

Subappalto e Avvalimento dei requisiti.

A domanda risponde
Battista BOSETTI

14 gennaio 2019 dalle ore 11.00 alle ore 12.00



Avv. Vito RIZZO
Coordinatore Scientifico
Webinar ASMEL



Subappalto

nelle fasi di gara ed esecutiva (art. 105)

Question Time

Avvalimento

nelle fasi di gara ed esecutiva (art. 89)

Question Time



Battista BOSETTI

Socio Fondatore

Bosetti Gatti & Partners s.r.l.

Parte I - Subappalto

Premessa

Il tema del subappalto, concentrato principalmente, ma non solo, nell'art. 105 del Codice, dev'essere sviluppato secondo più profili, per comodità così individuati:

- 1. Subappalto «facoltativo» (ordinario)**
- 2. Subappalto «limitato»**
- 3. Subappalto «necessario» (qualificante)**
- 4. Subappalto subordinato alla indicazione della «terna di subappaltatori»**
- 5. Attività che non costituiscono subappalto.**

Alcuni dei profili sopra elencati possono sovrapporsi, in tutto o in parte, creando difficoltà interpretative e applicative.

Parte I - Subappalto

Costituiscono condizioni comuni a qualunque subappalto:

- la dichiarazione dell'offerente in fase di gara delle prestazioni (lavori, servizi, forniture) che intende subappaltare, quale condizione presupposta indispensabile per la futura autorizzazione;
- la dichiarazione in fase di gara di subappalto in misura superiore a quella massima (il 30% in via ordinaria) non dà luogo a soccorso istruttorio né tantomeno costituisce causa di esclusione; l'incongruenza dev'essere rimediata in fase esecutiva, con il diniego di autorizzazione al subappalto per le prestazioni eccedenti la percentuale ammessa (giurisprudenza univoca e costante), salvo il caso di subappalto «necessario» o «qualificante», come si vedrà in seguito;

Parte I - Subappalto

- l'assenza di dichiarazione preclude il successivo subappalto (e questo caso porta all'esclusione nel caso del subappalto «necessario» o «qualificante»);
- il subappalto deve essere sempre richiesto e autorizzato preventivamente;
- il subappaltatore non deve aver partecipato al procedimento di affidamento dell'appalto come offerente, singolo o in forma aggregata;
- il subappaltatore non deve incorrere nelle cause di esclusione di cui all'art. 80, commi 1, 2 e 5, del Codice;
- il subappaltatore deve possedere la qualificazione relativa alle prestazioni o alla parte di prestazioni che assume in subappalto;
- sulle condizioni del contratto di subappalto si tornerà più avanti.

Parte I - Subappalto

Una questione trascurata:

- in caso di RTI la dichiarazione di subappalto spetta alla mandataria, in quanto i rapporti si costituiscono in capo al RTI e non in capo ai singoli componenti, questi non possono disporre di obbligazioni di cui non sono titolari (anche da un punto di vista più strettamente pubblicistico, è solo accentrando la sub negoziazione al livello della mandataria che la stazione appaltante può agevolmente ed efficacemente disporre della necessaria visione panoramica sul complesso dei subappalti);
- se è tollerabile che l'indicazione del subappalto in gara possa essere fatta anche dalle mandanti, i contratti di subappalto a valle saranno sempre stipulati dalla mandataria in nome e per conto del raggruppamento.

Parte I - Subappalto

1. Subappalto «facoltativo» (ordinario)

Subappalto facoltativo è quello che, depurato da eccezioni e discipline particolari, trova collocazione nell'articolo 105, comma 2, del Codice:

- riguarda qualunque attività che richieda l'impiego di manodopera;
- può essere autorizzato per un importo massimo del 30% dell'importo del contratto *(stucchevole l'annosa disputa se si tratti del 30% dell'importo dell'appalto o del contratto: il 30% è calcolato sull'importo del contratto se a prezzi di contratto, sull'importo dell'appalto se a prezzi originari d'appalto; in altri termini non si può giocare sulle differenze di prezzo tra appalto bandito, appalto aggiudicato, contratto stipulato e contratto di subappalto, per aggirare artificiosamente il limite del 30%)*;

Parte I - Subappalto

2. Subappalto «limitato»

Questa tipologia è presente solo negli appalti di lavori se la categoria prevalente, oppure una o più d'una delle categorie scorporabili, sono riconducibili all'elenco di cui al d.m. n. 248 del 2016 (attuativo dell'art. 89, comma 11, del Codice) e solo se queste sono di importo superiore al 10% dell'importo del contratto (c.d. «s.i.o.s.»). Ai sensi dell'art. 105, comma 5, del Codice, per queste categorie il subappalto è «limitato» al 30% dell'importo della singola categoria, non può essere suddiviso o frazionato in più contratti di subappalto (a meno che vi siano ragioni dimostrabili).

Sembra che tale percentuale sia autonoma e prescinda dal 30% sull'importo totale dell'appalto, prevista dall'art. 105, comma 2, terzo periodo, del Codice.

Parte I - Subappalto

Ne deriva la curiosa conseguenza che un appalto con prevalente OG1 al 60% e scorporabile OG11 al 40% sarebbe subappaltabile per il 42% (30% del 100% + 30% del 40%); oppure, all'inverso, una prevalente OG11 al 60% e una scorporabile OG1 al 40% sarebbe subappaltabile per il 48% (30% del 60% + 30% del 100%) con tanti saluti al limite generale del 30%.

Giocando sull'equivoca formulazione del rinvio normativo al comma 2 «*Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, il subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo del contratto ...*» e al comma 5 «*Per le opere di cui all'art. 89, comma 11, il subappalto non può superare il 30% dell'importo delle opere ...*» il d.m. n. 248 del 2016, al secondo periodo dell'art. 1, comma 2, ha concluso proprio in questo senso.

Parte I - Subappalto

In altri termini a fronte di due limiti, uno «interno» (30% riferito alla singola categoria) e uno «esterno» (30% riferito all'intero contratto) il d.m., uscendo probabilmente dal perimetro della delega conferita dall'art. 89, comma 11, che riguardava solo l'avvalimento e non il subappalto, ha fornito una non richiesta interpretazione (che appare più come un'innovazione o una ricostruzione innovativa) secondo la quale *«Il limite di cui al presente comma (30% interno – n.d.r.) non è computato ai fini del raggiungimento del limite di cui all'articolo 105, comma 2 del Codice (30% esterno – n.d.r.)».*

Parte I - Subappalto

3. Subappalto «necessario» o «qualificante»

Questa tipologia è presente solo se l'appalto prevede prestazioni scorporabili per le quali è obbligatorio il possesso della qualificazione specifica o, in alternativa, è ammesso il subappalto di tali prestazioni. Quindi solo se si è in presenza di categorie scorporabili (lavori) o prestazioni secondarie (servizi), ex art. 48, comma 2, del Codice e **non** coinvolge, come invece il subappalto «limitato», la categoria prevalente.

