

Maurizio BOIFAVA

Avvocato

Via E. de Amicis n. 6 Monza (MB)

Tel. (039) 32.90.37 – Fax (039) 632.2234

avvocatoboifava@avvocatoboifava.it

avr.maurizioboifava@monza.pecavvocati.it

IL SUBAPPALTO NEL CODICE 36/2023

A) NATURA DELL'ISTITUTO IN RAPPORTO ALLA LEGISLAZIONE ANTIMAFIA

Il subappalto è istituito direttamente collegato al principio di cd. personalità (detto anche di immodificabilità soggettiva) che contraddistingue la partecipazione/l'esecuzione del contratto e che permea da sempre la legislazione in tema di contratti pubblici: “La ratio dei limiti al subappalto, o addirittura del suo divieto, è integrata sia dall'interesse dell'Amministrazione committente all'immutabilità dell'affidatario, sia dalla finalità di “evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto di interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 gennaio 2012, n. 262; id., sez. IV, 15 luglio 2013, n. 3857).” (TAR Napoli, Sez. I, sent. n. 1625 del 04/05/2020).

*La centralità della cd. immodificabilità soggettiva dei partecipanti ad una procedura di gara è stata da ultimo affrontata dall'Adunanza Plenaria nella decisione n. 10/2021, che pur se relativa alle previsioni dei commi 17, 18 e 19 dell'art. 48 del D. Lgs. 50/2016, ha statuito che **“30. La procedura di gara assume il carattere di strumento di scelta non solo dell'offerta migliore, ma anche del contraente più affidabile, come è stato acutamente notato in dottrina, e il principio di tendenziale immodificabilità soggettiva risponde ad esigenze di sicurezza giuridica per la stazione appaltante, durante l'iter di formazione e di esecuzione del contratto, oltre che al principio di concorrenza, di sicuro rilievo europeo, garantendosi così il primato giuridico della gara, la massima partecipazione, il principio di personalità del contratto, quale “specchio fedele” della gara stessa, come si è detto, e della sua tendenziale incedibilità, ammessa solo a determinate condizioni dalla legge (v., più in generale, il già richiamato art. 106, comma 1, lett. d), n. 2 del d. lgs. n. 50 del 2016).***

31. Le deroghe, tassativamente previste, devono trovare un solido fondamento normativo, a livello europeo e nazionale, e rispondere anzitutto, seppur non solo, ad un preciso interesse pubblico (come è ad esempio e tradizionalmente, nella fase esecutiva, per la prosecuzione del rapporto contrattuale già avviato), che giustifichi la deroga alla riapertura dell'appalto alla concorrenza per il venir meno della identità

giuridica tra il soggetto che ha formulato la proposta, il soggetto che si aggiudica la gara e il soggetto che esegue il contratto. ...

...

36. E ciò prescindendo, peraltro, dal rilievo che più in generale la sostituzione – interna – consentita per la perdita dei requisiti di cui all’art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016, nel necessario coordinamento tra il comma 19-ter, introdotto dall’art. 32, comma 1, lett. h), del d. lgs. n. 56 del 2017, e i commi 17 e 18 come novellati essi pure dall’art. 19, comma 1, lett. e) d. lgs. n. 56 del 2017, vale solo in corso di esecuzione, alla quale la novella ha inteso solo riferirsi e limitarsi, e non in fase di gara (v., sul punto, le già richiamate pronunce di Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833, Cons. St., sez. V, 27 agosto 2020, n. 5255 nonché l’ANAC nella delibera n. 555 del 12 giugno 2011 su istanza di parere precontenzioso ai sensi dell’art. 211, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016).

37. Conclusivamente, pertanto, questa Adunanza plenaria, in risposta ai quesiti posti dal Consiglio di Giustizia, deve affermare i seguenti principî di diritto:

a) l’art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara, e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara;

b) l’evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara o la prosecuzione del rapporto contrattuale.”.

Che il tema del subappalto sia centrale nel dibattito pubblico emerge anche dalla novella legislativa del 2018 rispetto alla disciplina dell’art. 21 della L. 646/1982, posto che la violazione delle norme in tema di subappalto oggi integra un delitto e non più una contravvenzione, con derivato inasprimento “monstre” della pena

“Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto (1).

L'autorizzazione prevista dal precedente comma è rilasciata previo accertamento dei requisiti di idoneità tecnica del subappaltatore, nonché del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti soggettivi per l'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori. L'autorizzazione non può essere rilasciata nei casi previsti dall'articolo 10-quinquies della L. 31 maggio 1965, n. 575.

Per i rapporti di subappalto e cottimo contemplati nel presente articolo, che siano in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, l'autorizzazione deve intervenire entro 90 giorni dalla data anzidetta. L'ulteriore prosecuzione dei rapporti stessi, in carenza del titolo autorizzatorio, è punita con le pene stabilite nel primo comma, ferma restando la facoltà dell'amministrazione appaltante di chiedere la risoluzione del contratto”

Ma il fine del subappalto è anche quello di evitare che l'esecuzione contrattuale sia demandata alle imprese collegate/permeate alla/dalla criminalità organizzata ovvero di stampo mafioso, tant'è che anche nella decisione della Corte di Giustizia del 26/09/2019 in causa C-63/18 si legge che “31 A tale riguardo, il governo italiano sostiene che gli Stati membri possono prevedere misure diverse da quelle specificamente elencate nella direttiva 2014/24, al fine di garantire, in particolare, il rispetto del principio di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, poiché a tale principio è dedicata una particolare attenzione nel contesto di tale direttiva.

32 Più specificamente, tale governo sottolinea il fatto che la limitazione del ricorso al subappalto di cui trattasi nel procedimento principale è giustificata alla luce delle particolari circostanze presenti in Italia, dove il subappalto ha da sempre costituito uno degli strumenti di attuazione di intenti criminosi. Limitando la parte dell'appalto che può essere subappaltata, la normativa nazionale renderebbe il coinvolgimento nelle commesse pubbliche meno appetibile per le associazioni criminali, il che consentirebbe di prevenire il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nelle commesse pubbliche e di tutelare così l'ordine pubblico.

33 Come osserva il governo italiano, è vero che i considerando 41 e 105 della direttiva 2014/24, nonché alcune disposizioni di quest'ultima, come l'articolo 71, paragrafo 7,

indicano espressamente che gli Stati membri rimangono liberi di prevedere, nel proprio diritto interno, disposizioni più rigorose rispetto a quelle previste dalla predetta direttiva in materia di subappalto, a condizione che tali prime disposizioni siano compatibili con il diritto dell'Unione.

35 Parimenti, il considerando 41 della direttiva 2014/24 prevede che nessuna disposizione di quest'ultima dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie, in particolare, alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE, mentre il considerando 100 di tale direttiva precisa che è opportuno evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici, in particolare, ad operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale.”.

Sennonché la Corte ha precisato che il fine ancorché legittimo non giustifica il mezzo, se quest'ultimo è contrario al principio di proporzionalità che come noto si declina nei canoni di:

- idoneità;
- necessità;
- proporzionalità in senso stretto

ovvero e per dirla con altre parole la “proporzionalità dell'azione amministrativa, che, come noto, impone una indagine in merito alla misura adottata dall'amministrazione secondo un modello trifasico: a) la sua idoneità a raggiungere lo scopo, intesa come rapporto fra mezzo utilizzato e fine da raggiungere; b) la sua necessità, intesa come inesistenza di alternative più miti per raggiungere il medesimo risultato; c) la sua adeguatezza o proporzionalità in senso stretto, intesa come tollerabilità da parte del destinatario dell'intervento posto in essere dalla p.a. (ex plurimis Cons. St., sez. IV, 1.10.2004, n. 6410; Cons. St., sez. VI, 17.4.2007, n. 1746/2007; Cons. St., sez. VI, 27.6.2007; Cons. St., sez. VI, 8.2.2008, n. 424; Cons. St., sez. VI, 10.3.2009, n. 1420; Cons. St., sez. VI, 11.1.2010, n. 19).

E' in ragione del superiore canone che la Corte ha ritenuto contraria ai principi comunitari in parte qua la previgente disciplina nazionale sul subappalto perché passibile di applicazione indiscriminata e non al collegarsi di situazioni puntuali e pertinenti “37 Più specificamente, la Corte ha già dichiarato che il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C 425/14, EU:C:2015:721, punti 27 e 28).

38 Tuttavia, anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una

restrizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo.

39 A tal riguardo, occorre ricordare che, durante tutta la procedura, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità (sentenza del 20 settembre 2018, Montte, C 546/16, EU:C:2018:752, punto 38).

40 Orbene, in particolare, come ricordato al punto 30 della presente sentenza, la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, **cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore** (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C 298/15, EU:C:2017:266, punti 54 e 55).

41 **Ne consegue che, nell'ambito di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, per tutti gli appalti, una parte rilevante dei lavori, delle forniture o dei servizi interessati dev'essere realizzata dall'offerente stesso, sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione.**

42 Come sottolinea la Commissione, misure meno restrittive sarebbero idonee a raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano, al pari di quelle previste dall'articolo 71 della direttiva 2014/24 e richiamate al punto 29 della presente sentenza. D'altronde, come indica il giudice del rinvio, il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese.

43 Pertanto, una restrizione al ricorso del subappalto come quella di cui trattasi nel procedimento principale non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24.

45 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 2014/24 dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

E' in ragione di tali predicati che il legislatore ha dapprima novellato l'art. 105 che già fragile quanto a contenuto oggi, rubricato all'art. 119 del codice 36, risulta ancor più potenzialmente fonte di problemi.

B) DIFFERENZE TRA SUBAPPALTO E SUBCONTRATTO NEL REGIME PREVIGENTE E IN QUELLO DEL CODICE 50

A livello normativo la diversità tra i due istituti era prevista dal comma 2 dell'art. 105 che così recitava

“2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.”.

Da quivi l'individuazione dei seguenti requisiti:

- 1) attività che richiedono l'impiego di manodopera*
- 2) condizioni quantitative tra loro cumulative (<2% rispetto al valore del contratto d'appalto e <50% costo del personale rispetto al subcontratto; < € 100.000,00 rispetto al valore del contratto d'appalto e <50% costo del personale rispetto al subcontratto; <2% rispetto al valore del contratto d'appalto < € 100.000,00 rispetto al valore del contratto d'appalto e <50% costo del personale rispetto al subcontratto);*
- 3) ovunque espletate*

*In specie i presupposti del subcontratto **erano** evincibili per esclusione e da un punto di vista quantitativo **si ritraevano** dall'essere le prestazioni demandate di importo inferiore al 2% ovvero di importo inferiore a € 100.000,00 rispetto all'importo netto contrattuale e se superiori a tali limiti laddove il costo del lavoro era inferiore al 50% dell'importo del singolo contratto da affidare.*

“12. In primo luogo, la ricorrente principale, da un lato, non ha dichiarato in gara di voler far ricorso al subappalto per lo svolgimento delle attività secondarie previste dal capitolato (segnatamente, le analisi di laboratorio per controllo igienico sanitario e di c.d. “Pest control”), dall'altro ha precisato che tali attività sarebbero state svolte da

ditte specializzate nei rispettivi settori delle analisi di laboratorio e della disinfestazione.

Dette attività sono in realtà del tutto secondarie e di valore irrisorio e non integrano perciò la fattispecie del subappalto (ex art. 105, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016): come rilevato dal tribunale, per un verso esse sono singolarmente di valore ampiamente inferiore al 2% dell'importo dell'appalto, (come emerge dalla documentazione prodotta in primo grado, listini prezzi e prospetti riepilogativi recanti il calcolo delle somme dovute alle suddette ditte, da cui si ricava che l'importo complessivo per l'intera durata dell'appalto ammontava ad € 1.800,00), dall'altro si tratta di servizi di valori inferiore a 100.000,00 €, non essendo dimostrato neppure che l'incidenza del costo della manodopera e del personale per tali attività secondarie di disinfestazione e derattizzazione sia superiore al 50%.

Infatti, anche a voler ritenere, come sostiene apoditticamente controparte (senza fornire al riguardo alcuna concreta ed effettiva dimostrazione) che le attività in esame sono connotate da un impiego di manodopera superiore al 50 %, mancherebbe in ogni caso l'altro requisito, che stante il chiaro tenore letterale della norma, non è da intendersi come meramente alternativo, dovendo le due condizioni sussistere cumulativamente.

13. Infine, la sentenza ha correttamente respinto anche il secondo motivo del ricorso incidentale di primo grado, con motivazioni corrette e condivisibili, che meritano integrale conferma. ”. (Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 1001 del 03/02/2021).

*Il riferimento alla perifrasi “**ovunque espletate**” evocava il fatto che le prestazioni potevano essere svolte anche al di fuori del luogo dove si eseguiva l'appalto e tale circostanza non depotenziava l'istituto visto che la previsione del comma 5 dell'art. 170 del DPR 207/2010 non era più in vigore (perché così recitava “5. Ai fini del presente articolo, le attività ovunque espletate ai sensi dell'articolo 118, comma 11, del codice, sono quelle poste in essere nel cantiere cui si riferisce l'appalto.”, laddove il testo dell'art. 118 comma 11 del codice de LISE era pressoché identico all'attuale “11. Ai fini del presente articolo è considerato subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del*

costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Il subappaltatore non può subappaltare a sua volta le prestazioni salvo che per la fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali da individuare con il regolamento; in tali casi il fornitore o subappaltatore, per la posa in opera o il montaggio, può avvalersi di imprese di propria fiducia per le quali non sussista alcuno dei divieti di cui al comma 2, numero 4). E' fatto obbligo all'affidatario di comunicare alla stazione appaltante, per tutti i sub-contratti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contrattante, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati.”).

Senonché la giurisprudenza optava per una interpretazione restrittiva della previsione de qua, chiarendo che il distinguo tra i due istituti (subappalto e subcontratto) era improntato vuoi:

- *alla natura delle prestazioni (PRINCIPALI - COMPLEMENTARI E/O STRUMENTALI);*
- *al destinatario delle stesse (LA STAZIONE APPALTANTE OPPURE L'APPALTATORE);*
- *all'organizzazione dei mezzi necessari e alla gestione a proprio rischio*

precisando che “Al riguardo, si osserva che **il subcontratto è istituito espressamente previsto dal d.lgs. 50/16 (art. 105, comma 2) e riguarda il rapporto tra fornitore e appaltatore, in virtù del quale il fornitore garantisce all'appaltatore di intervenire all'occorrenza per riparare l'attrezzatura e il relativo servizio non è diretto al committente ma solo all'esecutore del servizio che rimane unico responsabile della gestione nei confronti della stazione appaltante, inclusiva dei controlli manutentivi e di qualità richiesti.**

Più puntualmente, il subappalto rientra nel più ampio genere dell'omonima figura civilistica, in forza della quale un appaltatore affida a uno o più terzi – i subappaltatori - l'esecuzione parziale o totale di una commessa personalmente assunta, mediante l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio, nei confronti del proprio diretto committente; nondimeno, per subappalto non può intendersi ogni esecuzione non in proprio di servizi o opere appaltate, essendo necessario che sia demandata ad un soggetto terzo, economicamente e giuridicamente distinto dall'appaltatore, “l'esecuzione totale o parziale dell'opera o del servizio appaltato”, con organizzazione di mezzi e rischio a carico del subappaltatore; **sicché, nel caso in cui un soggetto agisca quale mero esecutore materiale (o come mero collaboratore nell'esecuzione) di un'opera o di un servizio, in favore dell'appaltatore, in assenza di profili di autonomia, il subappalto non può configurarsi; ...**

In definitiva, affinché un subcontratto possa rientrare nel perimetro di applicazione delle norme in materia di subappalto, è necessario che comporti un trasferimento in capo a terzi delle prestazioni oggetto del contratto pubblico principale ovvero che, pur attenendo a prestazioni accessorie, integri le caratteristiche poste dal comma 2 dell'art. 105 cit. (TAR Napoli, Sez. V, sent. n. 1975 del 17/03/2021).

In particolare si rimarcava “6.1. Lamenta la ricorrente principale Serenissima che la lex specialis di gara ha previsto la fornitura gratuita di un software per la gestione di tutte le fasi di esecuzione del servizio; ha richiesto, altresì, il possesso di una valutazione di conformità del software (rectius: del sistema aziendale di gestione sicurezza della ditta produttrice del software) alle norme ISO 27001 e ISO 22301, da comprovare con le relative certificazioni, aggiungendo che il requisito di capacità tecnico-professionale inerente il software gestionale avrebbe dovuto essere posseduto dal soggetto che lo avesse messo a disposizione (art. 7.4 del disciplinare). Con il chiarimento sul quesito n. 6 la P.A. ha ribadito che le certificazioni richieste avrebbero dovuto essere possedute dalla ditta fornitrice del software gestionale, facesse essa parte del raggruppamento, o fosse in subappalto.

6.2. A fronte di ciò, il R.T.I. CIR Food ha dichiarato che il sistema di software con le certificazioni ISO 27001 e ISO 22301 sarebbe stato fornito dalla ditta Progetti e Soluzioni S.p.A. (per incidens: la stessa che lo fornisce – in forza di rapporto di subappalto – per il R.T.I. Serenissima), epperò non ha giustificato tale fornitura né con la partecipazione della predetta ditta al raggruppamento temporaneo, né con il ricorso al subappalto e neppure in virtù dello schema dell'avvalimento. Inoltre – evidenzia Serenissima – né CIR Food, né Chef Express, componenti del R.T.I. CIR Food, possono vantare in proprio le certificazioni ISO 27001 e ISO 22301, circostanza ovvia, visto che si tratta di società che svolgono attività di ristorazione, e non potrebbero neppure vantare per il fatto di acquistare il ridetto software gestionale da una società certificata. Ma, allora, la P.A. avrebbe dovuto escludere il R.T.I. CIR Food dalla gara per mancanza del requisito di capacità tecnico-professionale ex artt. 7.3, lett. g), e 7.4 del disciplinare di gara.

6.3. Così riferito l'unico motivo del ricorso principale, osserva il Collegio che, a confutazione dello stesso, CIR Food eccepisce la circostanza per cui nel caso di specie non sussistevano i presupposti del subappalto ex art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016. Ed infatti, il preventivo trasmesso dalla Progetti e Soluzioni S.p.A. al R.T.I. CIR Food era inferiore alle soglie fissate dall'art. 105, comma 2, cit. (importo superiore al 2% del valore del contratto, ovvero superiore ad € 100.000,00; incidenza del costo della manodopera superiore al 50% del valore del contratto): quindi, il R.T.I. non avrebbe potuto indicare la ditta Progetti e Soluzioni S.p.A. quale subappaltatore, perché l'indicazione sarebbe stata contra legem. Il fatto che, invece, il R.T.I. Serenissima abbia indicato la Progetti e Soluzioni S.p.A. nella terna dei

subappaltatori, attiene al quantum della prestazione affidata al subfornitore e, perciò, dipende in ultima analisi dalla diversa modulazione delle due offerte.” (TAR Venezia, Sez. I, sent. n. 84 del 24/01/2019).

