

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI PARTHENOPE
Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI STUDI in *MANAGEMENT PUBBLICO*
Codice degli appalti e *procurement*
Prof.ssa Bianca Nicla Romano
A.A. 2022-2023

L'avvalimento e il subappalto

L'avvalimento

L'avvalimento è l'istituto giuridico grazie al quale l'operatore che non sia in possesso dei requisiti richiesti per partecipare ad una gara può comunque parteciparvi ed evitare l'esclusione utilizzando i requisiti di un altro operatore, ai sensi dell'art. 89 del Codice dei contratti.

La norma prevede che il concorrente possa soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale necessari per partecipare ad una procedura di gara avvalendosi delle capacità di altri soggetti, detti ausiliari, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, in cambio di un corrispettivo in danaro o di un'altra utilità di carattere patrimoniale.

Esso non può essere utilizzato per soddisfare requisiti di carattere generale né quelli relativi all'idoneità professionale.

L'avvalimento

Si possono distinguere due forme diverse di avvalimento, a seconda dello scopo per cui si ricorre ad esso:

- 1) **L'avvalimento di garanzia** ha per oggetto i requisiti di capacità economico-finanziaria volti a garantire l'affidabilità e la solidità del concorrente, sia sotto il profilo della capacità di sostenere finanziariamente la realizzazione della prestazione oggetto di affidamento, che sotto quello della capacità di ristorare la P.A. per eventuali inadempimenti. In tale categoria rientrano il capitale sociale minimo ed il fatturato globale.
- 2) **L'avvalimento operativo**, invece, ha per oggetto i requisiti di capacità tecnico-organizzativa per garantire la capacità imprenditoriale del concorrente da valutare ai fini della partecipazione alle gare (ad esempio, la messa a disposizione di determinati mezzi e risorse o il numero dei dipendenti a tempo indeterminato).

L'avvalimento

Ulteriormente, si distinguono:

- **l'avvalimento infragruppo**, che ha come presupposto il vincolo giuridico fra i due soggetti che si esplicita attraverso una dichiarazione di appartenenza al gruppo societario ed in tale caso non è necessario produrre il contratto di avvalimento;
- **l'avvalimento frazionato**, che si verifica quando il concorrente utilizzi cumulativamente in sede di gara più attestati di qualificazione per ciascuna categoria per il raggiungimento della classifica richiesta dal bando di gara. Le stazioni appaltanti possono, nel bando stesso, escludere tale tipologia di avvalimento in relazione ai diversi lavori o servizi da appaltare.

L'avvalimento

Al fine dell'avvalimento l'operatore economico deve allegare una domanda di partecipazione contenente:

- 1) l'eventuale attestazione SOA (Società Organismo di Attestazione) dell'impresa ausiliaria;
- 2) una dichiarazione sottoscritta dalla stessa impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento;
- 3) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui essa si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;
- 4) originale o copia autentica del contratto in virtù del quale l'impresa si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie che devono essere dettagliatamente descritte per tutta la durata dell'appalto.

L'avvalimento

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 siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento (comma 4).

È prevista una responsabilità in solido del concorrente e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto, con l'ulteriore previsione che gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara (comma 5).

L'avvalimento

La disciplina del Codice ammette l'avvalimento di più imprese ausiliarie; al contrario, non ammette che l'ausiliario si avvalga, a sua volta, di altro soggetto.

Inoltre, in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.

L'avvalimento

Ai sensi del comma 8 dello stesso 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.

Non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, laddove per *rilevante* si intende il valore dell'opera che superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori (comma 11).

L'avvalimento

L'elenco delle opere ritenute a notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica ed i requisiti di specializzazione richiesti per la qualificazione ai fini dell'ottenimento dell'attestazione di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici è riportato nel Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 10 novembre 2016, n. 248, almeno fino alla data di entrata in vigore del regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice stesso.

L'avvalimento

È necessario che la stazione appaltante esegua, in relazione a ciascun affidamento ed 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.

Il soggetto che esegue tali accertamenti è il responsabile unico del procedimento che verifica, 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.

Se l'accertamento dà esito negativo, il contratto di appalto si risolve.

L'avvalimento

Il responsabile unico del procedimento ha, inoltre, l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni, gli scambi di informazioni e le notizie 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.

L'avvalimento: questioni interpretative

Nell'ultimo anno, la giurisprudenza amministrativa (ed in particolar modo il Consiglio di Stato) è stata investita più volte di controversie legate alla corretta applicazione della disciplina sull'avvalimento di cui all'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici).

Questo ha fornito l'opportunità di chiarire alcuni dubbi e problematiche relative alla corretta declinazione della norma nel caso concreto.