Ancorché in astratto possa ricorrere anche negli appalti di servizi, il subappalto necessario è tipico degli appalti di lavori in presenza di categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria. L'elenco delle categorie a qualificazione obbligatoria è ricavabile solo con operazioni di «taglia e cuci» tra diversi provvedimenti eterogenei.

Parte I - Subappalto

Il primo approccio sono le categorie che nella «Tabella sintetica» integrante l'Allegato «A» del d.P.R. n. 207 del 2010 (ancora vigente sul punto) sono contrassegnate dalla parola «SI» nell'ultima colonna a destra rubricata «Qualificazione obbligatoria».

Tale elenco deve essere combinato con l'elenco di cui all'articolo 12, comma 2, lettera b), del d.l. n. 47 del 2014, convertito dalla legge n. 80 del 2014, che ha sottratto ben 11 categorie alla qualificazione obbligatoria e con l'elenco di cui al d.m. n. 248 del 2016 che ha reintrodotta due categorie (OS12-B e OS32 tra quelle a qualificazione obbligatoria). Dopo questa «ricucitura» si può ottenere l'elenco delle categorie a qualificazione obbligatoria. Ma non si pensi di aver esaurito il punto: anzi.

Parte I - Subappalto

Il secondo approccio è la rilevanza in termini di importo o di percentuale che rende tali categorie riconducibili al subappalto necessario, e qui la questione si divide :

- a) le sole categorie elencate dal d.m. n. 248 del 2016 che incidono per più del 10% sull'importo dell'appalto, a prescindere dal loro importo in termini assoluti (già viste a proposito del subappalti limitato); se sono subappaltabili nella misura massima del 30%, significa che l'offerente deve possedere la qualificazione almeno nella misura del 70%; in altri termini, se l'offerente è qualificato per il 100% in tali categorie può («può», non «deve») subappaltarne il 30%; ma in tal caso si tratterà di subappalto limitato ma facoltativo, come descritti in precedenza.

Parte I - Subappalto

Se invece l'offerente è qualificato in tali categorie per meno del 100% (purché non meno del 70% diversamente sarebbe escluso per carenza di qualificazione), allora deve («deve», non «può») subappaltarne la parte (massimo il 30%) per la quale non possiede la qualificazione specifica. L'importo di tale subappalto necessario si somma, ai fini della qualificazione, all'importo della categoria prevalente.

Se non indica il subappalto per tale parte di cui è carente, oppure non possiede la classifica SOA nella prevalente idonea a contenere anche l'importo in subappalto, è escluso per carenza di qualificazione. È ovvio che se fosse qualificato per l'80% sarebbe obbligato ad indicare il subappalto necessario per almeno per il 20% mancante, mentre gli residuerebbe un 10% di subappalto facoltativo.

Parte I - Subappalto

- b.1)** le sole categorie elencate dal d.m. n. 248 del 2016 che incidono per **non più** del 10% sull'importo totale, ma di importo superiore a 150.000 euro; fattispecie che per ragioni aritmetiche riguarda solo gli appalti superiori a 1,5 milioni di euro); se incidono più del 10% sull'importo totale ricadono nella fattispecie **sub. a).**
- b.2)** categorie a qualificazione obbligatoria, diverse da quelle elencate dal d.m. n. 248 del 2016, di importo superiore al 10% dell'importo totale dell'appalto o di importo superiore a 150.000 euro (è sufficiente che ricorra una delle due condizioni, anche qui discriminate, per ragioni aritmetiche, dall'importo totale dell'appalto superiore o inferiore a 1.500.000 euro).

Parte I - Subappalto

b.3) categorie OG2, OS2-A, OS2-B e OS25, di importo e incidenza percentuale inferiori a quelle sub. b.1) e sub. b.2) (diversamente ricadrebbero nelle predette fattispecie); questo in forza della norma speciale di cui agli articoli 146, commi 1 e 2, e 148, commi 2 e 4, del Codice nonché del d.m. n. 154 del 2017.

Trattandosi di categorie a qualificazione obbligatoria all'offerente è richiesta la qualificazione specifica mediante attestazione SOA, se carente gli si richiede di indicarle (obbligatoriamente) come da subappaltare. L'importo di tali categorie da subappaltare si somma, ai fini della qualificazione, all'importo della categoria prevalente.

Parte I - Subappalto

Come nel caso **sub. a)** anche nei casi **sub. b)**, se l'offerente non indica il subappalto per i lavori di cui è carente, oppure non possiede la classifica SOA nella prevalente sufficientemente capiente da contenere anche l'importo in subappalto, è escluso per carenza di qualificazione. Ecco il perché della definizione di subappalto necessario o qualificante: senza di esso, in assenza di attestazione SOA specifica posseduta in proprio dall'offerente, non vi è qualificazione.

Parte I - Subappalto

In conclusione:

- 1)** il subappalto «facoltativo» può riguardare solo categorie per le quali l'offerente è in possesso di idonea qualificazione e categorie a qualificazione NON obbligatoria e (ma questo è ovvio) categorie non evidenziate nei bandi o nelle lettere di invito perché di importo non rilevante ai fini della qualificazione;
- 2)** il subappalto «limitato» può riguardare solo le s.i.o.s., sia che l'offerente sia in possesso della relativa qualificazione (e quindi è anche subappalto «facoltativo») sia che l'offerente sia carente di parte, non superiore al 30%, della specifica qualificazione in tali categorie (e quindi è anche subappalto «necessario»);
- 3)** il subappalto «necessario» è alternativo, alle condizioni e nei limiti descritti in precedenza ai spunti **sub. b)**, al possesso dei requisiti specifici.

Parte I - Subappalto

4. Subappalto subordinato all'indicazione della «terna di 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.

La norma come noto ha posto molti interrogativi nessuno dei quali è stato risolto. Alcuni specifici per i lavori, alcuni specifici per i servizi, alcuni comuni ai vari ambiti.

Parte I - Subappalto

4.a. La terna di subappaltatori per appalti di rilievo comunitario

La terna va indicata «per ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara». Nei lavori è facile individuare ciascuna tipologia di prestazione omogenea nelle diverse categorie del bando (prevalente e scorporabili).

