riguardava categorie a qualificazione non obbligatoria o categorie della quali l'appaltatore possiede la qualificazione, quest'ultimo dovrà eseguire tutte le prestazioni in proprio.

Se il subappalto era «necessario/qualificante» la stazione appaltante potrà risolvere il contratto per il venir meno della qualificazione dell'aggiudicatario; tuttavia si ritiene preferibile ammettere l'autorizzazione al subappalto a favore di un nuovo operatore, purché sussistano le condizioni di cui all'articolo 105, comma 4.

Quesiti - Subappalto

32. L'impresa appaltatrice che non indica in fase di gara il subappalto, può richiederlo in fase esecutiva?

La risposta è negativa.

L'indicazione delle prestazioni da subappaltare (a prescindere dalla questione della terna) è un presupposto essenziale per chiedere e ottenere l'autorizzazione al subappalto (art. 105, comma 4, lettera c), del Codice).

Quesiti - Subappalto

33. Come si calcola il limite al subappalto ove siano presenti categorie SIOS?

Secondo quanto disposto dall'art. 105, commi 2 e 5, del Codice e dall'art. 1 del d.m. n. 248 del 2016, il subappalto delle categorie SIOS è ammesso nel limite massimo del 30% dell'importo di ciascuna singola categoria.

Per le categorie rimanenti (siano esse scorporabili che prevalente, purché non SIOS) il subappalto è ammesso nel limite «globale» del 30% dell'importo totale dell'appalto (importo totale che pare comprendere, stranamente, anche l'importo delle SIOS, ma che si consiglia di considerare al netto di queste ultime, quindi intendendo per importo dell'appalto l'importo residuo al netto delle SIOS).

Quesiti - Subappalto

34. Per opere impiantistiche scorporabili di importo inferiore a 150.000 euro, pur riconducibili alle categorie OS 28 – SIOS, è corretto non applicare il DM 248?

*In realtà la OS28 **NON** è una SIOS.*

Per quanto riguarda le altre SIOS, ai fini dell'applicazione del d.m. n. 248 del 2016, la discriminante è la percentuale del 10% e non l'importo di 150.000 euro. Nel senso che la disciplina speciale delle SIOS (che per gli impianti riguarda solo la OS30 oppure il complesso degli impianti se classificati nella OG11) si applica se gli importi sono superiori al 10% del totale anche se inferiori a 150.000 euro.

Quesiti - Subappalto

35. I controlli antimafia devono essere richiesti anche in relazione agli operatori indicati nella terna dei subappaltatori?

La risposta è affermativa:

- per il controllo delle dichiarazioni in fase di gara, ai sensi dell'art. 80, comma 1, del codice dei contratti;*
- per il controllo finalizzato alla stipula del contratto di subappalto in fase di richiesta di autorizzazione, ai sensi degli artt. 67 e 95 del d.lgs. n. 159 del 2011.*

Quesiti - Subappalto

36. L'aggiudicatario può ancora pagare direttamente il subappaltatore e poi trasmettere le fatture quietanzate alla PA?

In astratto l'aggiudicatario può ancora pagare il subappaltatore. Tuttavia la trasmissione delle fatture quietanzate alla PA non trova più una disciplina specifica com'era per l'abrogato art. 118, comma 3 del «vecchio» codice. Per cui in tale ipotesi sarà necessario introdurre una disciplina specifica nel CSA, approfittando per una migliore organizzazione della fattispecie.

Nella realtà si tratta di una questione importante ma che si verifica di rado, essendo praticamente obbligatorio il pagamento diretto dei subappaltatori da parte della Stazione appaltante quando essi lo richiedono quando sono piccole imprese.

Quesiti - Subappalto

Considerato che in tale definizione rientrano le imprese fino a 50 occupati e 10 milioni di fatturato, la condizione normale è il pagamento diretto da parte della stazione appaltante.

Anche in questo caso, venuta meno la disciplina di cui all'art. 118, comma 3 del «vecchio» codice e degli artt. 4 e 5 del d.P.R. n. 207 del 2010, sarà necessario introdurre una disciplina specifica nel CSA, ai fini della gestione della fattispecie e, soprattutto, per evitare un contenzioso tra appaltatore e subappaltatore che coinvolga i pagamenti effettuati dalla stazione appaltante.

