

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI PARTHENOPE

Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI STUDI in *MANAGEMENT PUBBLICO*

Diritto dei contratti e delle obbligazioni

mod. I

Prof.ssa Bianca Nicla Romano

A.A. 2023-2024

AVVALIMENTO E SUBAPPALTO

Impegni dell'operatore economico

Nell'ambito del Capo III del Titolo IV del Libro II sono disciplinati, all'art. 102, gli impegni dell'operatore economico al quale, nei bandi, negli avvisi e negli inviti, le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono di:

a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;

Impegni dell'operatore economico

b) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di 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, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;

Impegni dell'operatore economico

c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

Inoltre, ai fini di quanto previsto al comma 1, l'operatore economico deve anche indicare, nell'offerta, le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni.

La stazione appaltante verifica l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'articolo 110, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario.

Requisiti di partecipazione a procedure di lavori di rilevante importo

L'art. 103 disciplina, poi, i requisiti di partecipazione a procedure di rilevante importo, ovvero per gli appalti di lavori di importo pari o superiore ai 20 milioni di euro.

In tali casi, oltre ai requisiti di cui all'articolo 100, la stazione appaltante può richiedere requisiti aggiuntivi.

Pertanto, per verificare la capacità economico-finanziaria dell'operatore economico, quest'ultimo deve fornire i parametri economico-finanziari significativi richiesti, certificati da società di revisione ovvero da altri soggetti preposti che si affianchino alle valutazioni tecniche proprie dell'organismo di certificazione, da cui emerga in modo inequivoco l'esposizione finanziaria dell'operatore economico al momento in cui partecipa a una gara di appalto.

In alternativa, la stazione appaltante può richiedere un volume d'affari in lavori pari a due volte l'importo a base di gara, che l'operatore economico deve aver realizzato nei migliori cinque dei dieci anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando.

Requisiti di partecipazione a procedure di lavori di rilevante importo

Inoltre, per verificare la capacità professionale per gli appalti per i quali è richiesta la classifica illimitata, l'operatore economico deve fornire prova di aver eseguito lavori per entità e tipologia compresi nella categoria individuata come prevalente a quelli posti in appalto opportunamente certificati dalle rispettive stazioni appaltanti, tramite presentazione del certificato di esecuzione lavori.

Tale requisito si applica solo agli appalti di lavori di importo pari o superiore a 100 milioni di euro.

L'avvalimento

Nell'ambito dello stesso Capo III del Titolo IV del Libro II è contenuta anche la disciplina dell'avvalimento.

Nella disciplina dell'avvalimento si è cercato di procedere ad un vero e proprio cambio di impostazione, incentrando la disciplina sul contratto di avvalimento piuttosto che sul mero sistema del prestito dei requisiti.

L'avvalimento

L'avvalimento è un istituto che nasce in ambito europeo ed è finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, consentendo alle imprese non munite dei requisiti partecipativi di usufruire delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese.

Il principio generale che caratterizza l'istituto è quello secondo cui, ai fini della partecipazione alle gare d'appalto, il concorrente, per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche, nonché il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto e richiesti dal relativo bando, ha facoltà di avvalersi delle capacità e dei mezzi di uno o più soggetti diversi, ai quali può ricorrere tramite la stipulazione, appunto, di un contratto di avvalimento.

L'avvalimento

Molto prima di essere codificato, l'istituto è stato creato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea con la sentenza relativa al caso Bellast – Nedam Group C-389/94, ma soltanto con riferimento ai rapporti infragruppo, per cui il rapporto tra impresa ausiliata ed impresa ausiliaria veniva concepito soltanto all'interno del gruppo imprenditoriale d'appartenenza.

La riconduzione dell'istituto entro detti limiti ne ha attenuato il potenziale carattere dirompente, in quanto, pure se si derogava al tradizionale principio secondo cui ogni operatore deve possedere i requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni in gara, tale deroga poteva giustificarsi nell'ambito del gruppo imprenditoriale nel quale il *prestito* dei requisiti trovata la sua ragion d'essere nell'esistenza del collegamento societario.