Per ciascuna dunque, una terna di subappaltatori che, ovviamente, possono essere in comune a più di una terna.

La norma pone un «obbligo» ma non la sanzione espulsiva per la sua inosservanza.

Cosa può comportare dunque la mancata indicazione della terna: senz'altro la preclusione al subappalto; se l'offerente rinuncia al subappalto (scelta legittima, in caso di subappalto facoltativo), anche solo non fornendo alcuna indicazione sui lavori da subappaltare, non può essere tenuto ad indicare i subappaltatori.

Parte I - Subappalto

Scusate il gioco di parole: in assenza dell'oggetto dell'obbligazione, l'obbligato è liberato dall'obbligo.

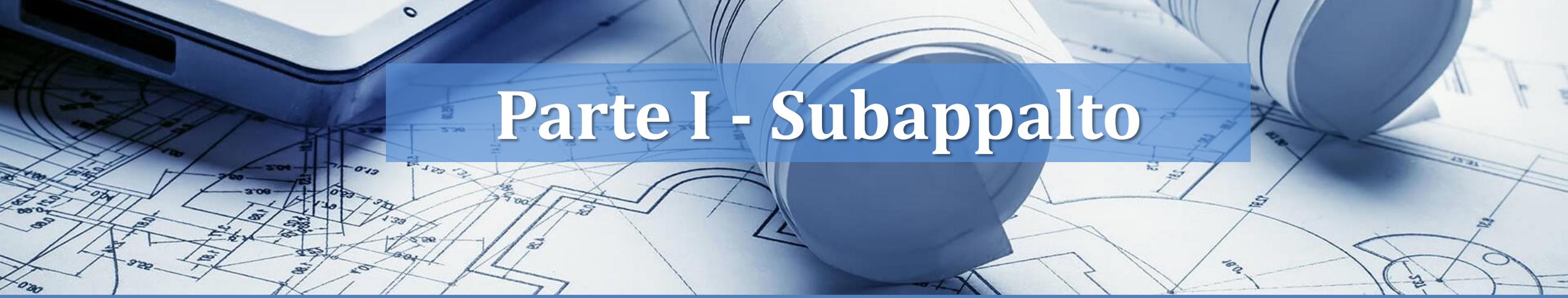
Ma se si fosse in presenza di subappalto dichiarato o peggio ancora di subappalto obbligatorio, detta conclusione non sarebbe soddisfacente.

Distingueri: se l'offerente indica prestazioni che intende subappaltare, ma che potrebbe eseguire in proprio (subappalto facoltativo), si potrebbe soprassedere limitandosi a vietare il subappalto in fase esecutiva. Così facendo però si andrebbe a modificare unilateralmente la volontà dell'offerente e la cosa non pare ragionevolmente possibile. In questi casi ritengo che si possa ricorrere al soccorso istruttorio avvertendo che, in assenza di riscontro, il subappalto sarà precluso.

Parte I - Subappalto

Se l'offerente indica prestazioni che deve (si obbliga) a subappaltare per carenza di qualificazione diretta (subappalto necessario o qualificante), non si potrebbe semplicemente prenderne atto: in questi casi ritengo che si debba (questa volta «si debba» e non semplicemente «si possa») ricorrere al soccorso istruttorio avvertendo tuttavia che, in assenza di riscontro, si procederà all'esclusione per carenza di requisiti (in assenza del soggetto che dovrebbe eseguire le prestazioni in subappalto che non possono essere assunte dall'offerente).

Altra domanda è, se in fase di offerta o in sede di soccorso istruttorio, è fornita una rosa inferiore o superiore alla terna? Ovvero solo uno o due subappaltatori o, è successo anche questo, una quaterna?



Parte I - Subappalto

Nel caso di un numero inferiore a 3, direi che la Stazione appaltante si può accontentare se si tratta di subappalto facoltativo, ma deve chiedere l'integrazione della terna mediante soccorso istruttorio se si tratta di subappalto necessario, avvertendo che, in assenza di riscontro, si terranno in considerazione solo i subappaltatori indicati in origine.

Nel caso di un numero eccedente andrà precisato nel bando che saranno considerati solo i primi 3 in elenco e l'indicazione del quarto sarà *tamquam non esset*.

Parte I - Subappalto

Si ritiene che l'indicazione di uno o più subappaltatori della terna carenti dei requisiti di selezione (attestazione SOA) in relazione ai lavori per i quali sono indicati, possa ritenersi una indicazione «inefficace» ed essere trattata come carenza di indicazione del subappaltatore e trascurata o trattata con soccorso istruttorio, con le diverse conclusioni, viste appunto per i casi di mancata indicazione o indicazione di un numero di subappaltatori inferiore a 3.

Ovviamente si parla di assenza dei requisiti di selezione, non di cause di esclusione di cui all'articolo 80, nel qual caso l'esclusione del subappaltatore indicato coinvolge inevitabilmente anche l'offerente comportando l'esclusione anche di quest'ultimo.

Parte I - Subappalto

Un'ultima annotazione: se un subappaltatore della terna concorre autonomamente (o con diverso raggruppamento) alla medesima gara, come rileva l'incompatibilità tra subappaltatore e offerente di cui all'articolo 105, comma 4, lettera a), del Codice?

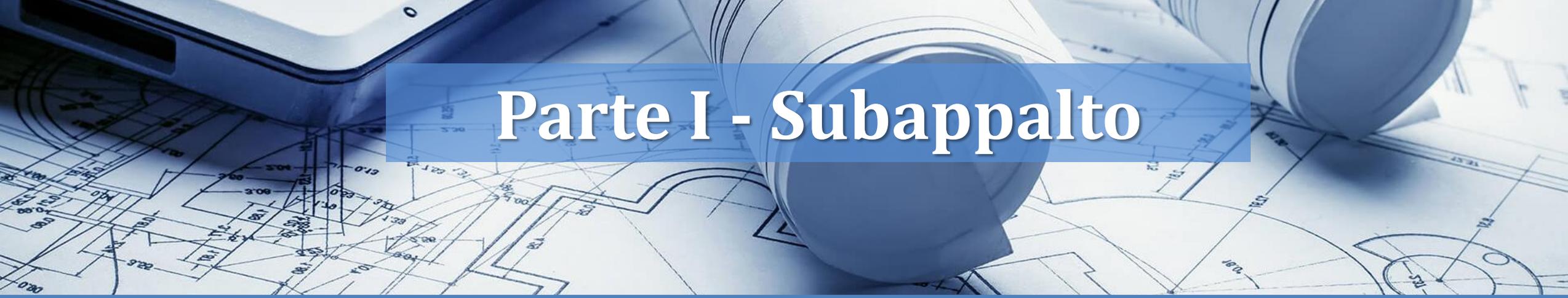
Si ritiene che anche in questo caso non si possa parlare di indicazione ostativa alla partecipazione, tuttavia l'indicazione sarà considerata «inefficace» ovvero come non apposta, con le conseguenze già viste per tale condizione in fatto di tollerabilità, soccorso istruttorio e conclusioni di questo.