Quesiti - Subappalto

37. Per le lavorazioni esposte a rischio di infiltrazione mafiosa l'indicazione delle "terne" è necessaria anche per importi inferiori al 2%?

La domanda è malposta o quantomeno equivoca.

Se si tratta di subappalto a tutti gli effetti la risposta è affermativa, nel senso dell'obbligo di indicazione della terna.

Se si tratta di attività che non costituisce subappalto (dove l'importo inferiore al 2% è solo una delle condizioni affinché non costituisca subappalto) la risposta è negativa: non costituendo subappalto non è richiesta la terna.



Quesiti - Subappalto

38. Quale disciplina si segue per il subappalto negli appalti di servizi?

La medesima prevista per i lavori. Solo che invece di indicare i lavori che si intendono subappaltare si devono indicare i servizi che si intendono subappaltare.

Quesiti - Subappalto

39. Qual è la normativa di riferimento in merito all'idoneità tecnica relativamente al subappalto di servizi?

Non esiste una normativa specifica sul punto, vale comunque il principio secondo il quale l'idoneità tecnica del subappaltatore di servizi è la medesima prevista per l'offerente e aggiudicatario nell'appalto, ovviamente ridotta in termini di quantità in proporzione alla quantità di servizi oggetto del subappalto; in caso di subappalto di prestazioni secondarie i soli requisiti richiesti per tali prestazioni.

Quesiti - Subappalto

40. Il distacco temporaneo di manodopera da un'impresa a un'altra è considerato subappalto?

La risposta è negativa.

Devono essere rispettate le condizioni di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003, e le motivazioni dettate dalla prassi prevista in taluni contratti collettivi di lavoro, diversamente si tratterebbe della fattispecie di intermediazione di manodopera, vietata a tutti i soggetti all'infuori delle agenzie autorizzate.

Si nota incidentalmente che il distacco in edilizia comporta di norma una visita ispettiva da parte dell'ASL o nel Nucleo carabinieri presso l'ispettorato del lavoro,

Quesiti - Subappalto

41. Quali sono le forme contrattuali a disposizione dell'Operatore Economico per procurarsi manodopera qualificata in alternativa al subappalto?

La manodopera qualificata può essere richiesta solo negli appalti di servizi (nei lavori è assorbita dalla attestazione SOA).

All'infuori dell'ovvio raggruppamento temporaneo, può ricorrere al subappalto o all'avvalimento (non alla manodopera in quanto tale, ma all'azienda che dispone della manodopera, in quanto l'avvalimento è riferito in primo luogo al «requisito» e solo in via derivata alle «risorse») o mediante somministrazione da parte delle agenzie del lavoro per i settori nei quali tale ricorso è ammesso.

Quesiti - Subappalto

42. Prima di approvare un subappalto è necessario verificare il POS dell'impresa subappaltatrice?

La risposta è negativa.

*La verifica del POS del subappaltatore non è una condizione necessaria per rilasciare l'autorizzazione al subappalto, ma deve avvenire **PRIMA** dell'inizio dei lavori subappaltati, unitamente alla documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali del subappaltatore.*

Ovviamente se la verifica è negativa l'autorizzazione deve essere sospesa o, nei casi più gravi, revocata.

Quesiti - Subappalto

43. È necessaria l'autorizzazione da parte della Stazione Appaltante per i subaffidamenti di importo inferiore al 2%? È necessaria la verifica dei requisiti?

Anche questa domanda è malposta o quantomeno equivoca.

Se si tratta di subappalto a tutti gli effetti la risposta è affermativa.

*Se si tratta di attività che **NON** costituisce subappalto (cioè dove l'importo inferiore al 2% è solo una delle condizioni che deve coesistere con un importo inferiore a 100.000 euro e l'incidenza del costo della manodopera inferiore al 50% affinché non si tratti di subappalto) la risposta è negativa, essendo sufficiente la comunicazione del subaffidamento.*

Quesiti - Subappalto

44. Quale regime di fatturazione si applica nel caso di pagamento diretto al subappaltatore da parte della PA?

Il pagamento diretto costituisce una delegazione di pagamento ex lege (artt. 1269 e segg. Codice civile) che non integra un rapporto tra la stazione appaltante ed i subappaltatori. La stazione appaltante che paga i subappaltatori estingue la propria obbligazione nei confronti dell'appaltatore e, per delegazione, anche l'obbligazione dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore. I rapporti giuridici restano distinti: il contratto è stipulato tra la stazione appaltante e l'appaltatore, e il sub-contratto tra l'appaltatore e il subappaltatore. Il pagamento diretto del subappaltatore non deroga alle regole generali di fatturazione della prestazione ai fini IVA (dpr 633/1972).