L'avvalimento: questioni interpretative

In particolare, nel definire con maggiore dettaglio la natura dell'istituto, sono state fornite indicazioni ermeneutiche sul contenuto che necessariamente deve connotare il contratto stipulato tra l'impresa concorrente e l'ausiliaria, sul corrispettivo e su altri aspetti di preminente rilevanza pratica.

La funzione essenziale dell'istituto è quella di legittimare, in prospettiva pro-concorrenziale e del *favor participationis*, l'ampliamento della platea dei potenziali concorrenti alle procedure evidenziali, attraverso l'abilitazione all'accesso di operatori economici che, pur privi dei necessari requisiti, dei mezzi e delle risorse richieste dalla legge di gara, siano in grado di acquisirli grazie all'apporto collaborativo di soggetti terzi, che ne garantiscano la messa a disposizione per la durata del contratto.

L'avvalimento: questioni interpretative

La complessiva logica “economica” sottesa al meccanismo partecipativo si traduce, sul piano giuridico, nella valorizzazione – in un contesto negoziale trilaterale – di una effettiva “messa a disposizione” di risorse di carattere economico, finanziario tecnico o professionale che, ferma restando la formale imputazione della esecuzione (cfr. art. 89, comma 8), giustifica la responsabilità solidale per l'esatto adempimento (cfr. art. 89, comma 5).

L'avvalimento: questioni interpretative

La giurisprudenza prevalente è ferma nel ritenere che l'avvalimento costituisca un **negozio giuridico tipicamente oneroso**. Infatti, la non remuneratività del contratto di avvalimento viene intesa quale indice sintomatico della scarsa attendibilità dell'impegno negoziale assunto dall'ausiliaria (TAR Catania, n. 2276/21 – TAR Lazio (Roma), n. 155/2021).

A riguardo, è stato ritenuto che *“Deve escludersi la gratuità del contratto di avvalimento; invero o tale contratto è a titolo oneroso oppure, in mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliario, deve emergere dal testo contrattuale chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario nell'assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità”* (C.G.A.R.S., n. 52/2016).

L'avvalimento: questioni interpretative

Ciò posto, per quanto riguarda il corrispettivo dovuto dall'ausiliata in favore dell'ausiliaria, il Consiglio di Stato ha recentemente dichiarato che la determinazione del corrispettivo debba essere ancorata all'effettiva entità della prestazione resa dall'impresa ausiliaria, quale potrà delinearsi solo all'esito – o comunque nel corso – dell'esecuzione dell'appalto, alla luce delle specifiche esigenze di “soccorso” manifestate dall'impresa ausiliata ovvero della concreta attività sostitutiva posta in essere da quella ausiliaria (cfr. Cons. Stato, III, n. 6655/21).

Nella medesima sentenza il Supremo Consesso ha, altresì, specificato che *“l'eventuale lacuna derivante dalla mancata espressa determinazione del (così inteso) corrispettivo può essere colmata in forza della norma suppletiva, analogicamente applicabile, di cui all'art. 1657 c.c., concernente il contratto di appalto, a mente della quale, se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo né hanno stabilito il modo di determinarla, essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice”*.

L'avvalimento: questioni interpretative

Pur a fronte di tali indirizzi ermeneutici, altra Sezione del Supremo Tribunale aveva, in passato, sostenuto che *“Nelle gare pubbliche d'appalto il contratto di avvalimento, anche se generalmente oneroso, deve ritenersi validamente prestato anche a titolo non oneroso ed anche se manchi il corrispettivo in favore dell'ausiliario, ma a condizione che dal testo contrattuale emerga chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto in questione e le relative responsabilità”* (Cons. Stato, V, n. 242/2016).

Ebbene, tale pronuncia non sembrerebbe porsi in termini antinomici rispetto a quanto sopra riportato, posto che l'onerosità di un contratto non deve necessariamente ricavarsi dal mero dato patrimoniale, potendo essa essere rappresentata da qualunque vantaggio – diretto ed indiretto – che potrebbe conseguire la parte che si obbliga a prestare i propri strumenti all'altra.

L'avvalimento: questioni interpretative

Altra criticità relativa alla disciplina sull'avvalimento è quella che riguarda, da un lato, **l'oggetto del contratto ovvero il suo contenuto**; dall'altro, il **livello di dettaglio** con cui debbono essere indicati, all'interno del contratto, i **requisiti e le risorse** messi concretamente a disposizione dall'impresa ausiliaria alla concorrente per la partecipazione alla gara d'appalto.