L'avvalimento

L'impostazione affermata in tale sentenza è stata poi recepita dalle Direttive 17/2004 e 18/2004 secondo cui: i) l'avvalimento può riguardare qualsiasi requisito di natura tecnico-organizzativa o economico-finanziaria; ii) il concorrente può avvalersi anche per intero di un requisito non posseduto; la dimostrazione del possesso dei requisiti si estrinseca anzitutto nella prova che l'ausiliaria ha assunto lo specifico obbligo di porre a disposizione dell'ausiliata le risorse correlate alla dichiarazione di avvalimento; iii) l'accordo di avvalimento deve riguardare una determinata gara e può essere usato per dimostrare i requisiti necessari all'iscrizione ad un sistema di qualificazione a condizione che detto accordo intervenga tra imprese che fanno parte del medesimo gruppo societario (la limitazione ai legami infragruppo non opera, tuttavia, per i settori speciali).

L'avvalimento

Nel recepire ed attuare tali direttive, il D. Lgs. 163/06 ha introdotto nell'ordinamento nazionale l'istituto dell'avvalimento.

Utile nell'analisi dell'istituto il richiamo degli art. 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE.

Quest'ultima, in particolare, prevede la possibilità da parte dell'impresa interessata di fare affidamento sulle capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzative di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, a condizione che dimostri all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà delle risorse o dei mezzi necessari per eseguire il contratto.

L'avvalimento

Attraverso la disciplina del Codice del 2006 il legislatore ha principalmente tutelato la posizione della stazione appaltante in caso di ricorso all'istituto in questione, rafforzando i principi di trasparenza e concorrenzialità, al fine di prevenire rischi d'inquinamento delle gare.

In particolare ha previsto un divieto per l'ausiliaria di partecipare – sia a titolo individuale sia quale componente di R.T.I. o di consorzio – alla medesima gara in cui la stessa presti i suoi requisiti.

Detto divieto si estendeva anche a quelle imprese che, rispetto all'ausiliaria, si ponevano con questa in un rapporto di controllo ex art. 2359 c.c..

L'avvalimento

Vi era inoltre la limitazione del ricorso all'istituto dell'avvalimento rispetto ai lavori pubblici, in cui era possibile ricorrere ad una sola ausiliaria per ogni categoria di qualificazione (c.d. divieto di avvalimento plurimo).

Tuttavia, detta limitazione poteva essere derogata allorquando la stazione appaltante – in virtù dell'importo della procedura ovvero della specificità delle prestazioni – ammetteva il ricorso a più ausiliarie attraverso apposita previsione nel bando di gara. Restava fermo il divieto c.d. avvalimento frazionato rispetto ai singoli requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi ex art. 40, comma 3, lett. b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria (cfr. Corte di Giustizia C-94/2012 con cui è stato dichiarato il contrasto della norma italiana con la disciplina europea).

L'avvalimento

Ulteriore limitazione consisteva nel fatto che l'impresa ausiliaria potesse prestare i propri requisiti solo ed esclusivamente a favore di un unico concorrente (c.d. principio di esclusività), che ha tuttavia subito delle deroghe laddove in sede di prassi applicativa laddove erano richiesti requisiti tecnici relativamente al possesso di particolari attrezzature non facilmente reperibili e pertanto, più concorrenti possono avvalersi della stessa ausiliaria fino al numero massimo previsto nella *lex specialis*.

L'avvalimento

Il d.lgs. 50/2016 ha ampliato l'applicazione dell'istituto.

L'articolo 89, comma 1, prevedeva, infatti, che: "l'operatore economico, singolo o raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei 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, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste".

