

Il “subappalto” in gara: per il Consiglio di Stato non è una partita a poker !¹

Dell'avv. Arrigo Varlaro Sinisi²

Una recente pronuncia del Consiglio di Stato stabilisce che in sede di gara il concorrente che non è in possesso di un'adeguata qualificazione, non può limitarsi a dichiarare che tale parte del lavoro l'affiderà in subappalto (ad impresa in possesso di tale qualificazione), ma deve indicare il nome dell'impresa subappaltatrice.

Secondo l'autorevole Consesso, ammettere che il concorrente che non sia in possesso di adeguata qualificazione possa, in sede di gara, limitarsi a dichiarare che subappalterà tali attività, senza tuttavia avere l'obbligo di indicare il nome del subappaltatore, equivale ad invitare la stazione appaltante ad un *gioco d'azzardo*, dove quest'ultima sarebbe chiamata ad aprire “al buio”. Ciò in quanto fino a quando essa non conoscerà il nome dell'impresa subappaltatrice, non sarà nella condizione di verificare che le attività affidate in subappalto saranno eseguite da un operatore adeguatamente qualificato, in grado, quindi, di realizzare il lavoro secondo le migliori regole dell'arte e dell'esperienza.

Insomma, il dilemma che dovranno porsi in futuro le stazioni appaltanti è il seguente: se il concorrente, privo dei requisiti per realizzare i lavori di una categoria scorporabile, in fase di gara non indica il nome del subappaltatore, lo si esclude dalla gara oppure no ?

Vediamo i termini della questione.

I giudici di Palazzo Spada hanno affermato - in ciò condividendo la decisione del giudice di prime cure – che secondo l'art. 118, comma 2, del codice dei contratti, è previsto *expressis*

¹ Pubblicato su www.appaltiecontratti.it del 30 maggio 2012.

² Studio Legale Associato Gentile – Varlaro Sinisi: www.studiogvs.it

verbis che i concorrenti, in sede di offerta, debbano rendere una dichiarazione relativa alle lavorazioni che intendono affidare in subappalto, restando obbligati a depositare il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio delle lavorazioni.

Il successivo comma 3 della medesima norma, al paragrafo n.3) stabilisce che, al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante, l'affidatario è tenuto altresì a trasmettere la certificazione attestante il possesso, da parte del subappaltatore, dei necessari requisiti di qualificazione.

Ebbene, secondo la sentenza in commento, in base ad un condiviso orientamento giurisprudenziale, il carattere incompleto o erroneo della dichiarazione di subappalto non giustifica *ex se* l'esclusione del concorrente (in specie, laddove questi sia fornito in proprio della qualificazione per eseguire le lavorazioni oggetto del possibile subappalto), comportando, quale unica conseguenza, che all'appaltatore, nella fase esecutiva del contratto, resterà preclusa la possibilità di concludere il subappalto.

E fino a qui *nulla quaestio* !

La problematica è ben diversa se il concorrente si presenta in gara privo della qualificazione relativa ai lavori che intende affidare in subappalto. In una tale situazione, consentire che il concorrente possa comunque partecipare alla gara, significa, di fatto, ammettere il concorrente stesso in base ad una sorta “avvalimento sostanziale”.

Il che, secondo la sentenza in commento – la n. 2508 della VI Sezione del Consiglio di Stato, resa in data 2 maggio 2012 - non è possibile. Infatti, le sole ipotesi di “avvalimento” consentite dall'ordinamento sono quelle previste e disciplinate dal Codice dei Contratti (artt. 49 e 50).

D'altra parte, ammettere in gara un concorrente che non abbia i requisiti, per il solo fatto che questi si impegna ad affidare in subappalto quelle lavorazioni, è un “rischio” (in termini di costi per l'integrale ripetizione della gara) per la stazione appaltante, laddove l'appaltatore non sia poi in grado di rinvenire gli apporti necessari per la corretta esecuzione delle lavorazioni.

Ciò, evidentemente, non risponde ai principi di “buona amministrazione” (art. 97 Cost.) cui dovrebbe essere sempre conformarsi il comportamento di una Pubblica Amministrazione.

Insomma, per il Consiglio di Stato³ la Pubblica Amministrazione non può “giocare d’azzardo”. Per tale ragione il concorrente, che non sia in possesso di adeguate qualificazioni, deve indicare fin dalla gara il nome del soggetto cui affiderà in subappalto i lavori relativamente ai quali il concorrente non possiede la qualificazione.

La questione che si pone alla luce della pronuncia in commento, è se la semplice dichiarazione di cui trattasi - resa dal concorrente in fase di gara - possa da sola valere ad escludere qualunque “rischio” per la stazione appaltante, atteso che il “subappaltatore” – a differenza di ciò che accade nell’avvalimento – non assume alcuna responsabilità diretta verso la stazione appaltante, né quest’ultima potrà esercitare una qualunque azione verso il subappaltatore. Ciò, almeno fino a quando non sarà trasmesso alla stazione appaltante il contratto di subappalto sottoscritto. Ma a tal riguardo il Consiglio di Stato non ha affermato che il concorrente deve depositare fin dalla gara il contratto di subappalto, debitamente sottoscritto. Né ha escluso che il concorrente che ha dichiarato il nome del subappaltatore possa poi in fase di gara chiedere la “sostituzione” dello stesso.

Insomma, alla luce di quanto appena evidenziato, siamo sicuri che la sola dichiarazione del nome del subappaltatore vale ad escludere l’apertura “al buio” da parte della stazione appaltante.

³ A ben vedere, la sentenza in commento si colloca sul solco di altra dello stesso Collegio (sentenza 20 giugno 2011, n. 3698), secondo cui il subappalto rappresenta un modo di essere dello svolgimento dei lavori, nel senso che un soggetto, pienamente qualificato e in possesso di tutti i requisiti, può subappaltare ad altro imprenditore una parte dei lavori, ma ciò avviene dopo l’eventuale aggiudicazione, mentre i requisiti devono essere posseduti al momento della presentazione dell’offerta di gara e non possono, naturalmente, che essere del soggetto partecipante.