

Il subappalto necessario come forma di avvalimento di fatto.

di Giorgio Giuliano

Data di pubblicazione: 30-4-2013

T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, sentenza 16 aprile 2013, n. 565

Presidente Allegretta – Estensore Serlenga

Le lavorazioni appartenenti a categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria (articolo 109, comma 2, lett. b, del D.P.R. n. 207/2010) sono subappaltabili sono nel caso in cui il concorrente abbia indicato, nell'istanza di partecipazione alla gara, sia la società subappaltatrice che il possesso, da parte di quest'ultima, dei requisiti per l'esecuzione delle relative lavorazioni. Diversamente, la società offerente va sanzionata con l'esclusione dalla procedura.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1179 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Galasso Costruzioni s.p.a., in persona dell'Amministratore unico e legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Giuliano Di Pardo, con domicilio eletto presso l'avv. Vito Aurelio Pappalepore in Bari, alla via Pizzoli n. 8;

contro

Comune di Alberona, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Casolino, con domicilio eletto presso l'avv. Domenico Bonifacio in Bari, alla via Piccinni n. 191;

nei confronti di

Antonio Ferrara s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Di Cagno, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, alla via Putignani n. 47;

per l'annullamento

- delle determine n. 24 del 21.2.2012 e n. 28 dell'8.3.2012, con le quali il Comune di Alberona ha provveduto ad approvare il bando di gara, il disciplinare, lo schema di domanda di ammissione e dichiarazioni, il modulo dell'offerta, per l'affidamento dei lavori di "Completamento Infrastrutture Area P.I.P. (Agro di Alberona) Intercomunale Alberona - Roseto Valfortore";
- dell'estratto bando di gara, del bando di gara, del disciplinare, del capitolato speciale di appalto e schema di contratto, nonché dei relativi allegati, prot. n. 787 dell'8.3.2012;
- di ogni atto consequenziale, connesso, presupposto, anche di contenuto non conosciuto".

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Alberona e di Antonio Ferrara s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2013 la dott.ssa Giacinta Serlenga e uditi per le parti i difensori avv.ti Vito Aurelio Pappalepore, per delega dell'avv. Giuliano Di Pardo; Alessandro Casolino; Francesco Giordano, per delega dell'avv. Alessandro Di Cagno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso principale, notificato in data 31.7.2012 e depositato il successivo 2 agosto, la società Galasso Costruzioni p.a. ha proposto gravame avverso gli atti della gara esperita per l'affidamento dei lavori di "Completamento Infrastrutture Area P.I.P. (Agro di Alberona) Intercomunale Alberona - Roseto Valfortore", indetta dal Comune di Alberona con bando dell'8 marzo 2012, di importo a base d'asta pari ad euro 512.592,25, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito delle valutazioni tecniche ed economiche, la gara è stata aggiudicata all'Impresa Antonio Ferrara s.r.l., avendo questa conseguito il punteggio più elevato (80,723/100). La Galasso è invece risultata seconda classificata con punteggio 77,066.

Avverso gli atti impugnati quest'ultima ha dunque proposto tre distinti motivi di censura; tra questi, assorbente, quello diretto a contestare l'invalidità della dichiarazione di sub-appalto resa dall'aggiudicataria.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione comunale con atto depositato in data 3.9.2012; la controinteressata ha spiegato ricorso incidentale, contestando le condizioni di ammissione alla gara della ricorrente principale e successivamente, in data 12.10.2012, ha proposto motivi aggiunti avverso le clausole del bando relative alle condizioni del sub-appalto.

Proprio sulla scorta delle censure dirette a contestare la violazione di tali condizioni, contenute nel primo motivo del ricorso principale, è stata accordata tutela cautelare, giusta ordinanza di questa Sezione n. 664/2012.

All'udienza del 23 gennaio 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1.- L'esame della controversia non può che prendere le mosse dal ricorso incidentale poiché diretto a contestare le condizioni di ammissione alla gara della ricorrente principale; le relative censure rivestono evidentemente priorità logica.

Nessuno dei tre motivi può tuttavia trovare accoglimento.

1.1.- Con il primo motivo, la ricorrente incidentale sostiene che il bando di gara e il relativo disciplinare, in ossequio all'art. 38 del codice dei contratti pubblici, avrebbero richiesto la dichiarazione di non essere in amministrazione controllata; la società Galasso, non avendola resa, avrebbe dovuto essere esclusa.