L'avvalimento

I caratteri e le finalità di fondo dell'istituto erano stati tracciati dall'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE (cui corrispondono le analoghe previsioni dell'articolo 38, paragrafo 2 della direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni e dell'articolo 79 della direttiva 2014/25/UE in tema di cc.dd. 'settori speciali').

L'obiettivo era l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile: esso è perseguito dalle direttive a vantaggio sia degli operatori economici (per facilitare tra l'altro l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici), che delle Stazioni appaltanti, consentendo l'accesso alle gare anche ad aziende di nuova costituzione o, comunque, non ancora in possesso dei requisiti necessari per la partecipazione a determinate procedure di affidamento di contratti pubblici.

L'avvalimento

Dal punto di vista applicativo, la problematica maggiormente dibattuta dalla giurisprudenza amministrativa investiva la dimostrazione del possesso dei mezzi, e dell'effettività e serietà della messa a disposizione. Incombeva, infatti, sul concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegnava semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assumeva l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità, e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto.

L'avvalimento

Consolidata giurisprudenza ha più volte rilevato che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo, invece, necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificavano l'attribuzione del requisito di qualità.

Tanto è vero che è stata ritenuta legittima l'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che abbia fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non conteneva alcuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati.

L'avvalimento

È stato evidenziato, infatti, al riguardo, che una puntuale analitica individuazione dell'oggetto del contratto, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (e l'indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali pubbliche, nella necessità di non consentire facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare (cfr., ex multis, Cds, Sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543).

L'avvalimento

Si possono ravvisare due distinte nozioni di avvalimento.

La prima ha ad oggetto le opere e servizi pubblici e si pone l'obiettivo di permettere la partecipazione a diversi operatori economici, medie o piccole imprese che siano, realizzando, in tal modo, il principio di concorrenza.

La seconda è connessa alla migliore gestione dell'apparato pubblico in termini di utilizzo di servizi e competenze di cui gli Enti sono dotati. Essa richiama i principi di economicità e razionalità dei mezzi e delle strutture alle quali la pubblica amministrazione deve fare ricorso per il perseguimento delle finalità e dei relativi compiti.

L'avvalimento

Il nuovo Codice introduce una significativa novità in materia in quanto ammette l'avvalimento non solo per ottenere i requisiti necessari alla partecipazione ad una gara, ma anche per ottenere un punteggio più elevato, grazie ai requisiti prestati dalla ditta ausiliaria.

Introduce, dunque, un "avvalimento premiale", con il limite del divieto di partecipazione alla medesima gara della ausiliaria e della ausiliata, e con l'obbligo per la ditta ausiliaria di possedere sia i requisiti generali che quelli specifici.

L'avvalimento

L'avvalimento può essere utilizzato per tutti i requisiti cd. speciali di partecipazione, che fanno riferimento alle caratteristiche dell'operatore economico sotto il profilo dell'attività e dell'organizzazione (requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa).

È, invece, precluso per i requisiti generali o soggettivi, i quali sono intrinsecamente legati alla situazione personale del soggetto, alla sua affidabilità morale e professionale, e non sono suscettibili di alcuna forma di sostituzione (l'art. 49 d.lgs. 163/2006 e l'art. 89 d.lgs. 50/2016 già prevedevano che sia l'impresa ausiliaria che quella ausiliata ne fossero provviste direttamente).

L'avvalimento

Ai sensi del comma 1 dell'art. 104, dunque, 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.

L'avvalimento

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.

L'avvalimento

Si tratta, dunque, di un contratto rientrante nella categoria dei contratti di prestito con il quale un concorrente ad una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto.

È specificata la necessità della forma scritta e la determinazione dell'oggetto. Prendendo posizione su di una questione più volte affacciata in giurisprudenza, si afferma che il contratto è normalmente oneroso (non potendosi escludere la gratuità nel caso in cui corrisponda anche ad un interesse proprio dell'impresa ausiliaria).