Più precisamente, sempre a mente dell'elaborazione pretoria, il distinguo era così individuato “Secondo la citata disposizione “il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto”; **il contratto di subappalto si configura quindi come un contratto derivato dal contratto di appalto, che ne mutua almeno in parte l'oggetto con la conseguenza che l'oggetto del subcontratto stipulato viene a coincidere con una parte compiuta dell'oggetto del contratto.** **(PRESUPPOSTO QUESTO CHE GIÀ SOTTO L'EGIDA DEL NOVELLATO PRIMO PERIODO DEL COMMA 8 DELL'ART. 105 PAREVA MUTATO “8. Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto” E CHE OGGI LO È EFFETTIVAMENTE IN RAGIONE DEL PRIMO PERIODO DEL COMMA 6 DELL'ART. 119 “.** **IL CONTRAENTE PRINCIPALE E IL SUBAPPALTATORE SONO RESPONSABILI IN SOLIDO NEI CONFRONTI DELLA STAZIONE APPALTANTE PER LE PRESTAZIONI OGGETTO DEL CONTRATTO DI SUBAPPALTO.”)** Questo consente di distinguere il subappalto dalla subfornitura che ha invece ad oggetto non la realizzazione di una parte della prestazione oggetto del contratto ma la prestazione di beni o servizi destinati ad essere utilizzati per l'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto di appalto.

Come affermato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 1603/2020 “il discrimen tra subappalto in senso proprio e mero subaffidamento va tracciato considerando il carattere accessorio o meno delle prestazioni affidate al sub-contraente, in quanto la disciplina di cui all'art. 105 del Codice NON SI APPLICA UNICAMENTE ALLE PRESTAZIONI MERAMENTE STRUMENTALI E SOLO FUNZIONALMENTE COLLEGATE CON QUELLE OGGETTO DEL CONTRATTO (MA AD ESSO ESTRANEE), COME TALI QUALIFICABILI AI SENSI DEL COMMA 2 DEL MENZIONATO ART. 105 (cfr. Tar Pescara, sez. I, nn. 43/2018 e 199/2018)”.

L'art. 105, comma 2, secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 aggiunge poi una presunzione assoluta di subappalto, con riferimento a “qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro

e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare”, ma senza escludere che i subcontratti comunque rientranti nella definizione generale di cui al primo periodo costituiscano subappalto. **Infatti, qualificando come subappalto i soli contratti sussumibili, per le caratteristiche concrete, nella definizione di cui al secondo periodo, risulterebbe del tutto vanificata la definizione contenuta nel primo periodo; la definizione di cui al secondo periodo, invece, si aggiunge a questa, ampliandone l'ambito di applicazione e individuando, sulla base di precise condizioni, gli ulteriori rapporti derivanti dal contratto di appalto e qualificabili, ai soli fini della disciplina in materia di contratti pubblici appalti, come subappalto.**” (TAR Salerno, Sez. I, sent. n. 547 del 02/03/2021).

Da quivi la conclusione che la previsione del secondo periodo del comma 2 era valevole solo e nella misura in cui le prestazioni accessorie rientravano quantitativamente all'intero dei limiti ivi previsti: **“2.5. In definitiva, affinché un subcontratto possa rientrare nel perimetro di applicazione delle norme in materia di subappalto, è necessario che comporti un trasferimento parziale in capo a terzi delle prestazioni oggetto del contratto pubblico principale ovvero che, pur attenendo a prestazioni accessorie, integri le caratteristiche poste dal comma 2 dell'art. 105.”** (TAR Cagliari, Sez. I, sent. n. 118 del 27/02/2021); **“6.4. Per il resto, il discrimen tra subappalto in senso proprio e mero subaffidamento va tracciato considerando il carattere accessorio o meno delle prestazioni affidate al sub-contratante, in quanto la disciplina di cui all'art. 105 del Codice non si applica unicamente alle prestazioni meramente strumentali e solo funzionalmente collegate con quelle oggetto del contratto (ma ad esso estranee), come tali qualificabili ai sensi del comma 2 del menzionato art. 105 (cfr. Tar Pescara, sez. I, nn. 43/2018 e 199/2018).”** (Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 1603 del 04/03/2020)

“7.4. A quanto correttamente rilevato dal primo giudice, può solo aggiungersi che l'appalto in parola ha ad oggetto esclusivamente lavori (come si evince dalla lettura di pag. 2 del bando e disciplinare di gara che fa espresso riferimento a “Lavori di miglioramento ambientale”) e che, di conseguenza, l'affidamento a soggetti terzi del

servizio di trasporto a discarica, non attenendo alle prestazioni oggetto di gara, non integrava affatto un subappalto.

Il conferimento in discarica non configurava, infatti, un segmento delle prestazioni oggetto del contratto, ma un servizio collaterale prestato dal terzo in una fase ormai finale delle opere di cui all'appalto (avente ad oggetto lavori di realizzazione e bonifica della discarica comunale), inerendo perciò a prestazioni che, seppur necessarie, esulavano dalla gara: l'affidamento a terzi in parola veniva dunque a configurare un'ipotesi di subcontratto, dal quale sorgeva unicamente l'obbligo di comunicazione alla Stazione appaltante ai sensi dell'art. 105, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016, in base al quale "L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono sub-appalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati" (Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 8027 del 15/12/2020).

Ne diviene che la pressoché stragrande maggioranza dei subcontratti stipulati e che facevano leva ESCLUSIVAMENTE SUL QUANTUM (ovvero sull'entità dell'importo) non erano coerenti con la ratio legis.

LE PROBLEMATICHE RELATIVE ALL'INDIVIDUAZIONE DEL PROFILO SOGGETTIVO/OGGETTIVO DEI SUB CONTRATTI OGGI SONO ACUIE DAL TESTO DEL COMMA 2 DELL'ART. 119 CHE COSÌ RECITA IN PARTE QUA

"2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.

L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione

dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del subcontratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. È altresì fatto obbligo di acquisire autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato.”

Confronto dei testi

<i>Codice 50</i>	<i>Codice 36</i>
<p>. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.</p>	<p>2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. <u>Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento</u></p>

<p>L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del contratto.</p>	<p><u>dell'importo del contratto da affidare. ...</u> L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del subcontratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto.</p>
---	--

NOVITA'

LA PRIMA

E' VOLTA A DESCRIVERE LE CARATTERISTICHE DISTINTIVE DEL CONTRATTO DI SUBAPPALTO RISPETTO AI SUB CONTRATTI, ID EST LA NECESSITÀ CHE L'ESECUZIONE DI QUOTA PARTE DELL'OPUS CONCORSALE AVVENGA PER IL TRAMITE DELL'ORGANIZZAZIONE DEI MEZZI E CON RISCHI A CARICO DEL SUBAPPALTATORE. NE DIVIENE RAFFORZATO IL DISTINGUO TRA ATTIVITA' ETERO DIRETTE ALLA PRESTAZIONE COSTITUENTE L'OPUS CONCORSALE E ATTIVITA' RIVOLTE A FAVORE DELL'APPALTATORE.

LA SECONDA

E' RELATIVA AL PROFILO SETTORIALE DEI SUBCONTRATTI, PERCHE' OGGI LA POSSIBILITA' DI STIPULARLI PARREBBE ESPRESSAMENTE LIMITATA AGLI APPALTI DI LAVORI E CIO' PER ESPRESSO DISPOSTO NORMATIVO "Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto ...".

DA QUIVI IL PRIMO PROBLEMA INTERPRETATIVO IN RAGIONE DEL NOTO BROCARDO “UBI LEX VOLUIT DIXIT, UBI NOLUIT TACUIT” E CIO’ ANCHE ALLA LUCE:

- DA UN LATO DEL SILENZIO DELLA RELAZIONE ILLUSTRATIVA DEL CONSIGLIO DI STATO RISPETTO AL COMMA 2 *“Analogamente, è stato aggiunto un inciso al primo periodo del comma 2 per precisare le caratteristiche distintive del contratto di subappalto rispetto ad altri contratti, indicando la necessità che l’organizzazione dei mezzi e i rischi siano a carico del subappaltatore.”;*

- DALL’ALTRO LATO DELL’ESPLICITAZIONE PRESENTE NEL DOSSIER DEI LAVORI PARLAMENTARI (PROPEDEUTICO ALL’APPROVAZIONE) *“Il comma 2 definisce il contratto di subappalto come il contratto con il quale l’appaltatore affida a terzi l’esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore.*

Lo stesso comma 2, inoltre, precisa che rientra nella categoria del subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall’appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l’impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo (quando, sostanzialmente, il noleggiante mette a disposizione dell’utilizzatore l’attrezzatura di lavoro insieme ad un proprio lavoratore con specifiche competenze), se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell’importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l’incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell’importo del contratto da affidare”.

NE DIVIENE IL DUBBIO RELATIVO ALL’APPLICAZIONE DELL’ISTITUTO DE QUO AGLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE.

SENNONCHE’ UNA POSSIBILE CHIAVE DI LETTURA FAVOREVOLE ALLA ESTENSIBILITA’ ANCHE AI SETTORI DIVERSI SI RITRAE DAL PENULTIMO PERIODO DEL COMMA 2 *“L’affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell’inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l’esecuzione dell’appalto, il nome del sub-contraente, l’importo del subcontratto, l’oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. ”* **VISTO CHE QUIVI IL RIFERIMENTO NON E’ AI LAVORI MA ALL’APPALTO GENERICAMENTE INTESO.**

CIO’ INDUCE A RITENERE CHE ANCHE PER GLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE POSSANO ESSERE STIPULATI SUB CONTRATTI, ATTESO CHE IN DIFETTO SI ASSISTEREBBE UNA ILLOGICA DISPARITA’ DI

TRATTAMENTO, NON ESSENDO REVOCABILE IN DUBBIO CHE ANCHE NEGLI APPALTI DI SERVIZI (VEDESI AD ESEMPIO QUELLI DI TRASPORTO E/O DI RACCOLTA RIFIUTI) OVVERO IN QUELLI DI FORNITURE E' IPOTIZZABILE UN NOLO A CALDO POSTO IL TENORE SIA DELL'ARTICOLO 65 COMMA 3 ("3. Le stazioni appaltanti possono imporre alle persone giuridiche di indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione a procedure per l'affidamento di appalti che comportino esecuzione di servizi o lavori nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone fisiche incaricate di fornire la prestazione e possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente.") SIA DELL'ART. 104 COMMA ("11. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.").

QUANTO SOPRA FERMI RESTANDO CHE I LIMITI EXPRESSIS VERBIS RIFERITI AI LAVORI "Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare" VARRANNO ANCHE PER I SERVIZI E LE FORNITURE, PENA L'IMPOSSIBILITA' DI INDIVIDUARE UNA DISCIPLINA COMPIUTA E CIO' ALLA LUCE DI QUANTO RECITA IL COMMA 2 DELL'ART. 12 DELLE PRELEGGI AL CODICE CIVILE "Art. 12 Interpretazione della legge

Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.”.

C) *CONTRATTI NON COSTITUENTI SUBAPPALTO*

PREMESSA SULLA RATIO DEL COMMA 3 DELL'ART. 119 E SULL'OGGETTO RIFERITO A DETERMINATE CATEGORIE DI FORNITURE E DI SERVIZI

“3. Non si configurano come attività affidate in subappalto, per la loro specificità, le seguenti categorie di forniture o servizi:

a) l'affidamento di attività secondarie, accessorie o sussidiarie a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;

b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;

c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'ISTAT, oppure ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448;

d) le prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono trasmessi alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto ”

Il comma 3 è quasi identico al previgente comma 3 dell'art 105 del codice 50, con la conseguenza che anche a quest'ultimo può riferirsi la precedente elaborazione pretoria tesa a chiarire quanto segue: “L'art. 105, comma 3, cit., non può essere configurato come una norma derogatoria del subappalto posto che essa muove dalla considerazione della specificità di determinate categorie di forniture e di servizi e, sulla base della natura peculiare di dette prestazioni e della diversità del regolamento contrattuale in termini di

rapporti tra le parti del contratto e con l'amministrazione appaltante, giunge alla conclusione che i contratti con i quali vengono affidate a lavoratori autonomi specifiche attività rientranti nell'appalto non sono contratti di subappalto (l'incipit dell'art. 105, comma 3, cit. fornisce un'univoca indicazione testuale in tal senso: «Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto [...]»). La norma in questione pertanto delimita i confini rispetto alla nozione di subappalto applicabile nella disciplina sui contratti pubblici, ma non è una norma derogatoria del regime sul subappalto (né di natura eccezionale).” (Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 4150 del 31/05/2021)

IN PARTICOLARE: SULL'INSERIMENTO NELLE LETTERA A) E D) RISPETTO ALLE PRECEDENTI LETTERE A) E C-BIS) DELLA PERIFRASI “SECONDARIE, ACCESSORIE O SUSSIDIARIE”

<p>a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;</p>	<p>l'affidamento di attività secondarie, accessorie o sussidiarie a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;</p>
<p>c-bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.</p>	<p>le prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono trasmessi alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.</p>

La chiave di lettura va ricercata nelle differenze tra **SUBAPPALTO e CONTRATTI CONTINUATIVI DI COLLABORAZIONE** già precisate dalla elaborazione pretoria e ora assunte a rango normativo, atteso che come per i subcontratti anche per i contratti continuativi di cooperazione il distinguo è rappresentato dai seguenti elementi:

- dalla natura delle prestazioni;
- dal destinatario delle stesse (inteso come beneficiario);
- dal fatto che le attività dei contratti continuativi di collaborazione si collocano all'interno dell'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore come quota parte delle stesse, inglobandole;

- *dall'epoca della stipulazione dello stesso*

In specie il G.A. ha precisato anche da ultimo che “12.3.1. Ed invero l’art. 105 (Subappalto), comma 3, lett. c-bis) del Codice prevede: “Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto: ... c bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti cooperativi di cooperazione servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata all’aggiudicazione dell’appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante, prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto”.

La disposizione è stata aggiunta dall’art. 69, comma 1, lett. c) d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. correttivo al codice).

Ritiene la Sezione, in continuità con i propri precedenti (Cons. Stato Sez. V, 19/05/2020, n. 3169; Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 607) che con i “contratti di cooperazione servizio e/o fornitura” la legge faccia riferimento ai contratti che il concorrente stipula con terzi allo scopo di procurarsi quanto necessario alla propria attività d’impresa ovvero, quei beni e servizi indispensabili all’esecuzione della prestazione in affidamento.

I terzi contraenti, quindi, non eseguono una parte della prestazione oggetto dell’appalto ma procurano all’operatore economico aggiudicatario i mezzi per la sua esecuzione.

A detti contratti, dunque, l’amministrazione aggiudicatrice resta completamente estranea, come res inter alios acta.

Porta a questa conclusione in primo luogo la formulazione letterale della disposizione che specifica che le prestazioni dei terzi contraenti sono rese “in favore dei soggetti affidatari”, così individuando chiaramente i destinatari (id est creditori) delle prestazioni nelle imprese concorrenti e non nelle stazioni appaltanti (cfr. Cons. Stato, V, 27 dicembre 2018, n. 7256; contra Cons. Stato, III, 18 luglio 2019, n. 5068 secondo cui con la formula riportata si allude alla “direzione giuridica della prestazione, ovvero al fatto che l’unica relazione giuridicamente rilevante... è quella esistente tra stazione appaltante e soggetto affidatario”).

Rileva, poi, anche la topografia della disposizione per coglierne la ratio.

L’art. 105 del Codice dei contratti pubblici contiene la disciplina del subappalto; il comma 3, nello specifico, elenca le prestazioni che “non si configurano come attività

affidate in subappalto”, ma che, per le modalità di esecuzione, potrebbero far sorgere dubbi circa il loro esatto inquadramento normativo.

L’elencazione delimita, dunque, l’ambito di applicazione della disciplina del subappalto.

Se il subappalto è il contratto con cui l’appaltatore affida a terzi l’esecuzione di una parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto (comma 2), i contratti di cooperazione continuativa, di converso, non hanno ad oggetto la prestazione affidata, ma quei beni e servizi dei quali l’impresa aggiudicataria necessita per poter, essa sola, eseguire la prestazione oggetto del contratto d’appalto.

In definitiva, come rilevato negli indicati precedenti, i contratti di cui all’art. 105, comma 3, lett. c – bis) d.lgs. n. 50 del 2016 si caratterizzano per la “direzione soggettiva”, in quanto resi all’impresa aggiudicataria, e per l’“oggetto del contratto” che è altro rispetto alla prestazione in affidamento con il contratto d’appalto.

A prescindere dagli aspetti peculiari di ogni vicenda, infatti i criteri di qualificazione sopra ricordati – direzione soggettiva della prestazione ed oggetto del contratto – consentono di risolvere in maniera sufficientemente attendibile anche i casi dubbi, assumendo carattere dirimente stabilire se l’impresa aggiudicataria, stipulando un contratto di cooperazione continuativa, si sia limitata a procurarsi il bene strumentale alla prestazione da rendere all’amministrazione, ovvero abbia affidato al terzo cooperante l’esecuzione di una parte (o frazione) della prestazione assunta nei confronti dell’amministrazione che non era in grado di eseguire.” (*Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 3586 del 17/04/2023; ibidem Cons. di Stato, Sez. III, sent. n. 10368 del 24/11/2022* “18. Con il quinto motivo di censura (p. 25 del ricorso), ancora, l’appellante ha dedotto come il Tribunale abbia errato nel ritenere non fondato il motivo di ricorso con il quale è stata eccepita l’illegittimità della dichiarazione di Markas nell’aver stipulato una convenzione con un’azienda di trasporti per la disponibilità di un autocarro (doc. 17), richiamando la normativa dell’art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016.

18.1. Il Tribunale non avrebbe colto però che la censura riguarda innanzitutto la tipologia di servizio e il fatto che la normativa vigente vieta il noleggio di automezzi di massa complessiva superiore alle 6 tonnellate (e quello in esame è di 14 tonnellate), mentre l’accordo rappresenterebbe un subappalto (vietato) nel caso in cui la ditta di trasporti fornisse anche un autista.

18.2. Il Tribunale non avrebbe quindi compreso bene e, anzi, avrebbe travisato l'oggetto della censura, erroneamente rigettandola.

18.3. Il primo giudice, diversamente da quanto assume Serenissima, ha ben colto il senso della censura laddove ha osservato che, ai sensi dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis), del d. lgs. n. 50 del 2016, non configurano un subappalto «le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto».

18.4. E poiché Markas ha dichiarato di avere già stipulato una convenzione con la ditta che le fornisce gli automezzi da adibire al trasporto dei pasti precotti, si rientra proprio nella suddetta fattispecie legale, come ha ben osservato il primo giudice, con valutazione che va esente da censura.”; *ibidem* “13.1. – Nell’interpretazione dell’art. 105, comma 3, lett. c-bis), cit. (secondo cui «non si configurano come attività affidate in subappalto [...] le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto») **si è affermato in giurisprudenza che le prestazioni oggetto di siffatti contratti sono rivolte a favore dell'operatore economico affidatario del contratto di appalto con il soggetto pubblico e non invece direttamente a favore di quest'ultimo come avviene nel caso del subappalto** (cfr. Cons. di Stato, V, 27 dicembre 2018, n. 7256; si veda anche Cons. St., V, 22 aprile 2020, n. 2553). È stato altresì affermato che «l’istituto de quo, proprio perché si configura come derogatorio rispetto alla generale disciplina del subappalto, è evidentemente ancorato ai medesimi presupposti applicativi, a cominciare dalla determinazione contenutistica della prestazione eseguibile mediante il ricorso all’impresa “convenzionata”» (in tal senso Cons. di Stato, III, 18 luglio 2019, n. 5068). In questa prospettiva il difetto di qualsiasi elemento della fattispecie descritta all’art. 105, comma 3, lett. c-bis), comporterebbe l’applicazione integrale della disciplina sul subappalto; e in particolare di quanto previsto dall’art. 105, comma 4, lett. c) (secondo cui «i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché (...) all’atto dell’offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare»).

13.2. - **Tuttavia l'impostazione del problema in termini di deroga della norma sui contratti continuativi di cooperazione rispetto alla disciplina del subappalto non tiene**

conto della differenza specifica che intercorre tra i due tipi di contratti, che emerge anche dalle norme sopra richiamate. L'art. 105, comma 3, cit., non può essere configurato come una norma derogatoria del subappalto posto che essa muove dalla considerazione della specificità di determinate categorie di forniture e di servizi e, sulla base della natura peculiare di dette prestazioni (e della diversità del regolamento contrattuale in termini di rapporti tra le parti del contratto e di rapporti con l'amministrazione appaltante), giunge alla conclusione che i contratti continuativi di cooperazione non sono contratti di subappalto (l'incipit dell'art. 105, comma 3, cit. fornisce un'univoca indicazione testuale in tal senso: «Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto [...]»). La norma sui contratti di cooperazione delimita i confini rispetto alla nozione di subappalto applicabile nella disciplina sui contratti pubblici ma non è una norma derogatoria del regime sul subappalto (né di natura eccezionale).

13.3. - La distinzione tra le due figure contrattuali, come ben rilevato anche dalla giurisprudenza sopra richiamata, si fonda non solo, come si è veduto, sulla specificità delle prestazioni, ma anche sulla diversità degli effetti giuridici dei due tipi di contratto. Le prestazioni alla base dei due contratti sono infatti dirette a destinatari diversi: nel caso del subappalto, il subappaltatore esegue direttamente parte delle prestazioni del contratto stipulato con l'amministrazione, sostituendosi all'affidatario; nell'altro caso, le prestazioni sono rese in favore dell'aggiudicatario che le riceve, inserendole nell'organizzazione di impresa necessaria per adempiere alle obbligazioni contrattuali e le riutilizza inglobandole nella prestazione resa all'amministrazione appaltante. NEL SUBAPPALTO VI È UN'ALTERITÀ ANCHE SUL PIANO ORGANIZZATIVO, TRA APPALTATORE E SUBAPPALTATORE, POICHÉ LA PARTE DI PRESTAZIONE CONTRATTUALE È AFFIDATA DALL'APPALTATORE A UN TERZO CHE LA REALIZZA DIRETTAMENTE ATTRAVERSO LA PROPRIA ORGANIZZAZIONE; MENTRE NEL CONTRATTO DI COOPERAZIONE LA PRESTAZIONE RESA È INSERITA ALL'INTERNO DELL'ORGANIZZAZIONE IMPRENDITORIALE DELL'APPALTATORE. I DUE CONTRATTI SONO QUINDI DIVERSI QUANTOMENO SUL PIANO FUNZIONALE.

13.4. - La disciplina in tema di subappalto non è quindi immediatamente estendibile, se non si dimostri che il contratto continuativo di cooperazione costituisca solo uno schermo per il contratto di subappalto (il che, nella concreta fattispecie, non risulta; e nemmeno nel ricorso in primo grado si sostiene questo).

In particolare, detta disciplina non è automaticamente applicabile nel caso in cui il contratto di cooperazione sia stato stipulato dopo l'indizione della gara (purché prima della stipula del contratto d'appalto), elemento introdotto per evidenti finalità antielusive della disciplina del subappalto, ma che non incide sulla natura del contratto e delle prestazioni.

Pertanto, per quel che rileva nel caso di specie, ferma la diversità funzionale tra i due contratti, non si giustifica l'applicazione della norma che impone all'operatore economico di dichiarare all'atto dell'offerta le parti dei lavori, dei servizi o delle forniture che intende subappaltare (art. 105, comma 4). Per un verso, infatti, proprio per la diversa natura giuridica dei due rapporti, l'operazione ermeneutica si tradurrebbe in un'inammissibile estensione analogica della norma sul subappalto. Per altro verso, finirebbe per l'integrare una causa di esclusione dalla procedura di gara non prevista dalla legge e quindi in contrasto col principio di tassatività cristallizzato nell'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici. ”

Nel caso di specie, si tratta, come risulta dalla loro mera descrizione, di attività specifiche, accessorie o strumentali, rese da soggetti con peculiare esperienza professionale, e non certo di subappalto in senso tecnico

Non può dunque in nessun caso essere valorizzata, agli auspicati effetti espulsivi, la dichiarazione di non volersi avvalere del subappalto, che, a ben vedere, non si applica affatto alle prestazioni accessorie sopra indicate. ” (*Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 2962 del 12/04/2021*).

Esemplificativa è la seguente decisione avente ad oggetto l'esclusione di un concorrente per avere inteso demandare a terzi quota parte dell'oggetto contrattuale formalmente invocando la lett. bis) del comma 3 dell'art. 105: “Ciò premesso, come accennato, sia

Fujifilm che IMS Giotto, al fine di elidere ogni interesse della Technologic all'annullamento delle operazioni di gara, hanno entrambe proposto ricorso incidentale finalizzato ad ottenere l'estromissione di quest'ultima dalla procedura.

Ebbene, il Collegio è dell'avviso che il ricorso incidentale formulato dalla IMS Giotto sia fondato sotto il primo (assorbente) motivo, in relazione all'aver Technologic espressamente affermato, nella “Dichiarazione affidamento attività a terze imprese” da costei resa in sede di relativa offerta (documento in atti), di esternalizzare **“PARTE DELL'ESECUZIONE DEL SERVIZIO DI ASSISTENZA TECNICA E MANUTENZIONE SULLE APPARECCHIATURE OGGETTO DI OFFERTA ... AFFIDATE A TERZI IN FORZA DI CONTRATTI CONTINUATIVI DI COOPERAZIONE, SERVIZI E/O FORNITURA SOTTOSCRITTI IN EPOCA ANTERIORE ALLA INDIZIONE DELLA PRESENTE PROCEDURA”**.

RILEVA, INNANZI TUTTO, COME L'APPALTO DI CUI SI DISCORRE ABBA AD OGGETTO, oltre alla “fornitura di Mammografi digitali con tomosintesi” e di alcuni “dispositivi opzionali”, la prestazione di tutta una serie di “servizi connessi” previsti nel Capitolato Tecnico, tra i quali figura (per quel che interessa) **ANCHE IL “SERVIZIO DI ASSISTENZA E MANUTENZIONE” DELLE**

APPARECCHIATURE E DISPOSITIVI ORDINATI (il cui corrispettivo era compreso nel prezzo unitario offerto solo in relazione ai primi dodici mesi della fornitura), come dettagliatamente disciplinato al relativo art. 3, comprensivo, in particolare - oltre che dell'obbligo del fornitore di "garantire per tutta la durata del contratto il medesimo livello qualitativo delle apparecchiature come accertato all'atto della verifica di conformità" nonché "la disponibilità delle parti di ricambio per 10 (dieci) anni a decorrere dalla data di accettazione della fornitura" - dell'assistenza e manutenzione "full risk per i primi 12 mesi", mediante "la riparazione e la sostituzione di tutte le componenti dell'apparecchiatura (tubo radiogeno, detettore, compressore, ecc), comprensiva degli accessori (pedaliere, cavi, adattatori, ecc.), dei materiali di consumo soggetti ad usura (lubrificanti, filtri, sensori, ecc.), con la sola esclusione del materiale di consumo necessario all'ordinario utilizzo (es: materiale monouso e monopaziente)".

Il Capitolato Tecnico - nello specificare, inoltre, che tale servizio "verrà effettuato con personale specializzato del Fornitore" - chiariva come esso "comprenderà:

- **Manutenzione preventiva**", mediante l'attivazione di "procedure periodiche di verifica, controllo, messa a punto, sostituzione parti di ricambio e parti soggette ad usura ed eventuale adeguamento e/o riconduzione delle apparecchiature risultanti non conformi, come previsto dai manuali d'uso forniti in dotazione";

- **"Manutenzione correttiva"**, ovvero "su chiamata", mediante l'inoltro di una **"Richiesta di intervento"** della singola amministrazione attraverso il Customer Care" e la successiva redazione di "un'apposita nota in duplice copia, sottoscritta da un incaricato della P.A. e da un incaricato del Fornitore" recante i dettagli e l'esito dell'intervento eseguito;

...

Ben si comprende, dunque, come si tratti di tutta una serie di prestazioni che specialmente nella fase iniziale di avvio e primo utilizzo della strumentazione - ma non solo - assumono un ruolo assolutamente centrale ed essenziale ai fini della concreta fruizione, da parte delle singole amministrazioni che abbiano aderito all'accordo quadro e stipulato il singolo contratto di fornitura, delle apparecchiature ordinate, peraltro estendendosi il servizio a "qualsiasi parte necessaria a mantenere in perfetta efficienza le apparecchiature e i dispositivi opzionali tanto sotto l'aspetto infortunistico, di sicurezza e di rispondenza alle norme quanto sotto l'aspetto della

rispondenza ai parametri tipici delle apparecchiature e al loro corretto utilizzo, garantendo un servizio tecnico di assistenza e manutenzione sia delle apparecchiature fornite sia delle singole componenti per i difetti di costruzione e per i guasti dovuti all'utilizzo e/o ad eventi accidentali non riconducibili a dolo”.

Emerge, inoltre, dalla sopra riportata descrizione dei contenuti nonché dei modi e dei tempi in cui è stabilito che tali prestazioni vengano rese, che il servizio di cui si discorre - inequivocabilmente riguardando le apparecchiature e i dispositivi già consegnati e in uso alle singole amministrazioni - sia chiaramente reso direttamente in favore di quest'ultime.

Ebbene, poste tali premesse, il Collegio - nel confermare l'orientamento già espresso in sede cautelare – ritiene, dunque, che Technologic avrebbe dovuto essere esclusa in relazione all'aver essa fatto illegittimamente ricorso allo strumento dei “contratti continuativi di cooperazione”, di cui all'art. 105, comma 3, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50/2016, per la prestazione di una (tra l'altro non meglio specificata) “parte” del servizio di assistenza e manutenzione delle apparecchiature fornite, che la concorrente - per sua stessa ammissione - non sarebbe in grado di eseguire, in quanto priva delle risorse a tal fine necessarie.

IL CONSIGLIO DI STATO HA, INFATTI, ANCHE DI RECENTE, CHIARITO COME TALI CONTRATTI DI COOPERAZIONE “SI CARATTERIZZANO PER LA “DIREZIONE SOGGETTIVA”, IN QUANTO RESI ALL'IMPRESA AGGIUDICATARIA, E PER L'“OGGETTO DEL CONTRATTO” CHE È ALTRO RISPETTO ALLA PRESTAZIONE IN AFFIDAMENTO CON IL CONTRATTO D'APPALTO”, SICCHÉ ESSI POTRANNO RIFERIRSI SOLO A QUEI BENI E SERVIZI DEI QUALI L'IMPRESA AGGIUDICATARIA NECESSITA PER POTER, ESSA SOLA, ESEGUIRE LA PRESTAZIONE OGGETTO DEL CONTRATTO D'APPALTO E NON GIÀ DIRETTAMENTE ALLA PRESTAZIONE AFFIDATA (IN TAL SENSO, CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE V, N. 607/2020).

Ne discende come assuma, pertanto, carattere dirimente, al fine di stabilire se l'impresa aggiudicataria abbia legittimamente fatto ricorso a tale tipologia di contratto, LA CONCRETA VERIFICAZIONE DELLA CIRCOSTANZA LEGATA AL DATO DI FATTO SE LA MEDESIMA IMPRESA SI SIA LIMITATA A PROCURARSI IL BENE STRUMENTALE ALLA PRESTAZIONE DA RENDERE

ALL'AMMINISTRAZIONE, OVVERO ABBIA AFFIDATO – COME NEL CASO DI SPECIE - AL TERZO COOPERANTE L'ESECUZIONE DI UNA PARTE (O FRAZIONE) DELLA PRESTAZIONE ASSUNTA NEI CONFRONTI DELL'AMMINISTRAZIONE CHE ESSA NON ERA IN GRADO DI ESEGUIRE, con la conseguenza che “quando il terzo cooperante ... esegue una parte della prestazione oggetto del contratto d'appalto che l'impresa aggiudicataria non sa o non può eseguire si è fuori dalla fattispecie dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis) del Codice, ed è corretta l'esclusione dalla procedura di gara” (in tal senso, Consiglio Stato, Sezione V, n. 3169/2020).

Nel caso di specie, la prestazione di assistenza tecnica e manutenzione - in quanto oggetto dell'accordo quadro e del discendente singolo contratto di fornitura - non poteva, dunque, essere oggetto anche di un connesso contratto ai sensi del citato art. 105, comma 3, lett. c- bis), atteso che diversamente opinando - come reso palese dal contenuto di tali prestazioni come già delineate nella documentazione di gara - al terzo cooperante sarebbe stata, altrimenti, affidata una parte delle prestazioni oggetto dell'appalto da rendere direttamente in favore della singola amministrazione, ponendo quest'ultima in rapporto diretto con un soggetto del quale non è mai stato accertato il possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione previsti all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 e dalla disciplina di gara.

Il sistema della contrattualistica pubblica è - invero - retto dal principio di personalità nell'esecuzione dell'appalto (in tal senso, l'art. 105, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016), che, nel porsi a garanzia degli interessi della committenza pubblica, nonché della stessa par condicio tra i concorrenti, esclude che possano essere ammesse offerte che (al fuori delle ipotesi di subappalto) contemplino il coinvolgimento, nell'esecuzione della prestazione in favore dell'amministrazione, di soggetti terzi che non assumano la veste di né concorrente, né di contraente.

Gli istituti aggregativi ammessi dall'ordinamento sono, infatti, tipici (raggruppamento, consorzio, rete di imprese e avvalimento) e per ciascuno di essi la disciplina di settore delinea specifiche e inderogabili modalità e forme, tali da offrire alla stazione appaltante idonee garanzie anche in termini di imputazione giuridica dell'offerta e - conseguentemente - di verifica dei prescritti requisiti.

In tale contesto, la dichiarazione del concorrente di voler concedere a terzi “parte dell'esecuzione del servizio di assistenza tecnica e manutenzione sulle apparecchiature

oggetto di offerta ... ai sensi dell'art. 105, comma 3, lettera c-bis) del D. Lgs. 50/2016 ... in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizi e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della presente procedura”, tra l'altro inequivocabilmente chiarendo che “le predette attività non sono configurabili ... come subappalto”, comporta, di per sé, l'inammissibilità dell'offerta, integrando una non ammessa dissociazione tra il profilo soggettivo del concorrente/offerente in gara e quello dell'esecutore del contratto di appalto.

Ne discende, pertanto, come Technologic - una volta avvedutasi di non disporre dei mezzi necessari per assicurare in favore delle singole amministrazioni aderenti all'accordo quadro il servizio di assistenza e manutenzione oggetto dello stipulando accordo quadro, secondo le modalità dettagliatamente previste nel Capitolato Tecnico - avrebbe dovuto far ricorso, ai fini di una sua legittima partecipazione alla gara, ad una delle forme di partecipazione congiunta previste dal Codice dei contratti pubblici oppure, eventualmente, al subappalto (esplicitamente ammesso nel Bando di gara).”

(TAR Roma, Sez. V, sent. n. 4816 del 26/04/2021)

SENONCHE' SE QUANTO SOPRA RIPORTATO E' CERTAMENTE RIFERIBILE ALLE ATTIVITA'/PRESTAZIONI ACCESSORIE O SUSSIDIARIE, NOTEVOLI DUBBI INTERPRETATIVI SI PONGONO PER QUANTO RIGUARDA LE ATTIVITA'/PRESTAZIONI SECONDARIE.

QUESTO PERCHE' NEL NUOVO CODICE E' STATA ESPUNTA LA DEFINIZIONE DI PRESTAZIONI SECONDARIE, CHE INVECE ERA PRESENTE NELL'ART 48 COMMA 2 DEL CODICE “2. Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie.” E CHE PERMETTEVA LA PARTECIPAZIONE DI RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI D'IMPRESE DI TIPO VERTICALE NEI SERVIZI E NELLE FORNITURE OVVERO ANCHE DI RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI TIPO MISTO.

VERO E' CHE OGGI L'ART. 68 IN TEMA DI RAGGRUPPAMENTI E CONSORZI E' DIVERSA E DI PORTATA INNOVATIVA, CHE PARE OPPORTUNO SCRUTINARE PER APPREZZARE LA DEFICITARIA TECNICA LEGISLATIVA

Art. 68. (Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici)

PREMESSA

Rispetto al previgente art. 48 del codice 50 la tecnica legislativa è stata quella di eliminare i commi 1, 2, 6 e 7-bis perché ritenuti superati dalla sentenza della Corte di Giustizia Corte di giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022 in causa C-642/20 che ha stabilito il contrasto con la direttiva 24/2014 del comma 8 dell'art. 83 del codice 50 nella parte in cui stabiliva che la mandataria doveva possedere i requisiti di partecipazione e doveva eseguire le attività in misura maggioritaria

1. Nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di operatori economici nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; per lavori scorporabili si intendono i lavori come definiti all'articolo 3, comma 1, lettera oo-ter) assumibili da uno dei mandanti; per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione di operatori economici finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria.

2. Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie.

6. Nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale, i requisiti di cui all'articolo 84, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che

intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale.

7-bis. È consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata.

Per tali ragioni è stata soppressa la distinzione tra raggruppamenti verticali e orizzontali con tutte le conseguenze del caso.

IL NUOVO SCHEMA TIPO DEL RAGGRUPPAMENTO CONSENTE LA PRESENTAZIONE DI UN'OFFERTA SULLA BASE DEL SOLO MANDATO COLLETTIVO, SENZA RICHIEDERE ULTERIORI REQUISITI E CON IL LIMITE DELLA RESPONSABILITA' SOLIDALE DEI PARTECIPANTI

1. È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettera e) e lettera f), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

E' la riproposizione del comma 8 dell'art. 48 .

2. Fatto salvo quanto previsto dal comma 4, in sede di offerta sono specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle.

E' la riproposizione del comma 4 dell'art. 48 SALVO L'OBBLIGO PER I CONCORRENTI DI IMPEGNARSI ESPRESSAMENTE AD ESEGUIRLE.

LA POSSIBILITA' DI MODIFICARE IN SEDE DI ESECUZIONE LE QUOTE COME GIA' PREVISTO PER I LAVORI DALL'ART. 92 COMMA 2 ULTIMO PERIODO DEL DPR 207/2010

“I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate.”

E' OGGI RIPROPOSTA NELL'ALLEGATO II.12 NELLA PARTE IV SUB ARTICOLO 30 COMMA 2

*2. Per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 65, comma 2, lettera e), del codice, i consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera f), del codice e i soggetti di cui all'articolo 65, comma 1, lettera h), del codice, **le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato.** I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate.*

IL LEGISLATORE, PUR CONFERMANDO L'ABOLIZIONE DELL'ISTITUTO DELLA CORRISPONDENZA SOSTANZIALE, OLTRE A ELIMINARE IL VINCOLO DI UNA QUOTA MINIMA DI PARTECIPAZIONE, HA RECEPITO L'INDIRIZZO GIURISPRUDENZIALE SECONDO CUI LA QUOTA DI PARTECIPAZIONE DEVE RIENTRARE – CIOE' TROVARE CAPIENZA - NEI REQUISITI DI QUALIFICAZIONE POSSEDUTI.

IL PROBLEMA DERIVA DAL FATTO CHE LE QUOTE DI PARTECIPAZIONE AL RAGGRUPPAMENTO NON DEVONO NECESSARIAMENTE CORRISPONDERE AI REQUISITI DI QUALIFICAZIONE MA DEVONO RISULTARE ASSORBITE ALL'INTERNO DI QUESTI A TERMINI DELL'ART. 30 COMMA 2 DELL'ALLEGATO II.12

“Articolo 30. Requisiti del concorrente singolo e di quelli riuniti.

1. 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. I requisiti relativi alle

categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente.

2. Per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 65, comma 2, lettera e), del codice, i consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera f), del codice e i soggetti di cui all'articolo 65, comma 1, lettera h), del codice, le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate.

3. Per gli operatori stabiliti in altri Stati membri di cui all'articolo 65, comma 1, del codice, si applicano i commi 1 e 2.

4. Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie e importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno a essa affidati.

5. I requisiti per i progettisti, previsti dal bando ai sensi dell'articolo 44, comma 3, del codice, devono essere posseduti dalle imprese attestatae per prestazioni di sola esecuzione, attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 66, comma 1, del codice. Gli operatori economici attestati per prestazioni di progettazione e costruzione devono possedere i predetti requisiti attraverso l'associazione o l'indicazione in sede di offerta di un progettista scelto tra i soggetti di cui all'articolo 66, comma 1, del codice, laddove gli stessi requisiti non siano dimostrati attraverso il proprio staff di progettazione.

6. Gli operatori economici qualificati nella I e nella II classifica, non in possesso, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della certificazione del sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, possono partecipare in raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti agli affidamenti di contratti per i quali sia richiesta al concorrente singolo un'attestazione per classifiche superiori.”

ALLORQUANDO IL RAPPORTO TRA QUOTE DI ESECUZIONE E REQUISITI DI QUALIFAZIONE E' DISCIPLINATO DAL SUCCESSIVO COMMA 11 SECONDO CUI *“ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2.”*

CON LA CONSEGUENZA CHE:

1. LE QUOTE DI PARTECIPAZIONE DI UN CONCORRENTE AL RAGGRUPPAMENTO DOVRANNO ESSERE NON SUPERIORI AI REQUISITI DI QUALIFAZIONE

2. LE QUOTE DI ESECUZIONE DOVRANNO ESSERE NON SUPERIORI AI REQUISITI DI QUALIFAZIONE

NE DIVIENE CHE UN RAGGRUPPATO QUALIFICATO PER 10 POTRA' PARTECIPARE AL RTI PER 2 ED ESEGUIRE PER 4 MA NON IL CONTRARIO, FERMO RESTANDO CHE IL REQUISITO DI QUALIFAZIONE E' SEMPRE RELATIVO, VALE A DIRE E' QUELLO “SPESO” DAL CONCORRENTE CON L'INDICAZIONE IN SEDE DI GARA E NON E' QUELLO ASSOLUTO DALLO STESSO DETENUTO.

3. I raggruppamenti temporanei non possono essere obbligati ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.

4. Le stazioni appaltanti possono:

a) imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto;

b) specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici ottemperano ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive.

LA LETTERA B) PARE POCO COERENTE CON I COMMI 1 E 11, PERCHE' INTRODUCE SURRETTIZIAMENTE LA POSSIBILITA' PER LA STAZIONE APPALTANTE DI RICHIEDERE LA DIMOSTRAZIONE DEI REQUISITI

SPECIALI IN CAPO AI COMPONENTI DEL RTI, SALVA IDONEA MOTIVAZIONE ALLO SCOPO

5. Per la costituzione del raggruppamento temporaneo gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, detto mandatario.

I COMMI DA 5 A 8 RIPROPONGONO I COMMI 12 - 13 E 15 – 16 DELL'ART .48

6. Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata. La relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'operatore economico mandatario. Il mandato è gratuito e irrevocabile e la sua revoca, anche per giusta causa, non ha effetto nei confronti della stazione appaltante. In caso di inadempimento dell'impresa mandataria è ammessa la revoca del mandato collettivo speciale di cui al comma 5 al fine di consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento.

7. Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino all'estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti.

8. Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.

9. L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Nell'ipotesi di cui al comma 4, lettera a), la responsabilità solidale di cui al primo periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati. Nel caso di cui al comma 4, lettera a) e nell'ipotesi in cui i concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori, anche in parte, dei lavori dopo l'aggiudicazione costituiscono

tra loro una società anche consortile, ai sensi del Libro V del Titolo V, Capi III e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori, la responsabilità solidale di cui al primo periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati a far data dalla notificazione dell'atto costitutivo alla stazione appaltante e, subordinatamente, alla iscrizione della società nel registro delle imprese. In tale ipotesi la società subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nell'esecuzione totale o parziale del contratto.

LA POSSIBILITA' DI COSTITUIRE UNA SOCIETA' PER L'ESECUZIONE DELL'APPALTO E' ESPRESSAMENTE LIMITATA AI LAVORI E NON SI CAPISCE IL PERCHE' RISPETTO AGLI APPALTI DI SERVIZI; IN OGNI CASO LA PREVISIONE E' CONTRADDITTORIA PERCHE' LA LETTERA A) DEL COMMA 4 NON SI RIFERISCE ESCLUSIVAMENTE AGLI APPALTI DI LAVORI

10. Le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive.

11. I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'allegato II.12.

STABILISCE FINALMENTE IL PRINCIPIO CHE LA DIMOSTRAZIONE DEL POSSESSO DEI REQUISITI RICHIESTI DALLA LEGGE DI GARA DEVE ESSERE DIMOSTRATA DAL RTI COMPLESSIVAMENTE CONSIDERATO E NON PIU' CON ONERI DA ASSolvere SINGOLARMENTE, MA ATT.NE ALLA IMMANENTE PREVISIONE DELLA LETT. B) DEL COMMA 4.

IL PRESUPPOSTO CHE l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2 INTRODUCE UNA EVIDENTE LIMITAZIONE AL FATTO CHE AL RAGGRUPPAMENTO POSSANO PARTECIPARE OPERATORI ECONOMICI SENZA REQUISITI PERCHE' IN TAL CASO NON POTRANNO ESSERE ALCUNCHE' AI SENSI DEL COMMA 2, SALVO RICORRERE ALL'AVVALIMENTO PER SODDISFARE I REQUISITI RIFWERITI ALLA ESEGUENZA PRESTAZIONE

12. Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati.

RIPRENDE IL PRINCIPIO DELLA COOPTAZIONE DEL COMMA 5 DELL'ART. 92 DEL DPR 207/2010, CHE NON E' APPLICABILE AGLI APPALTI DI SERVIZI.

13. Tutti i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario possiedono i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95.

*14. La partecipazione alla gara dei concorrenti in più di un raggruppamento o consorzio ordinario, ovvero in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario, **determina l'esclusione dei medesimi se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.***

LA DISPOSIZIONE IN BASE ALLA QUALE LA PARTECIPAZIONE ALLA GARA IN QUALSIASI ALTRA FORMA DA PARTE DEL PARTECIPANTE AL RAGGRUPPAMENTO DETERMINA L'ESCLUSIONE DEL MEDESIMO SUL PRESUPPOSTO DELL'ESISTENZA DELL'UNICO CENTRO DECISIONALE, PRESUPPONE SEMPRE CHE L'OPERATORE ECONOMICO NON DIMOSTRI CHE LA CIRCOSTANZA NON HA INFLUITO SULLA GARA NÉ È IDONEA A

INCIDERE SULLA CAPACITÀ DI RISPETTARE GLI OBBLIGHI CONTRATTUALI: SICCHE' IN PRESENZA DI UNA "GIUSTIFICAZIONE" IN TAL SENSO OCCORRERA' FARE ATTENZIONE SULLA ESTERNAZIONE DELLE RAGIONI VOLTE A DIMOSTRARE L'ESATTO CONTRARIO

15. È vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione. La modifica dei consorzi e dei raggruppamenti è ammissibile nei termini indicati dall'articolo 97 e dal comma 17 del presente articolo.

16. L'inosservanza di quanto prescritto al comma 15 comporta l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, nonché l'annullamento dell'aggiudicazione o la risoluzione del contratto.

17. È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. Il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto.

Trattasi della riedizione del comma 19 dell'art. 48

18. Le previsioni di cui al comma 17 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b), c), d) e f).

19. In caso di procedure ristrette o negoziate oppure di dialogo competitivo l'operatore economico invitato individualmente o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo può presentare offerta o trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.

20. Il presente articolo trova applicazione, in quanto compatibile, nella partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, di cui all'articolo 65, comma 2, lettera g); queste ultime, nel caso in cui abbiano tutti i requisiti del consorzio stabile di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), sono ad esso equiparate ai fini della qualificazione SOA.

IN RAGIONE DI QUANTO EMERGENTE DALL'ART, 68 E, IN SPECIE, DEL VENIRE MENO DELLA DIFFERENZA TRA RAGGRUPPAMENTI ORIZZONTALI E RAGGRUPPAMENTI VERTICALI, CHE A VOLTA PRESUPPONE L'ESISTENZA DI UN DISTINGUO TRA PRESTAZIONE PRINCIPALE E PRESTAZIONI SECONDARIE A SUA VOLTA NON PIU' ESISTENTE, IL RIFERIMENTO LEGISLATIVO PRESENTE NELLE LETTERE A) E D) DEL COMMA 3 DELL'ART. 119 APPARE TUTTALTRO CHE APPROPRIATO E FINANCO ILLOGICO PERCHE' FORIERO DI ASSEGNARE ALLA STAZIONE APPALTANTE LA POSSIBILITA' DI INDIVIDUARE ALL'INTERNO DI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE PRESTAZIONI PRINCIPALI E PRESTAZIONI SECONDARIE.

SEMNONCHE' IL DISTINGUO E' ANCOR PIU' PENALIZZANTE CON RIFEIRMENTO ALLE ATTIVITA' DELLA LETTERA A) PERCHE' MENTRE CON IL CODICE 50 I LAVORATORI AUTONOMI POTEVANO EFFETTUARE ATTIVITA' SPECIFICHE SENZA ALCUNA LIMITAZIONE E, PERTANTO, ANCHE ATTIVITA' CARATTERIZZANTI L'OGGETTO DELL'APPALTO, OGGI INVECE VIENE NOTEVOLMENTE RIDIMENSIONATO L'APPORTO CHE COSTORO POTRANNO DARE/ RENDERE.

D) IL SUBAPPALTO E L'AVVALIMENTO

I problemi interpretativi che nella vigenza del codice 50 derivavano dal tenore del comma 8 dell'art. 89 ("Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può

assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.”) e, in specie, dalla possibilità per l'ausiliaria di assumere la qualità di subappaltatore e che avevano portato all'emersione di tutta una serie di problemi interpretativi circa:

- il rispetto o meno dei limiti quantitativi previsti per il subappalto;
- il rapporto tra subappalto e requisiti prestati;
- la necessità di indicare in sede di gara l'ausiliaria anche quale subappaltatore e relative prestazioni;
- il coordinamento con il disposto del comma 9 dell'art. 89 secondo cui **“9. In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto d'appalto.”**

erano stati chiariti dal Giudice Amministrativo che aveva evidenziato che subappalto e avvalimento erano istituti distinti e che restavano tali anche laddove l'ausiliaria cumulava la veste di subappaltatore.

Quanto alla distinzione perché:

1. era solo l'ausiliata che assumeva in proprio la qualità di esecutore dell'appalto e l'ausiliaria non era titolare del benché minimo contratto derivato (quando tale era la definizione), che si atteggiava quale mera facoltà: “In particolare la giurisprudenza amministrativa consolidata, condivisa da questa Sezione, ha evidenziato che “le prestazioni contrattuali dell'appalto, pur se in concreto eseguite nell'ambito dell'organizzazione aziendale dell'ausiliaria, rientrano nella sfera di rischio economico-imprenditoriale della concorrente alla gara; l'impresa avvalente resta la controparte contrattuale della Stazione Appaltante, sia pure con la garanzia della responsabilità solidale dell'ausiliaria. Per tale ragione, il contratto si ritiene eseguito dalla concorrente e alla concorrente è rilasciato il certificato di esecuzione. È questo il significato della previsione dell'art. 89, comma 8, d.lg. n. 50/2016, che marca anche la differenza rispetto al subappalto, non a caso richiamato nell'ultimo inciso dello stesso comma. A differenza dell'impresa ausiliaria, l'impresa subappaltatrice assume in

proprio il rischio economico-imprenditoriale dell'esecuzione delle prestazioni subappaltate, secondo lo schema tipico del contratto derivato dal contratto principale, perciò diverso è il rapporto giuridico tra subappaltatore e appaltatore, da un lato, e tra entrambi e la Stazione Appaltante, dall'altro. Le restanti previsioni dello stesso art. 89 danno riscontro normativo a tale configurazione dell'istituto dell'avvalimento. L'oggetto dell'avvalimento consiste, in definitiva, nella messa a disposizione, da parte dell'impresa ausiliaria, non di requisiti di qualificazione intesi come valore astratto, bensì delle risorse e dei mezzi che li sostanziano e di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione del contratto" (cfr., ex plurimis, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 01/04/2019, n. 4247)." (TAR Napoli, Sez. I, sent. n. 12 del 03/01/2020)

2. non esistevano limiti alle attività che l'ausiliaria poteva eseguire anche in subappalto, con la conseguenza che già prima dell'intervento del Giudice Eurounitario l'unica correlazione era riferita ai requisiti prestati "Deve escludersi poi che nel caso di specie si sia in presenza di una fattispecie di cessione del contratto d'appalto o di un subappalto totalitario delle attività previste nel contratto di avvalimento.

NESSUNA VIOLAZIONE DELL'ART. 89, COMMA 8, DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI È RAVVISABILE PER IL FATTO CHE ALL'AUSILIARIA SIA AFFIDATA UNA QUOTA PREPONDERANTE DELLE ATTIVITÀ OGGETTO DELL'APPALTO E FINANCHE DI QUELLE PRINCIPALI, MENTRE AL CONCORRENTE RESIDUI LA SOLA DIREZIONE E COORDINAMENTO DI TALI ATTIVITÀ. Nel prevedere che in caso di avvalimento l'appalto «è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati», LA RICHIAMATA DISPOSIZIONE DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI HA INTESO AFFERMARE LA REGOLA SECONDO CUI L'UNICO RESPONSABILE DAL PUNTO DI VISTA GIURIDICO DELL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO È IL CONCORRENTE AGGIUDICATARIO E CHE LE PRESTAZIONI IN CONCRETO SVOLTE DALL'AUSILIARIA SONO COMUNQUE RICONDUCIBILI ALL'ORGANIZZAZIONE DA ESSO PREDISPOSTA PER L'ADEMPIMENTO DEGLI OBBLIGHI ASSUNTI NEI CONFRONTI DELLA STAZIONE APPALTANTE (Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2018, n. 1698).

Non è pertinente al riguardo neppure il richiamo all'istituto del subappalto previsto dall'art. 105 del codice dei contratti pubblici ed ai limiti ad esso relativi (30% per cento «dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture»), secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata applicabile ratione temporis, che peraltro deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 settembre 2019 (C-63/18) e 27 novembre 2019 (C-402/18). Il subappalto dà infatti luogo ad un contratto derivato, rilevante nella fase di esecuzione del rapporto, contraddistinto dal fatto che il rischio imprenditoriale ed economico inerente all'esecuzione delle prestazioni in esso previste è assunto dal subappaltatore attraverso la propria organizzazione, mentre il subappaltante rimane responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi di quanto previsto dall'art. 105, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 (in termini, in relazione alla previgente disciplina di cui al codice dei contratti pubblici approvato con decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, cfr. Cons. Stato, V, 25 febbraio 2015, n. 936, 16 aprile 2013, n. 2105, 26 marzo 2012, n. 1726).

Il riferimento contenuto invece nell'art. 89, comma 8, del codice dei contratti pubblici all'istituto del subappalto, relativamente alle prestazioni eseguite materialmente dall'ausiliario, è oggetto di una facoltà («l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore»), destinata anch'essa ad operare nella fase di esecuzione del contratto e la cui concretizzazione postula l'assenso dell'amministrazione. PER QUESTA IPOTESI NON È COMUNQUE PREVISTO UN LIMITE QUANTITATIVO COME NEL CASO DEL SUBAPPALTO VERO E PROPRIO, AI SENSI DEL SOPRA RICHIAMATO ART. 105, COMMA 2, D.LGS N. 50 DEL 2016, MA È RICHIESTO IL SOLO RISPETTO DEL LIMITE «DEI REQUISITI PRESTATI» DALL'AUSILIARIO. CIÒ IN COERENZA CON LA FINALITÀ TIPICA DELL'AVVALIMENTO, DI UTILIZZO DELLE CAPACITÀ TECNICHE ED ECONOMICHE DI TERZI NECESSARIE PER QUALIFICARSI NELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DI CONTRATTI PUBBLICI, ED AFFINCHÉ ALL'IMPRESA AUSILIARIA NON SIANO IN CONCRETO AFFIDATE PRESTAZIONI ECCEDENTI LA PROPRIA CAPACITÀ TECNICA.

Si tratta di una diversità di disciplina per i profili di interesse nel presente giudizio che impedisce di operare una commistione tra i due istituti, così che le censure vanno

respinte (Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8535)." (Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 389 del 16/01/2020)

In ragione del distinguo fra avvalimento di garanzia (riferito ai requisiti di capacità economico-finanziaria) e avvalimento operativo (relativo ai requisiti di capacità tecnica) era evidente che l'ausiliaria non poteva assumere la qualità di subappaltatore nella prima ipotesi.

*La logica sottostante alla possibilità per l'ausiliaria di assumere anche la qualifica di subappaltatore andava ricollegata al rilascio a favore di costei dei certificati relativi alle prestazioni svolte come previsto dal comma 22 dell'art. 105, evenienza questa che le consentiva di cumulare requisiti di capacità tecnica in funzione della partecipazione a successive gare **"22. Le stazioni appaltanti rilasciano i certificati necessari per la partecipazione e la qualificazione di cui all'articolo 83, comma 1, e all'articolo 84, comma 4, lettera b), all'appaltatore, scomputando dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto. I subappaltatori possono richiedere alle stazioni appaltanti i certificati relativi alle prestazioni oggetto di appalto realmente eseguite."***

*Con il venire in essere del 01/11/2021 il problema da affrontare era quello della possibilità da parte dell'ausiliaria di eseguire in subappalto le attività vietate dal secondo periodo del comma 2 dell'art. 105 **"Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11, dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita***

dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.”.

Pur nel silenzio della dottrina sul punto, era possibile sostenere che la stessa ratio che consentiva di addivenire al superamento del limite quantitativo era invocabile anche nell'attuale situazione, con la conseguenza che l'eventuale divieto non avrebbe potuto essere invocato nei confronti dell'ausiliaria.

OGGI CON IL NUOVO ART. 104 CHE DISCIPLINA L'AVVALIMENTO I PROBLEMI SI ACUISCONO PERCHE' L'ARTICOLATO NON PREVEDE PIU' L'INDISCRIMINATA POSSIBILITA' PER L'AUSILIARIA DI ASSUMERE LA QUALITA' DI SUBAPPALTATORE, ATTESO CHE IL COMMA 8 DELL'ART. 89 DEL CODICE 50 “Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.” E' STATO COSI' RIPRESO DAL COMMA 8 DELL'ART. 109 “8. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, salvo quanto previsto dal comma 3.”, LADDOVE INVECE TALE FACOLTA' E' LIMITATA DAL COMMA 3 ALLE SOLE IPOTESI DI PRESTITO DEL REQUISITO DI ISCRIZIONE AL REGISTRO DELLE IMPRESE E/O DI POSSESSO DI TITOLI DI STUDIO O PROFESSIONALI NECESSARI PER ESEGUIRE L'APPALTO

3. Qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 100, comma 3, o con un soggetto in possesso di titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria. Si applicano le disposizioni in materia di subappalto.

DA QUIVI LA POSSIBILITA' DI INFERIRE CHE IL LEGISLATORE ABBIAM VOLUTO LIMITARE LA POSSIBILITA' PER L'AUSILIARIA DI ASSUMERE ANCHE IL RUOLO DI SUBAPPALTATORE NELLE SOLE IPOTESI IN CUI VIENE ESPRESSAMENTE MENZIONATO L'OBBLIGO PER L'AUSILIARIA DELL'ESECUZIONE DIRETTA DA PARTE DELL'AUSILIARIA????

MA TALE INTERPRETAZIONE SI SCONTRA COMUNQUE CON QUANTO PREVEDE IL SECONDO PERIODO DEL COMMA 9 “9. *In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento. Ha, inoltre, l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni ai sensi dell'articolo 29 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità.”* **A MENO DI VOLER SOSTENERE CHE NELL'IPOTESI DEL COMMA 3 NON VI SIA UNA IMMEDIATA IMMEDESIMAZIONE “ORGANICA” DELL'AUSILIARIA NELL'AUSILIATA, IMMEDIATA IMMEDESIMAZIONE PROPRIA DI TUTTE LE ALTRE FATTISPECIE? MA RISPETTO A QUESTA IPOTESI COME SI PORREBBE IL COMMA 8**

BREVI CENNI SUI CARATTERI DEL NUOVO ISTITUTO

Art. 104. (Avvalimento)

1. L'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti.

LA NUOVA DISCIPLINA SEGNA UN CAMBIO DI ROTTA RISPETTO AL PASSATO, PERCHÉ OGGI L'AVVALIMENTO COINCIDE CON IL CONTRATTO (“L'avvalimento è il contratto”) E L'ATTENZIONE È RISPETTO AL CONTENUTO DELLO STESSO (E PER L'EFFETTO AL SUO OGGETTO). STABILISCE IN PARTICOLARE CHE IL CONTRATTO DEVE:

- PREVEDERE L'INDICAZIONE SPECIFICA DI CIO' CHE VIENE MESSO A DISPOSIZIONE DELL'AUSILIATA A LIVELLO DI DOTAZIONI TECNICHE E RISORSE UMANI E STRUMENTALI;
- ESSERE ONEROSO, SALVO CHE SUSSISTA UN INTERESSE ECONOMICO ANCHE IN CAPO ALL'AUSILIARIA, EVENIENZA QUESTA CHE PUO' VENIRE IN ESSERE AD ESEMPIO QUANDO L'INTERESSE PATRIMONIALE SOTTESO AL NEGOZIO VIENE INDIVIDUATO NELL'ATTIVITA' LAVORATIVA CHE IN CONCRETO SARA' SVOLTA DALL'AUSILIARIA E, PER L'EFFETTO, NELLA REMUNERAZIONE CHE LA STESSA RICEVERA' DALL'AUSILIATA.

COME EVIDENZIATO DALLA RELAZIONE DEL CDS L'AVERE POSTO IN PRIMO PIANO IL CONTRATTO SERVE A SDOGANARE IL CD. AVVALIMENTO PREMIALE, VALE A DIRE LA POSSIBILITA' CHE L'AVVALIMENTO VENGA UTILIZZATO NON SOLO PER CONCORRERE MA ANCHE PER OTTENERE PUNTEGGI PER QUANTO RIGUARDA I CRITERI DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE TECNICHE COME PREVISTO AL SUCCESSIVO COMMA 4.

I DUBBI DERIVANO DAL FATTO CHE L'OBBLIGATORIO RIFERIMENTO ALLA MESSA A DISPOSIZIONE DELLE DOTAZIONI TECNICHE/DELLE RISORSE UMANE E STRUMENTALI PARE ELIMINARE IN RADICE IL CD. AVVALIMENTO DI GARANZIA, VISTO CHE QUIVI L'IMPEGNO ALLA MESSA A DISPOSIZIONE ERA/E' RIFERITO ALLA CD. "SOLIDITA' FINANZIARIA" (*"9.1. Con riferimento alla dedotta nullità del contratto di avvalimento, va rilevato che nel caso di specie non si è in presenza di un avvalimento operativo (per la cui validità è necessaria la specifica indicazione dei mezzi tecnici e delle risorse rese disponibili dall'ausiliaria: per tutte Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 2021, n. 7863). Come si evince dall'art. 1 del contratto di avvalimento di cui trattasi, la Dafne si è avvalsa del solo requisito economico-finanziario (c.d. avvalimento di garanzia), per il quale non è necessario precisare le risorse umane e materiali trasferite per colmare le lacune dell'organizzazione dell'impresa concorrente (ausiliata)."*, Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 4088 del 21/04/2023), DI CUI OGGI NON VI E' PIU' LA BENCHE' MINIMA TRACCIA

2. Qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta.

QUESTO COMMA:

- **DA UN LATO RICHIAMA L'ART. 100 COMMA 10 LADDOVE PREVEDE CHE PER GLI APPALTI ANCHE DI SERVIZI E FORNITURE VERRA' ISTITUITO UN REGOLAMENTO ANALOGO AL SISTEMA DELLA QUALIFICAZIONE** (“10. Con il regolamento di cui al sesto periodo del comma 4, è altresì definita la disciplina della qualificazione degli operatori economici per gli appalti di servizi e forniture. Il regolamento contiene, tra l'altro: la definizione delle tipologie per le quali è possibile una classificazione per valore, la competenza a rilasciare la relativa attestazione, la procedura e le condizioni per la relativa richiesta, il regime sanzionatorio.”);

- **DALL'ALTRO LATO CONFERMA IL DUBBIO DI CUI SOPRA OVVERO IL PERDURANTE RIFERIMENTO AD UN AVVALIMENTO OPERATIVO PERALTRO IN MANIERA STRINGENTE PERCHE' L'AVVALIMENTO NEI FATTI DOVRA' COINCIDERE CON L'AZIENDA DELL'ART. 2555 C.C. (“L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa”), CONTROVERTENDOSI DELLA MESSA A DISPOSIZIONE DE “le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta” E DELLA CAPACITA' ECONOMICA NON VI E' TRACCIA.**

SENNONCHE' E' ALTRESI' VERO CHE IL COMMA 4 DELL'ART. 104

L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta, e allega, nel caso di cui al comma 2, la certificazione rilasciata dalla SOA o dall'ANAC. L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:

a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui al Capo II del presente Titolo;

b) di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 per i servizi e le forniture;

c) di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento."

MENZIONA:

- LATO AUSILIARIA I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E NON I SOLI REQUISITI DI CAPACITA' TECNICA;

- LATO AUSILIARIA I REQUISITI DELL'ART. 100 CHE FINO ALL'ENTRATA IN VIGORE DEL REGOLAMENTO COMPRENDONO ANCHE QUELLI DI CAPACITA' ECONOMICO FINANZIARIA OGGI PREVISTI DAL COMMA 11 DEL MEDESIMO ARTICOLO, CON DERIVATA IMPOSSIBILITA' DI PRECLUDERE SIC ET SIMPLICITER L'ESCLUSIONE DELL'AVVALIMENTO OPERATIVO NEL PERIODO NON A REGIME

11. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al sesto periodo del comma 4, per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura. In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto. Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati.

3. Qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 100, comma 3, o con un soggetto in possesso di titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria. Si applicano le disposizioni in materia di subappalto.

PER LA PRIMA VOLTA VIENE AMMESSA LA POSSIBILITA' CHE L'AVVALIMENTO ABBA AD OGGETTO IL REQUISITO DELLA CD. IDONEITA' PROFESSIONALE- CIOE' L'ISCRIZIONE ALLA CAMERA DI COMMERCIO - CHE FINO AD OGGI NON ERA CONSENTITO IN QUANTO CONSIDERATO UN REQUISITO CD. PERSONALISSIMO.

4. *L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta, e allega, nel caso di cui al comma 2, la certificazione rilasciata dalla SOA o dall'ANAC. L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:*

- a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui al Capo II del presente Titolo;*
- b) di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 per i servizi e le forniture;*
- c) di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento.*

INTRODUCE IL CD. AVVALIMENTO PREMIALE OVVERO LA POSSIBILITA' CHE L'ISITUTO VENGA UTILIZZATO PER OTTENERE UN PUNTEGGIO PREMIALE

5. *L'impresa ausiliaria trasmette la propria attestazione di qualificazione nel caso di avvalimento finalizzato all'acquisizione del requisito di partecipazione a una procedura di aggiudicazione di lavori. In caso di dichiarazioni mendaci, fermo restando l'applicazione dell'articolo 96, comma 15, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante assegna all'operatore economico concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, per indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, purché la sostituzione dell'impresa ausiliaria non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta dell'operatore economico. Nel caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante esclude l'operatore economico.*

RIBADISCE LA POSSIBILITA' DI SOSTITUZIONE DELL'AUSILIARIA IN CASO DI DICHIARAZIONI MENDACI, FERMA LA SEGNALAZIONE ALL'ANAC NEI CONFORNTI DI QUESTA

6. *La stazione appaltante verifica se l'impresa ausiliaria è in possesso dei requisiti dichiarati con le modalità di cui agli articoli 91 e 105, quest'ultimo con riguardo ai mezzi di prova e al registro online, e se sussistono cause di esclusione ai sensi del Capo II del presente Titolo. La stazione appaltante consente all'operatore economico di sostituire i*

soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi di esclusione.

RIBADISCE LA POSSIBILITA' DI SOSTITUZIONE IN CASO DI MANCATO POSSESSO DEI REQUISITI

7. L'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico dell'operatore economico si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

E' IL TESTO DEL PRECEDENTE COMMA 5 DELL'ART. 89

8. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, salvo quanto previsto dal comma 3.

9. In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento. Ha, inoltre, l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni ai sensi dell'[articolo 29](#) e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità.

10. L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'[Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152](#).

SONO I PRECEDENTI COMMI 8 (SALVO PER L'OMESSO RICHIAMO AL SUBAPPALTO) E 9 DELL'ART. 89

11. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

E' UNA DISPOSIZIONE INNOVATIVA CHE LASCIA UNA LIBERTA' ALLE STAZIONI APPALTANTI DI INDIVIDUARE CIO' CHE NON PUO' COSTITUIRE OGGETTO DI AVVALIMENTO, NELL'ACCEZIONE DI "COMPITI ESSENZIALI": DA QUIVI LA DOMANDA SE IL TERMINE ESSENZIALE POSSA ESSERE FATTO COINCIDERE CON QUELLO DI "PREVALENTE" MENZIONATO NEL COMMA 1 DELL'ART. 119, FERMO RESTANDO CHE IL COMMA 11 DELL'ART. 104 COSTITUISCE UNA DELLE IPOTESI DI LIMITAZIONE ALLA POSSIBILITA' DI SUBAPPALTARE AI SENSI DEL COMMA 2 DELL'ART. 119?

E' UNA ESTENSIONE DI CIO' CHE PRIMA ERA LIMITATO AGLI APPALTI DI LAVORI CON RIFERIMENTO ALLE CD. SUPERSPECIALISTICHE DAL COMMA 11 DEL'ART. 89

12. Nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione.

QUESTO COMMA SIGNIFICA CHE SUSSISTE INCOMPATIBILITA' ALLA PARTECIPAZIONE ALLA MEDESIMA GARA SOLO SE L'AVVALIMENTO E' PREMIALE.

SE L'AVVALIMENTO SERVE SOLO A PERMETTERE DI CONCORRERE ALLA GARA, A QUESTULTIMA POTRA' PARTECIPARE ANCHE L'AUSILIARA: E' UNA FOLLIA!!!!

E) L'ORIENTAMENTO EUROUNITARIO ALLA LUCE DELLE DECISIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA:

- DEL 26/09/2019 IN CAUSA C-63/18

- DEL 27/11/2019 IN CAUSA C-402/18

Come è noto la Corte di Giustizia è intervenuta per ben due volte sulla problematica della conformità della normativa nazionale rispetto a quella eurounitaria.

In particolare, mettendo a raffronto l'art. 75 della Dir. 24/2014

“1. L'osservanza degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, da parte dei subappaltatori è garantita mediante azioni adeguate delle autorità nazionali competenti che agiscono nell'ambito delle rispettive responsabilità e competenze.

2. Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

3. Gli Stati membri possono prevedere che, su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti all'operatore economico cui è stato aggiudicato l'appalto pubblico (il contraente principale). Tra tali misure possono rientrare idonei meccanismi che consentano al contraente principale di opporsi a pagamenti indebiti. Gli accordi concernenti tale modalità di pagamento sono indicati nei documenti di gara.

4. I paragrafi da 1 a 3 lasciano impregiudicata la questione della responsabilità del contraente principale.

5. Nel caso di appalti di lavori e per servizi da fornire presso l'impianto sotto la diretta supervisione dell'amministrazione aggiudicatrice, dopo l'aggiudicazione dell'appalto e al più tardi all'inizio dell'esecuzione del contratto l'amministrazione aggiudicatrice impone al contraente principale di indicarle nome, recapito e rappresentanti legali dei suoi subappaltatori coinvolti in tali lavori o servizi, nella misura in cui questi sono noti al momento della richiesta. L'amministrazione aggiudicatrice impone al contraente principale di comunicare all'amministrazione aggiudicatrice eventuali modifiche a tali informazioni

avvenute nel corso del contratto nonché le informazioni richieste per eventuali nuovi subappaltatori coinvolti successivamente in tali lavori o servizi.

Fermo restando il primo comma, gli Stati membri possono imporre direttamente al contraente principale l'obbligo di trasmettere le informazioni richieste.

Ove necessario ai fini del paragrafo 6, lettera b), del presente articolo, le informazioni richieste sono accompagnate dalle autodichiarazioni dei subappaltatori come previsto all'articolo 59. Le misure di esecuzione di cui al paragrafo 8 del presente articolo possono prevedere che i subappaltatori presentati a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto forniscano i certificati e gli altri documenti complementari invece dell'autodichiarazione.

Il primo comma non si applica ai fornitori.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono estendere o possono essere obbligate dagli Stati membri a estendere gli obblighi previsti al primo comma, ad esempio:

- a) ai contratti di fornitura, ai contratti di servizi diversi da quelli riguardanti servizi da fornire presso gli impianti sotto la diretta supervisione dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero ai fornitori coinvolti in contratti di lavori o di servizi;
- b) ai subappaltatori dei subappaltatori del contraente principale o ai subappaltatori successivi nella catena dei subappalti

6. Al fine di evitare violazioni degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, possono essere adottate misure adeguate quali le seguenti:

- a) se la legislazione nazionale di uno Stato membro prevede un meccanismo di responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale, lo Stato membro interessato provvede a che le norme pertinenti siano applicate in conformità delle condizioni stabilite all'articolo 18, paragrafo 2;
- b) le amministrazioni aggiudicatrici possono, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 5

7. In tali casi le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre o essere obbligate da uno Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione.

7. Gli Stati membri possono prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità, anche nel quadro del diritto interno in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori, ad esempio prevedendo pagamenti diretti ai subappaltatori senza la necessità che questi ultimi facciano richiesta di pagamento diretto.

8. Gli Stati membri che hanno scelto di prevedere misure a norma del paragrafo 3, 5 o 6 specificano, in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di attuazione di tali misure. In tale contesto gli Stati membri possono limitarne l'applicabilità, ad esempio in relazione a determinati tipi di appalti, a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o operatori economici ovvero a determinati importi.”

con la previsione dell'art. 105 del D. Lgs. 502106 ha statuito con la decisione del 26/09/2019 in causa c-63/18 che la previsione generalizzata di un limite quantitativo massimo di attività subappaltabili contrasta con i principi comunitari. “40 Orbene, in particolare, come ricordato al punto 30 della presente sentenza, la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punti 54 e 55).

41 Ne consegue che, nell'ambito di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, per tutti gli appalti, una parte rilevante dei lavori, delle forniture o dei servizi interessati dev'essere realizzata dall'offerente stesso, sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione.

42 Come sottolinea la Commissione, misure meno restrittive sarebbero idonee a raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano, al pari di quelle previste

dall'articolo 71 della direttiva 2014/24 e richiamate al punto 29 della presente sentenza. D'altronde, come indica il giudice del rinvio, il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese.

43 Pertanto, una restrizione al ricorso del subappalto come quella di cui trattasi nel procedimento principale non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24.”.

Con la successiva decisione del 27/11/2019 in causa C-402/18 ha affrontato anche il problema del rapporto tra quanto pagabile all'appaltatore e quanto ottenibile dal subappaltatore, pur in relazione al previgente comma 4 dell'art. 118 epperò di contenuto identico al comma 14 dell'art. 105 del D. Lgs. 50/2016 (ante modifica del D.L. 77/2019), all'uopo chiarendo che **“Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla seconda parte della questione posta dichiarando che la direttiva 2004/18 deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione.”** *attraverso il seguente percorso motivazionale* **“58** Orbene, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che il limite del 20% si impone in modo imperativo, a pena di esclusione dell'offerente dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto. Inoltre, da tale domanda discende che detto limite è definito in modo generale e astratto, indipendentemente da qualsiasi verifica della sua effettiva necessità, nel caso di un dato appalto, al fine di assicurare ai lavoratori di un subappaltatore interessati una tutela salariale minima. Il medesimo limite si applica altresì a prescindere dal settore economico o dall'attività interessata e indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione delle leggi, dei regolamenti o dei contratti collettivi, tanto nazionali quanto dell'Unione europea, in vigore in materia di condizioni di lavoro, che sarebbero normalmente applicabili a detti lavoratori.

59 Ne consegue che il limite del 20% è idoneo a rendere meno allettante la possibilità offerta dalla direttiva 2004/18 di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un

appalto, dal momento che tale normativa limita l'eventuale vantaggio concorrenziale in termini di costi che i lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto presentano per le imprese che intendono avvalersi di detta possibilità. Orbene, un tale effetto dissuasivo contrasta con l'obiettivo, ricordato al punto 39 della presente sentenza e perseguito dalle direttive in materia, dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile e, in particolare, dell'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

60 Nessuno degli obiettivi fatti valere dinanzi alla Corte nell'ambito della presente causa consente di giustificare un limite al ricorso al subappalto come il limite del 20%.

61 In primo luogo, è vero che l'obiettivo della tutela dei lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto può, in linea di principio, giustificare talune limitazioni al ricorso al subappalto (v., in tal senso, sentenza del 18 settembre 2014, *Bundesdruckerei*, C-549/13, EU:C:2014:2235, punto 31).

62 È altresì vero che la direttiva 2004/18 prevede espressamente, al suo articolo 26, la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione di un appalto, le quali possono basarsi in particolare su considerazioni sociali.

63 Tuttavia, anche supponendo che i requisiti in materia di prezzi prescritti dalla normativa nazionale di cui trattasi possano essere qualificati come «condizioni particolari in merito all'esecuzione di un appalto», segnatamente come «considerazioni sociali», «precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri», ai sensi dell'articolo 26 della direttiva 2004/18, ciò non toglie che, conformemente a quest'ultima disposizione, siffatti requisiti possono essere imposti solo purché siano compatibili con il diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 18 settembre 2014, *Bundesdruckerei*, C-549/13, EU:C:2014:2235, punto 28).

64 Orbene, non si può ritenere che una normativa nazionale, come quella descritta ai punti 55, 58 e 59 della presente sentenza, riconosca ai lavoratori una tutela tale da giustificare un limite al ricorso al subappalto come il limite del 20%.

65 Infatti, un tale limite eccede quanto necessario al fine di assicurare ai lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto una tutela salariale. Infatti, come ricordato ai punti 55 e 58 della presente sentenza, il limite del 20% non lascia spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dal momento

che si applica indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione della tutela sociale garantita dalle leggi, dai regolamenti e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati.

66 A tal riguardo, dagli elementi di cui dispone la Corte risulta che il diritto italiano prevede che il subappaltatore sia tenuto, così come l'aggiudicatario, a rispettare pienamente, nei confronti dei propri dipendenti, per le prestazioni effettuate nell'ambito del subappalto, il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali vigenti per il settore e per la zona in cui le prestazioni vengono effettuate. In base ai medesimi elementi, l'aggiudicatario è anche responsabile in solido del rispetto, da parte del subappaltatore, di detta normativa.

67 Dagli elementi forniti alla Corte risulta altresì che, nel caso di specie, il subappalto di cui trattasi comporta il ricorso a cooperative sociali che beneficiano, in forza della normativa italiana applicabile a queste ultime, di un regime preferenziale in materia di fiscalità, di contributi, di retribuzione e di previdenza sociale, e che tale normativa mira proprio a facilitare l'integrazione nel mercato del lavoro di talune persone svantaggiate, rendendo possibile il versamento ad esse di un corrispettivo meno elevato di quello che si impone nel caso di altri soggetti che effettuano prestazioni analoghe. Spetta però al giudice del rinvio effettuare le verifiche necessarie in proposito.

68 In secondo luogo, un limite al ricorso al subappalto come il limite del 20% non può essere giustificato neppure dall'obiettivo consistente nel voler garantire la redditività dell'offerta e la corretta esecuzione dell'appalto.

69 Certamente, non è escluso che un tale obiettivo possa giustificare talune limitazioni al ricorso al subappalto (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punto 54 e giurisprudenza ivi citata).

70 Tuttavia, anche supponendo che il limite del 20% sia tale da raggiungere detto obiettivo, un tale limite generale e astratto è, in ogni caso, sproporzionato rispetto all'obiettivo perseguito, dal momento che esistono altre misure meno restrittive che faciliterebbero il raggiungimento di quest'ultimo. Potrebbe essere presa in considerazione in particolare una misura consistente, da un lato, nel richiedere che gli offerenti indichino, nella loro offerta, la quota parte dell'appalto e i lavori che essi hanno intenzione di subappaltare e l'identità dei subappaltatori proposti e, dall'altro lato, nel prevedere la possibilità, per l'ente aggiudicatore, di vietare agli offerenti di

sostituire subappaltatori se tale ente non abbia potuto verificare previamente l'identità, la capacità e l'affidabilità dei nuovi subappaltatori proposti (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punto 57).

71 Occorre peraltro osservare che, nel caso di specie, dagli elementi forniti alla Corte risulta che esistono già nel diritto italiano – circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare – talune misure, alcune delle quali coincidenti almeno in parte con quella descritta al precedente punto, che mirano a consentire all'amministrazione aggiudicatrice di verificare la capacità e l'affidabilità del subappaltatore prima che egli effettui le prestazioni subappaltate.

72 Potrebbe del pari contribuire al raggiungimento dell'obiettivo esposto al punto 68 della presente sentenza l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 55 della direttiva 2004/18 relative alla verifica delle offerte anormalmente basse rispetto alla prestazione, le cui disposizioni rendono possibile, per un determinato appalto e alle condizioni previste a tal fine, il rigetto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice delle offerte così qualificate.

73 In terzo luogo, non si può neanche ritenere che la compatibilità del limite del 20% con il diritto dell'Unione possa fondarsi sull'argomento fatto valere dalla Commissione, volto a dimostrare che tale limite si giustifica alla luce del principio della parità di trattamento degli operatori economici. Secondo tale istituzione, la corresponsione di prezzi ridotti ai subappaltatori, lasciando invariata la remunerazione del contraente principale indicata nell'offerta, comporterebbe una riduzione sostanziale dei costi per l'offerente e aumenterebbe in tal modo il profitto che egli ricava dall'appalto.”

Queste riflessioni devono essere rivolte al nuovo comma 14 dell'art. 105 come da ultimo novellato.

F) IL NUOVO SUBAPPALTO

Art. 119. (Subappalto)

CONFRONTO

Codice 50	Codice 36
<p><i>1. I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere, i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera c), il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera.</i></p>	<p><i>11. I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, e le forniture compresi nel contratto. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera d), la cessione del contratto è nulla. È altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera.</i></p>

RISPETTO AL COMMA 1 DELL'ART. 105 DEL CODICE 50 IL LEGISLATORE HA FINALMENTE MODIFICATO LA PREVISIONE IN GIALLO CHE ERA ILLOGICA/UN NON SENSO LOGICO GIURIDICO PERCHE' L'ORDINAMENTO CONOSCEVA E CONOSCE SOLO DI UNA CATEGORIA PREVALENTE A MENTE DELL'ART. 3 COMMA 1 LETT. OO-BIS) DEL CODICE 50 "lavori di categoria prevalente», la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara" COME PREVISTO DAL COMMA 2 DELL'ART. 12 DELLA L 80/2014.

"1. Si considerano strutture, impianti e opere speciali ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le opere corrispondenti alle categorie individuate nell'allegato A del medesimo decreto (in realtà è l'allegato A al d.P.R. n. 207 del 2010 - n.d.r.) con l'acronimo OG o OS di seguito elencate: OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 4, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 21, OS 25, OS 30.

2. In tema di affidamento di contratti pubblici di lavori, si applicano altresì le seguenti disposizioni:

a) l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b), eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni;

b) non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al d.P.R. 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale. Resta fermo, ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il limite di cui all'articolo 170, comma 1, del regolamento di cui al d.P.R. n. 207 del 2010 per le categorie di cui al comma 1 del presente articolo, di importo singolarmente superiore al 15 per cento; si applica l'articolo 92, comma 7, del predetto regolamento.”.

ANCHE NELLA RELAZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO SI LEGGE *Sempre nel comma 1, al terzo periodo, si è riferito il limite al subappalto alla prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla “categoria prevalente” piuttosto che al “complesso delle categorie prevalenti” (come nel comma 1 dell’art. 105) per collegare la previsione all’attuale sistema di qualificazione degli operatori economici, che prevede che la categoria prevalente sia unica*

A CONFERMA VI E' L'ART. 30 DELL'ALLEGATO II.12 SECONDO CUI *“Articolo 30. Requisiti del concorrente singolo e di quelli riuniti.*

1. 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. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente.”

SENZA SOLUZIONE DI CONTINUITA' RISPETTO ALLA DISPOSIZIONE PREVIGENTE RIMANGONO PERO' ANCORA IRRISOLTE LE QUESTIONI DELLA PERIFRASI “*la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera.*” perché il termine “PREVALENTE”:

- è INDETERMINATO nella sua INDIVIDUAZIONE (30, 50, 60%) e in ogni caso rinvia ad un concetto QUANTITATIVO che oggi non è più invocabile e pertanto pare integrare una previsione financo contraria al dettato normativo;

- per i contratti ad alta intensità di manodopera (art. 2 comma 1 lett. e) dell'allegato 1.1 “*e) «contratti ad alta intensità di manodopera», i contratti nei quali il costo della manodopera è pari o superiore al 50 per cento dell'importo complessivo dei corrispettivi;*”) non è chiaro se ci riferisce all'intero importo contrattuale ovvero solo al subappalto riferito esclusivamente alle attività della forza lavoro.

2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo

delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, oppure nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del subcontratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. È altresì fatto obbligo di acquisire autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato.

IN ROSSO E IN GIALLO LE PRINCIPALI DIVERSITA' RISPETTO AL COMMA 2 DELL'ART. 105 (IN DISPARTE LA QUESTIONE DEI SUBCONTRATTI CHE ABBIAMO GIA' TRATTATO)

2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11, dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori,

prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. E' altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato nonché siano variati i requisiti di cui al comma 7.

Prmesso che l'obbligatoria menzione nella DECISIONE A CONTRARRE della possibilità di limitare le attività subappaltabili comporta l'illegittimità dell'eventuale inclusione del divieto all'interno del bando/disciplinare/lettera d'invito/c.s.a. e premesso che non è dato capire se il parere della Prefettura sia vincolante o meramente consultivo, la "quaestio" che viene in rilievo È SEMPRE QUELLA DELLA REINTRODUZIONE IN MODO SURRETTIZIO DI UN LIMITE QUANTITATIVO OGGETTIVO ANCORCHE' MASCHERATO DA UN ORPELLO FORMALE SOGGETTIVO, posto che la norma dispone "*indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario*", laddove è evidente, soprattutto per gli appalti di lavori che ad una determinata categoria di lavorazione corrisponde un puntuale "quantum" desumibile sia dall'elenco prezzi che dal computo metrico estimativo.

NOVITA'

LA PRIMA (GIA' ANTICIPATA)

E' VOLTA A DESCRIVERE LE CARATTERISTICHE DISTINTIVE DEL CONTRATTO DI SUBAPPALTO RISPETTO AD ALTRI CONTRATTI, INDICANDO LA NECESSITÀ CHE L'ORGANIZZAZIONE DEI MEZZI E I RISCHI SIANO A CARICO DEL SUBAPPALTATORE.

**LA SECONDA
E' QUELLA RELATIVA AI SUBCONTRATTI**

**LA SECONDA
RIGUARDA I DIVIETI PERCHE' MENTRE NEL CODICE 50 IL RIFERIMENTO
ERA SOLO AI LAVORI E ALLE CD. SUPERSPECIALISTICHE (89 COMMA 11)
OGGI (104 COMMA 11) E' ALLE TRE TIPOLOGIE DI APPALTI E CON
RIFERIMENTI PUNTUALI PER QUELLO DI FORNITURE**

11. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

IL PROBLEMA CHE POTREBBE SORGERE E' DI ORDINE SISTEMATICO, LADDOVE A FRONTE DEL SILENZIO DELLA LEX SPECIALIS RISPETTO AL COMMA 11 DELL'ART. 109 DOVESSE ESSERE PRESENTE UN DIVIETO DI SUBAPPALTO AI SENSI DEL COMMA 2 DELL'ART. 119 RIFERITO AL MEDESIMO COMMA 11 DELL'ART. 104: SI DOVREBBE PENSARE CHE E' VIETATO IL SUBAPPALTO A TERZI MA E' AMMESSO A FAVORE DEL SUBAPPALTATORE, SEMPRE CHE L'ULTIMO PERIODO DEL COMMA 3 DELL'ART. 104 SIA RIFERIBILE A TUTTE LE AUSILIARIE?

3. Non si configurano come attività affidate in subappalto, per la loro specificità, le seguenti categorie di forniture o servizi:

*a) l'affidamento **di attività secondarie, accessorie o sussidiarie** a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;*

b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;

c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'ISTAT, oppure ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448;

*d) le prestazioni **secondarie, accessorie o sussidiarie** rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura*

sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono trasmessi alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

ARGOMENTO GIA' TRATTATO

4. I soggetti affidatari dei contratti di cui al codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante a condizione che:

a) il subappaltatore sia qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire;

b) non sussistano a suo carico le cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro;

c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare.

TESTO IDENTICO AL PRECEDENTE COMMA 4 DEL CODICE 50, DA CUI ERA GIA' STATO ELIMINATO IL DIVIETO DI SUBAPPALTARE AD UN CONCORRENTE ALLA MEDESIMA GARA

5. L'affidatario trasmette il contratto di subappalto alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Contestualmente trasmette la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro e il possesso dei requisiti di cui agli articoli 100 e 103. La stazione appaltante verifica la dichiarazione tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 23. Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici.

TESTO PRESSOCHE' IDENTICO AL PRECEDENTE COMMA 7

6. Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore per gli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

Nelle ipotesi di cui al comma 11, lettere a) e c), l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al secondo periodo del presente comma.

TESTO IDENTICO AL PRECEDENTE COMMA 8, CON LE MEDESIME CRITICITA' NON SUPERATE E DERIVANTI DAL FATTO CHE

SE PRIMA ERA PACIFICO CHE IL SUBAPPALTO FOSSE UN CONTRATTO DERIVATO DAL CONTRATTO PRINCIPALE D'APPALTO, RISPETTO AL QUALE NON ESISTEVA UN RAPPORTO DIRETTO TRA P.A. E SUBAPPALATORE, OGGI CON LA PREVISIONE DELLA RESPONSABILITA' SOLIDALE SI APRE UN SERIO PROBLEMA INTERPRETATIVO

VEDESI AD ESEMPIO Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 1330 del 21/02/2020 *“Pertanto, come bene rilevato dal primo giudice, anche l'azienda dell'ausiliaria, intesa come complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, ben può essere messa a disposizione dell'impresa avvalente nei limiti in cui ciò è necessario e sufficiente a garantire il rispetto degli obblighi assunti con il contratto di avvalimento, fermo restando che esecutrice dell'appalto (alla quale viene difatti rilasciato il certificato di esecuzione) è soltanto l'impresa avvalente che rimane la controparte contrattuale della stazione appaltante e non già l'ausiliaria, la quale si limita a mettere a disposizione le risorse e i mezzi che sostanziano i requisiti di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione del contratto ed è perciò anch'essa solidalmente responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice (Cons. di Stato, III, 12 novembre 2014, n. 5573).*

Di conseguenza, deve escludersi che nella fattispecie in esame sia configurabile un subappalto: in quest'ultimo, infatti, l'impresa sub-appaltatrice, a differenza di quella ausiliaria, assume in proprio il rischio economico-imprenditoriale dell'esecuzione delle prestazioni sub-appaltate, secondo lo schema tipico del contratto derivato dal contratto principale (cfr. Cons. di Stato, V, 16 marzo 2018, n. 1698), laddove nell'avvalimento soggetto esecutore e responsabile nei confronti della stazione appaltante per l'esecuzione delle prestazioni è sempre l'impresa ausiliata, sia pure con la garanzia della responsabilità solidale dell'ausiliaria.”.

Quali saranno le conseguenze del passaggio da:

- assunzione in proprio delle responsabilità nei soli confronti dell'appaltatore *“l'impresa subappaltatrice assume in proprio il rischio economico-imprenditoriale dell'esecuzione delle prestazioni subappaltate, secondo lo schema tipico del contratto derivato dal contratto principale, perciò diverso è il rapporto giuridico tra subappaltatore e appaltatore, da un lato, e tra entrambi e la Stazione Appaltante, dall'altro.”* (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 01/04/2019, n. 4247);

- assunzione in proprio delle responsabilità anche nei riguardi della stazione appaltante, che certamente potranno portare anche ad una azione diretta della PA nei riguardi del subappaltatore per le inadempienze, mentre prima non vi era mai azione diretta, ma sarà possibile anche il contrario

NON E' DATO CAPIRE!

Questo perché la giurisprudenza fino ad oggi assume(va) che i due contratti erano (sono) totalmente autonomi, con insussistenza di una azione diretta del committente contro il subappaltatore anche in presenza di autorizzazione: *“È opportuno, in via di principio, ricordare che, in tema di appalto, l'assenso del committente al sub-appalto va inteso come mera autorizzazione, essendo diretta la norma dell'art. 1656 cod. civ. a tutelare l'interesse del committente e non già a costituire un nuovo e diverso rapporto tra committente e subappaltatore, di talché, nonostante l'autorizzazione, il subappalto resta un rapporto obbligatorio che intercorre tra appaltatore e subappaltatore, al quale il committente è estraneo, non acquistando diritti né assumendo obblighi verso il subappaltatore. Ne consegue che, in difetto di diversi accordi, il subappaltatore risponde della relativa esecuzione nei confronti del solo appaltatore e, correlativamente, solo verso quest'ultimo, e non anche nei confronti del committente, può rivolgersi ai fini dell'adempimento delle obbligazioni, segnatamente di quelle di pagamento derivanti dal subcontratto in questione (cfr., Cass. n.8202/90; n.16917/11). A conferma della reciproca autonomia dei due contratti, vi è la circostanza che il contratto di subappalto stipulato dall'appaltatore di un'opera pubblica è strutturalmente distinto dal contratto principale e, in quanto stipulato tra soggetti entrambi privati, rimane sottoposto alla normativa del codice civile ed al contenuto pattizio che le parti hanno inteso dargli, mentre non gli sono applicabili, se non attraverso gli eventuali richiami pattizi delle parti, le disposizioni d'impronta marcatamente pubblicistica tipiche dell'appalto di opere pubbliche, ne', in genere, la normativa speciale di cui al D.P.R. n. 1063 del 1962, relativa agli appalti stipulati dallo Stato (cfr., Cass. n.8384/2000; n.9791/2000). L'ESTRANEITÀ DEL COMMITTENTE AL SUBAPPALTO, NONOSTANTE NE ABBIÀ AUTORIZZATO LA STIPULA, COMPORTA CHE LO STESSO NON SIA LEGITTIMATO ALL'AZIONE DIRETTA VERSO IL SUBAPPALTATORE E, PARIMENTI, CHE QUEST'ULTIMO NON POSSA AGIRE DIRETTAMENTE CONTRO IL PRIMO”*

7. L'affidatario è tenuto ad osservare il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni secondo quanto previsto all'articolo 11. È, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto nel rispetto di quanto previsto dal comma 12. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del piano di cui al comma 15. Per il

pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la stazione appaltante acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori.

TESTO IDENTICO AL PRECEDENTE COMMA 9

8. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 11, comma 5.

TESTO IDENTICO AL PRECEDENTE COMMA 10

9. Nel caso di formale contestazione delle richieste di cui al comma 8, il RUP o il responsabile della fase dell'esecuzione, ove nominato, inoltra le richieste e le contestazioni alla direzione provinciale del lavoro per i necessari accertamenti.

TESTO IDENTICO AL PRECEDENTE COMMA 11

10. L'affidatario sostituisce, previa autorizzazione della stazione appaltante, i subappaltatori relativamente ai quali, all'esito di apposita verifica, sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro.

CONFERMA IL PRINCIPIO DELLA LIBERA SOSTITUZIONE DEI SUBAPPALTATORI NON IN POSSESSO DEI REQUISITI (E QUESTO DOVREBBE VALERE ANCHE PER L'IPOTESI DI SUBAPPALTO NECESSARIO)

11. La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore ed ai titolari di sub-contratti non costituenti subappalto ai sensi del quinto periodo del comma 2 l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:

- a) quando il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa;*
- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;*
- c) su richiesta del subcontraente e se la natura del contratto lo consente.*

TESTO IDENTICO AL PRECEDENTE COMMA 12

12. Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai

lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione oppure il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di quest'ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

CONFRONTO

Codice 50	Codice 36
<p>14. Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli</p>	<p>14. Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione oppure il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente</p>

adempimenti, da parte di questo ultimo, responsabile con il subappaltatore degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

adempimenti, da parte di quest'ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

CONFERMA LA NOVELLA APPORTATA AL COMMA 12 VISTO CHE IL DISTINGUO DELLA PARTE IN GIALLO NON EQUIVALE AD UNA ELIMINAZIONE, MA PONE ULTERIORI PROBLEMI INTERPRETATIVI

SENNONCHE' TALE PREVISIONE E' SEMPRE ILLOGICA/ILLEGITTIMA PERCHE' L'INDIVIDUAZIONE QUALE CONDICIO SINE QUA NON CHE LE ATTIVITÀ DEDOTTE IN SUBAPPALTO:

A) **“COINCIDANO CON QUELLE CARATTERIZZANTI L'OGGETTO DELL'APPALTO”** assurge ad affermazione tautologia che collide con l'elaborazione pretoria che nel distinguere tra subappalto e subcontratti ovvero contratti continuativi di collaborazione chiarisce che **“Come affermato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 1603/2020 “il discrimen tra subappalto in senso proprio e mero subaffidamento va tracciato considerando il carattere accessorio o meno delle prestazioni affidate al sub-contraente, in quanto la disciplina di cui all'art. 105 del Codice non si applica unicamente alle prestazioni meramente strumentali e solo funzionalmente collegate con quelle oggetto del contratto (ma ad esso estranee), come tali qualificabili ai sensi del comma 2 del menzionato art. 105 (cfr. Tar Pescara, sez. I, nn. 43/2018 e 199/2018)”.** **DA QUIVI LA PRECISAZIONE PARE DEL TUTTO INUTILE COME PERALTRO CONFERMATO DAL FATTO CHE AL COMMA 3 SI PARLA DI PRESTAZIONE SECONDARIE/ACCESSORIE/SUSSIDIARIE, SICCHE' SOLO QUELLE CHE CARATTERIZZANO L'OGGETTO DELL'APPALTO POSSONO COSTITUIRE SUBAPPALTO**

B) **“RIGUARDINO LE LAVORAZIONI RELATIVE ALLE CATEGORIE PREVALENTI”** reitera l'errore già presente nella precedente versione del comma 1 dell'art. 105 e contraddice quanto oggi riportato nel comma 1;

C) **“SIANO INCLUSE NELL'OGGETTO SOCIALE DEL CONTRAENTE PRINCIPALE”** assurge a controsenso logico giuridico, posto che per giurisprudenza pacifica il solo oggetto sociale non integra un requisito di idoneità professionale **MENTRE LO È L'ATTIVITÀ PREVALENTE EMERGENTE DAL CERTIFICATO CAMERALE:** **“A tale riguardo, la giurisprudenza amministrativa, con orientamento oramai consolidato afferma che: - l'attività “inerente/coerente” a quella oggetto dell'appalto non può che essere l'attività “prevalente” svolta dall'impresa, sia perché si tratta di quella qualificante ai fini dell'iscrizione alla CCIAA, ossia quella che denota l'esperienza specifica dell'impresa nel relativo settore di attività, sia perché è l'unica che consente di verificare la corrispondenza dell'oggetto dell'iscrizione con quello dell'appalto e, di**

conseguenza di selezionare ditte che abbiano una esperienza specifica nel settore interessato, mentre nessun rilievo può attribuirsi all'oggetto sociale dell'impresa, il quale esprime soltanto ulteriori potenziali indirizzi operativi dell'azienda - per vero, potenzialmente illimitati - non rilevanti ove non attivati (Cons. Stato, Sez. V, 15 novembre 2019 n. 7846 e 25 luglio 2019, n. 5257; Sez. III, 8 novembre 2017, n. 5170 e 10 agosto 2017, n. 3988);- *la suindicata corrispondenza contenutistica, sebbene non debba intendersi nel senso di una perfetta e assoluta sovrapposibilità tra tutte le singole componenti dei due termini di riferimento (il che porterebbe ad ammettere in gara i soli operatori aventi un oggetto pienamente speculare, se non identico, rispetto a tutti i contenuti del servizio da affidarsi, con conseguente ingiustificata restrizione della platea dei partecipanti), va accertata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, in virtù di una considerazione non già atomistica, parcellizzata e frazionata, ma globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto. L'interesse pubblico tutelato da tale disciplina normativa non è, infatti, la creazione e il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, ma piuttosto quello di assicurare l'accesso al mercato (nel contemperamento con i principi della massima partecipazione e concorrenzialità) anche ai concorrenti per i quali è possibile pervenire ad un giudizio di globale affidabilità professionale (cfr. C.G.A. 26 marzo 2020, n. 213 e giurisprudenza ivi richiamata). 9. Nel caso in esame , se è vero che - come sostenuto dalla ricorrente - i codici ATECO hanno solo una funzione "statistica" è altrettanto incontestabile che anche a voler prescindere dalle indicazioni riportate dai suddetti codici, rimane fermo che l'attività prevalente riportata nel certificato camerale "predisposizione pacchetti turistici" non risulta inerente all'oggetto dell'appalto ("trasporto pubblico locale a scopo turistico") dato che la predetta "inerenza" va accertata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, in virtù di una considerazione non già atomistica, parcellizzata e frazionata, ma globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto. Pertanto, l'attività concretamente esercitata dalla ricorrente risulta solo marginalmente 'sovrapposibile' rispetto a quella oggetto dell'appalto ma non può reputarsi inerente alla prestazione principale dell'appalto che è costituita da un servizio di trasporto pubblico." (T.A.R. Catania, Sez. II, n. 1952 del 15/06/2021); "Infatti, la giurisprudenza ha in più occasioni affermato che oggetto sociale e attività effettivamente esercitata non possono essere considerati come concetti necessariamente coincidenti (Cons. di Stato, V, 19 febbraio 2003, n. 925). Il principio è del tutto coerente con quello affermato, con continuità dalla giurisprudenza (v. le già citate decisioni CDS nn. 5170/2017; 5257/2019 e 7846/2019, cui si aggiunge anche CDS n. 508/2021), in base al quale, ai fini del possesso del requisito di idoneità professionale, **NON È SUFFICIENTE LA MERA POSSIBILITÀ DI ESERCITARE IN ASTRATTO UN'ATTIVITÀ IN QUANTO RICOMPRESA TRA QUELLE ELENcate NELL'OGGETTO SOCIALE INDICATO NELLA VISURA CAMERALE (il quale - ancorché segni il campo delle attività che un'impresa può astrattamente svolgere, sul***

piano della capacità di agire dei suoi legali rappresentanti - non equivale, però, ad attestare il concreto esercizio di una determinata attività), RICHIEDENDOSI LA NECESSITÀ DI UNA CONGRUENZA CONTENUTISTICA, TENDENZIALMENTE COMPLETA, TRA LE RISULTANZE DESCRITTIVE DELLA PROFESSIONALITÀ DELL'IMPRESA, COME RIPORTATE NELL'ISCRIZIONE ALLA CAMERA DI COMMERCIO, E L'OGGETTO DEL CONTRATTO D'APPALTO, EVINCIBILE DAL COMPLESSO DI PRESTAZIONI IN ESSO PREVISTE. (cfr. da ultimo TAR Puglia, Bari, sez. I, 25/05/2021, n.904).” (TAR Napoli, Sez. I, sent. n.4060 del 15/06/2021; ibidem “Deve premettersi che, secondo la più recente giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 508 del 18 gennaio 2021), “ATTRAVERSO LA CERTIFICAZIONE CAMERALE, DEVE ACCERTARSI IL CONCRETO ED EFFETTIVO SVOLGIMENTO, DA PARTE DELLA CONCORRENTE, DI UNA DETERMINATA ATTIVITÀ, ADEGUATA E DIRETTAMENTE RIFERIBILE AL SERVIZIO DA SVOLGERE; IL CHE ESCLUDE LA POSSIBILITÀ DI PRENDERE IN CONSIDERAZIONE, AI FINI CHE RILEVANO NELLA FATTISPECIE, IL CONTENUTO DELL'OGGETTO SOCIALE, il quale - ancorché segni il campo delle attività che un'impresa può astrattamente svolgere, sul piano della capacità di agire dei suoi legali rappresentanti - non equivale, però, ad attestare il concreto esercizio di una determinata attività” (Cons. di Stato, Sez. III, sent. n. 2507 del 25/03/2021)

SI AGGIUNGA CHE IL RICHIAMO ALL'INCLUSIONE NELL'OGGETTO SOCIALE DELLE PRESTAZIONI SUBAPPALTABILI SEMBRA FINANCO INTRODURRE UN'ECCEZIONE – ID EST UN IMPLICITO DIVIETO - PER LE IPOTESI DEL CD. SUBAPPALTO NECESSARIO (“5.1. IN PRIMO LUOGO VA RIBADITA LA POSSIBILITÀ DEL RICORSO AL SUBAPPALTO “NECESSARIO” ANCHE NEL VIGORE DEL D.LGS. N. 50 DEL 2016. SEBBENE L'ISTITUTO NON SIA ESPRESSAMENTE PREVISTO NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI, ESSO È COMPATIBILE CON L'ASSETTO DELINEATO DALL'ART. 105 IN TEMA DI SUBAPPALTO, NON È SMENTITO DALLE NORME DEL CODICE CONCERNENTI IL POSSESSO DEI REQUISITI DA PARTE DEGLI ESECUTORI DEI LAVORI PUBBLICI ED È TUTTORA PRATICABILE PER LA CONFERMATA VIGENZA DELL'ART. 12 (DISPOSIZIONI URGENTI IN MATERIA DI QUALIFICAZIONE DEGLI ESECUTORI DEI LAVORI PUBBLICI), COMMA 1 E 2, DEL D.L. 28 MARZO 2014, N. 47, CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA LEGGE 23 MAGGIO 2014, N. 80. La disposizione non contiene un divieto di subappalto finalizzato a conseguire i requisiti di qualificazione per i lavori appartenenti alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria. Non appare decisiva la circostanza che la disposizione ponga il limite del subappalto del 30% (peraltro allo stato sospeso dalle disposizioni del d.l. n. 32 del 2019, convertito dalla legge n. 55 del 2019, su cui si tornerà) in riferimento all'importo “complessivo del contratto”, piuttosto che in riferimento all'importo dei lavori di categoria “prevalente”, per inferirne un divieto implicito di così rilevante portata: il testo dell'art. 105 comporta, quindi, solo un limite

più stringente, ma non incompatibile con il subappalto “necessario” dei lavori di categoria scorporabile. Quanto poi al sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici ed ai requisiti che devono essere posseduti dal concorrente -fermo restando quanto previsto dall’art. 84, che si occupa del sistema di qualificazione e degli organismi di qualificazione (S.O.A.)- sono tuttora vigenti, nei limiti della compatibilità, le disposizioni del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (ai sensi dell’art. 83, comma 1, e 216, comma 14, del d.lgs. n. 50 del 2016, che, così come modificati con il d.l. n. 32 del 2019, convertito dalla legge n. 55 del 2019, hanno sancito l’ultrattività del previgente regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. n. 163 del 2006 fino all’adozione di un nuovo regolamento, non ancora intervenuta, ai sensi dell’art. 216, comma 27 octies), che non escludono il subappalto “necessario” per le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria. ...D’altronde, l’ammissibilità del ricorso al subappalto “necessario” (o altrimenti detto “qualificante”) nel vigore dell’attuale Codice di contratti pubblici è stata riconosciuta dalla giurisprudenza richiamata nella sentenza qui appellata (tra cui vi è il precedente di questa Sezione, 20 agosto 2019, n. 5745), nonché da sentenze più recenti della Sezione, 4 giugno 2020, n. 3504 e 13 agosto 2020, n. 5030 (sulla quale ultima si tornerà) ed ancora dall’ordinanza del Consiglio di Stato, III, 10 giugno 2020, n. 3702. Giova precisare che quest’ultimo pronunciamento, sebbene citato dall’appellante a sostegno delle proprie ragioni, dà per scontata l’ammissibilità del subappalto “necessario” o “qualificante” (cfr. punto 2 della motivazione) ed anzi, in conseguenza di tale presupposta ammissibilità, è stata ritenuta dirimente la questione interpretativa pregiudiziale rimessa, con l’ordinanza in esame, alla Corte di Giustizia dell’Unione europea (“Se gli articoli 63 e 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), ostino ad una interpretazione della normativa nazionale italiana in materia di subappalto necessario secondo la quale il concorrente sprovvisto della qualificazione obbligatoria in una o più categorie scorporabili non può integrare il requisito mancante facendo ricorso a più imprese subappaltatrici, ovvero cumulando gli importi per i quali queste ultime risultano qualificate”). Soltanto nella prospettiva interpretativa appena sintetizzata l’ordinanza svolge le argomentazioni, su cui si è soffermata l’appellante, concernenti i rapporti tra il subappalto necessario e l’avalimento, evidenziandone differenze e punti di contatto, tuttavia al fine esclusivo di valutare se estendere al subappalto, per via interpretativa, nel silenzio delle norme riguardanti tale istituto, una disciplina di favore già dettata per l’avalimento, come appunto quella che consente la possibilità di frazionamento dei requisiti tra più imprese ausiliarie (art. 89, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016). 5.2. Quanto all’ulteriore questione posta dal ricorso, si ritiene di dover confermare l’orientamento giurisprudenziale, fatto proprio dal giudice di primo grado, secondo cui, al di fuori delle ipotesi di cui all’art. 105, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, in sede di presentazione dell’offerta non è obbligatoria per legge l’indicazione nominativa dell’impresa subappaltatrice, neppure in

*caso di subappalto necessario - ovvero allorché il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili (per le ragioni già esposte da Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9, confermate nel vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici dall'applicazione fatta nel già citato precedente di cui a Cons. Stato, V, n. 5745/2019, nonché dall'appena menzionata ordinanza della sez. III, n. 3702/2020).”), che per le peculiarità dell'istituto dovrebbe di contro imporre requisiti prestazionali ancor più stringenti in capo al subappaltatore” (Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 1308 del 15/02/2021), **ISTITUTO QUESTO CHE, DI CONTRO, SAREBBE FINALIZZATO A CONSENTIRE AL CONCORRENTE PRIVO DEI REQUISITI DI PASRTEICPAZIONE DI SOPPERIRVI ATTRAVERSO IL SUBAPPALTO IN COERENZA DEI RICHIAMATI PRESUPPOSTI, ARRIVANDO AL DUNQUE DEL CONTENUTO PRESTAZIONALE, L'IMPOSIZIONE PER “Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale.” PERALTRO, DISTINTA DA QUELLA DEL SUCCESSIVO PERIODO “Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale,” E' IL FRUTTO DEL COMBINATO DISPOSTO DELL'ART. 11 COMMI 2, 3 E 5 E DEL COMMA 7 PRIMO E SECONDO PERIODO***

Articolo 11.

Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti.

1. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

Il comma 1 prevede l'obbligo di applicare:

§ il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale;

§ e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

Il testo ricalca, al comma 1, quanto già previsto dall'articolo 30, comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016.

2. Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1.

Il comma 2 fissa, in conformità al comma 1, il principio di pubblicità del contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, che va indicato a cura delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti nei bandi e negli inviti.

La relazione osserva che con il combinato disposto ai commi 1 e 2 dello schema di decreto si intende compiere un passo avanti, restringendo anche le ipotesi in cui, per la frammentazione dei contratti collettivi nell'ambito del medesimo settore, l'operatore economico finisca per l'optare per un CCNL che non garantisce al lavoratore le migliori tutele sotto il profilo normativo ed economico.

PREVISIONE TOTALMENTE CONTRARIA ALLA PACIFICA ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE SECONDO CUI L'INDICAZIONE NELLA LEGGE DI GARA DI UN DETERMINATO CCNL E' ILLEGITTIMA: Passando al merito, giova premettere che non rientra nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante imporre o esigere dai partecipanti alla gara un determinato Contratto collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di Contratti possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare (Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4443; id. 5 ottobre 2016, n. 4109); ne consegue che la mancata applicazione di un C.c.n.l. diverso da quello indicato dalla lex specialis di gara non può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione per inammissibilità dell'offerta (Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; 9 dicembre 2015, n. 5597) (Cons. di Stato, sez. V, sent. n. 2198 del 15/03/2021; ibidem "Infatti, fermo restando che, nel caso che ci occupa, la mancata adozione del contratto collettivo FISE non è prevista come una specifica causa di esclusione dell'impresa dalla gara, come altra giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare, la mancata applicazione di un determinato CCNL previsto dalla lex specialis, non può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché, da una parte, deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di

un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta, dall'altra, anche in presenza di una espressa previsione contenuta nella lex specialis, laddove un'offerta presentata contenga il riferimento ad un altro contratto collettivo, per ciò solo, non potrà essere esclusa dalla gara (in questo senso, T.A.R. Parma, (Emilia-Romagna), sez. I, 01/02/2016, n. 33).”, TAR Torino, Sez. I, sent. n. 19 del 04/01/2019)

3. Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente.

4. Nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110.

Il D.Lgs. n. 50/2016 non contiene previsioni analoghe a quelle previste ai commi da 2 a 4. La relazione illustrativa segnala che la norma vigente lascia aperta la questione della possibile sovrapposizione tra settori di attività e quindi della possibile applicabilità di più contratti collettivi conformi, con ambiti di applicazione compatibili con l'attività oggetto dell'appalto.

COSA VOGLIA DIRE TUTELA EQUIVALENTI NON E' DATO DI CAPIRE; SENONCHE' LA NORMA PARE TOTALMENTE SBAGLIATA PERCHE' IL CONCETTO DI EQUIVALENZA NON E' CHIARO SE NON IN TERMINI DI PARI CONDIZIONI, LADDOVE LA MINIMA EQUIVALENZA E' QUELLA

5. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto.

QUESTA PREVISIONE CONFERMA I PRINCIPI ESPOSTI NEL COMMA 12

6. In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei

soggetti titolari di subappalti e cottimi, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al primo periodo, il responsabile unico del progetto invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi 15 giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto.

IN OGNI CASO LA PREVISIONE DENOTA TUTTA LA SUA FRAGILITA' PERCHE':

- il rispetto “**degli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto**” è affermazione senza senso **PERCHÈ SEMPRE E COMUNQUE LE ATTIVITÀ DEDOTTE IN SUBAPPALTO DEVONO GARANTIRE GLI STANDARD RICHIESTI ALL'APPALTATORE** E CIÒ ANCHE NELLE IPOTESI IN CUI SI VERSI IN TEMA DI SUB APPALTO NECESSARIO OVVERO NON SI TRATTI DI PRESTAZIONI CARATTERIZZANTI OVVERO RELATIVO ALLE CATEGORIE SCORPORABILI. QUIVI PERALTRO VIENE IN RILIEVO IL PROBLEMA DEL RISPETTO DEGLI ELEMENTI ESSENZIALI DELL'OFFERTA E DEI REQUISITI PRESTAZIONALI IMPOSTI DAL CS.A. OVVERO PRESENTI NELLA PROPOSTA NEGOZIALE DELL'AGGIUDICATARIO, che la novella pare derogare, per la fase dell'esecuzione, per tutte le ipotesi diverse dalla triade sopra declinata;

- l'applicazione ai dipendenti del subappaltatore del “**trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale,**” **SE COME GIÀ DETTO TROVA IL PRESUPPOSTO NEI COMMI DA 2 A 5 DELL'ART. 11 EQUIVALE A:**

1. DISAPPLICARE PER A CONTRARIIS LA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DEL 27/11/2019 CHE STABILISCE CHE IL PAGAMENTO AL SUBAPPALTATORE NON DEVE RISPETTARE ALCUN DELTA DIFFERENZIALE (*“64 Orbene, non si può ritenere che una normativa nazionale, come quella descritta ai punti 55, 58 e 59 della presente sentenza, riconosca ai lavoratori una tutela tale da giustificare un limite al ricorso al subappalto come il limite del 20%. 65 Infatti, un tale limite eccede quanto necessario al fine di assicurare ai lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto una tutela salariale. Infatti, come ricordato ai punti 55 e 58 della presente sentenza, il limite del 20% non lascia spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dal momento che si applica indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione della tutela sociale garantita dalle leggi, dai regolamenti e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati.”*);

2. VIOLARE il disposto del comma 1 dell’art. 11 del codice (*“Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto o della concessione svolta dall’impresa anche in maniera prevalente.”*) **in ordine alla libertà contrattuale garantita dall’art. 41 della costituzione e dalla pacifica elaborazione pretoria** *“In particolare, dovendo ulteriormente restringere il campo agli interessi sociali attinenti alla tutela dei lavoratori, e segnatamente alla stabilità occupazionale e al diritto a una retribuzione equa e proporzionata alla qualità e quantità di lavoro (che costituiscono gli interessi sottesi alle clausole del disciplinare oggetto del presente giudizio), il primo riferimento è costituito dall’art. 30, comma 4, del Codice dei contratti pubblici (secondo cui al «personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia astrattamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto o della concessione svolta dall’impresa anche in maniera prevalente»), che impone di verificare la coerenza (la “astratta connessione”) tra l’attività oggetto dell’appalto e l’ambito di applicazione del C.C.N.L. indicato dall’impresa appaltatrice, ma non attribuisce all’amministrazione appaltante il potere di indicare nel bando di gara il contratto collettivo applicabile ai*

lavoratori impiegati nell'appalto (in tal senso si è assestata anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato: cfr. Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 276; più di recente Sez. V, 3 novembre 2020 n. 6786)." (Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 7053 del 20/10/2021; ibidem "1.3. Altra contestazione è rivolta alla sentenza di primo grado per aver ritenuto in facoltà dell'operatore economico applicare ai propri dipendenti contratti collettivi di lavoro diversi a parità di qualifica e mansione.

L'appellante ritiene che sia condotta del datore di lavoro suscettibile di generare forti contrasti tra i lavoratori e l'impresa, tali da mettere a rischio la buona riuscita del servizio e che, in ogni caso, si tratterebbe di una forma di "finanza creativa" perché, ove fosse applicato il CCNL Multiservizi e quello dei pubblici esercizi, ne deriverebbe un costo del lavoro significativamente più elevato.

1.4. Anche tale doglianza non convince.

1.4.1. Relativamente alla questione del CCNL applicabile ai lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto, le seguenti riflessioni sono consolidate in giurisprudenza:

- "l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; 9 dicembre 2015, n. 5597);

- non rientra nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante quella di imporre o di esigere un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di contratti collettivi possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare (Consiglio di Stato sez. V, 23 luglio 2018, n.4443; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 ottobre 2016, n. 4109);

- resta fermo che la libertà imprenditoriale non è assoluta, ma incontra il limite logico, ancor prima che giuridico in senso stretto, della necessaria coerenza tra il contratto che in concreto si intende applicare (e in riferimento al quale si formula l'offerta di gara) e l'oggetto dell'appalto; la scelta del contratto collettivo di lavoro applicabile al personale dipendente, che diverge insanabilmente, per coerenza e adeguatezza, da quanto richiesto dalla stazione appaltante in relazione ai profili professionali ritenuti necessari, è idonea di per sé a determinare una ipotesi di anomalia, riflettendosi sulla possibilità di formulare adeguate offerte sotto il profilo economico incoerenti o incompatibili essendo i profili professionali di riferimento (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 6336)."

(Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 6786 del 03/11/2020), **PUR SE PARALIZZATA DAL COMMA 2 DEL MEDESIMO ART. 11**, non si coordina con il secondo periodo del comma 6 "**L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore PER GLI OBBLIGHI RETRIBUTIVI E CONTRIBUTIVI ...**", PERCHE' QUIVI LA RESPONSABILITA' SOLIDALE NON E' INVOCATA SUL PRESUPPOSTO DELLA

PREVIA APPLICAZIONE DELLO STESSO CCNL, VISTO CHE TALE IMPOSIZIONE E' RIPORTATA IN UN COMMA SUCCESSIVO.

Con l'aggravio procedimentale discendente dal fatto che la più recente giurisprudenza ha stabilito in relazione alla cd. clausola sociale che la verifica dell'applicazione della stessa è di competenza dell'a.g.o. "6.7. La questione, in ogni caso, non sta solo nel presupposto erroneo. Come noto, nella *lex specialis* la clausola sociale va formulata (e intesa) in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario, anche perché solo in questi termini essa è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa, secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, VI, 24 luglio 2019, n. 5243; 21 luglio 2020, n. 4665; V, 12 febbraio 2020, n. 1066; Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6148; anche Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885); alla luce di tali principi va anche escluso che la clausola sociale possa implicare la necessaria conservazione dell'inquadramento e dell'anzianità del lavoratore assorbito dall'impresa aggiudicataria (Consiglio di Stato, sez. V, 3 giugno 2022, n. 4539).

Va per inciso precisato che l'aspetto inerente al modo con cui l'imprenditore subentrante dia seguito all'impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario (id est. come abbia rispettato la clausola sociale) attiene alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6148 del 2019)." (Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 3628 del 07/04/2023).

MA A QUESTO PUNTO IL CONTRATTO DA PRESENTARE AI SENSI DELLA NORMATIVA DI CUI SOPRA DOVREBBE NECESSARIAMENTE RIPORTARE TUTTE LE INDICAZIONI MENZIONATE DAL COMMA 12!

3. VIETARE IL SUBAPPALTO AD ESEMPIO TRA SOCIETÀ DI PERSONE E/O DI CAPITALI E COOPERATIVE VISTA L'IMPOSSIBILITÀ DI QUESTE ULTIME DI APPLICARE I CCNL DEI PRIMI E VICEVERSA, IN CONTRASTO CON L'ART. 3 DELLA COSTITUZIONE, CON I PRINCIPI SULLA MUTUABILITÀ E FINANCO CON IL DISPOSTO DELL'ART. 2069 DEL CODICE CIVILE ("Il contratto collettivo deve contenere l'indicazione della categoria d'imprenditori e di prestatori di lavoro, ovvero delle imprese o dell'impresa, a cui si riferisce, e del territorio dove ha efficacia.

In mancanza di tali indicazioni il contratto collettivo è obbligatorio per tutti gli imprenditori e i prestatori di lavoro rappresentati dalle associazioni stipulanti"). **IN PUNTO FINO AD OGGI ERA NOTORIO CHE** "- resta fermo che la libertà

imprenditoriale non è assoluta, ma incontra il limite logico, ancor prima che giuridico in senso stretto, della necessaria coerenza tra il contratto che in concreto si intende applicare (e in riferimento al quale si formula l'offerta di gara) e l'oggetto dell'appalto; la scelta del contratto collettivo di lavoro applicabile al personale dipendente, che diverge insanabilmente, per coerenza e adeguatezza, da quanto richiesto dalla stazione appaltante in relazione ai profili professionali ritenuti necessari, è idonea di per sé a determinare una ipotesi di anomalia, riflettendosi sulla possibilità di formulare adeguate offerte sotto il profilo economico incoerenti o incompatibili essendo i profili professionali di riferimento.

- nel caso di specie, l'appellante non ha dimostrato che, in relazione al contenuto delle prestazioni oggetto di affidamento e ai livelli professionali richiesti agli operatori, l'unico CCNL applicabile fosse quello "multiservizi"; è invece emerso – alla luce di quanto prospettato da controparte – che erano astrattamente applicabili, anche il CCNL "vigilanza e servizi fiduciari" e quello per le "imprese esercenti servizi ausiliari fiduciari" (in cui peraltro figuravano costi orari del personale inferiori rispetto al contratto "multiservizi");

- rispetto all'ulteriore argomentazione spesa dall'appellante – secondo cui, ai sensi della clausola sociale inserita nel bando, l'aggiudicatario avrebbe dovuto assumere tutti i propri dipendenti impiegati nel servizio, garantendo loro le medesime condizioni economiche, ragione per cui non si poteva giustificare il mancato richiamo, nel bando, al CCNL "multiservizi" – è dirimente replicare che l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255);

- deve quindi escludersi che una clausola sociale possa consentire alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un dato contratto collettivo ai lavoratori e dipendenti da assorbire (cfr. Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 1 marzo 2017, n. 932; III 9 dicembre 2015, n. 5597; Sezione V, 12 settembre 2019 n. 6148);

- l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255);

- le stesse clausole dei contratti collettivi che disciplinano il “cambio appalto” con l’obbligo del mantenimento dell’assetto occupazionale e delle medesime condizioni contrattuali ed economiche vincolano l’operatore economico, non già in qualità di aggiudicatario della gara, ma solo se imprenditore appartenente ad associazione datoriale firmataria del contratto collettivo; soltanto a queste condizioni la clausola, frutto dell’autonomia collettiva, ove più stringente, prevale anche, sulla clausola contenuta nel bando di gara

- anche le norme del codice dei contratti pubblici invocate dall’appellante, non colgono nel segno: l’art. 30, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nell’imporre l’applicazione al personale impiegato nel servizio di un contratto collettivo (in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, nonché) «strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto», intende riferirsi al contratto che meglio regola le prestazioni rese dalla categoria dei lavoratori impiegati nell’espletamento del servizio, e non a quello imposto dai vincoli e alle clausole sociali inserite negli atti di gara; l’art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, richiede solo al bando di prevedere clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale, ma senza irrigidire o limitare né la possibilità per l’amministrazione di adottare scelte organizzative differenti nel tempo, né la possibilità dell’imprenditore di organizzare al meglio la propria struttura produttiva;” (Cons. di Stato, Sez. VI, sent. n. 6336 del 20/10/2020).

13. Per i lavori, nei cartelli esposti all'esterno del cantiere devono essere indicati anche i nominativi di tutte le imprese subappaltatrici.

TESTO INDENTICO AL PRECEDENTE COMMA 15

14. Per contrastare il fenomeno del lavoro sommerso irregolare il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori edili, è verificata dalla Cassa edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro e delle politiche sociali; per i lavori non edili è verificata in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato.

TESTO INDENTICO AL PRECEDENTE COMMA 16

MA COSA SUCCEDDE SE IL CONTRATTO INDICATO NELLA LEGGE DI GARA AI SENSI DELL’ART. 11 COMMA 2 E’ DIVERSO?

15. I piani di sicurezza di cui al decreto legislativo del 9 aprile 2008, n. 81 sono messi a disposizione delle autorità competenti preposte alle verifiche ispettive di controllo dei cantieri. L'affidatario è tenuto a curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti nel cantiere per rendere gli specifici piani redatti dai singoli subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario. Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o di consorzio, l'obbligo incombe al mandatario. Il direttore tecnico di cantiere è responsabile del rispetto del piano da parte di tutte le imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori.

TESTO INDENTICO AL PRECEDENTE COMMA 17

16. L'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con il titolare del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti nel caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio. La stazione appaltante rilascia l'autorizzazione di cui al comma 4 entro trenta giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, quando ricorrano giustificati motivi. Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa. Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà.

TESTO INDENTICO AL PRECEDENTE COMMA 18

17. Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero

nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.

PREVISIONE FORTEMENTE INNOVATIVA PERCHE' CONSENTE IL CD. SUBAPPALTO A CASCATA

TRATTASI DELLA PRINCIPALE NOVITÀ DEL TESTO PROPOSTO E SI ADEGUA AI RILIEVI DA ULTIMO FORMULATI DALLA CORTE DI GIUSTIZIA E DALLA COMMISSIONE UE. NELL'AMBITO DELLA PROCEDURA DI INFRAZIONE A CARICO DELL'ITALIA N. 2018/2273

MENTRE I PRESUPPOSTI MOTIVAZIONALI SONO IDENTICI A QUELLI PREVISTI NEL COMMA 2 PER EVITARE IL SUBAPPALTO PER ALCUNE ATTIVITA', SOSTANZIALE E' LA DIFFERENZA RISPETTO A QUESTO PER QUANTO RIGUARDA LA SEDE DEL DIVIETO.

INFATTI NEL COMMA 2 DEVE ESSERE IN OGNI CASO LA DECISIONE A CONTRARRE MENTRE NEL COMMA 17 SI PARLA GENERICAMENTE DI DOCUMENTI DI GARA

PROBLEMI APPLICATIVI

1) SE SI TRATTA SEMPRE DI SUBAPPALTO, C'E' UN LIMITE SOGGETTIVO (DA PARTE DI CHI?), OGGETTIVO (VEDESI COMMA 4) E TEMPORALE (ENTRO QUANDO) PER LA FORMALIZZAZIONE DELLA POSSIBILITA' DEL SUBAPPALTO A CASCATA OVVERO NON ESISTE? IN PARTICOLARE E' OBBLIGATORIO IN SEDE DI PARTECIPAZIONE ALLA GARA INVOCARE IL SUBAPPALTO A CASCATA?

2) SE NON ESISTONO LE LIMITAZIONI DI CUI SOPRA, L'ESECUTORE PUO' OPPORSI A CHE IL SUBAPPALTATORE POSSA A SUA VOLTA SUBAPPALTARE?;

3) LE PREVISIONI DEL COMMA 12 SI RIBALTANO IN AUTOMATICO NEI RAPPORTI TRA SUBAPPALTATORE E SECONDO SUBAPPALTATORE?

4) ESISTE UNA RESPONSABILITA' SOLIDALE ANCHE TRA ESECUTORE E SUBAPPALTATORE A CASCATA NEI CONFRONTI DELLA STAZIONE APPALTANTE?

5) ESISTE UNA RESPONSABILITA' SOLIDALE DELL'ESECUTORE RISPETTO AL SUBAPPALTATORE A CASCATA PER QUANTO RIGUARDA GLI STANDARD QUALITATIVI E PRESTAZIONALI (COMMA 12) E GLI OBBLIGHI RETRIBUTIVI E CONTRIBUTIVI?

6) I PAGAMENTI A FAVORE DEL SUBAPPALTATORE A CASCATA POTRANNO ESSERE DISPOSTI DIRETTAMENTE DALLA STAZIONE APPALTANTE? SE SI COME FUNZIONERANNO RISPETTO AL QUANTUM PERCEPIBILE DALL'ESECUTORE?

7) LE ATTIVITA' OGGETTO DI SUBAPPALTATO A CASCATA DOVRANNO ESSERE TUTTE QUELLE PREVISTE NEL PRIMO CONTRATTO DI SUBAPPALTO OPPURE L'ESECUTORE POTRA' IMPORRE LIMITAZIONI QUALIQUANTITATIVE?

18. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili; si applicano altresì agli affidamenti con procedura negoziata. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo è consentita, in deroga all'articolo 68, comma 15, la costituzione dell'associazione in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto.

TESTO INDENTICO AL PRECEDENTE COMMA 20

19. È fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e di Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto della normativa europea vigente e dei principi dell'ordinamento europeo, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori.

20. Le stazioni appaltanti rilasciano i certificati necessari per la partecipazione e la qualificazione all'appaltatore, scomputando dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto. I subappaltatori possono richiedere alle stazioni appaltanti i certificati relativi alle prestazioni oggetto di appalto eseguite.

TESTO INDENTICO AL PRECEDENTE COMMA 21

MA NON DICE NULLA PER QUANTO RIGUARDA IL SUBAPPALTO NECESSARIO