Il divieto è comunque rivolto alla fase esecutiva di autorizzazione, che opera a valle a prescindere dall'indicazione delle terne.

Parte I - Subappalto

Negli appalti di servizi, fermo restando l'obbligo della terna, normalmente questa sarà unica, a meno che la documentazione di gara individui esattamente le «tipologie di prestazioni omogenee» e i relativi requisiti, a cui associare la terna.

Non pare una delle operazioni più facili, infatti si tende, quando apprezzabilmente ragionevole, a unificare le prestazioni in un'unica tipologia, salvo casi particolari (es. in un appalto di igiene urbana distinguere la raccolta dalla gestione dell'isola ecologica o dai trasporti agli impianti esterni; in un appalto di gestione RSA distinguere i servizi assistenziali dalle manutenzioni, dalle pulizie e sanificazioni o dall'erogazione dei pasti). La terna seguirà le prestazioni omogenee.



Parte I - Subappalto

Certo è che il progettista del servizio deve ponderare bene tutti gli aspetti e le conseguenze per poter decidere se sia necessario o solo opportuno individuare prestazioni secondarie (come ai fini dei raggruppamenti temporanei) o diversamente omogenee alle quali associare possibili terne di subappaltatori.

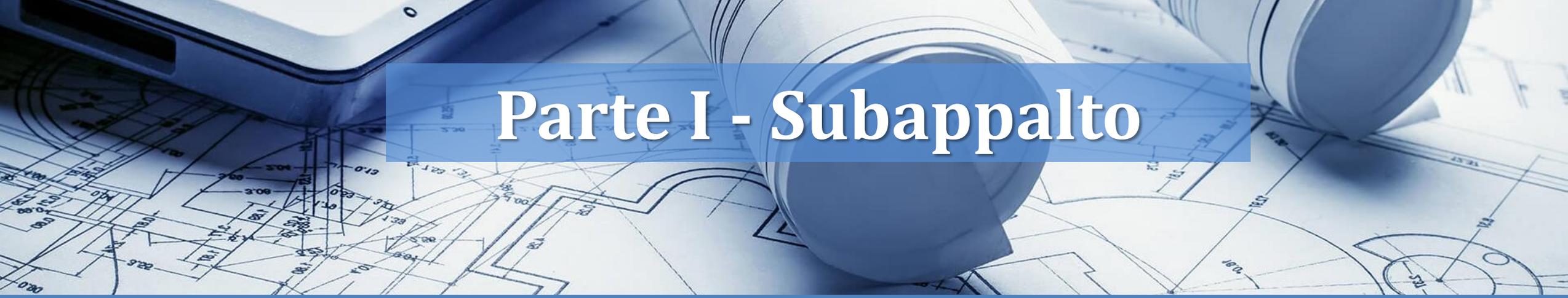
Si permetta di chiosare che la norma sulla «terna» è una plateale farsa: in un servizio con durata 5 o 6 anni, ma addirittura in una concessione di 30 anni (art. 174, comma 2) come prevedere in origine i possibili subappaltatori (peraltro non vincolati con alcun contratto o indicati a propria insaputa) in un'economia dove cessazioni, fusioni, spin-off, trasformazioni aziendali sono all'ordine del giorno.

Parte I - Subappalto

4.b. La terna di subappaltatori per attività suscettibili di infiltrazione mafiosa

Ovvero il trionfo della demagogia e dell'inconcludenza. Si tratta di appalti di qualunque importo dove si prevedono una o più d'una delle seguenti attività:

- a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;
- b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
- c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- e) noli a freddo di macchinari; *(che ordinariamente non costituisce subappalto)*
- f) fornitura di ferro lavorato; *(che ordinariamente non costituisce subappalto)*
- g) noli a caldo;
- h) autotrasporti per conto di terzi;
- i) guardiania dei cantieri. *(che ordinariamente è un servizio marginale estraneo ai lavori)*



Parte I - Subappalto

Come si vede si tratta di attività connesse ad appalti di lavori (anche se la maggior parte di esse non può definirsi «lavoro») o di taluni particolari servizi.

La terna va indicata anche qui per «per ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara»; ma le attività di cui si tratta sono spurie e non sempre prevedibili in anticipo, qualche volta subordinate all'organizzazione del futuro aggiudicatario.

Credo che l'unica soluzione ragionevole è quella di indicare quali di tali attività sono presenti nell'appalto; l'offerente dovrà scegliere se eseguirle in proprio o affidarle in subappalto e solo in questo caso avrà l'obbligo dell'indicazione della terna. Indicazione (o mancata indicazione) per le quali si rinvia alle considerazioni fatte in precedenza a proposito delle terne.

Parte I - Subappalto

Fase esecutiva: muramento dei subappaltatori indicati

Se un subappaltatore indicato (o alcuno dei subappaltatori indicati) non accetta a valle di eseguire i lavori indicati come da subappaltare (e, segnatamente, oggetto di subappalto «necessario» quindi non eseguibili dall'aggiudicatario) cosa succede?

Escluso il subappalto abusivo, reato gravissimo, ed esclusa la risoluzione del contratto per carenza (sopravvenuta) dei requisiti di esecuzione (a meno di essere affetti da masochismo acuto) potrà essere autorizzato il subappalto ad un terzo non previsto in origine?

Pur con le dovute cautele e senza la certezza dell'incensurabilità, la risposta dovrebbe essere affermativa.

Parte I - Subappalto

La presenza e l'idoneità dei subappaltatori in fase di gara serve a fornire alla stazione appaltante un quadro sufficientemente esaustivo dei soggetti coinvolti per l'affidamento, ma non pregiudica l'esame e le verifiche prima dell'autorizzazione del subappalto che, infatti, restano immutate.