Proprio la diversa impostazione incentrata sul contratto di avvalimento, anziché sul prestito dei requisiti, consente di ricomprendere nell'ambito dell'avvalimento anche quella particolare figura indicata come avvalimento c.d. **premierale**, in cui il prestito delle risorse è diretto ad ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti.

L'avvalimento

Nel comma 3 sono stabiliti i casi in cui l'ausiliaria, essendo in possesso di requisiti non trasferibili, dovrà svolgere in proprio la prestazione; si rinvia in questo caso alla disciplina del subappalto.

La norma, infatti, recita:

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.

L'avvalimento

Nel comma 4, invece, si prevede che l'operatore economico alleggi alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intenda avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta.

Questi deve, inoltre, allegare, 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.

L'avvalimento

Nel comma 5 è previsto che l'impresa ausiliaria trasmetta 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.

L'avvalimento

Il comma 6 disciplina la valutazione sull'assenza di cause di esclusione da farsi anche in relazione all'ausiliaria, mantenendo ferma la possibilità di sostituzione dell'impresa ausiliaria.

La norma, infatti, prevede che 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.

Sempre 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.

L'avvalimento

Il comma 7 statuisce la responsabilità in solido tra l'operatore economico e l'impresa ausiliaria 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.

L'avvalimento

I commi da 8 a 10 ripropongono le previsioni del precedente codice, anche nella parte in cui si esclude l'ammissibilità dell'avvalimento per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali.

Nello specifico:

Il comma 8 prevede che 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.

L'avvalimento

Il comma 9 prevede che, 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.

L'avvalimento

Il comma 10 precisa che l'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'art. 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (T.U.A).

Ai sensi del 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.

L'avvalimento

L'art. 104 si conclude con una norma, il comma 12, che vieta la partecipazione alla medesima gara dell'impresa ausiliaria e di quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta.

L'avvalimento

La giurisprudenza consolidatasi durante la vigenza del Codice del 2016 consentiva l'avvalimento “**premiale**” solo qualora lo scopo principale del contratto fosse quello di ottenere anche (e soprattutto) dei requisiti di “partecipazione”, con possibilità che gli stessi permettessero poi di realizzare un maggior punteggio qualitativo (*ex multis* Cds, Sez. V, n. 2526/2021)

L'orientamento contrario si fondava, invece, sul rilievo che il mero prestito dei requisiti, mezzi e risorse non funzionali alla partecipazione alla procedura di gara rischiava di alterare la *par condicio* fra i concorrenti, consentendo l'attribuzione di un punteggio incrementale all'offerta di un operatore economico, al quale potrebbe non corrispondere, in fase esecutiva, un effettivo livello di qualificazione imprenditoriale.

L'avvalimento

Il legislatore del nuovo Codice non si pone più esclusivamente nella prospettiva di una messa a disposizione dei soli requisiti di partecipazione; infatti, l'art. 104 del d.lgs. 36/2023 contempla anche la possibilità di un avvalimento “per migliorare la propria offerta” (art. 104, co. 4), consistente nella “formalizzazione” dell'avvalimento premiale puro, ovvero quello adottato non esclusivamente a fini partecipativi, bensì per permettere all'operatore economico di ottenere un punteggio maggiore nella valutazione della propria offerta tecnica, determinando il definitivo superamento del divieto, individuato nella precedente giurisprudenza, dell'avvalimento meramente premiale finalizzato esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria proposta negoziale.

L'avvalimento

La giurisprudenza formatasi dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice, tuttavia, evidenzia, correttamente, che tali disposizioni normative hanno un evidente carattere innovativo, e non interpretativo, per cui non può essere predicata la loro interpretazione retroattiva, estesa anche alle gare già bandite e svolte sotto il regime del pregresso codice appalti (TAR Campania, Napoli, Sez, III, 04/08/2023 n. 4756).

