

Quando scatta l'obbligo di dichiarare in gara in nominativo del subappaltatore

dell'avv. Arrigo Varlaro Sinisi¹

Nella giurisprudenza prevalente dell'ultimo anno si è andata affermando una nuova figura giuridica, il cosiddetto “subappalto necessario”, secondo la quale il concorrente che partecipa ad una gara, e che dichiara di voler subappaltare una parte del lavoro, ha l'obbligo di indicare il nominativo dell'operatore economico che andrà ad eseguire i lavori in regime di subappalto.

Ciò, tuttavia, non in ogni caso, ma nella sola ipotesi in cui il concorrente non abbia i requisiti necessari per poter eseguire direttamente le prestazioni in questione. Per questa ragione, alcune pronunce della giurisprudenza evidenziano come in casi come quelli appena descritti, il subappalto costituisce una sorta di “avvalimento sostanziale”.

Al su indicato indirizzo giurisprudenziale, se ne contrappone uno minoritario, il quale, privilegiando una interpretazione letterale del disposto dell'art. 118 del Codice dei contratti, nega la sussistenza di un tale obbligo per il concorrente. A quest'ultimo indirizzo si affianca l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici che in più occasione ha affermato come non vi sia alcuna norma che imponga al concorrente di indicare in gara il nominativo del soggetto che andrà ad eseguire le prestazioni in regime di subappalto.

Vediamo, qui di seguito, più nel dettaglio, le argomentazioni poste a fondamento delle opposte opzioni interpretative.

La giurisprudenza e l'obbligo di dichiarare il nome del subappaltatore.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, la previsione di cui all'art. 118, secondo comma, n. 1) del codice dei contratti pubblici - secondo la quale, l'affidamento in subappalto è sottoposto, tra l'altro, alla condizione che il concorrente, all'atto dell'offerta, o l'affidatario, nel caso di varianti in corso d'opera, abbia indicato i lavori o le parti di opera ovvero i servizi e parti di servizi e forniture che intende subappaltatore o concedere in cottimo – deve essere intesa nel senso che la dichiarazione in questione

¹ Dello Studio Legale Associato Gentile-Varlaro Sinisi, www.studiogvs.it.

possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto 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, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, e non la via necessitata per partecipare alla gara.

Al contrario - ossia nell'ipotesi in cui il concorrente non abbia i requisiti per poter eseguire direttamente le attività oggetto del subappalto - secondo il medesimo indirizzo giurisprudenziale, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del nominativo del subappaltatore, e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione.

In quest'ultimo caso il subappalto si rende "necessario" a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione. Questa è la ragione per la quale la giurisprudenza che aderisce a tale orientamento definisce il "subappalto necessario" come una sorta di avvalimento "sostanziale".

L'indirizzo giurisprudenziale in commento si è affermato, di recente, nei termini anzidetti, nella pronuncia del Consiglio di Stato, Sezione VI, nella sentenza 2 maggio 2012, n. 2508 sul solco della quale si collocano alcune successive pronunce.

Più nello specifico, la sentenza n.2508/2012 ha cassato la pronuncia del giudice di *prime cure*, il quale aveva escluso in ogni caso la necessità di indicare, in sede di gara, il nominativo del subappaltatore, e ciò in ragione del fatto che in base al principio di tipicità (*rectius* tassatività) delle cause di esclusione dai pubblici appalti, la possibilità di impedire la partecipazione ad una gara sulla base di un presupposto non esplicitamente disciplinato dal bando non può ritenersi ammissibile.

Tale opzione interpretativa, come detto, non è condivisa dal giudice di legittimità, secondo il quale la normativa di gara deve sempre essere integrata dalle norme di legge direttamente applicabili anche se non espressamente richiamate.

Alcune recenti pronunce dei giudici di merito si allineano al prevalente indirizzo del giudice di legittimità.

In tal senso, TAR Umbria Sez. I 31 ottobre 2012, n. 464, parla di "subappalto necessario", come forma di "avvalimento sostanziale".

In particolare, secondo il Collegio umbro, tale figura di subappalto ricorre allorché il concorrente che abbia dichiarato di subappaltare una parte delle prestazioni, non è autonomamente in possesso della qualificazione necessaria per la loro esecuzione.

In tale evenienza, osserva sempre il Collegio umbro, *“non è consentito all'impresa di effettuare le dichiarazioni relative al subappalto ex post, nella fase esecutiva, dovendo trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 49 del codice dei contratti pubblici (in termini Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508), che peraltro si traduce nell'indicazione, fin dall'inizio, dell'impresa subappaltatrice e nella dimostrazione del possesso in capo a quest'ultima dei requisiti di qualificazione”*.