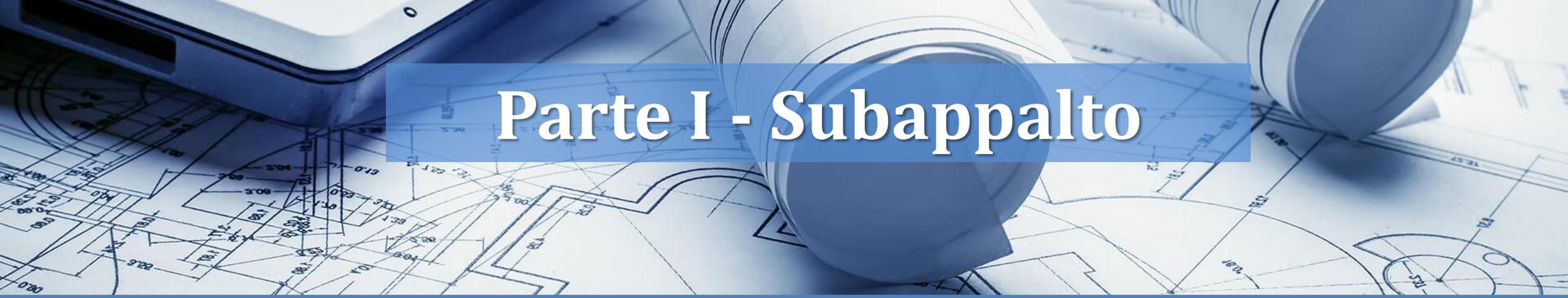
Da un lato il reato dell'appaltatore e del subappaltatore di cui all'art. 21, comma 1, della legge n. 646 del 1982 si consuma per il subappalto in assenza di «autorizzazione», provvedimento che è rilasciato solo in fase esecutiva, su richiesta.

Dall'altro lato il reato di cui all'art. 74, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011, imputabile al funzionario che autorizza o consente il subappalto a soggetti colpiti dalle misure di prevenzione di cui all'art. 67 del codice antimafia.

Parte I - Subappalto

Parrebbe che il tutto prescindere dall'indicazione della terna e che se l'autorizzazione al subappalto è rilasciata osservando tutte le prescrizioni normative di cui all'articolo 105 del Codice non vi siano ostacoli all'intervento di un subappaltatore non previsto tra quelli indicati in origine se questi ultimi non sono più disponibili.

L'osservazione potrebbe essere: ma all'ora l'obbligo di indicazione della terna e l'art. 105, comma 6 sono scritti inutilmente? La risposta di botto sarebbe «Sì» ma sarebbe anche troppo semplicistica: probabilmente l'articolo 105, comma 6, presidia la fase di ammissione, ma non congela all'infinito la situazione essendo possibile uscire dal perimetro della terna laddove questa non sia più disponibile.



Parte I - Subappalto

Fase esecutiva: il contratto di subappalto

Il contratto di subappalto segue l'autorizzazione (è depositato solo 20 giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati). Si assiste tuttavia a contratti di subappalto totalmente inadeguati ad assolvere gli scopi di natura «pubblicistica» che sono chiamati ad assolvere. Ne deriva che ad autorizzazione rilasciata il contratto non presenta gli elementi che necessariamente disciplinano il subappalto sotto i profili che riguardano il DL, il CSE e il RUP.

Per cui le informazioni necessarie (che poi potranno confluire nel contratto) dovranno per forza essere richieste e acquisite in fase di autorizzazione.

Tali informazioni essenziali possono essere così individuate:

Parte I - Subappalto

- l'individuazione delle lavorazioni affidate, con precisi riferimenti alle lavorazioni previste dal contratto, distintamente per la parte a corpo e per la parte a misura;
- l'importo del costo della manodopera;
(il tutto in modo da consentire alla DL e al RUP la verifica del rispetto della condizione dei prezzi minimi e delle retribuzioni del personale senza alcun ribasso ai sensi dell'art. 105, comma 14, periodi primo e secondo, del Codice);
- l'individuazione delle categorie, tra quelle previste dagli atti di gara con i relativi importi, al fine del rilascio del CEL di cui all'art. 86, comma 5-bis, del Codice;
- se al subappaltatore sono affidati parte degli apprestamenti o di altre attività previste dal PSC, connessi ai lavori in subappalto in modo da indicarli con precisione nel contratto di subappalto, con i relativi costi pattuiti al prezzo originario, senza alcun ribasso.

Parte I - Subappalto

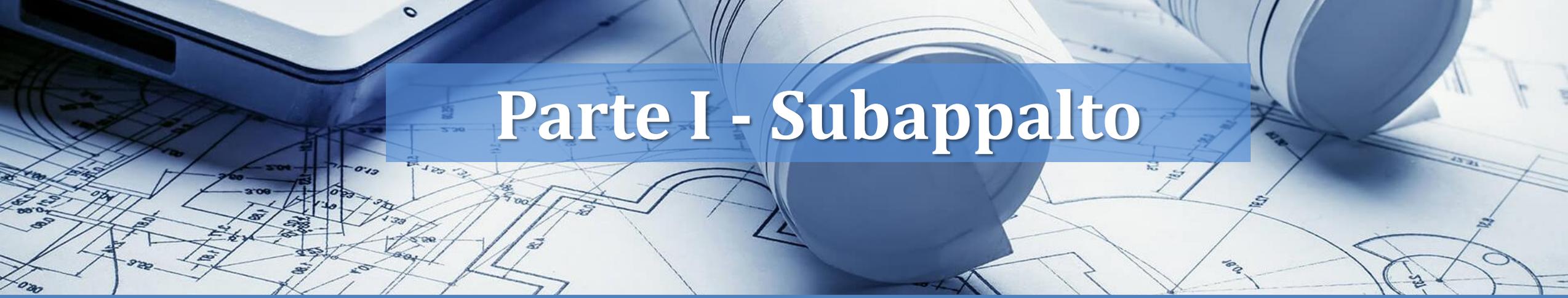
4.c. Il subappalto nei servizi di ingegneria e architettura

L'argomento è lasciato per ultimo in quanto marginale e spesso superato da quanto si dirà oltre e anche a proposito delle attività che non costituiscono subappalto.

L'art. 31, comma 8, secondo periodo, del Codice, fuori dal contesto dell'art. 105:

- vieta il subappalto della sola relazione geologica;
- ammette il subappalto di indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, la sola redazione grafica degli elaborati progettuali.

E alle prestazioni diverse da quelle elencate quale regime si applica sempre fermo restando il limite massimo subappaltabile del 30% sull'importo totale?