Quesiti - Subappalto

*Il subappaltatore fattura i lavori eseguiti all'impresa appaltatrice (col reverse charge) senza che rilevi la specifica modalità di pagamento adottata. L'appaltatore a sua volta fattura alla stazione appaltante **l'intero importo**, tenendo conto della disciplina del reverse charge e dello split payment.*

Il SAL e il relativo certificato di pagamento sono sempre «unici». Sono invece i mandati di pagamento collegati al certificato ad essere due: uno a favore dell'impresa affidataria e l'altro a favore del subappaltatore.

Quindi il pagamento diretto ai subappaltatori non modifica gli aspetti di fatturazione, di modalità procedurali sull'emissione del SAL (da parte del DL o del DEC) e del certificato di pagamento da parte del RUP).

Quesiti - Subappalto

Si tratta di una questione organizzativa interna alla stazione appaltante, ove il RUP è chiamato a comunicare all'ufficio finanziario (e tramite questo alla tesoreria) l'emissione di due distinti mandati, la cui somma sarà pari al certificato di pagamento. Il certificato di pagamento conterrà l'importo complessivo, da suddividere in 2 (o più) mandati di pagamento.

Operativamente, dovrà predisporre un percorso (da regolamentare nel CSA) sulle modalità di comunicazione da parte dell'appaltatore delle prestazioni eseguite in subappalto e del credito legittimamente vantato dal subappaltatore al fine di non incorrere in indebite duplicazioni di pagamento o in successive rivendicazioni di pagamenti effettuati ad una delle parti.

Quesiti - Subappalto

45. Nel certificato rilasciato dalla stazione appaltante le prestazioni in subappalto devono essere scorporate dall'importo totale del contratto eseguito?

L'argomento è affrontato (parzialmente) dall'articolo 105, comma 22.

Per i servizi la risposta è negativa in quanto la norma citata, anche se non lo specifica, è applicabile ai soli lavori (Consiglio di Stato, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 517), anche se i certificati di buona esecuzione (ai fini della comprova dei requisiti) possono essere rilasciati anche per servizi e forniture.

Quanto ai lavori, le predette certificazioni sono rilasciate sul modello «Allegato B» del d.P.R. n. 207 del 2010, fino all'aggiornamento dello stesso.

Quesiti - Subappalto

46. Quali sono le conseguenze giuridiche e amministrative nelle ipotesi di subappalto non autorizzato?

*Per gli operatori: art. 21, comma 1, della legge n. 646 del 1982, n. 646: Chiunque, avendo in appalto opere, concede **anche di fatto**, in subappalto le opere stesse, senza l'autorizzazione, è punito con la reclusione da 1 a 5 anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore si applica la pena della reclusione da 1 a 5 anni e la multa pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto. E' data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto.*

Quesiti - Subappalto

Per il RUP: Art. 10-quinquies della legge n. 575 del 1965: «Il pubblico amministratore, il funzionario o il dipendente dello Stato o di altro ente pubblico [e per concorso, il DL o altri coinvolti – n.d.r.] o il concessionario di opere e di servizi pubblici che consente alla conclusione di contratti o subcontratti in violazione dei divieti previsti dall'articolo 10, è punito con la reclusione da 2 a 4 anni. Se il fatto è commesso per colpa la pena è della reclusione da 3 mesi ad 1 anno».

*Si noti la diversità della fattispecie di reato: per gli **operatori** è tale il subappalto non autorizzato, per il **pubblico** invece il reato si configura in caso di subappalto (consentito anche per omissione di controlli o, peggio ancora, autorizzato espressamente o tacitamente) in presenza di cause ostative di natura antimafia.*

Quesiti - Subappalto

47. È legittimo affidare in subappalto a una cooperativa onlus il servizio di RSU affidato “in house”?

Si suppone si intenda se la società in house, affidataria diretta del servizio, possa o meno affidare parte del servizio a una cooperativa.

