

Mancata indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice: tra vecchio e nuovo codice dei contratti pubblici

di Angela Cerreto

Data di pubblicazione: 18-12-2016

1. Va esclusa l'obbligatorietà dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta, anche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste dall'art. 107, comma 2, del d.P.R. 207/2010 (1).

2. Il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, ed anche l'indicazione nominativa del subappaltatore desumibile già in sede di offerta non può avere l'effetto di vincolare il concorrente alla scelta di quell'impresa come subappaltatrice, impedendogli di indicare una diversa impresa al momento opportuno .

(1) *Cons. St., A.P. 2 novembre 2015, n.9*; *Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2015, n. 2223*; *sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449*; *sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563*; *Contra: Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2015, n. 944*; *sez. V, 10 febbraio 2015, n. 676*; *sez. V, 28 agosto 2014, n. 4405*; *sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4299*; *sez. IV, 26 maggio 2014, n. 2675*; *sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224*; *sez. III 5 dicembre 2013, n. 5781*.

Guida alla lettura

La sentenza sopra riportata conferma quanto espresso dall'Adunanza Plenaria del Cons. Sato n. 9/2015 riguardo **alla non obbligatorietà dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta, ma delle sole lavorazioni che si intendono subappaltare**, anche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili, previste dall'art. 107, comma 2, del d.P.R. 207/2010, disciplina iure

temporis applicabile al caso in esame.

Precisa il Collegio che il subappalto è istituito che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto, che rileva in fase di offerta solo nei limiti della stretta indicazione dei lavori che ne formeranno oggetto.

Secondo la citata decisione delle dell'Adunanza plenaria tale opzione ermeneutica si presenta più coerente con il dettato normativo rilevante sul punto alla luce del:

- l'art. 92, commi 1 e 3, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n.207, che nel disciplinare i requisiti di partecipazione alla gara stabilisce la sufficienza, a tali fini, del possesso della qualificazione nella categoria prevalente (quando il concorrente, singolo o associato, non la possieda anche per le categorie scorporabili), purché per l'importo totale dei lavori;
- combinato disposto degli artt. 92, comma 7 e 109, comma 2, d.P.R. cit. e 37, comma 11, d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 che statuiscono che il concorrente che non possiede la qualificazione per le opere scorporabili indicate all'art.107, comma 2 (c.d. opere a qualificazione necessaria) non può eseguire direttamente le relative lavorazioni, ma le deve subappaltare a un'impresa provvista della relativa, indispensabile qualificazione;
- art. 118 d.lgs. cit. (collocato sistematicamente entro la Sezione V del codice, rubricata "principi relativi all'esecuzione del contratto"), che definisce le modalità e le condizioni per il valido affidamento delle lavorazioni in subappalto e prevede, per quanto qui rileva, che all'atto dell'offerta siano indicati (solo) i lavori che il concorrente intende subappaltare e che l'affidatario depositi, poi, il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di inizio delle relative lavorazioni (unitamente a tutte le attestazioni e dichiarazioni prescritte).

Inoltre, tale interpretazione corrisponde ad una precisa opzione legislativa. Infatti, nell'originaria previsione contenuta nella Legge 11 febbraio 1994, n. 109, c.d. Legge Merloni, era previsto un obbligo di indicazione, già nella fase dell'offerta, di una rosa di imprese subappaltatrici (fino al numero di sei) entro le quali si sarebbe poi dovuto scegliere quella affidataria delle lavorazioni subappaltate; ma tale disposizione è stata abrogata già nella legge 18 novembre 1998, n. 415, c.d. Legge Merloni-ter e poi, definitivamente, con il codice dei contratti pubblici.

In tal senso si è pronunciata l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, l'AVCP, prima, e l'ANAC, (cfr. determinazione ANAC nr. 1/2015; il parere ANAC nr. 11/2014; determinazione AVCP nr. 4/ 2012 e schemi dei bandi tipo ex art. 64, comma 4-bis, d.lgs. cit.)

Di contro **il nuovo codice dei contratti pubblici** al comma 6 dell'art. 105, **statuisce l'obbligatoria l'indicazione di una terna di subappaltatori**, per gli appalti di importo superiore alle soglie comunitarie e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. Il bando deve prevedere tale possibilità e può estendere tale obbligo anche ad appalti di importo più modesto. Comunque il subappalto deve essere previamente autorizzato dalla stazione appaltante e **il committente deve, inoltre, dimostrare l'assenza**

in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art.80 del citato dlgs.