In realtà, nessuna prescrizione di tale tenore è evincibile dal dato testuale della lex specialis di gara, la quale si limita ad operare un rinvio all'assenza di cause di esclusione di cui al richiamato art. 38; e a sua volta tale norma, sia nel testo applicabile alla fattispecie per cui è causa ratione temporis sia nel testo attualmente in vigore, non prevede affatto che venga resa la dichiarazione di non essere in amministrazione controllata.

Una tale dichiarazione era contemplata esclusivamente nel modello di domanda allegato al bando (all. A1). Questo, tuttavia, non poteva ritenersi vincolante né integrava la disciplina di gara per espressa previsione del Disciplinare che, a pag. 27, così dispone: "La domanda di ammissione alla gara di cui al precedente punto 1) e le dichiarazioni di cui al precedente punto 3) devono essere redatte preferibilmente in conformità al modello (Allegato A1 – Domanda di ammissione e dichiarazione a corredo della domanda e dell'offerta) che potrà essere richiesto all'Ufficio tecnico della stazione appaltante...ovvero scaricato dal sito internet...". Del resto, lo stesso codice dei contratti pubblici, all'art. 73, dispone che "la prescrizione dell'utilizzo dei moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle domande non può essere imposta a pena di esclusione".

1.2.- Con il secondo motivo, poi, la ricorrente incidentale censura quella principale per aver formulato in sede di gara una dichiarazione che si rivela conforme al punto ff) del disciplinare, alla stregua del quale il concorrente avrebbe dovuto dichiarare "...di prendere atto che si tratta di appalto a corpo e a misura". Ed infatti la Galasso ha reso una dichiarazione in cui attesta "...di prendere atto che si tratta di appalto a corpo e a misura" (cfr. punto ii) della domanda).

La censura non può trovare accoglimento posto che la ricorrente principale si è pedissequamente attenuta alla prescrizione di gara prevista a pena di esclusione, ignorando la diversa dichiarazione contenuta nel modulo predisposto dall'amministrazione che - per quanto detto sub 1.1 - non poteva invece ritenersi vincolante.

1.3.- Quanto infine al terzo motivo di ricorso incidentale, la controinteressata lamenta l'asserita incompletezza dell'offerta tecnica della ricorrente principale, poiché carente di alcuni elaborati richiesti dall'art. 33 del D.P.R. n. 207/2010 con riferimento alle migliori offerte per l'impianto di illuminazione e per quello di depurazione; nonché, proprio in considerazione della rilevata carenza, l'incongruità del punteggio assegnato alla Galasso stessa con riferimento all'offerta tecnica.

Orbene, sotto il primo profilo deve osservarsi che la ricorrente principale non ha in realtà introdotto variazioni né con riferimento all'impianto di depurazione né a quello di illuminazione, giacché il primo era già completo e il secondo rappresentava il mero completamento di un progetto esecutivo realizzato in parte con il primo lotto. Rispetto a quest'ultimo, la Galasso si è limitata ad offrire i lampioni necessari per il completamento. Anche sotto tale profilo deve rilevarsi che nessuna disposizione del bando e del disciplinare di gara comminava l'esclusione per la presunta incompletezza e/o mancanza di elaborati di cui al citato art. 33, potendo al più ritenersi rilevante il minore o maggiore grado di definizione della progettazione

in questione ai soli fini dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica. Il bando ammetteva, infatti, addirittura la possibilità di non presentare l'offerta tecnica, con la conseguenza dell'attribuzione di un punteggio pari a zero.

Quanto, poi, alle censure dirette a contestare nel merito proprio il punteggio attribuito all'offerta tecnica della ricorrente principale, le stesse non superano il vaglio dell'ammissibilità giacché non evidenziano alcun profilo di illogicità o irrazionalità nelle scelte operate dalla Commissione (cfr. da ultimo C.d.S., Sez. IV, 14.4.2011 n. 2330; Sez. III, 26.10.2012, n. 5492; Sez. IV, 27.9.2012, n. 5114; Sez. VI, 13.9.2012, n. 4873).

1.4.- In conclusione, il ricorso incidentale non merita accoglimento.

2.- Deve quindi procedersi all'esame del ricorso principale, articolato in tre motivi di censura e integrato da motivi ulteriori, notificati il 17 settembre 2012.

Il primo motivo del ricorso introduttivo, ampliato con il primo motivo aggiunto appare fondato ed assorbente.

