Consulenza Legale Appalti

Il Consiglio di Stato sulla dichiarazione di subappalto

Necessario indicare ex ante impresa subappaltatrice e possesso requisiti

Claudio Guccione

Avvocato

P&I - Studio Legale Guccione & Associati

on la sentenza n. 2508 del 2 maggio 2012, il Consiglio di Stato ha di recente affermato alcune rilevanti novità in tema di dichiarazione di subappalto ex. art. 118, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici. Il Supremo Collegio ha, infatti, rilevato che (i) la dichiarazione di subappalto può essere limitata alla sola indicazione dell'intenzione di ricorrere al subappalto unicamente nelle ipotesi in cui il concorrente sia autonomamente in possesso delle qualificazioni necessarie ad eseguire le lavorazioni che intende subappaltare e (ii) tale dichiarazione deve, invece, contenere anche l'indicazione dell'impresa subappaltatrice (oltre alla dimostrazione del possesso da parte della stessa dei requisiti di qualificazione) in tutte quelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario in ragione della mancanza in capo al concorrente dei requisiti di qualificazione relativi alle prestazioni da subappaltare.

La questione controversa

In estrema sintesi, la questione sottoposta all'attenzione del Consiglio di Stato, aveva ad oggetto l'impugnazione

L'avvocato Claudio Guccione è Professore incaricato di Diritto urbanistico e Legislazione delle opere pubbliche all'Università La Sapienza di Roma (claudio.guccione@peilex.com).

ne della sentenza 1º luglio 2011, n. 5806, con cui il Tar del Lazio, in accoglimento del ricorso incidentale proposto dall'impresa risultata aggiudicataria di una procedura ristretta semplificata indetta dall'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", aveva affermato l'illegittimità della mancata esclusione dell'impresa ricorrente che, in sede di presentazione della domanda di partecipazione, aveva dichiarato (i) il possesso della qualificazione nella categoria prevalente e (ii) l'intenzione di affidare in subappalto le lavorazioni relative alla categoria scorporabile, rispetto alle quali il concorrente era privo della necessaria qualificazione, senza, però, indicare l'impresa alla quale, in caso di aggiudicazione, sarebbe stato affidato il subappalto.

Ad avviso del Tar del Lazio, infatti, il concorrente sprovvisto della necessaria qualificazione nella categoria che dichiara di voler subappaltare, sarebbe tenuto a dichiarare espressamente anche il nominativo dell'impresa subappaltatrice e il possesso dei requisiti da parte di quest'ultima.

Si riporta di seguito il ragionamento seguito dal Tribunale Amministrativo Regionale con la pronuncia in commento. L'art. 118, comma 2, d.lgs. 163/2006, stabilisce che i concorrenti, in sede di offerta, rendano una dichiarazione relativa alle lavorazioni che intendono subappaltare, rimanendo, altresì, obbligati al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni.

Il 2° comma, n. 3), dell'art. 118, stabilisce, inoltre, che al momento del deposito del contratto di subappalto l'affidatario trasmetta, altresì, la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti prescritti dal codice in relazione alle prestazione subappaltate, nonché una dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti di cui all'art. 38, d.lgs. 163/2006.

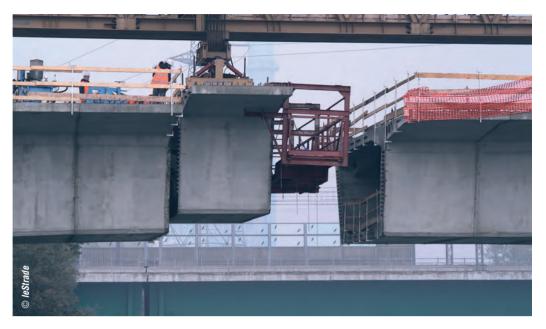
Secondo consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa l'incompleta o erronea dichiarazione di subappalto non determina l'automatica esclusione del concorrente dalla procedura di gara, comportando, invece, unicamente la preclusione per lo stesso di ricorrere al subappalto nella fase esecutiva del contratto.

Tuttavia, tale conclusione non può che essere riferita unicamente alle ipotesi in cui il concorrente sia autonomamente in possesso dei requisiti di qualificazione relativi alle prestazioni che intende subappaltare; in tali ipotesi, infatti, la preclusione al ricorso al subappalto in sede di esecuzione del contratto non impedisce al concorrente di eseguire autonomamente le prestazioni allo stesso **le Strade** informa che l'Avv. Claudio Guccione, curatore da anni della nostra rubrica "L'Opinione Legale", ha fondato un nuovo studio legale (P&I - Studio Legale Guccione&Associati), con l'intento di dedicare agli operatori del comparto delle Public Utilities e delle Infrastrutture, specie stradali e autostradali, apporti professionali specialistici di settore. Dal 2 luglio, l'Avv. Guccione e i suoi colleghi si trasferiranno a Roma, in Corso Italia 45. claudio.guccione@peilex.com

affidate e rispetto alle quali il concorrente medesimo risulta adeguatamente qualificato.