Se si intende l'affidamento a una cooperativa sociale di tipo B, con convenzione ex art. 5 della legge n. 381 del 1991, per importi inferiori alla soglia comunitaria, la risposta è affermativa ma con procedura competitiva e non direttamente (comma 1, norma citata). Fuori da tali casi, la società affidataria «in house» se vuole affidare servizi a terzi (cooperative o altri operatori) deve comportarsi come l'ente controllante, quindi affidare i servizi con le procedure previste dal Codice e non con semplice subappalto.



Quesiti - Subappalto

48. L'indicazione della percentuale di subappalto vale anche per il sottosoglia?

La risposta è affermativa.

La disciplina del subappalto è insensibile alle soglie.

Quesiti - Subappalto

49. Quali condizioni devono sussistere affinché le lavorazioni non siano considerate sub appalto?

A parte i casi di cui all'art. 105, comma 3, lettere a), b), c) e c-bis), deve trattarsi di attività singolarmente di importo non superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate e non superiore a 100.000 euro e non essere caratterizzate da un'incidenza del costo della manodopera e del personale superiore al 50 per cento dell'importo del (sub)contratto da affidare.

Quanto ad altri dettagli si rinvia alle relazione che precede in materia di attività che non costituiscono subappalto.

Quesiti - Subappalto

50. Qual è la disciplina del subappalto per le categorie superspecialistiche?

È la medesima di qualunque altro subappalto, con la precisazione che il subappalto non può superare il 30% della singola categoria e, se non ricorrono condizioni oggettive, il subappalto di ciascuna categoria non può essere frazionato tra più contratti di subappalto (art. 1, comma 2, d.m. n. 248 del 2016).

Quesiti - Avvalimento e Subappalto

51. L'ausiliario può essere subappaltatore? Il subappaltatore può a sua volta subappaltare?

Alla prima domanda la risposta è affermativa, nei limiti previsti per il subappalto (30%) e negli ulteriori limiti di qualificazione (possesso dei requisiti) dell'ausiliario.

Alla seconda domanda, allo stato dell'arte la risposta è negativa per effetto dell'articolo 105, comma 19. Tale limitazione potrebbe scomparire in futuro in quanto appare (purtroppo) in contrasto con la disciplina comunitaria ed è soggetta a procedura di infrazione.

Quesiti - Avvalimento e Subappalto

52. Il subappalto necessario o qualificante nei lavori ricorre solo per le categorie a qualificazione obbligatoria?

No, ricorre anche per tutte quelle prestazioni accessorie previste in appalto per le quali necessita una qualificazione specifica non posseduta dall'appaltatore. Ad esempio se nell'appalto è compresa la bonifica bellica (artt. 91, comma 2-bis, e 104, comma 4-bis, del d.lgs. n. 81 del 2008) o la rimozione di amianto (art. 256 del d.lgs. n. 81 del 2008 e art. 212 d.lgs. n. 152 del 2006), in assenza di qualificazione diretta dell'offerente, questi dovrà necessariamente dichiararne preventivamente il subappalto (TAR Pescara, 12 giugno 2018, n. 199).

Quesiti - Avvalimento e Subappalto

53. Ancora sul subappaltatore indicato nella terna che è impossibilitato ad eseguire le opere o si rifiuta di stipulare il contratto di subappalto, può essere sostituito?

Nel silenzio della norma (che impone la terna ma non ne disciplina l'applicazione pratica), considerato che l'alternativa sarebbe la rinuncia al subappalto o l'esecuzione in proprio da parte dell'appaltatore (se adeguatamente qualificato) si ritiene che il subappaltatore possa essere sostituito.

Anche se si tratta di fattispecie radicalmente diversa, se è ammesso il recesso di un'impresa in raggruppamento temporaneo (art. 48, commi da 17 a 19-ter), dovrebbe ammettersi anche il recesso (e la sostituzione) di un subappaltatore.

Quesiti – Vari Temi

54. Per quali tipologie di appalto è necessario avere la certificazione da Project Manager?

Ai sensi del punto 4.3 delle Linee guida n. 3 di ANAC si tratta di un requisito che deve possedere il RUP per i lavori che superano la soglia di 15 milioni di euro e sono caratterizzati da particolare complessità in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo di materiali e componenti innovativi, alla esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistiche o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali.

Quesiti – Vari Temi

55. Le certificazioni SOA sono una sufficiente garanzia della capacità lavorativa e della professionalità della ditta?

La risposta è affermativa (purtroppo).