Tuttavia il caso in esame presenta talune peculiarità in quanto alla particolare metodologia che avrebbe usato il subappaltatore era stato assegnato un punteggio tecnico aggiuntivo in sede di offerta. E pur tuttavia, l'indicazione del nominativo si è rilevata, in ogni caso, non vincolante in quanto la sottrazione del citato punteggio a quello totale assegnato alla aggiudicataria non era in grado di sovvertire la graduatoria.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4557 del 2016, proposto da:

KCS Caregiver Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini C.F. CNCRTR55C13H501S, Enrico Di Ileno C.F. DNNRRC69C03H501P, con domicilio eletto presso Enrico Di Ileno in Roma, viale Mazzini, 33;

contro

- Azienda Speciale Consortile Servizi alla Persona, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Corbyons C.F. CRBGNN67C01H501E, Mario Viviani C.F. VVNMRA39E08I726B, con domicilio eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

- Comune di Arluno, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Nuova Assistenza Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Ignazio Pagani C.F. PGNGNZ63D28F952G, Laura Fornara C.F. FRNLNZ64A63B019H, Mariano Protto C.F. PRTMRN70C20B111Q, con domicilio eletto presso Mariano Protto in Roma, via Cicerone, 44;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE IV n. 00391/2016, resa tra le parti, concernente affidamento di servizi sociosanitari, assistenziali, alberghieri e manutentivi per il funzionamento di r.s.a. - risarcimento danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Speciale Consortile Servizi alla Persona e di Nuova Assistenza Società Cooperativa Sociale Onlus;

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 22 settembre 2016 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Cataldo Scarpello su delega di Arturo Cancrini, Enrico Di Ienno, Angela Sarli su delega di Mario Viviani, Ignazio Pagani e Mariano Protto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte sull'esito della procedura, indetta dall'Azienda Speciale Consortile Servizi alla Persona, per l'aggiudicazione definitiva in forma congiunta di servizi sociosanitari,

assistenziali, alberghieri e manutentivi necessari per il funzionamento delle residenze sanitarie assistite Don Giuseppe Cuni' di Magenta e 'Sandro Pertini' di Arluno e del centro socio educativo di Arluno, nonché della fornitura di prestazioni socio sanitarie e assistenziali per servizi domiciliari e altri servizi territoriali correlati per un periodo di 72 mesi.

2. Con deliberazione n. 1 in data 12 gennaio 2015, l'appalto è stato aggiudicato Società Nuova Assistenza Società cooperativa sociale Onlus

3. La KCS Caregiver Società cooperativa sociale, precedente affidataria del servizio (in una delle r.s.a.) in proroga e seconda classificata con un distacco di 7,93 punti dalla prima, ha impugnato dinanzi al TAR della Lombardia l'aggiudicazione e la lex specialis.

4. Sul presupposto che per il servizio di lavanolo il subappalto era necessario, non essendo la cooperativa aggiudicataria in possesso delle succitate autorizzazioni, ha dedotto, sostanzialmente, la mancanza in capo al subappaltatore che avrebbe dovuto eseguire il servizio (non indicato espressamente nella domanda, ma individuabile facilmente dal progetto nella Ditta Bernareggi S.r.l.) delle necessarie autorizzazioni e certificazioni con riferimento all'esercizio e abitabilità dei locali, alle emissioni in atmosfera, allo scarico delle acque reflue e alla prevenzione incendi.

5. In subordine, nel caso in cui tali autorizzazioni non fossero ritenute necessarie, ha dedotto l'illegittimità del bando e del disciplinare di gara per violazione delle norme nazionali e sovranazionali in tema di tutela ambientale.

