



Stampa l'articolo Chiudi

30 luglio 2013

## Subappalto, è sufficiente la dichiarazione di voler subappaltare se la lex specialis non richiede l'indicazione del nominativo del subappaltatore

di Claudio Guccione

Con la **sentenza n. 3963 del 25 luglio 2013**, la **Quinta Sezione del Consiglio di Stato** ha chiarito che anche il concorrente che non sia in possesso della qualificazione relativa alle prestazioni rientranti nella categoria scorporabile che intende affidare in subappalto può limitarsi a dichiarare l'intenzione di subappaltare senza che sia necessaria l'indicazione del nominativo dell'impresa subappaltatrice e la dimostrazione dei requisiti di qualificazione da parte di quest'ultima.

Secondo l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato con la sentenza in commento, infatti:

- 1) pur in carenza dei requisiti relativi alle categorie scorporabili è l'esistenza della totale copertura della categoria prevalente a legittimare la partecipazione alla gara, purché accompagnata dalla dichiarazione di voler subappaltare le prestazioni scorporabili;
- 2) la normativa in materia di contratti pubblici non impone di indicare già in sede di offerta il nominativo dei subappaltatori;
- 3) l'indicazione del subappaltatore e la verifica del possesso da parte di questo dei requisiti di partecipazione attiene solo al momento dell'esecuzione.

### IL CASO IN OGGETTO

La stazione appaltante Metropolitana Milanese spa aveva indetto una gara per l'affidamento dei lavori per l'installazione di barriere fonoassorbenti lungo la strada di accesso alle autostrade nord in Milano.

Il provvedimento di aggiudicazione relativo all'affidamento in esame veniva impugnato avanti al Tar Lombardia, Milano. Ai fini che qui ci occupano il ricorrente censurava, tra le altre cose, la mancata esclusione di due concorrenti che, sebbene entrambi privi della qualificazione per le lavorazioni della categoria scorporabile OG6, in sede di gara, si erano limitati a dichiarare l'intenzione di voler subappaltare tali prestazioni. Ad avviso del ricorrente, infatti, tali imprese, in ragione del mancato possesso della qualificazione relativa alla categoria scorporabile, avrebbero, piuttosto, dovuto (i) indicare il nominativo dell'impresa subappaltatrice designata e (ii) fornire la dimostrazione del possesso dei requisiti necessari da parte di quest'ultima e ciò in armonia con quanto affermato dal Consiglio di Stato, con la precedente pronuncia n. 2508/2012 (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 2 maggio 2012, n. 2508).

Il **Tar Lombardia, Milano, con sentenza breve n. 2514/2012**, ha respinto il ricorso proposto dalla ricorrente rilevando che (i) l'art. 118 del Codice dei Contratti non impone di indicare già in sede di offerta il nominativo del subappaltatore e rimanda al momento della stipula del relativo contratto il controllo sulla qualificazione di questo; (ii) anche in ossequio al principio di tassatività delle cause di esclusione e di favor participationis non appare consentito introdurre una restrizione alla possibilità di partecipazione alle gare in contrasto con la normativa primaria che, come detto, posticipa il controllo sul possesso delle qualificazioni dell'eventuale subappaltatore ad un momento successivo a quello delle offerte e (iii) diversamente dalla fattispecie relativa al precedente richiamato dai ricorrenti a sostegno delle proprie argomentazioni (Cons. Stato, n. 2508/2012), nel caso in esame la lex specialis non prevedeva nulla in ordine al momento in cui effettuare la dichiarazione di subappalto: dalla mancata previsione nel bando il Tar ne deduce che la stazione appaltante ha deciso, con valutazione discrezionale e coerente con i contenuti di cui all'art 118 del D.lgs. n. 163/06, di effettuare i controlli di legge in sede di stipula del contratto.

### LA POSIZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO

Con la decisione in commento il Consiglio di Stato ha confermato la posizione espressa dal Tar Milano con la sopra richiamata sentenza breve 2514/2012.

In primo luogo, il **Consiglio di Stato** ha evidenziato la non pertinenza al caso in esame del precedente richiamato dai ricorrenti (Cons. Stato, sez. VI, n. 2508/2012). La pronuncia richiamata, infatti, aveva ad oggetto una fattispecie in cui il bando di gara richiedeva espressamente l'indicazione del nominativo del subappaltatore contestualmente alla dichiarazione di voler subappaltare. La lex specialis della procedura di gara da cui ha tratto origine la sentenza in commento, invece, non conteneva una analoga previsione, con la conseguenza che, in questo caso, non può che trovare applicazione la norma di legge e del DPR 207/2010, norma che non richiede l'indicazione del subappaltatore nell'ipotesi in cui l'entità delle opere scorporabili trova capienza in un surplus di qualificazione nella categoria principale.