Tuttavia, è necessario preliminarmente esaminare le eccezioni processuali: a) acquiescenza per non aver la società Galasso impugnato l'aggiudicazione provvisoria; b) tardività del gravame rispetto alla contestazione dell'illegittimità della dichiarazione di sub-appalto.

2.1.- Quanto alla prima delle due eccezioni, è sufficiente osservare che, per consolidata giurisprudenza, l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria è una facoltà e non un onere, ricollegandosi la lesione che radica l'interesse al gravame all'aggiudicazione definitiva.

Si legge invero, da ultimo, nella sentenza della quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 6231 del 5.12.2012 che "Nelle gare d'appalto l'aggiudicazione provvisoria è un mero atto endoprocedimentale, la cui autonoma impugnabilità si riconnette a una mera facoltà, e non ad un onere, del concorrente non aggiudicatario ed è comunque condizionata, ai fini della sua procedibilità, alla tempestiva impugnazione, con motivi aggiunti, anche dell'aggiudicazione definitiva che successivamente intervenga" (cfr. in termini C.d.S. n. 6056 del 29.11.2012 che conferma la sentenza di questa Sezione n. 2249/2008).

Quanto alla seconda eccezione, davvero non è dato comprenderne il fondamento.

L'aggiudicazione definitiva gravata è stata disposta con determina dirigenziale n. 172 del 18.6.2012, comunicata con nota del 3 luglio 2012. A fronte di ciò il ricorso introduttivo è stato notificato in data 30 luglio 2012 e i motivi ulteriori il successivo 17 settembre; tutti e due gli atti, quindi, entro il termine di decadenza, tenuto conto anche del periodo di sospensione feriale.

Né rileva, ai fini della tempestività del gravame, che siano stati impugnati anche gli atti presupposti, poiché non contenevano determinazioni immediatamente lesive.

2.2.- Veniamo quindi al merito delle censure articolate dalla ricorrente principale.

2.2.1.- Con il primo motivo lamenta –si ribadisce– l'illegittimità della dichiarazione di sub-appalto formulata dall'aggiudicataria.

Più precisamente –e già tale censura è assorbente– contesta la mancata indicazione ab origine dell'impresa subappaltatrice nonché la dimostrazione del possesso in capo a quest'ultima dei requisiti di qualificazione in relazione alla categoria OG10, pari al 12,25% dell'intero appalto. Ciò sul presupposto che la controinteressata vi fosse tenuta ai fini della qualificazione, risultandone singolarmente sprovvista.

La censura è fondata.

La categoria OG10 di cui si discute era qualificata dal bando (rimasto inoppugnato) come categoria scorporabile "a qualificazione obbligatoria", secondo le previsioni dell'art. 108, comma 3, D.P.R. n. 207/2010.

Tale disposizione consente di individuare in sede di redazione del progetto a base di gara "le

ulteriori categorie generali e specializzate di cui al comma 2” (ovvero di cui si compone l’opera o il lavoro), di importo –ancora testualmente- “..singolarmente superiore al dieci per cento dell’importo complessivo dell’opera o del lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro”.

Il successivo art. 109 dello stesso regolamento, chiarisce poi entro che limiti l’affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente possa eseguire anche le altre lavorazioni di cui si compone l’opera o il lavoro, anche se non in possesso delle relative qualificazioni.

Ai nostri fini viene in rilievo il secondo comma della disposizione in esame che, stabilendo una deroga alla regola fissata nel primo comma, esclude la possibilità per l’affidatario, qualificato nella categoria prevalente ma privo delle adeguate qualificazioni con riferimento alle lavorazioni scorporabili (come nella specie la controinteressata ricorrente incidentale), di eseguire “direttamente” le lavorazioni scorporabili stesse, ove queste ultime superino il limite di valore indicato nel richiamato terzo comma dell’art. 108 e si riferiscano –per quanto qui rileva- a “categorie di opere specializzate individuate nell’allegato A come categorie a qualificazione obbligatoria” (cfr. art. 109, comma 2, lett. b). In tali casi, la stessa norma prevede la possibilità di subappaltarle ad altre imprese purché in possesso delle relative qualificazioni (cfr. lo stesso comma 2, ult. cpv.).

Orbene, quest’ultima fattispecie presenta connotazioni del tutto peculiari.