6. Il TAR della Lombardia, con la sentenza appellata (IV, n. 391/2016) ha respinto il ricorso, affermando in particolare che:

(a) - non ricorre affatto l'ipotesi del subappalto necessario; ai sensi dell'art. 27 del capitolato speciale, che opera un rinvio all'art. 118 del d.lgs. 163/2006, era necessaria solo l'indicazione dell'intenzione e del servizio da subappaltare; l'amministrazione avrebbe dovuto successivamente, autorizzare il subappalto con specifici provvedimenti;

(b) - nonostante l'aggiudicataria avesse dichiarato l'intenzione di subappaltare il servizio di lavanolo, la stessa era in grado di eseguirlo in proprio utilizzando il suo stabilimento ed essendo regolarmente in possesso delle necessarie autorizzazioni, come risulta dalla documentazione versata in atti; tant'è vero che, nei trenta giorni successivi alla stipulazione del contratto, Nuova Assistenza ha eseguito il servizio di lavanolo in proprio, avendolo subappaltato solo successivamente a un terzo, previa autorizzazione e verifica dei requisiti in capo allo stesso da parte della stazione appaltante;

(c) - inoltre, ogni struttura sanitaria ove si doveva svolgere l'appalto era dotata di lavanderia e stireria a norma, come risulta dalla lex specialis di gara oltre che dalla disciplina in vigore (d.P.R. 801/1994, l.r. 31/1997, d.G.R. 14 dicembre 2001, n. 7/7435).

(d) - la stazione appaltante ha certamente considerato come necessario il possesso in capo all'esecutore del servizio di lavanolo delle autorizzazioni e delle certificazioni con riferimento

all'esercizio e abitabilità dei locali, alle emissioni in atmosfera, allo scarico delle acque reflue e alla prevenzione incendi, come si ricava dalla lex specialis di gara, che rimanda al rispetto delle leggi vigenti.

7. KCS appella, deducendo tre articolati motivi, appresso indicati.

7.1. Ancorché Nuova Assistenza non abbia dichiarato nella documentazione amministrativa il nome del subappaltatore, la Lavanderia Bernareggi S.r.l. è stata individuata nel progetto tecnico proposto ed ha dato luogo all'attribuzione del relativo punteggio (in particolare, il servizio, ritenuto innovativo, e perciò premiato, di Sleep Knit System), e quindi doveva essere ritenuta dalla stazione appaltante parte integrante, essenziale e necessaria dell'offerta. La società Bernareggi non è in possesso delle necessarie autorizzazioni.

E' pertanto erronea la sentenza laddove ha derubricato la omessa verifica del possesso delle autorizzazioni per svolgere il servizio di lavanderia piana a mera vicenda concernente l'esecuzione del contratto; al contrario, proprio perché il subappalto non offre le stesse garanzie contrattuali dell'avvalimento (cfr. A.P. n. 9/2015), era necessario che il subappaltatore individuato e di fatto "entrato" nell'offerta e, quindi, nella gara, venisse verificato nelle sue specifiche capacità prima dell'affidamento, essendo sufficiente la mera indicazione della volontà di subappaltare nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti una facoltà (cfr. Cons. Stato, V, n. 4405/2014; IV, n. 1224/2014). D'altronde, il n. 4 del punto E) del disciplinare prevedeva l'esclusione in caso di presentazione di offerte espresse in modo indeterminato o incompleto, ed analogamente disponeva il punto B.5. per carenza sostanziale della documentazione tecnica complessivamente presentata dai soggetti offerenti tale da non consentire la valutazione dei servizi offerti.

Comunque, Nuova Assistenza non ha tutte le autorizzazioni per svolgere in proprio il servizio di lavanderia piana, e la circostanza che lo abbia fatto per un certo periodo non prova il contrario (anzi, il frettoloso affidamento in subappalto del servizio nella r.s.a. di Magenta alla LIT S.r.l., disposto il giorno successivo al rigetto dell'appello cautelare, conferma la tesi).

7.2. E' erronea la sentenza anche dove afferma che Nuova Assistenza era in grado di eseguire in proprio il servizio di lavanolo utilizzando il suo stabilimento ed essendo in possesso delle necessarie autorizzazioni; e dove afferma che ogni struttura sanitaria era dotata di lavanderia e stireria a norma.