Il Collegio ricorda, infatti, che ai sensi dell'art. 92 del Nuovo Regolamento "Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi 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".

Secondo la richiamata disposizione è, dunque, l'esistenza della totale copertura della categoria prevalente a legittimare la partecipazione alla gara, pur in carenza dei requisiti relativi alle categorie scorporabili, purché il concorrente abbia dichiarato di voler subappaltare le prestazioni relative a tali categorie scorporabili.

In altre parole, il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, pone in evidenza che la qualificazione mancante deve essere posseduta dal concorrente in relazione alla categoria prevalente, in quanto è questo che tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria della stessa.

Chiarito quanto sopra, il Supremo Collegio precisa, quindi, che la concreta identificazione dell'impresa subappaltatrice e la verifica del possesso dei requisiti da parte di quest'ultima concerne solo il momento dell'esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento e non rileva, dunque, in sede di gara.

A conferma di tale assunto, il Giudice amministrativo richiama altresì quanto affermato dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture con la determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012. Con tale pronuncia l'AVCP ha, infatti, precisato che (i) ai sensi dell'art. 92 del DPR 207/2010 "i requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente" e (ii) la normativa "non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta, ma solamente di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per le categorie scorporabili".

In ultimo, secondo l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, tali conclusioni sarebbero il frutto di una scelta dello stesso Legislatore. A tal proposito si evidenzia come la prima stesura del Codice dei Contratti Pubblici prevedesse espressamente che le opere altamente specializzate (ex art. 107, comma 2, DPR 207/2010) eccedenti il 15 per cento potessero essere eseguite solo da ATI nell'ipotesi in cui il concorrente non fosse in possesso dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari relativi alla categoria scorporabile; tale previsione è stata, tuttavia, modificata dal d.lgs. n. 152/2008 che ha previsto la possibilità di ricorrere al subappalto anche per le opere altamente specializzate, senza alcuna specificazione e rimandando a quanto disposto dall'art. 118, comma 2, terzo periodo del Codice dei Contratti, non ritenendo, quindi, di delineare condizioni diverse di partecipazione alla gara neanche nel caso di opere altamente specializzate superiori al 15 per cento dell'importo complessivo.

Nel caso in esame, non può, dunque, non trovare applicazione la regola generale dettata dall'art. 118 del d.lgs. 163/2006 e dall'art. 109 del DPR 207/2010, che non impongono al concorrente di indicare, già in sede di gara, il nominativo del subappaltatore.

#### **L'ORIENTAMENTO SULLA NECESSITA' DEL NOME DEL SUBAPPALTATORE**

La pronuncia oggetto del presente commento segue una serie di pronunce dei Tribunali Amministrativi Regionali e del medesimo Consiglio di Stato che hanno dato vita, negli ultimi mesi, ad un acceso dibattito in materia di dichiarazione di subappalto. In particolare, si sono andati formando sul punto due orientamenti tra loro diametralmente opposti.

Secondo un orientamento giurisprudenziale emerso nel 2012, l'indicazione del nominativo dell'impresa subappaltatrice sarebbe obbligatoria in tutte le ipotesi in cui il concorrente sia sprovvisto dei requisiti di qualificazione necessari per l'esecuzione dei lavori rientranti nella categoria scorporabile che intende affidare in subappalto. Tale orientamento, dunque, fornisce un'interpretazione della disposizione di cui all'art. 118 del Codice degli Contratti nel senso che la dichiarazione di subappalto possa limitarsi alla mera indicazione della volontà di subappaltare nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto e, quindi, trattasi di subappalto facoltativo; al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore, e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione, nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto si

renda necessario per ovviare al mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione" (in tal senso, ex multis, Cons. Stato, 21 novembre 2012, n. 5900, e 2 maggio 2012, n. 2508).

Tale orientamento si fonda, per l'appunto, sulla distinzione tra il c.d. subappalto facoltativo e il c.d. subappalto necessario preoccupandosi, in questo ultimo caso, di evitare il rischio che la stazione appaltante non sia messa in grado di verificare, sin dalla fase di presentazione delle offerte, l'idoneità del soggetto che andrà ad eseguire le prestazioni. Viene, inoltre, operato un raffronto tra "subappalto necessario" e "avvalimento sostanziale" per dedurre un'equipollenza sostanziale: così come nell'avvalimento è necessario indicare in sede di offerta il nominativo dell'impresa ausiliaria la quale è anche tenuta a rendere le dichiarazioni sul possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente, anche nel subappalto necessario è in sede di offerta che dovrebbero essere indicati nominativo e requisiti del subappaltatore.