Il subappalto di lavori, in relazione ai quali l’impresa concorrente sia sfornita della prescritta qualificazione, non opera evidentemente come mero strumento negoziale preordinato ad assicurare l’esecuzione della prestazione e quindi l’utilità attesa dal creditore, ma si connota in termini di strumento contrattuale finalizzato ad implementare la massima partecipazione alle gare di appalto, attraverso la creazione di sinergie imprenditoriali tra imprese singolarmente prive dei requisiti minimi di partecipazione; integra cioè una sorta di partenariato di tipo contrattuale.

In tali casi di subappalto “necessario” la relativa dichiarazione non rileva soltanto ai fini del quomodo dell’esecuzione ma soprattutto ai fini dell’an dell’affidamento, come accade nel contiguo istituto delle associazioni temporanee di imprese; pertanto, è necessario che il subappaltatore sia identificabile ab origine, certamente in via preventiva rispetto all’aggiudicazione, posto che concorre ad “integrare” i requisiti di qualificazione ai fini della partecipazione alla gara.

E’ evidente che si tratti di dichiarazione ontologicamente diversa rispetto a quella resa nell’ipotesi in cui l’impresa concorrente sia autonomamente in possesso dei requisiti prescritti ed utilizzi il sub-appalto come mero strumento di esecuzione dell’opera. Il subappalto “necessario” è, in ultima analisi, assimilabile all’avvalimento di cui evidentemente mutua la sostanza, destinata a prevalere sul nomen iuris.

Diversamente opinando, si consentirebbe di aggirare il sistema di garanzie che presidia l’affidamento degli appalti pubblici.

In questo senso si è recentemente espresso il Consiglio di Stato, con decisione della sesta Sezione n. 2508 del 2.5.2012, ove si trova invero così statuito: “La disposizione di cui al comma 2 dell’art. 118 del Codice degli Appalti (D. Lgs. n. 163 del 2006) deve essere intesa nel senso che la dichiarazione di subappalto può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto laddove il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l’esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto del subappalto, in altri termini, nelle ipotesi cui il ricorso al subappalto rappresenti per il

concorrente una facoltà, ma non anche una via necessitata per la partecipazione alla gara. Viceversa, la dichiarazione de qua deve contenere anche l'indicazione dell'impresa subappaltatrice, nonché la dimostrazione del possesso in capo a quest'ultima dei requisiti di qualificazione, qualora il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato, autonomo possesso, da parte del singolo concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione". Pertanto, "...l'incompleta od erronea dichiarazione del concorrente relativa all'esercizio della facoltà di subappalto può comportare l'esclusione dello stesso dalla gara nel caso in cui questi risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare".

La fattispecie che ci occupa è perfettamente sovrapponibile a quella decisa dal Consiglio di Stato.

Né principi di segno contrario possono essere ricavati dalla -di poco- successiva sentenza della quinta Sezione n. 3563 del 19.6.2012, invocata dall'Amministrazione resistente e dalla controinteressata, sia perché riferita a fattispecie in materia di appalto di servizi e non già di lavori; sia soprattutto perché, in quel caso, non si era in presenza di categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria e comunque, circostanza dirimente, l'impresa partecipante aveva dimostrato -testualmente- "...la propria capacità tecnico-organizzativa per l'importo totale dei lavori e la globalità dei servizi da appaltare".

2.2.2.- Come già anticipato in apertura di questo punto 2, il primo motivo del ricorso principale è stato poi integrato con il primo dei motivi ulteriori. Più precisamente sono state estese le censure dirette alla dichiarazione di subappalto della controinteressata, ponendo anche una questione diversa.

La ricorrente principale ha fatto rilevare che la lex specialis di gara richiedeva per la categoria OG10 espressamente la qualificazione in proprio del concorrente, potendo i lavori rientranti nella stessa essere subappaltati nel limite del 30%. L'impresa controinteressata avrebbe invece dichiarato di voler subappaltare il 100% dei lavori in questione; circostanza che in sé sarebbe stata sufficiente ad escluderla dalla procedura per espressa violazione degli artt. 37, comma 11 e 118 cod. app. nonché delle puntuali previsioni del bando e del disciplinare di gara.

La circostanza che la categoria OG10 fosse a qualificazione obbligatoria emerge in effetti inequivocabilmente dalla tabella riassuntiva contenuta a pag. 2 del bando di gara; così come appare nitida la previsione del disciplinare secondo cui il limite del 30% alla subappaltabilità delle lavorazioni dovesse riferirsi "ad ogni singola categoria" (cfr. pag. 23 ove è contenuto l'espresso riferimento alla categoria OG10).

