

**Circolare MIT:
avvalimento e subappalto, un connubio più (o meno) chiaro**

di Massimo Gentile¹

E' stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 30 ottobre 2012 n. 4536 recante *“Primi chiarimenti in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 in particolare alla luce delle recenti modifiche e integrazioni intervenute in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”*.

Tra le delucidazioni ministeriali spicca quella sul rapporto tra avvalimento e subappalto.

La questione trae origine dal dubbio interpretativo dell'articolo 49 del Codice, laddove consente il subappalto in favore dell'impresa ausiliaria *“nei limiti dei requisiti prestati”*.

Almeno due sono i lati oscuri della disposizione:

- al subappalto in favore dell'impresa ausiliaria trovano applicazione le previsioni di cui all'articolo 118 del Codice?
- come si individua il “limite” al subappalto sulla scorta dei “requisiti prestati”?

Vediamo se la Circolare li risolve.

Sotto il primo profilo, appaiono utili le indicazioni ministeriali secondo le quali l'articolo 49, comma 10, del Codice consente di mutare l'avvalimento in subappalto, allorché il concorrente che partecipa utilizzando la procedura dell'avvalimento si renda conto che i compiti organizzativi che aveva mantenuto in capo a sé attraverso l'utilizzo del mero avvalimento si

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

rivelino di complessa realizzazione, decidendo, pertanto, di chiedere un maggior apporto al terzo (trasformandolo da mero ausiliario in subappaltatore) e, ciò anche nell'interesse della buona esecuzione del contratto.

Ebbene – osserva il Ministero - l'ipotesi di subappalto in favore dell'impresa ausiliaria prevista all'articolo 49 comma 10 del Codice non può essere intesa come derogatoria rispetto alle disposizioni di cui al successivo articolo 118 medesimo. Ciò in quanto l'articolo 118 del Codice, recante la disciplina del subappalto, deriva dall'art. 18 della legge n. 55/90 ed ha, quindi, rilevanza anche a fini di ordine pubblico e di lotta alla criminalità organizzata.

Ne deriva che il subappalto in favore dell'ausiliaria potrà avvenire nel rispetto dei limiti posti dall'art. 118 del codice per cui – è rilevato a titolo esemplificativo nella Circolare - nel caso di *“avvalimento per metà dei requisiti di gara, lo stesso non potrà divenire subappalto del 50% (e quindi oltre il limite del 30%) ma potrà mutare in subappalto per il 30% massimo, utilizzando l'istituto dell'avvalimento per il restante 20%”*; ciò ovviamente se l'avvalimento è riferito alla categoria prevalente ovvero a categoria SIOS di importo superiore al 15%, mentre sono fatte salve le ipotesi di lavorazioni o attività scorporabili, *“per le quali un avvalimento complessivo delle stesse potrà, specularmente, mutare in subappalto complessivo”*.

Nella Circolare è altresì affermato che, anche nel caso di subappalto in favore dell'ausiliaria, occorrerà presentare l'istanza prescritta dall'articolo 118 e rispettare le disposizioni ivi dettate (ad esempio, conferire un prezzo al subappaltatore con un ribasso non superiore al 20% dei valori di offerta - a nulla valendo l'eventuale prezzo concordato per l'avvalimento - e trasferendo al subappaltatore i costi della sicurezza per le attività realizzate, anche se questi non erano dovuti in costanza di mero avvalimento).

In sintesi, sulla base delle precisazioni ministeriali può affermarsi, senza più alcun indugio, che il subappalto in favore dell'impresa ausiliaria deve ritenersi a

tutti gli effetti un “normale” subappalto sottoposto alle comuni regole dettate dall’articolo 118, senza eccezioni di sorta.

Sotto il secondo profilo, la Circolare non appare di aiuto dirimente.

L’unico passaggio utile che può cogliersi è nella precisazione che il subappalto all’impresa ausiliaria dovrà essere, altresì, rispettoso dell’assunto di cui all’art. 49, comma 10, del Codice, *“laddove consente all’impresa ausiliaria di assumere il ruolo di subappaltatore “nei limiti dei requisiti prestati”, nel senso che un avvalimento del 10% dei requisiti potrà divenire un subappalto fino al 10%, nonostante il limite normativamente imposto sia pari al 30%”*.

Ma cosa significa “avvalimento del 10%”?

In realtà, in caso di lavori, il prestito dei “requisiti” dovrà essere collegato all’intero requisito della certificazione SOA per la categoria oggetto di avvalimento, attesa l’impossibilità a frazionarlo tra più imprese ausiliarie ovvero tra concorrente e impresa ausiliaria (cfr. al riguardo Consiglio di Stato 15 giugno 2011 n. 3565). Pertanto, il riferimento non potrà essere effettuato in termini “numerici”, piuttosto in termini di qualificazione nella categoria SOA oggetto del prestito.

Non solo, ma la norma non chiarisce a pieno se sia possibile un subappalto in favore dell’impresa ausiliaria di lavorazioni riferite a categorie diverse da quelle oggetto di avvalimento.

Infine, rimane ancora insoluto il limite alla subappaltabilità nel caso di avvalimento di requisiti diversi dalla certificazione SOA, quale ad esempio le attrezzature ed i mezzi d’opera, in caso di appalti di servizi e forniture. E’ evidente, infatti, l’impossibilità possibile di operare un confronto di tipo “proporzionale” tra la “quantità” del requisito prestato e quello effettivamente richiesto e conseguentemente di individuare il limite delle prestazioni subappaltabili all’ausiliaria.