*Secondo la disciplina vigente (oggi ancora l'art. 60 del d.P.R. n. 207 del 2010), «l'attestazione di qualificazione ... costituisce condizione necessaria e **sufficiente** per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici. Le stazioni appaltanti **non possono** richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti».*

Quesiti – Vari Temi

56. Quale disciplina si applica in merito alla presa visione dei luoghi?

Premesso che la norma non prevede la presa visione obbligatoria dei luoghi ma che anche in assenza di obbligo il concorrente ha sempre il diritto (in realtà il dovere) di effettuare un visita dei luoghi.

L'obbligo può essere imposto dalla Stazione appaltante (TAR Catanzaro, 07/02/2019, n. 258), specialmente nei casi in cui i luoghi non sono liberamente accessibili (municipio, caserme, scuole, musei, ospedali), mentre non ha molto senso per interventi su aree liberamente accessibili. Il sopralluogo obbligatorio in sito può essere «assistito e attestato» cioè con accompagnamento di un soggetto della stazione appaltante e certificato da questa, oppure «autodocumentato» (es. con riprese fotografiche originali datate e sottoscritte dall'offerente).

Quesiti – Vari Temi

Quest'ultimo caso laddove l'appalto non consenta un sopralluogo assistito in tempi ragionevoli (es. opere a rete estese per molti chilometri o appalto articolato in un numero elevato di lotti distanti uno dall'altro ecc.).

Nei RTI si può imporre il sopralluogo a tutti i raggruppati.

Il sopralluogo assistito e attestato è indipendente dalla «dichiarazione di responsabilità di avvenuto sopralluogo» di cui all'abrogato art. 106, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 che si consiglia di introdurre per via autonoma nella documentazione di gara non come formula di stile ma come impedimento a rivendicare la scarsa conoscenza o difetto di informazione sui luoghi (Cassazione civile, Sezione I, 21 dicembre 1996, n. 11469 e 18 settembre 2003, n. 13734).

Quesiti – Vari Temi

57. Nelle ipotesi di Finanza di Progetto la costituzione della società di progetto è da considerarsi subaffidamento o cessione di contratto?

Né l'uno né l'altro. Ai sensi dell'art. 184 del Codice, la società di progetto diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di alcuna approvazione o autorizzazione (ma solo una comunicazione almeno per le comunicazioni tra le parti, gli estremi fiscali e camerali).

Tale subentro non costituisce cessione di contratto.

Si può dire che in pratica è come se l'aggiudicatario si limitasse a cambiare ragione sociale senza cambiare i soci né l'oggetto sociale.

Quesiti – Vari Temi

58. Nell'appalto di lavori edili con fornitura di calcestruzzi ed inerti l'impresa e/o il fornitore devono essere iscritte nella white-list?

Non obbligatoriamente se si tratta di prestazioni inserite in un più ampio appalto di lavori, all'interno dei quali è prevista l'attività di cui si tratta.

Non è prevista in caso di sola fornitura, con fornitura e trasporto direttamente da parte dell'appaltatore, anche se la produzione è fatta fuori dal cantiere.

L'iscrizione è senz'altro obbligatoria se la fornitura di calcestruzzi ed inerti è essa stessa oggetto principale dell'appalto oppure in caso di subappalto (nel quale ultimo caso l'obbligo di iscrizione nella white list incombe su subappaltatore).

Quesiti – Vari Temi

59. In caso di utilizzo della procedura negoziata e del DGUE sotto i 40.000 euro quali controlli vanno effettuati?

Obbligatoriamente solo sull'aggiudicatario (come per tutti gli appalti).

Nel caso di importi inferiori a 40.000 euro ANAC, con le Linee guida n. 4, ai punti 4.2.2, 4.2.3 e 4.2.4, ha introdotto delle «semplificazioni» a seconda della soglie fino a 5.000 euro (solo casellario e DURC), fino a 20.000 (solo assenza di reati, casellario, DURC e procedure fallimentari) e oltre 20.000 (assenza di tutte le cause di esclusione ex art. 80). Non è prevista la documentazione antimafia (correttamente in quanto fino a 150.000 euro è sufficiente la dichiarazione degli interessati).

Per info contattaci a:

 *webinar@asmel.eu*

 *800 165654*

 *www.asmel.eu*

**Grazie
per
la
partecipazione!**