Anche sotto tale profilo, pertanto, il gravame è fondato.

3.- Né appaiono decisivi i successivi motivi aggiunti, proposti dalla ricorrente incidentale avverso il bando, proprio nella parte in cui dispone il limite di subappaltabilità del 30% per le lavorazioni appartenenti alla categorie OG10.

Il gravame è in primo luogo intempestivo, come eccepito dalla ricorrente principale, poiché la clausola impugnata era immediatamente escludente e, quindi lesiva, per la controinteressata in quanto priva dei requisiti necessari alla partecipazione in forma individuale. Appare peraltro infondato, risultando la lex specialis perfettamente conforme, in tale parte, al combinato disposto degli artt. 118 cod. contr. e 108 e 109 del D.P.R. n. 207/2010; in ogni caso, insufficiente a superare le censure della ricorrente principale relative all'invalidità della contestata dichiarazione di sub-appalto sotto il -già esaminato- profilo della mancata preventiva indicazione del subappaltatore e dei relativi requisiti di cui si è detto sub 2.

4.- Alla luce delle su esposte considerazioni, il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti vanno respinti. Il ricorso principale va invece accolto sulla scorta del primo motivo come integrato dai motivi ulteriori, con assorbimento delle ulteriori censure, in ossequio alle esigenze di sinteticità e semplificazione rappresentate nell'art.120, comma 10, c.p.a.. Per l'effetto, va annullata l'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata in quanto illegittimamente ammessa alla gara.

5.- Essendo stata concessa tutela cautelare e non risultando in atti stipulato il contratto né consegnato il cantiere in via d'urgenza, alla ricorrente potrà essere assicurata la reintegrazione in forma specifica ove ne ricorrano tutti i presupposti di legge. Non può riconoscersi, pertanto, alcun interesse alla decisione dell'istanza di risarcimento danni per equivalente, avanzata in ulteriore subordinata.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul gravame, come in epigrafe proposto, così dispone:

- a) respinge il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti;
- b) accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti e provvedimenti impugnati nei limiti di cui in motivazione;
- c) condanna sia il Comune di Alberona che la controinteressata ricorrente incidentale Antonio Ferrara s.r.l. alla rifusione delle spese di giudizio in favore della ricorrente principale Galasso Costruzioni s.p.a. nella misura di euro 2000,00 (duemila/00) cadauno, oltre accessori di legge e contributo unificato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giacinta Serlenga, Primo Referendario, Estensore

Francesco Cocomile, Referendario

BREVI ANNOTAZIONI

• L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La sentenza in commento riguarda l'obbligo, per gli operatori economici, di indicare, già in sede di offerta, l'eventuale impresa cui intendono affidare in subappalto opere appartenenti a categorie a qualificazione obbligatoria nonché la dimostrazione che l'impresa subappaltatrice dispone dei requisiti di qualificazione in relazione alla categoria di lavorazioni per la quale si dispone il subappalto. In mancanza di tale indicazione – secondo il giudice di prime cure, che si appoggia ad un orientamento giurisprudenziale pur piuttosto ricco – va disposta l'esclusione dell'impresa.

• IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La sentenza della Prima sezione del Tar Puglia, sez. Bari, aderisce ad un orientamento concernente il rapporto tra subappalto e requisiti di qualificazione dell'impresa subappaltatrice, nel caso di lavorazioni comprese all'interno di categorie a qualificazione obbligatoria. Nella pronuncia in commento, infatti, si affronta la questione inerente il subappalto di lavorazioni che ricadono nei casi di cui all'articolo 109, comma 2, lett. b), D.P.R. n. 207/2010 (ovvero lavorazioni subappaltabili "ad imprese in possesso delle relative qualificazioni"), una fattispecie che vede contrapposti due diversi orientamenti. Entrambi i filoni sono concordi nel ritenere che i casi di lavorazioni scorporabili e subappaltabili, ma che tuttavia ricadano in categorie a qualificazione obbligatoria, obblighino il concorrente a rendere idonea dichiarazione già in sede di offerta. Tuttavia, è proprio sul contenuto della dichiarazione che la giurisprudenza si divide. Da un lato, vi è chi ritiene che, in merito alle opere appartenenti a categorie a qualificazione obbligatoria, l'impresa partecipante possa limitarsi a dichiarare di avvalersi del subappalto. Altra giurisprudenza, invece, interpreta in modo estremamente rigido l'articolo 109, comma 2, del Regolamento, imponendo alle imprese partecipanti di dichiarare non solo di avvalersi di subappalto per le categorie a qualificazione obbligatoria, ma anche di indicare già in sede di offerta l'impresa che eseguirà le lavorazioni in subappalto, dimostrandone il possesso dei requisiti di qualificazione necessari. Secondo quest'ultimo orientamento, infatti, i requisiti del subappaltatore necessari all'esecuzione delle lavorazioni a qualificazione obbligatoria sono idonei a completare i requisiti di partecipazione dell'operatore economico partecipante. Ne è logica conseguenza – secondo i giudici del Tar – che la mancata indicazione già nell'offerta del subappaltatore, nel caso disegnato dall'articolo 109 del Regolamento, comporti l'esclusione del concorrente dalla procedura.