Diversamente, nell'ipotesi in cui il concorrente sia sprovvisto dei requisiti di qualificazione per le lavorazioni da subappaltare, l'incompleta o erronea dichiarazione di subappalto è suscettibile di comportare l'esclusione del concorrente dalla procedura di gara, in quanto la successiva preclusione al ricorso al subappalto, determinerebbe di fatto l'impossibilità per lo stesso di eseguire le lavorazioni affidategli in quanto privo delle necessarie qualificazioni; secondo il Tar del Lazio, infatti, in mancanza del possesso dei requisiti da parte del concorrente, il ricorso al subappalto è sostanzialmente un avvalimento con conseguente obbligo delle dichiarazioni da presentare al momento dell'offerta come previsto dall'art. 49, d.lqs. 163/2006.

Ad avviso del Tar, inoltre, nell'ipotesi in esame (carenza dei requisiti relativi alle lavorazioni da affidare in subappalto) non sarebbe nemmeno sufficiente la mera dichiarazione di voler ricorrere al subappalto, essendo, invece, necessaria l'indicazione (i) dell'impresa subappaltatrice e (ii) dei suoi requisiti, dovendo il concorrente essere in possesso dei requisiti richiesti da solo o con altri soggetti. Secondo parte appellante, tale pronuncia sarebbe stata viziata, in quanto il Tribunale Amministrativo Regionale avrebbe omesso di considerare che non è rinvenibile in materia di contratti pubblici alcuna norma che pone in capo al concorrente l'obbligo di dimostrare il possesso, per sé o per l'impresa subappaltatrice, della qualificazione nella categoria scorporabile, essendo invece sufficiente, in sede di domanda di partecipazione, la sola dichiarazione relativa all'intenzione di subappaltare le lavorazioni oggetto della categoria medesima, ben potendo il concorrente indicare solo in un secondo momento il nominativo del subappaltatore, provvedendo al deposito del relativo contratto di subappalto. Ad avviso della ricorrente, tale assunto sarebbe, inoltre, confermato dall'art. 34 della L. n. 109/94 che, nel modificare l'art. 18 della L. n. 55/90, aveva soppresso l'obbligo di indicare già in sede di domanda di partecipazione i nominativi del subappaltatore, nei casi di ricorso a tale istituto.



La decisione del Consiglio di Stato

Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello proposto avverso la decisione del Tar del Lazio sopra richiamata. Ad avviso del Supremo Collegio, infatti, l'ipotesi "fisiologica" in materia di subappalto è quella in cui il concorrente ad una procedura di gara sia autonomamente in possesso di tutti i reguisiti richiesti per l'esecuzione delle lavorazioni da affidare, ed è solo in tale prospettiva che appare giustificabile (i) la possibilità riconosciuta al concorrente di integrare ex post la dichiarazione di subappalto mediante l'indicazione del nominativo dell'impresa subappaltatrice e (ii) l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale l'incompleta o erronea dichiarazione di subappalto non comporta l'automatica esclusione del concorrente, ma preclude unicamente il ricorso al subappalto in sede esecutiva.

Del resto, nelle ipotesi in cui il concorrente sia sprovvisto dei requisiti di qualificazione relativi alle lavorazioni da affidare, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha già affermato la legittimità dell'esclusione dalla procedura per l'incompleta o erronea dichiarazione di subappalto (Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708). Ad avviso del Collegio, la *ratio* sottesa alla disciplina dettata in materia di subappalto è da ravvisare nella necessità che l'amministrazione sia messa in condizione di accertare, sin dall'inizio della procedura, l'idoneità del soggetto che fornisca la dimostrazione del possesso, in proprio o attraverso l'apporto di altro soggetto, dei requisiti di qualificazione richiesti per l'esecuzione del contratto

Pertanto, non appare ammissibile che l'amministrazione ammetta la partecipazione ad una procedura di gara di un'impresa sprovvista dei requisiti di qualificazione richiesti che non provveda nemmeno a dimostrare, sin dall'inizio della procedura, la possibilità di avvalersi dei requisiti di soggetti terzi.