Al contrario, la sez. B dell'Allegato 2 del capitolato divideva il servizio di lavanolo in due parti: quello della biancheria e degli effetti personali degli ospiti e quello della biancheria piana da camera, da bagno e tovaglieria; quest'ultimo non può che essere eseguito in apposite lavanderie industriali, ed infatti detto Allegato 2 prevedeva soltanto che il lavaggio, lo stiro e l'ordinaria manutenzione della biancheria ed effetti personali degli ospiti sono a carico dell'appaltatore che dovrà utilizzare gli ambienti allo scopo predisposti e resi disponibili dai committenti, e comunque i locali delle strutture sono ubicati al seminterrato anziché al primo piano e non posseggono altri requisiti, né tutte le autorizzazioni prescritti dalla normativa; tant'è vero che entrambe le offerenti (ciascuna gestore uscente di una delle RSA, a quanto sembra) hanno offerto la esternalizzazione del servizio.

Come esposto, Nuova Assistenza non ha, e comunque non ha versato in atti, tutte le autorizzazioni necessarie all'esecuzione del lavanolo (ha prodotto certificato di agibilità, C.P.I. definitivo e certificato ISO 14001 ambientale), mancando, ad es., il certificato di emissioni in atmosfera e quello delle acque reflue.

7.3. Il TAR ha affermato che la stazione appaltante aveva considerato come necessario il possesso delle autorizzazioni e certificazioni con riferimento all'esercizio e abitabilità dei locali, alle emissioni in atmosfera, allo scarico delle acque reflue e alla prevenzione incendi, posto che la *lex specialis* rimanda al rispetto delle leggi vigenti.

Al contrario, la *lex specialis*, in quanto non prevedeva i requisiti prescritti da norme imperative per la partecipazione e lo svolgimento dei servizi da appaltare, merita di essere annullata.

8. KCS ha formulato anche una domanda di inefficacia del contratto e di aggiudicazione della gara ad essa; in via subordinata, di risarcimento per equivalente.

9. Resiste, controdeducendo puntualmente, l'Azienda intimata.

10. Si è costituita in giudizio e controdeduce puntualmente anche Nuova Assistenza, anche eccependo l'inammissibilità di parte delle censure dedotte.

11. KCS ha depositato memoria di replica.

12. Il Collegio ritiene possa prescindere dall'esaminare detti profili di inammissibilità, stante l'infondatezza dell'appello nel merito.

12.1. Il Collegio osserva che, secondo quanto affermato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 9/2015, in sede di offerta, non è necessaria l'indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice, qualora la concorrente sia sprovvista del requisito di qualificazione per alcune categorie scorporabili e abbia manifestato l'intenzione di subappaltare le relative lavorazioni. Con questa affermazione è stato risolto il contrasto giurisprudenziale in tema di subappalto necessario, escludendo dunque l'obbligatorietà dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta, anche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste dall'art. 107, comma 2, del d.P.R. 207/2010.

Tale orientamento ha superato quello espresso dalle pronunce invocate dall'appellante, e conduce ad escludere, anche con riferimento alla procedura in esame, la necessità della previa indicazione del subappaltatore.

L'appellante, tenuto conto di tale arresto, rispetto alla prospettazione disattesa dal TAR enfatizza l'indicazione della società Bernareggi, quale subappaltatore, contenuta nell'offerta dell'aggiudicataria, per trarne la conclusione che l'offerta risulterebbe comunque viziata per effetto della mancanza di requisiti in capo alla società Bernareggi.

Il Collegio osserva che, se, come ha precisato la predetta sentenza, il subappalto è un istituto

che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, anche l'indicazione nominativa del subappaltatore desumibile già in sede di offerta non può avere l'effetto di vincolare il concorrente alla scelta di quell'impresa come subappaltatrice, impedendogli di indicare una diversa impresa al momento opportuno.

12.2. Si tratta di valutare se un analogo vincolo potesse derivare dalla rilevanza che detta indicazione del subappaltatore ha assunto ai fini della valutazione dell'offerta.

L'esame dell'offerta, per come focalizzata dall'appellante nella sua memoria di replica, evidenzia l'indicazione della Lavanderia Bernareggi, nell'ambito del progetto tecnico presentato (migliorativo rispetto ai contenuti prestazionali minimi richiesti), quale lavanderia esterna dove si sarebbe effettuato il servizio relativo alla biancheria piana.

Tuttavia, considerata la non vincolatività dell'indicazione dell'appaltatore in questa fase della procedura, l'indicazione deve essere considerata come parte integrante del progetto tecnico offerto limitatamente all'utilizzazione della metodologia (ed in particolare del sistema per il letto, ritenuto innovativo, c.d. sleep-knit) ed al rispetto delle altre caratteristiche indicate (con riferimento alla Bernareggi) per lo svolgimento del servizio, ed apprezzate dalla Commissione di gara mediante attribuzione dei (cfr. verbale del 17 novembre 2014).