La pronuncia in commento, seppur sorretta da autorevoli arresti, stenta ad essere condivisa. Milita, in questo senso, innanzitutto la Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 ("Bando-Tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici") dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, il cui punto 8 della Parte I, dedicato esclusivamente all'istituto del subappalto, indica testualmente che "La normativa citata non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede in offerta ma solamente l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione "mancante" deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria prevalente, dal momento che ciò tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria da parte dell'impresa". Come noto, tale determinazione elenca dettagliatamente le cause legittime e tassative di esclusione dalle gare pubbliche; ne è ovvio corollario che, ove l'Autorità a ciò preposta non abbia ravvisato una causa legittima di esclusione, nemmeno potrà farlo la singola stazione appaltante. La sentenza in commento (e la giurisprudenza cui aderisce), al contrario, introduce surrettiziamente un ulteriore causa di esclusione che la stessa AVCP non ritiene opportuna (cfr. anche det. 9 agosto 2000). Di analogo tenore è anche la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563, che ha ritenuto che la dichiarazione di subappalto non è preordinata all'integrazione dei requisiti di capacità tecnico – organizzativa prescritti a pena di esclusione; non vi sarebbe, pertanto, l'esigenza di dimostrare il possesso dei requisiti del subappaltatore già in sede di offerta.

L'orientamento della sentenza in commento è autorevolmente sostenuto da diverse pronunce del Consiglio di Stato (da ultimi cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508 e Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900). Tuttavia, esso rischia di determinare una problematica sovrapposizione con altri istituti disciplinati dal D.Lgs. n. 163/2006, quali l'avvalimento (ed in misura minore le associazioni tra imprese). La peculiarità del subappalto risiede, infatti, nella mera facoltà che le imprese concorrenti hanno di ricorrervi, fatte salve le prescrizioni di legge e della *lex specialis* su eventuali indicazioni preventive delle relative quote delle lavorazioni; il subappalto, in altre parole, resta un modulo organizzativo dell'imprenditore, che non può essere in alcun modo distorto come modalità per ottenere la qualificazione (ciò anche nel caso di subappalto cd. "necessario"). Diversamente, l'avvalimento non solo vincola anche la società ausiliaria già dall'offerta e ne determina la responsabilità in solido con l'aggiudicatario, ma si distingue anche per la diversa qualità dell'apporto professionale apportato, che consente al soggetto offerente di integrare i propri requisiti di partecipazione alla gara. Conferire analoghe finalità all'istituto del subappalto necessario significa eliminarne le differenze con l'avvalimento, rendendone incoerente la collocazione sistematica.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza in commento conferma un orientamento giurisprudenziale che, seppur piuttosto inverato, conduce con sé il rischio (nemmeno troppo lontano) di 'distorcere' la natura e le finalità dell'istituto dell'avvalimento (ivi compresa la particolare categoria del subappalto cd. "necessario"), obbligando il concorrente che vuole ricorrervi all'espletamento di adempimenti analoghi a quelli necessari per il ricorso all'avvalimento (anche nel caso del subappalto, infatti, subappaltante e subappaltatore sarebbero vincolati già in sede di offerta ed il secondo potrebbe "prestare" i propri requisiti al primo). Questa lettura determina alcune conseguenze quantomeno dubbie, tra cui: quid se la società subappaltatrice non esegue l'appalto? Quid se il subappaltatore è indicato da più concorrenti? Quid se il subappaltatore medio tempore fallisce? Si tratta, come sembra, di conclusioni idonee ad ingenerare una certa confusione tra istituti e per le quali appare, forse, opportuno un chiarimento da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.