L'avvalimento: questioni interpretative

Per quanto concerne **l'oggetto del contratto**, dal chiaro tenore dell'art. 89, comma 1 del Codice, esso coincide con i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara. Sul punto, la norma specifica che, in ogni caso, è esclusa la possibilità di avvalersi dei requisiti di cui all'articolo 80 che, come noto, devono essere posseduti a pena di esclusione da tutti gli operatori coinvolti nella procedura, autonomamente.

Un profilo interessante recentemente scandagliato in alcune sentenze riguarda l'ammissibilità dell'avvalimento delle certificazioni di qualità.

L'avvalimento: questioni interpretative

Sul punto, di recente il Consiglio di Stato si è espresso in termini possibilistici, sostenendo che *“I certificati rilasciati da organismi indipendenti di cui all’art. 87 del Codice dei contratti pubblici sono pur sempre attinenti a capacità tecniche e professionali dell’impresa, così come definite dall’art. 58, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE (“requisiti per garantire che gli operatori economici possiedono le risorse umane e tecniche e l’esperienza necessarie per eseguire l’appalto con adeguato standard di qualità”), di modo che, ai sensi del successivo art. 63, ben possono essere oggetto di avvalimento”* (Cons. Stato, V, n. 6271/21).

Secondo il Supremo Consesso, la peculiarità dell’avvalimento della certificazione di qualità consisterebbe nell’indispensabilità che l’impresa ausiliaria metta a disposizione dell’impresa ausiliata *“tutta la propria organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità”* (Cons. Stato, V, n. 5799/21).

L'avvalimento: questioni interpretative

Per quanto attiene **l'esecuzione dei lavori**, in caso di avvalimento di certificazione di qualità, pur trattandosi di un requisito "inscindibile" in possesso dell'impresa ausiliaria, il medesimo Collegio sopra citato ha escluso che i lavori oggetto dell'appalto debbano essere eseguiti direttamente dall'ausiliaria in sostituzione della concorrente applicandosi alla fase esecutiva le regole generali dei commi 8 e 9 dell'art. 89.

Sul punto, è stato affermato, infatti, che *"L'esecuzione diretta dell'appalto da parte dell'operatore economico ausiliario è fattispecie eccezionale. La regola è quella desumibile dall'art. 89, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, per la quale "il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara", cui fa da pendant la regola del successivo comma 9, per la quale l'impresa ausiliata esegue il contratto mediante "l'effettivo impiego (...) nell'esecuzione dell'appalto" dei requisiti e delle risorse "oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria", vale a dire utilizzando le risorse, materiali e immateriali, che l'ausiliaria ha messo a sua disposizione"* (Cons. Stato, III, n. 5286/21).

L'avvalimento: questioni interpretative

A tali regole farebbe eccezione solamente la previsione dell'art. 89, comma 1, del Codice, riguardante i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali o alle esperienze professionali equivalenti (cfr. Cons. Stato, V, n. 3374/2021).

In tali ipotesi, infatti, è necessario che i lavori vengano eseguiti direttamente dall'ausiliaria (Cons. Stato, III, n. 5286/21, cit.). A riguardo, prevale ora nella giurisprudenza amministrativa un'interpretazione per la quale per "esperienze professionali pertinenti" vanno intese *"quelle esperienze maturate in virtù di affidamenti connotati da profili di infungibilità, in qualche modo equiparabili, dunque, a quelle per le quali sono richiesti "titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f"* (cfr. Cons. Stato, V, n. 1704/2021).

L'avvalimento: questioni interpretative

Per quanto concerne, invece, il profilo attinente all'indicazione delle **risorse oggetto del contratto**, ai sensi dell'art. 89, comma 1, ultimo periodo, il contratto di avvalimento deve contenere, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

A riguardo, la giurisprudenza amministrativa consolidata ritiene che la specificazione dei mezzi oggetto del negozio non debba spingersi sino alla loro rigida quantificazione, ovvero all'esatta indicazione delle qualifiche e del numero del personale avvalso, bastando quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, corredata dai parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione (cfr. Cons. Stato, III, n. 4935/2021 e IV, n. 3682/2017).

IL SUBAPPALTO

In virtù del principio della personalizzazione dell'esecuzione del contratto il soggetto contraente, a pena di nullità, deve *eseguire in proprio* le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto stesso e *non può cederlo*. Tuttavia, a determinate condizioni, l'appaltatore può affidare a terzi, in subappalto, **previa autorizzazione della stazione appaltante, l'esecuzione di alcune delle prestazioni o lavorazioni previste dal contratto.**

IL SUBAPPALTO

Viene considerato subappalto, ai sensi dell'art. 105 del Codice, qualsiasi contratto che ha ad oggetto attività che richiedono impiego di manodopera, quali le forniture in posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2% a quello delle prestazioni affidate oppure di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare.