In termini sostanzialmente analoghi, si collocano anche la sentenza del TAR Marche 21 marzo 2013, n. 229 e, più recentemente, TAR Puglia Bari Sez. I 16 aprile 2013, n. 565.

C'è ancora chi la pensa diversamente...

All'indirizzo giurisprudenziale di cui si è detto sopra, sene contrappone uno minoritario, seppure condiviso dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

Secondo tale orientamento, per il concorrente non vi è alcun obbligo di indicare in gara nominativo del subappaltatore già in fase di gara.

Tale opzione interpretativa è diretta conseguenza di una interpretazione letterale dell'art.118, comma 2 n. 1), D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, a mente del quale la possibilità di affidare in subappalto o in cottimo a condizione che *«i concorrenti all'atto dell'offerta ... abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero di servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo»*.

Aderisce a questa opzione interpretativa Consiglio di Stato Sez. V 19 giugno 2012, n. 3563, secondo cui è del tutto conforme a legge la dichiarazione del concorrente il quale, in gara si limiti genericamente ad affermare di voler subappaltare talune lavorazioni nel massimo consentito dalla legge, senza la necessità di riportare immediatamente nella dichiarazione stessa i dati identificativi del subappaltatore.

Infatti, l'individuazione dei subappaltatori, nonché la specificazione della loro qualificazione e del possesso dei requisiti generali di partecipazione, secondo il dettato della norma è rimandata in un momento successivo a quello della costituzione del rapporto contrattuale.

Dello stesso è avviso, come detto, è anche l'Autorità per la Vigilanza su Contratti Pubblici.

Quest'ultima, si è occupata dell'argomento per la prima con la deliberazione in data 9 agosto 2000, in occasione della quale ha evidenziato come sia stato abolito l'obbligo dell'appaltatore – un tempo normativamente previsto - di essere vincolato all'affidamento del subappalto ai soggetti indicati in sede di gara, come pure risulta abolito l'onere di preventiva indicazione dei nominativi dei subappaltatori potenziali.

Osserva l'Autorità come l'unico onere normativamente previsto sia l'indicazione, all'atto dell'offerta, dei lavori o delle parti di opere che si intendono subappaltare o concedere in cottimo. In questo senso - si legge sempre nella deliberazione in commento - si è passati, da un sistema che postulava la conoscenza preventiva del nominativo del potenziale subaffidatario già al momento della presentazione dell'offerta, allo scopo di consentire una valutazione dell'affidabilità e dei requisiti soggettivi nella fase di gara, ad un sistema che reputa sufficiente la conoscenza dei profili quantitativi del subappalto.

Tale posizione, che l'Autorità ha espresso prima dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti, è confermata anche in recenti pronunce della stessa Autorità (ad esempio, si veda il parere di precontenzioso n. 187 del 7 novembre 2012).

Un discorso a parte deve essere fatto nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare già in fase di gara il nominativo dei subappaltatori, derivi da una prescrizione contenuta in un protocollo di legalità.

In tale circostanza, secondo la stessa Autorità, deve ritenersi legittima la clausola contenuta nella *lex specialis* di gara che, per l'appunto, sulla base della sottoscrizione del Protocollo di legalità con il Prefetto, imponga ai concorrenti di indicare i nominativi delle imprese subappaltatrici (in argomento, si v. Deliberazione 27 febbraio 2007, n.60).

Al di là della specificità di una tale ipotesi, l'Autorità ha affrontato la questione di cui si parla in occasione della determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, sui cosiddetti "bandi tipo". Qui l'Autorità ha ribadito che il ricorso al subappalto deve avvenire nel rispetto delle condizioni dettate dall'art. 118 del Codice che impone, *inter alia*, l'indicazione, da parte del concorrente, dei lavori o delle parti di opere ovvero dei servizi e delle forniture o parti di servizi e forniture che intende subappaltare all'atto della presentazione dell'offerta (comma 2). *"Tale adempimento costituisce – precisa ulteriormente l'Autorità, ndr - un presupposto essenziale in vista della successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante e non ai fini della partecipazione alla gara: da ciò consegue che l'erroneità e/o la mancanza della dichiarazione non può essere, di per sé, assunta a fondamento di un provvedimento di esclusione, ma rappresenta solo un impedimento per l'aggiudicataria a ricorrere al subappalto, di modo che la stessa dovrà provvedere direttamente all'esecuzione della prestazione, ove in possesso dei requisiti prescritti. Diversamente, la violazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta la quota della prestazione che il candidato intende subappaltare potrà costituire causa di esclusione qualora questa sia necessaria per*