La contraria opzione comporterebbe quantomeno una lesione della *par condicio* dei concorrenti, avendo la stazione appaltante regolato la gara con riferimento espresso nella *lex specialis* all'art. 89 del D. Lgs 50/2016, ed ai connessi limiti con cui lo stesso è stato applicato nel diritto vivente, disciplina sulla base della quale tutti i concorrenti hanno calibrato la propria offerta.

L'avvalimento

TAR Campania, Salerno, Sez. I, 19/9/2023, n. 2014

La giurisprudenza ha successivamente ribadito il principio di irretroattività dell'avvalimento premiale nella vigenza del vecchio codice, affermando che «la giurisprudenza esclude l'ammissibilità dell'avvalimento meramente premiale, utilizzato dal concorrente già in possesso dei requisiti di partecipazione, all'unico ed esclusivo fine di disporre di ulteriori elementi da spendere nell'ambito dell'offerta tecnica e di conseguire il relativo punteggio premiale; la medesima giurisprudenza ammette invece l'avvalimento premiale da parte del concorrente che non sia già in possesso dei requisiti di partecipazione, al fine di disporre sia dei citati requisiti sia dei correlati elementi utili a comporre l'offerta tecnica e a costituire oggetto di valutazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 9 febbraio 2023, n. 1449, Consiglio di Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526, Consiglio di Stato, sez. V, 17 settembre 2021, n. 6347).

L'avvalimento

TAR Campania, Salerno, Sez. I, 19/9/2023, n. 2014

...segue

In tal caso il ricorso all'avvalimento risulta conforme alle caratteristiche strutturali e funzionali dell'istituto e alla sua logica pro concorrenziale, operando a favore non dell'operatore economico che miri esclusivamente alla maggiore valorizzazione della propria offerta ma di quello che, privo dei requisiti di partecipazione, disponga delle risorse messe a disposizione per meglio articolare la propria offerta» ().

L'avvalimento

TAR Campania, Salerno, Sez. I, 19/9/2023, n. 2014

...segue...

Infatti, se con l'avvalimento l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata i requisiti speciali di partecipazione di cui questa risulta carente e le connesse risorse aziendali, allora non può escludersi che l'impresa ausiliata, nella formulazione della offerta tecnica, utilizzi le medesime risorse, di cui può e deve disporre nella fase di esecuzione del contratto proprio sulla base del rapporto di avvalimento, al fine di comporre una proposta tecnica che possa essere maggiormente apprezzata dalla Stazione appaltante e conseguire i punteggi premiali previsti.

L'avvalimento

TAR Campania, Salerno, Sez. I, 19/9/2023, n. 2014

...segue...

Il TAR Campania ha dunque concluso affermando che «Tale elaborazione risulta coerente con l'impostazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 (espressamente richiamato dal par. 3 dell'avviso e applicabile alla procedura in questione, svoltasi nel vigore del citato decreto), tuttavia modificata dal nuovo art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 (non applicabile *ratione temporis* alla procedura) che, innovando e non meramente interpretando la previgente disciplina, consente l'avvalimento premiale puro ovvero l'avvalimento finalizzato non alla partecipazione ma all'esclusivo conseguimento delle risorse necessarie all'attribuzione di punteggi incrementali, sia pure con il limite partecipativo previsto dalla medesima disposizione quale opportuno temperamento a tutela dei rapporti concorrenziali».

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 precedente 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 ha sospeso fino al 30 giugno 2021 la norma secondo cui il subappalto in ogni caso non potrà superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture, elevando tale limite al 40%.

Sono escluse dalla sospensione della norma 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 (di cui al comma 11 dell'art. 89).

IL SUBAPPALTO

Inoltre, l'art. 49, comma 1, del recente 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, il subappalto non può 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

In una recentissima 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

Nel nuovo Codice la figura del subappalto è disciplinata all'art. 119, situato nella Parte VI relativa all'**ESECUZIONE**.