Schematicamente, il subappalto prevede le figure del committente, dell'appaltatore incaricato dal committente mediante contratto di appalto e del subappaltatore, incaricato dall'appaltatore.

L'oggetto del subappalto è lo stesso del contratto di appalto, e cioè l'esecuzione dell'opera o del servizio del committente.

IL SUBAPPALTO

Il D.L. 32/2019 aveva sospeso fino al 30 giugno 2021 la norma secondo cui il subappalto in ogni caso non avrebbe potuto superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture, elevando tale limite al 40%.

Erano escluse dalla sospensione della norma le opere per le quali fossero necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali (di cui al comma 11 dell'art. 89).

IL SUBAPPALTO

Inoltre, l'art. 49, comma 1, del D.L. n. 77 del 31 maggio 2021 (convertito, con modificazioni, nella L. 108/2021), in vigore dal 1 giugno 2021, modificando le norme previste per il subappalto dall'art. 105 del Codice dei contratti, ha previsto una disciplina transitoria fino al 31 ottobre 2021 ed una a regime a partire dall'1 novembre 2021, abrogando l'articolo 1, comma 18, primo periodo, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.

Pertanto, dalla data di entrata in vigore di tale decreto e fino al 31 ottobre 2021, è stato previsto che il subappalto non potesse superare la quota del 50 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

IL SUBAPPALTO

Dal 1 novembre 2021, poi, ai sensi del comma 2 dell'art. 49, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare e di rafforzare il controllo delle attività di cantiere.

IL SUBAPPALTO

Scopo della norma è, sostanzialmente, anche quello 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 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).

IL SUBAPPALTO

c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448;

d) 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.

IL SUBAPPALTO

La norma prevede, inoltre, che i soggetti affidatari dei contratti possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché:

- a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;
- b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria;
- 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;
- d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del Codice stesso.

IL SUBAPPALTO

È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190.

Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara.

IL SUBAPPALTO

L'affidatario deposita il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno **venti giorni** prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni e al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmette la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.

IL SUBAPPALTO

È prevista una responsabilità in via esclusiva da parte del contraente principale nei confronti della stazione appaltante; mentre l'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi. Inoltre, questi è tenuto ad osservare integralmente 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.

Infine, è 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.

L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto.

IL SUBAPPALTO

La disciplina prevede che tali disposizioni possano applicarsi anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili; inoltre, si applicano agli affidamenti con procedura negoziata.

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, poi, possono richiedere alle stazioni appaltanti i certificati relativi alle prestazioni oggetto di appalto realmente eseguite.

IL SUBAPPALTO

In una recente sentenza il Consiglio di Stato (sez. V, 23.09.2022 n. 8223) ha sostenuto che l'istituto del subappalto necessario e quello dell'avvalimento non rispondono alla medesima *ratio* e, dunque, non è possibile estendere al primo le cause di esclusione previste dal legislatore per il secondo.

Infatti, l'obbligatoria indicazione nell'offerta della terna di subappaltatori e dei servizi che si intendono subappaltare non trasforma il subappalto c.d. necessario (o qualificatorio) in un istituto strutturalmente diverso dal subappalto c.d. facoltativo, fino a determinare una sorta di confusione tra avvalimento e subappalto, presentando questi ultimi presupposti, finalità e regolazioni diverse.

IL SUBAPPALTO

A differenza di quanto accade con l'avvalimento, anche nel caso di subappalto c.d. necessario il rapporto con l'impresa subappaltatrice non viene attratto nella fase della gara, ma (continua a) rileva(re) nella successiva fase dell'esecuzione dell'appalto, per come dimostrato dalle previsioni dell'art. 105, commi 7 (in tema di obbligazioni che sorgono per l'affidatario solo dopo la stipulazione del contratto) ed 8 d.lgs. n. 50 del 2016 (in tema di responsabilità esclusiva dell'affidatario nei confronti della stazione appaltante), oltre che dei commi successivi dello stesso art. 105, tutti attinenti alla sola fase esecutiva e tutti applicabili ad ogni tipologia di subappalto.

E', dunque, corretto sostenere che il "Il subappaltatore non "presta" o "fornisce" alcunché al concorrente subappaltante. Più semplicemente, qualora un servizio o un'attività oggetto dell'appalto principale sia interamente scorporabile, il subappaltatore svolge direttamente tale servizio o tale attività e, quindi, come anche previsto nel disciplinare della gara che qui occupa, è solo lui a dover possedere i relativi requisiti".