#### **L'ORIENTAMENTO ADERENTE ALLA LETTERA DELL'ARTICOLO 118**

Diametralmente distante dalla tesi sulla necessità di esprimere in gara il nominativo del subappaltatore è l'orientamento che, attribuendo rilievo preminente al tenore letterale delle disposizioni in materia di subappalto, e dalla assenza nella normativa di una previsione espressa che richieda, a pena di esclusione, l'indicazione del nominativo dell'eventuale subappaltatore già in sede di gara, ha affermato che anche per gli operatori economici privi delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione dei lavori rientranti nella categoria scorporabile da subappaltare, è in ogni caso sufficiente la dichiarazione di voler ricorrere al subappalto (in tal senso, ex multis, Consiglio di Stato, sentenza 19 giugno 2012, n. 3563, AVCP, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, Tar Puglia, Bari, sentenza 29 maggio 2013, n. 859). Tale conclusione sarebbe, inoltre, ulteriormente avvalorata dal principio della tassatività delle cause di esclusione (sulla portata di tale principio, disciplinato dall'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 163/2006, si veda l'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria della sesta sezione del Consiglio di Stato del 17 maggio 2013, n. 2681) e di favor participationis, i quali non consentirebbero di introdurre una restrizione alla possibilità di partecipazione alle gare in contrasto con la normativa primaria che posticipa il controllo sul possesso delle qualificazioni dell'eventuale subappaltatore ad un momento successivo a quello delle offerte.

#### **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

**La sentenza del Tar Lombardia, poi confermata dalla sentenza oggetto del presente commento, si pone, dunque, quale soluzione mediana tra i due orientamenti sopra richiamati.** Con tale pronuncia il Supremo Collegio ha, infatti, ricondotto la questione in esame alla circostanza che nella lex specialis sia o meno richiesta l'indicazione del nominativo del subappaltatore. In altre parole, secondo l'avviso espresso dal Consiglio di Stato con la sentenza in commento, sarà in ogni caso sufficiente la sola dichiarazione di voler ricorrere al subappalto in tutti quei casi in cui, sebbene il concorrente sia privo dei requisiti relativi alle categorie scorporabili da affidare in subappalto, la disciplina di gara non richieda espressamente l'indicazione del nominativo dell'impresa subappaltatrice e la dimostrazione dei requisiti da parte di questa (fermo restando, ovviamente, che lo stesso deve possedere tali requisiti con riferimento alla categoria prevalente).

Tale soluzione interpretativa appare certamente da preferire rispetto all'orientamento che qualifica, in ogni caso, come obbligatoria, l'indicazione del subappaltatore da parte del concorrente sprovvisto in proprio dei requisiti relativi alla categoria scorporabile pur in assenza di una previsione in tal senso da parte della lex specialis. Tale ultimo orientamento, infatti, (i) comporterebbe il sorgere di un preciso e gravoso obbligo a carico dei partecipanti alle gare, pur in assenza di una espressa previsione in tal senso nella normativa di comparto e nella disciplina di gara e (ii) non terrebbe in alcuna considerazione che ai fini della qualificazione l'art. 92 del DPR 207/2010 prevede espressamente che sia sufficiente che i requisiti non posseduti dal concorrente con riferimento alle categorie scorporabili siano da questo posseduti nella categoria prevalente. Inoltre, non appare condivisibile l'assimilazione del "subappalto necessario" all'"avvalimento sostanziale" (i) sia perché, al contrario di quanto previsto dalla disciplina del subappalto, l'art. 49 sull'avvalimento prevede espressamente che debba rendersi in sede di offerta il nominativo dell'impresa ausiliaria, la quale è anche tenuta alle dichiarazioni sul possesso dei requisiti; (ii) sia perché l'avvalimento, finalizzato ad ovviare alla carenza di requisiti in sede di qualificazione, al contrario del subappalto, istituito nato per colmare un gap di requisiti in fase esecutiva, è connotato dalla responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria nei confronti della P.A.

**Resta, tuttavia, aperto un interrogativo,** cui la pronuncia in commento non fornisce una risposta. Cosa succede se l'indicazione del nominativo del subappaltatore è richiesta dalla lex specialis? In tali casi, infatti, potrebbe alternativamente ritenersi che (i) tale previsione sia legittima e il concorrente sarà pertanto tenuto a tale indicazione, oppure (ii) tale richiesta si ponga in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione e la relativa clausola, pertanto, dovrebbe considerarsi nulla ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 163/2006. In altre parole, occorre chiedersi se sia facoltà della stazione appaltante inserire nella disciplina di gara una clausola siffatta.

Sembra doversi escludere tale facoltà poiché, una volta chiarito che la normativa non impone al concorrente un obbligo in tal senso e rilevato che l'identificazione del subappaltatore e il controllo dei requisiti di questo attiene alla fase di esecuzione del contratto, l'introduzione di una previsione quale quella in esame si porrebbe in contrasto con il disposto di cui all'art. 46, comma 1-bis.

30 luglio 2013

P.I. 00777910159 - © Copyright Il Sole 24 Ore - Tutti i diritti riservati