Ad avviso del Consiglio di Stato, infatti, un'ipotesi siffatta determinerebbe, di fatto, il rischio che il soggetto affidatario delle lavorazioni da affidare non sia in grado, in sede esecutiva, di dare effettiva esecuzione alle prestazioni oggetto dell'appalto.

Alla luce di tali considerazioni, l'autorevole Consesso ha, dunque, condiviso quanto affermato dal giudice di prime cure, ad avviso del quale (i) in tema di dichiarazioni di subappalto è necessario distinguere le ipotesi in cui il concorrente sia autonomamente in possesso di tutti i requisiti di partecipazione dalle ipotesi in cui lo stesso risulti sprovvisto di un requisito di partecipazione e intenda, dunque, avvalersi di altra impresa sia ai fini dell'esecuzione delle prestazioni sia ai fini della stessa qualificazione per l'ammissione alla gara e (ii) il ricorso al subappalto nelle ipotesi di carenza di un requisito di qualificazione risulta assimilabile sotto ogni profilo ad un'ipotesi di avvalimento, con la conseguenza che, in conformità con quanto previsto dall'art. 49, comma 2, del Codice dei Contratti, il concorrente, in sede di domanda di partecipazione, dovrà obbligatoriamente indicare il nominativo del soggetto cui intende subappaltare parte delle lavorazioni e dimostrare, altresì, il possesso da parte di questo dei necessari requisiti di qualificazione.

In definitiva, il Consiglio di Stato, nel confermare la sentenza del Tar del Lazio, afferma l'illegittimità della mancata esclusione dell'impresa ricorrente, che, sebbene priva dei requisiti relativi alla categoria scorporabile, si è limitata a dichiarare, in sede di domanda di partecipazione, l'intenzione di ricorrere al subappalto, risultando, invece, necessario che la stessa provvedesse, già in tale sede, ad indicare anche il nominativo dell'impresa di cui si sarebbe avvalsa in sede esecutiva.

Riflessioni di sintesi

La portata innovativa della sentenza in commento impone di svolgere alcune riflessioni di carattere operativo. Occorre, infatti, valutare come debbano comportarsi le stazioni appaltanti nella redazione dei futuri bandi di gara. In particolare, occorre accertare se, a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato sopra esaminata, sia più conveniente per le stazioni appaltanti porre espressamente in capo agli operatori economici, privi dei requisiti di qualificazione relativi alle prestazioni che dichiarano di voler affidare in subappalto, l'obbligo di indicare, già in sede di partecipazione alla gara, il nominativo dell'impresa subappaltatrice, oppure se sia più opportuno che le medesime proseguano con le regole seguite sinora, limitandosi, quindi, a richiedere ai concorrenti la sola dichiarazione concernente l'intenzione di ricorrere al subappalto.

Ebbene, fermo restando che nessuna delle due soluzioni appare idonea a scongiurare del tutto il rischio di contenzioso sul punto, la seconda delle alternative sopra descritte appare maggiormente rispettosa della normativa dettata in materia di contratti pubblici. In sintesi, in mancanza di un espresso intervento normativo in materia di subappalto, sembrerebbe consigliabile continuare a predisporre i bandi di gara facendo riferimento unicamente alla disciplina attualmente vigente, ai sensi della quale non sembrerebbe rinvenibile alcuna norma che imponga di propendere per la prima delle soluzioni sopra prospettate.

OSSERVATORIO NORMATIVO

- Decreto Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, 3 maggio 2012, recante "Rilevazione dei prezzi medi per l'anno 2010 e delle variazioni percentuali annuali, superiori al dieci per cento, relative all'anno 2011, ai fini della determinazione delle compensazioni dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi", (12A05487), pubblicato in GU n. 114 del 17 maggio 2012
- Legge 18 maggio 2012, n. 62, recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 marzo 2012, n. 29, concernente disposizioni urgenti recanti integrazioni al decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, e al decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214". (12G0085), pubblicato in GU n. 117 del 21 maggio 2012
- Decreto Ministero dell'Economia e delle Finanze, 15 marzo 2012, recante "Tipologie di beni e servizi, per le quali le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, con esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, sono tenute ad approvvigionarsi mediante le convenzioni stipulate ex articolo 26 della legge n. 488/1999, adottato ai sensi dell'articolo 1, comma 449, della legge 27 dicembre 2006, n. 296", (12A06121), pubblicato in GU n. 123 del 28 maggio 2012
- Decreto-Legge 6 giugno 2012, n. 73, recante "Disposizioni urgenti in materia di qualificazione delle imprese e di garanzia globale di esecuzione", (12G0095), pubblicato in G.U. n. 131, del 7 giugno 2012