Parte I - Subappalto

Si possono fare alcune considerazioni: tranne la relazione geologica (già sottratta al subappalto) le prestazioni indicate come subappaltabili si caratterizzano per non essere strettamente riservate alle professioni ordinistiche ex art. 2229 c.c. (o a professioni specifiche per le quali non è istituito un ordine o collegio, quali archeologi o restauratori); infatti per come elencate potrebbero essere assolte da semplici dipendenti tecnici, da rilevatori, da disegnatori ecc.

Si potrebbe dedurre che le prestazioni riservate alle professioni ordinistiche o analoghe, non siano subappaltabili.

A questa conclusione si può giungere anche per altra via.

Parte I - Subappalto

Se le attività di progettazione devono essere riconducibili sotto il profilo della professionalità a specifiche persone fisiche dotate di qualifica a tale scopo (art. 24, comma 5, del Codice), se la direzione lavori non può che essere unitaria (un solo direttore dei lavori, anche per una mega opera) soggetto alla giurisdizione della Corte dei conti, se per il CSP e CSE sussiste la tutela penale (anche in capo al RUP che lo individua ex d.lgs. n. 81 del 2008) si fatica a ritenere tali prestazioni come subappaltabili, ovvero poste ad un secondo livello contrattuale e di responsabilità.

Si ritiene che, anche ricorrendo all'art. 89, comma 4, del Codice (che esprime un principio generale codificato nell'art. 63, paragrafo 2, della direttiva) le prestazioni «core», di progettazione, direzione, CSP e CSE non siano subappaltabili.

Parte I - Subappalto

5. Attività che non costituiscono subappalto.

Si tratta di più fattispecie, soggette e discipline distinte e che trovano la loro legittimità (o sarebbe meglio dire «liceità») da distinte fonti giuridiche.

5.1. Le attività non tipizzate oggetto di subcontratti

Si tratta della fattispecie più nota (e controversa) che si rinviene all'art. 105, comma 2, secondo periodo, del Codice, la cui infelicissima formulazione si trascina dall'articolo 18, comma 12, della legge n. 55 del 1990 poi transitata nell'articolo 118, comma 11, del Codice abrogato) dando dato luogo ad un dibattito infinito.

Parte I - Subappalto

Tale fattispecie si rileva dalla lettura «a contrariis» della norma, ovvero: «**Non** costituisce subappalto l'attività che **non** richiede l'impiego di manodopera, singolarmente di importo **non** superiore al 2% dell'importo totale o non superiore a 100.000 euro, e qualora l'incidenza del costo del lavoro **non** sia superiore al 50%». L'infelicissima formulazione (che si trascina dall'articolo 18, comma 12, della legge n. 55 del 1990, all'articolo 118, comma 11, del Codice abrogato) ha dato luogo ad un dibattito infinito che su può così riassumere. Anche se la lettera della norma potrebbe essere intesa che non vi sarebbe mai subappalto, indipendentemente dagli importi, alla sola condizione che la manodopera incida per meno del 50%, la conclusione è diversa.

Parte I - Subappalto

Diversamente opinando nei lavori nulla costituirebbe subappalto, visto che la manodopera incide sempre per meno del 50% del totale (salvo che per taluni restauri o taluni lavori di manutenzione).

Anche in relazione all'orientamento restrittivo della giurisprudenza e alle conseguenze connesse ai subappalti illeciti, si deve ritenere preferibile l'interpretazione secondo la quale affinché un lavoro non costituisca subappalto deve essere non solo inferiore al 2% del totale e a 100.000 euro, ma deve anche essere caratterizzato da un'incidenza della manodopera inferiore al 50%.

Pertanto non si possono assecondare i pressanti tentativi degli esecutori di bypassare l'autorizzazione al subappalto con le semplici comunicazioni di tali subaffidamenti.

Parte I - Subappalto

5.2. Le attività tipizzate che non costituiscono subappalto

Sono quattro, elencate all'art. 105, comma 3, del Codice, ma qui ne rilevano solo tre:

- a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;
- b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
- c-bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti prima dell'indizione della procedura d'appalto; i relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

Parte I - Subappalto

Sia la lettera a) (affidamento a lavoratori autonomi) può aprire alcuni spiragli anche per i servizi tecnici o per prestazioni minori, non deve trattarsi di soggetti organizzati in forma di impresa (nemmeno individuale). Sulle subforniture di prodotti informatici non si vede dove sia la manodopera e potrebbe essere assorbita da altra fattispecie che si vedrà in seguito (subforniture).

Quanto ai subcontratti di cooperazione esiste una interpretazione restrittiva (TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 06 dicembre 2018, n. 2583), ma tutte le fattispecie devono essere trattate con cautela; in ogni caso deve trattarsi di prestazioni accessorie, secondarie, strumentali, ovvero si tratta di strumenti che non possono essere utilizzati al solo scopo di bypassare le autorizzazioni al subappalto.

Parte I - Subappalto

5.3. Le attività diverse che non costituiscono subappalto

Paiono sussistere almeno altre fattispecie, non previste dal Codice, ma che possono ritenersi estranee al regime del subappalto:

- 1) le subforniture di cui all'art. 2 della legge n. 192 del 1998, se ricorrano le condizioni di cui all'articolo 1 della stessa legge, secondo i rigidi principi enunciati da Consiglio di Stato, sez. III, 30 novembre 2018, n. 6822;
- 2) l'affidamento di prestazioni che in forza di norme di legge, di regolamento o di convenzioni già stipulate, devono essere eseguite obbligatoriamente da determinati soggetti già individuati o individuabili senza possibilità di alternative e comunque non eseguibili direttamente dall'affidatario.

Parte I - Subappalto

A questa fattispecie «atipica» possono essere ricondotte, ad esempio:

- le opere di allacciamento, rimozione o ampliamento di allacci ai pubblici servizi, comprese nel contratto, ma che l'appaltatore deve affidare (per convenzione, contratto di servizio ecc.) ai gestori del pubblico servizio, ai titolari del bene sul quale si interviene, a soggetti pubblici oppure a soggetti privati che a loro volta sono già transitati da una procedura pubblica (es. concessionari di servizi pubblici);
- i prelevi, le prove e le verifiche di accettazione in cantiere dei materiali di cui all'art. 59 del d.P.R. n. 380 del 2001 (che le qualifica di «pubblica utilità»), previste dalle «Norme tecniche per le costruzioni» o le certificazioni di prodotto o di materiali che competono esclusivamente a organismi accreditati ai sensi delle norme europee.



Question Time:

Parte II: Avvalimento

Premessa

L'istituto dell'avvalimento, così avversato dalle Stazioni appaltanti, è ormai un punto fermo, generalizzato e inevitabile se non nei limitati casi previsti dalla norma.

Un primo punto a favore della serietà degli offerenti è il divieto di avvalimento dell'idoneità professionale, per capirci dell'iscrizione alla CCIAA (anche se il TAR Bologna, con la risalente sentenza n. 12 del 2007 affermò il contrario). La giurisprudenza è ormai costante nel legittimare la pretesa che l'attività esercitata citata nel camerale (in sintesi il codice ATECO) abbia un nesso logico con l'oggetto dell'appalto: è fugato il pericolo che mediante avvalimento il parrucchiere concorra alla costruzione della scuola o il carrozziere per la mensa scolastica. Attenzione: l'attività esercitata e non l'oggetto sociale descritto autonomamente nel certificato.

Parte II: Avvalimento

1. L'avvalimento nei lavori

Negli appalti di lavori l'avvalimento sostanzialmente si riduce all'attestazione SOA, almeno nella maggior parte dei casi.

L'avvalimento è ammesso anche per la cifra d'affari, ma trattandosi di requisito richiesto solo per appalti di importo superiore a 20.000.00 è di interesse secondario.

L'avvalimento è ammesso anche per i requisiti semplificati di cui all'articolo 90 del d.P.R. n. 207 del 2010 (lavori svolti, costo del personale e attrezzatura adeguata) per lavori di importo fino a 150.000 euro ma, anche in questo caso l'argomento è di interesse secondario trattandosi di requisiti talmente blandi che il ricorso all'avvalimento avviene solo in casi più che eccezionali.

Parte II: Avvalimento

1.1. Il divieto di avvalimento

Negli appalti di lavori l'avvalimento è **vietato** per tutte le categorie elencate nel d.m. n. 248 del 2016, attuativo dell'art. 89 del Codice, se singolarmente di importo superiore al 10% dell'importo dell'appalto.

Si noti che, diversamente dal subappalto «necessario e qualificante» e dal subappalto «limitato», anche se vi sono alcuni aspetti in comune, il divieto di avvalimento non fa distinzione tra categoria prevalente e scorporabili.

Il divieto opera sempre in presenza delle due sole condizioni:

- categoria individuata tra quelle di cui al d.m. n. 248 del 2016;
- importo superiore al 10% del totale d'appalto (non rileva la soglia di 150.000 euro);

Parte II: Avvalimento

I divieti non si esauriscono qui, è infatti vietato l'avvalimento a prescindere dall'importo e dall'incidenza percentuale (quindi sempre e comunque), anche:

- della categoria OG2 (non prevista dall'art. 89, comma 11, del Codice e dal relativo d.m. di attuazione n. 248 del 2016);
- delle categorie OS2-A, OS2-B e OS25 (laddove l'art. 89, comma 11, del Codice e il d.m. n. 248 del 2016 vietano l'avvalimento solo se di importo superiore al 10%).

Questo in forza della norma speciale di cui all'articolo 146, comma 3, del Codice.

Parte II: Avvalimento

2. Il subappalto all'ausiliario

L'articolo 89, comma 8, del Codice, dopo aver imposto che il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, prevede che l'impresa ausiliaria possa assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.

In realtà quello dei «requisiti prestati» non è il solo limite; sussiste sempre il limite generale del 30% di cui all'articolo 105, comma 2.

Diversamente opinando non solo perderebbe significato l'affermazione che il contratto è in **ogni caso eseguito** dall'impresa offerente e, considerato che l'avvalimento potrebbe fatto anche per il totale dei requisiti, a questo punto anche il subappalto potrebbe essere al 100% pur restando nei limiti dei requisiti prestati.

Parte II: Avvalimento

Non si può condividere una simile conclusione per due motivi:

- si potrebbe arrivare, per via del subappalto integrale conseguente all'avvalimento integrale, ad una arbitraria cessione del contratto, principio vietato in assoluto;
- la disciplina del subappalto ha origini e finalità prevalentemente di ordine pubblico e contrasto alla criminalità organizzata, e le sue limitazioni non possono essere subdolamente aggirate mediante una disciplina che ha solo finalità di concorrenza.

Si ritiene quindi che l'avvalimento preveda un'ulteriore forma di subappalto, anche se l'ausiliario in quanto tale risponde in solido con l'appaltatore mentre il sub-appaltatore è responsabile solo di quanto eseguito in subappalto; tale responsabilità nei confronti della stazione appaltante in pratica sarà assorbita dalla prima.

Parte II: Avvalimento

3. L'avvalimento nei servizi

Negli appalti di servizi trattandosi di requisiti di natura economico-finanziaria (fatturato, referenze bancarie, indici di bilancio) e di natura tecnica (servizi svolti, personale, attrezzature) l'avvalimento praticamente non conosce limiti.

Tuttavia se per espressa previsione normativa non è ammesso l'avvalimento dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali, ci si domanda se sia ammesso l'avvalimento di altre forme di abilitazione analoghe, ad esempio le abilitazioni:

- del prefetto per i servizi di vigilanza (art. 134 TULPS, d.m. n. 269 del 2010);
- all'attività di pulizia (legge n. 82 del 1994, d.m. n. 274 del 1997);
- alla custodia di veicoli a motore e di natanti (art. 8, d.P.R. n. 571 del 1982);
- all'albo autotrasportatori.

Parte II: Avvalimento

La risposta dovrebbe essere negativa, per la natura qualificante «soggettiva» di tali requisiti, ma non solo non risulta un orientamento univoco sul punto, in assenza di un divieto esplicito, ma di una preclusione è lecito dubitare se l'Allegato XVII, Parte II, lettera f), richiamato dall'art. 89, comma 11, del Codice, ammette l'avvalimento perfino dei **titoli di studio e professionali** a due condizioni:

- che non siano valutati tra i criteri di aggiudicazione;
- che gli ausiliari che apportano i titoli di studio e professionali eseguano direttamente le prestazioni per cui tali capacità sono richieste.

Questo può creare controindicazioni negli appalti dei servizi di ingegneria e architettura (ma anche in servizi dove sono richiesti professionisti in sanità, dietologi, biologi, commercialisti, attuari, assistenti sociali, avvocati ecc.).

Parte II - Avvalimento

3.1. L'avvalimento nei servizi di ingegneria e architettura

Sarebbe stravagante (anche se la norma pare ammetterlo) la partecipazione di un qualunque perito o altro operatore minore (purché con codice ATECO della categoria 71) che si avvale di ingegneri, architetti, geologi, restauratori, archeologi i quali, per ragioni ovvie, oltre che per rendere legittimo l'avvalimento, devono eseguire direttamente le prestazioni professionali in affidamento (quindi non tramite un ipotetico subappalto, peraltro vietato).