L'Azienda afferma che non vi è stata alcuna modifica nei contenuti dell'offerta e che (dopo il primo mese, durante il quale Nuova Assistenza avrebbe provveduto direttamente utilizzando i locali delle strutture delle r.s.a.) il servizio di lavanolo è ormai stabilmente svolto, in base all'autorizzazione al subappalto di cui alla delibera n. 48 in data 29 giugno 2015, dalla subappaltatrice LIT S.r.l.

Nuova Assistenza, d'altra parte, sottolinea che il subappalto a LIT contiene comunque le prestazioni considerati sufficienti secondo le previsioni della lex specialis.

Non sembra che ciò venga specificamente confutato dall'appellante.

Peraltro, sembra al Collegio che, anche volendo supporre che cambiamenti riguardo alla prestazione del servizio di lavanderia in fase di esecuzione vi siano stati e che possano astrattamente inficiare l'aggiudicazione, risulti comunque dirimente la prospettazione dell'aggiudicataria, anche in questo caso non adeguatamente confutata da controparte, della loro inidoneità a sovvertire la graduatoria.

Infatti, secondo quanto sembra desumibile dagli atti, la parte del progetto tecnico in relazione alla quale potrebbe rilevare l'indicazione della Bernareggi ha assunto rilievo (cfr. disciplinare, pag. 25) in base all'elemento 3.a. "Lavanderia/guardaroba: caratteristiche dei materiali e del servizio con riferimento all'allestimento del posto letto", che prevedeva un massimo di 2 punti, effettivamente attribuiti a Nuova Assistenza; tuttavia, sottraendo 2 punti dal punteggio tecnico dell'aggiudicataria, questa (che sopravanza l'appellante di 7,93 punti, dei quali 4,55 per l'offerta tecnica e 3,38 per quella economica) resterebbe comunque prima in classifica.

12.3. Quanto esposto conduce a ritenere infondato il primo motivo di appello.

Il secondo motivo di appello è incentrato sul presupposto che l'aggiudicataria non fosse in grado di svolgere in proprio il servizio di lavanolo, ma la circostanza è irrilevante, alla luce della dichiarata intenzione di Nuova Assistenza di subappaltare il servizio.

Parimenti, le questioni (oggetto di contrapposte prospettazioni) concernenti l'idoneità o meno dei locali delle strutture delle r.s.a. per effettuare internamente il servizio di lavanderia della biancheria piana, non rilevano ai fini della legittimità dell'aggiudicazione, che presupponeva il subappalto del servizio e l'espletamento all'esterno delle relative prestazioni.

Le parti appellate affermano che in sede di autorizzazione del subappalto ed esecuzione del contratto sono stati effettuati tutti i controlli in ordine al possesso dei requisiti da parte del subappaltatore LIT, come richiesto dall'art. 118 del d.lgs. 163/2006.

In ogni caso, va ribadito che le vicende successive all'aggiudicazione non possono rilevare in questa sede. In particolare, riguardo alle censure dedotte, l'omessa impugnazione dell'autorizzazione al subappalto non esclude l'ammissibilità del gravame, così come non rileva che il subappalto sia stato in concreto affidato ad un soggetto diverso da quello indicato nel progetto tecnico.

12.4. Infine, riguardo al terzo motivo di appello, la *lex specialis* non contiene alcuna deroga a norme di legge imperative, concernenti le autorizzazioni e certificazioni con riferimento all'esercizio e abitabilità dei locali, alle emissioni in atmosfera, allo scarico delle acque reflue e alla prevenzione incendi, che risultano peraltro richiamate nel capitolato speciale di gara.

Mentre, come esposto, non risulta che vi siano carenze nei riguardi dei requisiti soggettivi e dei locali del subappaltatore indicato in sede di subappalto.

13. In conclusione, l'appello deve essere respinto e la sentenza appellata merita conferma, con le precisazioni sopra esposte.

Stante la complessità delle questioni affrontate e le oscillazioni della giurisprudenza al momento della gara, le spese del grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando con motivazione parzialmente diversa la sentenza appellata.

Spese del grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere