

Appalti pubblici: dal TAR e dalla UE prime risposte sul subappalto

23 Marzo 2018

L'obbligo di indicare la terna vige solo nei confronti dei subappaltatori, non di tutti i subcontraenti dell'affidatario. Nei casi in cui manchi tale indicazione, è possibile ricorrere al soccorso istruttorio. Il subappalto può sopperire alla mancata iscrizione all'ANGA del concorrente, non alla completa carenza di qualificazione negli appalti misti.

Sono queste alcune delle più recenti indicazioni provenienti dai TAR che, seppur espressione di decisioni primo grado, ove confermate anche in eventuale 2° grado, potrebbero già essere rappresentative di un orientamento che sta assumendo la giurisprudenza di merito sulla complessa disciplina del subappalto. A ciò si aggiungono alcune indicazioni della UE, che non manca di esprimere la propria avversità a qualsiasi forma di penalizzazione del subappalto.

Indicazione della terna di subappaltatori

La direttiva 2014/24/UE ha parzialmente mutato prospettiva in tema di subappalto introducendo la facoltà per gli Stati membri di imporre ai concorrenti di dichiarare immediatamente i soggetti ai quali, nel prosieguo della gara, intendono subappaltare determinate lavorazioni.

Il legislatore nazionale ha declinato tale obbligo stabilendo la necessità di indicare il nominativo di una “*terna di subappaltatori*” in tutti i subappalti in affidamenti sopra soglia comunitaria e replicando tale obbligo laddove “sotto-soglia” siano previste attività “*maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190*” (cfr. art. 105, co. 6 del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

A causa di una norma di non chiara lettura, l'obbligo di indicare la terna di subappaltatori “sotto soglia” è stato oggetto di diverse posizioni interpretative circa il suo effettivo ambito di operatività (cfr. Vademecum ANCE “*Il subappalto nel D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56*”).

A tale proposito, si segnala che sta prendendo consistenza una giurisprudenza secondo cui quest'obbligo riguarda i soli affidamenti in subappalto, inteso in senso stretto, non tutti i sub-contratti.

Com'è noto, il subappalto costituisce, ai sensi dell'art. 105 del Codice, un “*contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto*”.

Il subappaltatore, dunque, esegue una quota parte delle prestazioni oggetto del contratto di appalto, in ragione di un contratto subappalto, previsto dall'art. 1676 e segg. c.c., secondo cui l'appaltatore trasferisce a terzi l'esecuzione di parte della prestazione negoziale, così configurando, a sua volta, un vero e proprio appalto che si caratterizza, rispetto all'appalto-tipo, solo per essere un contratto-derivato da altro contratto di appalto stipulato a monte, che ne costituisce il presupposto (TAR Lazio, Sez. I-bis, sent. n. 1956/2018).

Viceversa, laddove ciò non avvenga, e il subcontraente non sostituisca l'appaltatore nell'esecuzione di parte delle prestazioni oggetto dell'appalto, il primo non può ritenersi tecnicamente subappaltatore (TAR Friuli, Trieste, sent. n. 35/2018 e TAR Campania, Salerno, n. 1156/2017).

In altri termini, il contratto di subappalto è ontologicamente caratterizzato da una forma paritetica di cooperazione imprenditoriale e, quindi, di coinvolgimento dell'assetto imprenditoriale dell'impresa subappaltatrice nell'attività dell'impresa aggiudicataria dell'appalto.

Il subappaltatore è infatti chiamato, nel raggiungimento del risultato, ad una prestazione rispondente ad autonomia non solo organizzativa ed imprenditoriale, ma anche tecnico-esecutiva, con conseguente maggior ampiezza della sua responsabilità per i vizi della cosa e per la sua non perfetta rispondenza a quanto convenuto.

Ciò, fermo restando sempre l'esclusiva responsabilità dell'appaltatore nei confronti della stazione appaltante.

Al contrario, nel contratto di sub-affidamento, che prevede l'inserimento di un contraente in un determinato livello del processo produttivo, quest'ultimo agisce sotto le direttive dell'appaltatore; ciò evidenzia una dipendenza tecnica del contraente, assunta nel suo più ampio significato (vedi rispondenza al progetto, specifiche e know how), nonché la dipendenza commerciale e di mercato dello stesso (cfr. Cass. Civ. Sz. III, 25.8.2014 n. 18186).

Tali principi sono alla base della sentenza in commento in cui vengono utilizzati al fine di verificare l'operatività dell'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori, da cui, pertanto, devono tenersi esclusi tutti gli altri subcontraenti.

La ricostruzione del giudice amministrativo è fondamentale perché consente di definire un criterio distintivo, in base al quale stabilire se "a valle" di un appalto di lavori, la prestazione del sub affidamento sia qualificabile come lavoro, oppure come servizio o come fornitura, ai fini dell'applicazione della disciplina del subappalto.

Sotto questo aspetto, già in passato era stato osservato che la prestazione deve intendersi quale "fornitura" quando il bene ha una precisa destinazione d'uso (pannelli prefabbricati, serramenti, corpi illuminanti, ecc.) e la posa in opera svolta in cantiere consiste in un'attività puramente accessoria e strumentale (montaggio, saldatura, incollatura, assemblaggio, ecc.) che non modifica in alcun modo il bene ma è diretta solamente a consentirne l'utilizzo (vedi circ. del Ministero dei Lavori pubblici n.477/UL del 9-3-1983).

Tale concetto di accessorietà della prestazione del subcontraente è alla base della sentenza in commento e viene come sopra spiegato al fine di verificare l'operatività dell'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori, da cui – pertanto - devono tenersi esclusi tutti gli altri subcontraenti.

In particolare, secondo tale giurisprudenza, la dichiarazione resa in gara di non avvalersi di subappaltatori e conseguente mancata indicazione della terna, non può incidere sulla facoltà di utilizzo di aziende esterne per l'acquisizione di prodotti (o servizi) necessari per l'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, laddove questi ultimi siano semplici subcontraenti (TAR Lazio, Sez. I-bis, sent. n. 1956/2018 *cit.*).

Ne consegue altresì, "al contrario", che l'indicazione della terna è strettamente connessa all'individuazione delle attività che costituiscono appalto e, come tali, sono state affidate in subappalto.

Esemplificativa in tal senso, è anche un'altra decisione del giudice amministrativo, riguardante un appalto di lavori di demolizione, in cui – applicando il meccanismo di individuazione del subappalto suddetto - è stata ritenuta legittima la richiesta da parte della stazione appaltante all'appaltatore di indicare la terna di subappaltatori.

Infatti, i lavori di demolizione, secondo la declaratoria del Regolamento sui contratti pubblici, includono il servizio di rimozione delle opere demolite, che, come noto, può esplicarsi attraverso la raccolta dei materiali di risulta, la loro separazione e l'eventuale riciclaggio (cfr. declaratoria della categoria OS 23 di cui all'allegato A del D.P.R. 207/2010).

Ne consegue che l'affidamento di tale servizio a terzi costituisce subappalto.

In questo caso, il giudice amministrativo, ha stabilito che, indipendentemente dal valore specifico delle singole prestazioni, è necessaria l'indicazione della terna solo se tra le *"lavorazioni relative a demolizioni/rimozioni di opere in cemento-amianto previste nel computo metrico estimativo dell'appalto [...] figurano il trasporto e lo smaltimento in discariche autorizzate"*, poiché quest'ultime attività sono evidentemente riconducibili alle voci a) e b) dell'art. 1, co. 53 della L. 190/2012 *cit.* e, quindi, sono soggette a rischio di infiltrazione mafiosa (Tar Piemonte, Sez. I, sentenza n. 94/2018).

Infatti, considerata la specifica attività di cui alla categoria OS23 l'affidamento a terzi del trasporto e dello smaltimento in discarica non rappresenta un sub-affidamento, ossia un'attività accessoria, ma un subappalto.

1.Soccorso istruttorio nell'indicazione della terna

Secondo la giurisprudenza prevalente, risulta tuttora attuale il principio enunciato - in relazione al previgente D.Lgs. n. 163/2006 e al Regolamento di cui al D.P.R. n. 207/2010 - dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 9 del 2 novembre 2015) in merito alla possibile esclusione del concorrente che non ha indicato i subappaltatori (*ex multis*, TAR. Piemonte, Torino, Sez. II, sent. n. 94/2018).

Pertanto, *“l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art. 107, comma 2, d.P.R. cit.”*

Ciò posto, l'omissione dell'indicazione della terna non comporta l'esclusione del concorrente, ma l'attivazione del soccorso istruttorio previsto dall'art. 83 comma 9 del Codice *“in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica”* (TAR Lombardia, Brescia, sez. II, sent. n. 1790 del 29 dicembre 2016, TAR Liguria, Sez. II, sent. n. 112/2018 e TAR Sicilia, Palermo, sez. III, sent. n. 2475/2015, TAR veneto, Sez. I, ord. n. 63/2017, TAR Lazio, sez. III, sent. n. 11438/2017).

Infatti, pur trattandosi di una carenza relativa a un elemento essenziale ai fini della partecipazione alla gara, essa infatti non incide sull'offerta economica o sull'offerta tecnica (Tar Piemonte, Sez. II, sent. n. 94/2018).

A tale proposito, si segnala tuttavia la posizione opposta espressa dall'Autorità nazionale anticorruzione nei Bandi-tipo n. 1 e 2 (concernenti servizi e forniture), laddove ritiene non praticabile l'opzione di ricorso al soccorso istruttorio nell'indicazione della terna e, quindi, ritiene in tali casi non autorizzabile il subappalto. Per completezza si ricorda che la stessa Autorità Nazionale Anticorruzione che, con delibere nn. 487 del 3 maggio 2017 e 973 del 27 settembre 2017 in sede di parere di precontenzioso, aveva ritenuto ammissibile il soccorso istruttorio al fine di integrare i nominativi della terna di subappaltatori.

2.Subappalto indicazioni dalla UE

Al fine di facilitare l'attuazione di programmi operativi e incoraggiare le buone pratiche, attraverso raccomandazioni generali, La Commissione UE ha pubblicato una guida su come evitare gli errori più comuni nei progetti finanziati dai fondi strutturali e di investimento europei.

La guida che si rivolge principalmente alle amministrazioni aggiudicatrici nell'Unione europea, responsabili della pianificazione e degli appalti di opere pubbliche, non costituisce un'interpretazione vincolante e definitiva del diritto dell'UE.

Tuttavia, lo stesso può fornire un valido ausilio su come applicare concretamente quanto previsto dalla direttiva 2014/24/UE.

In particolare, tra le diverse indicazioni, la guida rappresenta come una “cattiva pratica” quella di utilizzare il subappalto come criterio di aggiudicazione allo scopo di limitarne il ricorso.

Ciò, ad esempio, mediante aggiudicazione di punteggi più alti per gli offerenti che dichiarano di non ricorrere al subappalto.