Ma allora si potrebbe giungere ad una inammissibile cessione del contratto.

Si consiglia pertanto di ricorrere all'articolo 89, comma 4, del Codice (norma già vista per limitare il ricorso a subappalti professionali) e riservare le prestazioni principali (progettazione, direzione, CSP e CSE) agli offerenti che, di conseguenza, dovranno doverosamente possedere in proprio i pertinenti titoli di studio e professionali.

Parte II - Avvalimento

4. L'ausiliario in fase di gara

L'offerente che intende avvalersi di un ausiliario deve dichiararlo e segnalarlo in fase di gara. Deve altresì indicare i requisiti dei quali è carente e per i quali ricorre all'ausiliario.

Per il tramite dell'offerente, che deve allegarle alla documentazione, l'ausiliario attesta l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del Codice e il possesso dei requisiti di selezione e delle risorse oggetto di avvalimento (ovvero che «presta» all'offerente).

Assenza di cause di esclusione e requisiti di selezione che, di norma, devono risultare dal DGUE dell'ausiliario.

Questa documentazione è autonoma dal contratto di avvalimento e non può essere surrogata dal predetto contratto, del quale si tratta oltre (Cons. di Stato, sez. V, 1 agosto 2018, n. 4765).

Parte II - Avvalimento

È importante notare che se per l'ausiliario indicato in fase di gara ricorrono cause di esclusione per motivi di cui all'art. 80 del Codice, o per carenza dei requisiti di selezione, l'esclusione opera per l'ausiliario mentre all'offerente deve essere imposto di sostituirlo con altro idoneo, in forza dell'art. 89, comma 3, del Codice (Cons. di Stato, Sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527).

Il subprocedimento di sostituzione non è disciplinato e, seppure non si tratti di «soccorso istruttorio» dovrà essere informato a criteri analoghi di celerità e completezza.

In caso di mancata sostituzione l'offerente è escluso. Nulla si dice in caso di inidoneità anche dell'ausiliario sopravvenuto ma si ritiene che, in tal caso, l'esclusione sia inevitabile.

La sostituzione non è ammessa in caso di dichiarazioni mendaci alle quali consegue l'esclusione dell'offerente, l'incameramento della garanzia e la segnalazione ad ANAC.

Parte II - Avvalimento

L'ausiliario può anche essere un componente del raggruppamento temporaneo (cosiddetto avvalimento «interno»).

Il contratto di avvalimento è un documento essenziale ai fini dell'ammissione al procedimento. Diversamente dalla disciplina previgente il contratto è indispensabile anche in caso di avvalimento «infragrupo» non essendo più prevista, in questo caso, l'alternativa della dimostrazione del legame giuridico-economico esistente tra gli operatori del gruppo (Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2018, n. 907).

L'avvalimento può essere frazionato nel senso può essere utilizzato ricorrendo a più imprese ausiliarie per lo stesso requisito, mentre è vietato il cosiddetto avvalimento «a cascata» ovvero l'ausiliaria che si avvale a sua volta a un'ausiliaria.

È altresì vietata la partecipazione dell'ausiliario alla stessa gara in concorrenza con l'offerente.

Parte II - Avvalimento

L'avvalimento può anche riguardare una sola parte o frazione dei requisiti, nel senso che può «integrare» i requisiti posseduti dall'offerente.

Tuttavia vi sono casi in cui i requisiti o le risorse messe a disposizione dall'ausiliario non possono che essere «totali» anche in presenza carenza solo parziale di requisiti dell'offerente. Si tratta dei requisiti «indivisibili», quali le referenze bancarie, il fatturato e in generale il cosiddetto avvalimento operativo. Oppure delle certificazioni di qualità che, per essere oggetto di avvalimento, necessitano che l'ausiliario metta a disposizione l'intero complesso aziendale, le misure, le conoscenze e le esperienze che hanno consentito il rilascio delle certificazioni di qualità le quali, come noto, rispetto ad un determinato «scopo» non possono essere frazionate.

Parte II - Avvalimento

5. Il contratto di avvalimento

Non deve avere solo i contenuti minimi di cui all'art. 1325 del codice civile, né limitarsi a ribadire gli obblighi di legge con formule tautologiche (responsabilità solidale, messa a disposizione di mezzi e risorse, impegno fino al collaudo ecc.) ma deve indicare effettivamente le risorse, i mezzi, materiali e personali, oggetto di avvalimento e ch, messi a disposizione dell'offerente, consentono l'esecuzione delle prestazioni per le quali i requisiti sono richiesti prestati.

L'oggetto del contratto deve essere quindi determinato o determinabile senza ulteriori interpretazioni (Cons. Stato, A.P., 4 novembre 2016, n. 23) a pena di nullità dello stesso.

Il confine tra un contratto di avvalimento «impreciso» o «parzialmente incompleto» quindi suscettibile di soccorso istruttorio e un contratto nullo quindi inesistente non è nettissimo.

Parte II - Avvalimento

È ormai consolidata in giurisprudenza la differenza tra avvalimento «di garanzia» e avvalimento «operativo», che si riflette sul contenuto delle dichiarazioni e del contratto.

Mentre con il secondo devono essere messe a disposizione strutture organizzative, mezzi materiali, attrezzature, personale e altre risorse attive nell'esecuzione delle prestazioni, con il primo sono messi a disposizione la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale dell'ausiliaria così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità, quindi si tratta di risorse «immateriali» che non agiscono in cantiere ma ad un livello generale superiore.

L'individuazione e la descrizione delle obbligazioni (dell'onerosità delle quali il contratto di avvalimento può rinviare ad altri atti che non rivestono interesse per la stazione appaltante) richiede una particolare cura in fase di esame e di verifica.

Parte II - Avvalimento

Resta inteso che se ricorrono le rare ipotesi di soccorso istruttorio relativamente a taluni contenuti del contratto di avvalimento, la «sanatoria» sarà possibile solo se le condizioni che rimediano a tali difetti siano preesistenti alla data di scadenza per la presentazione delle offerte e tale preesistenza sia documentabile o comprovabile con data certa dall'offerente. In altri termini non può essere ammessa una integrazione «postuma» del contratto di avvalimento.

In fase esecutiva il RUP accerta che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'ausiliaria che l'appaltatore utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto d'appalto.



Question Time:

Per info contattaci a:

 webinar@asmel.eu

 800 165654

 www.asmel.eu

**Grazie
per
la
partecipazione!**