Tale norma ricalca il testo dell'art. 105 come modificato dall'art. 49 del decreto-legge n. 77/2021, conv. dalla legge n. 108 del 2021, e dall'art. 10 della legge n. 231 del 2021, in particolare quanto alla soppressione dei limiti quantitativi al subappalto ed al rispetto da parte del subappaltatore dell'obbligo di indicare una terna di nominativi di subappaltatori in fase di aggiudicazione e di offerta.

Si sono mantenute, coordinandole anche con quanto previsto dall'art. 11 in tema di applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali, la disciplina delle tutele economiche e normative dei lavoratori dipendenti dal subappaltatore e la responsabilità solidale dell'affidatario con il subappaltatore in merito agli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

IL SUBAPPALTO

Nel comma 1 si è apportata una correzione al comma 1 dell'art.105, per rimediare ad un'impresione teorica riguardante il regime delle nullità collegato al divieto di cessione del contratto ed ai limiti del subappalto. Si è, quindi, previsto che la nullità riguardi il contratto di cessione e gli accordi in deroga ai limiti normativi del subappalto, mentre l'ambigua formulazione dell'art. 105, comma 1, riferiva la nullità, piuttosto, al contratto ceduto.

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.

IL SUBAPPALTO

Tale norma prevede, infatti, che 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.

È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.

IL SUBAPPALTO

Il comma 2 definisce la figura del 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.

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.

IL SUBAPPALTO

Sempre il comma 2 prevede che, 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.

IL SUBAPPALTO

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.

IL SUBAPPALTO

Il comma 3 prevede le categorie di forniture o servizi che non si configurano come attività affidate in subappalto, per la loro specificità. E cioè:

- 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;

IL SUBAPPALTO

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.

Ai sensi del comma 4, poi, 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 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.

IL SUBAPPALTO

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.

IL SUBAPPALTO

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.

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.

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.

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.

IL SUBAPPALTO

L'affidatario sostituisce, ai sensi del comma 10, previa autorizzazione della stazione appaltante, i subappaltatori relativamente ai quali, all'esito di apposita verifica, sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione.

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.

IL SUBAPPALTO

È previsto, inoltre, che il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, garantisca 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.

IL SUBAPPALTO

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

Inoltre, 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.

IL SUBAPPALTO

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.

IL SUBAPPALTO

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.

IL SUBAPPALTO

La novità più rilevante è l'ammissione della disciplina del c.d. subappalto a cascata (vietata nel D.Lgs. n. 50/2016).

Tale previsione supera il rigido divieto in forza del quale, finora, l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non poteva formare oggetto di ulteriore subappalto.

Invece, il comma 17 dell'art. 119 mira a soddisfare le prescrizioni delle direttive UE in ordine al superamento del divieto assoluto di ricorrere al subappalto per prestazioni a loro volta già oggetto di subappalto, fissato dalla disciplina nazionale in maniera astratta, quindi prescindendo da qualsiasi possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzionare il carattere essenziale degli incarichi.

IL SUBAPPALTO

L'opzione non può peraltro genericamente leggersi come liberalizzazione del subappalto cosiddetto "a cascata".

Si tratta, invece, di garantire l'esigenza che, nel necessario rispetto dei principi di trasparenza e di tutela del mercato del lavoro, limitazioni alla possibilità di ricorso all'ulteriore subappalto possono essere disposte dalle stazioni appaltanti, purché specifiche e motivate nella documentazione di gara, in base ad una serie di parametri che lo stesso legislatore si premura di fissare.

IL SUBAPPALTO

In tal senso la nuova disciplina prevede che è possibile indicare “le prestazioni o le 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 loro complessità, 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”, ovvero nelle cosiddette *white list*.

IL SUBAPPALTO

Le disposizioni sul subappalto, ai sensi del comma 18, 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.

IL SUBAPPALTO

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.

Le stazioni appaltanti rilasciano i certificati necessari per la partecipazione e la qualificazione all'appaltatore, ai sensi del comma 20, 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.