

di Massimo Gentile

### **I limiti al subappalto in favore dell'impresa ausiliaria**

La novità di maggiore rilievo contenuta nel D.lgs. 26 gennaio 2007 n. 6 - meglio noto come Decreto correttivo al Codice dei Contratti Pubblici di cui al D.lgs. n. 163/2006 - è indubbiamente costituita dalla modifica apportata all'articolo 49 comma 10 in tema di avvalimento.

A tal proposito, giova rammentare che la precedente versione del richiamato comma 10 dell'articolo 49 – di fatto mai applicata in virtù della sospensione disposta dal decreto legge 12 maggio 2006 n. 173, convertito in Legge 12 luglio 2006, n. 228 – stabiliva che il contratto di appalto doveva, in ogni caso, essere eseguito dall'impresa partecipante alla gara, senza possibilità per l'impresa ausiliaria di assumere, a qualsiasi titolo, il ruolo di appaltatore o di subappaltatore.

In altre parole, il soggetto che “prestava” i requisiti avrebbe dovuto limitarsi a mettere a disposizione dell'impresa “avvalente” tutte le risorse occorrenti per l'esecuzione dell'appalto, senza poter partecipare alla fase esecutiva dei lavori.

La domanda che si ponevano gli operatori del settore era come potesse l'impresa avvalente, una volta ottenuto il prestito dei requisiti occorrenti ai fini della partecipazione alla gara, procedere all'esecuzione dell'appalto senza il contributo dell'impresa ausiliaria.

Ebbene, il c.d. decreto correttivo ha modificato il comma 10 dell'articolo 49 prevedendo che *“l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati”*.

A ben vedere, la precedente versione del comma 10 disponeva anche il divieto per l'impresa ausiliaria di assumere a *“qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore”*. Ciò, a stretto rigore, stava a significare che l'impresa che prestava i requisiti non poteva

contemporaneamente assumere il ruolo di appaltatore, verosimilmente nemmeno in veste di membro di una compagine associativa appaltatrice.

Nell'attuale versione del comma 10 è scomparso ogni riferimento all'appaltatore e, dunque, nessuna preclusione sembra porsi in tal senso.

Come già detto, la norma ammette invece espressamente la possibilità per l'impresa ausiliaria di assumere l'esecuzione dei lavori in subappalto "*nei limiti dei requisiti prestati*".

Non può nascondersi come l'effettiva portata di tale limitazione risulti piuttosto oscura.

Il riferimento ai "*requisiti prestati*" impone di mettere in correlazione la "quantità e qualità" delle prestazioni che l'appaltatore può subappaltare all'impresa ausiliaria, con il complesso dei requisiti che hanno formato oggetto di avvalimento.

Dunque, nell'ipotesi in cui l'impresa ausiliaria si sia limitata a prestare - a mero titolo esemplificativo - requisiti di carattere "economico e finanziario", ci si chiede come sia individuabile il "limite" delle prestazioni subappaltabili.

Analogo discorso vale nel caso in cui il prestito abbia avuto ad oggetto attrezzatura, mezzi d'opera o addirittura solo il requisito del personale.

In buona sostanza, non essendo possibile mettere in raffronto i requisiti prestati con le prestazioni subappaltabili, essendo evidentemente termini non rapportabili, la limitazione di che trattasi risulta di fatto del tutto inapplicabile.

Le considerazioni di cui sopra assumono valenza soprattutto in relazione a contratti di appalti di servizi e forniture, in quanto per ciò che attiene ai lavori pubblici, la necessità del solo requisito del possesso della certificazione SOA rende possibile una sorta di correlazione tra requisiti prestati e prestazioni subappaltabili.

Un problema analogo può invece verificarsi laddove oggetto di avvalimento risulti il requisito della cifra d'affari di cui all'articolo 3 comma 6 del D.P.R. n. 34/2000. Anche in tal caso non sembra infatti possibile l'individuazione del margine di subappaltabilità dei lavori in favore dell'impresa ausiliaria in ragione del limite dei requisiti prestati.

## **La diversa posizione del Consiglio di Stato**

L'introduzione del limite in parola non sembra peraltro in linea con le indicazioni del Consiglio di Stato di cui al parere n. 3641/2006, reso in ordine al decreto correttivo.

In tal sede, i giudici di Palazzo Spada, nel segnalare il rischio dell'instaurazione di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea nei confronti del nostro Stato in relazione alla vecchia formulazione dell'articolo 49 comma 10 - laddove poneva il divieto per l'impresa ausiliaria di partecipare alla realizzazione dell'appalto - hanno evidenziato l'opportunità di inserire una previsione a favore dei concorrenti della facoltà di *“avvalersi nell'esecuzione dei lavori della società ausiliaria, nei limiti della competenza di questa ultima”*.

Il limite suggerito dal Consiglio di Stato della “competenza” risulta essere un concetto radicalmente diverso rispetto a quello dei “requisiti prestati”.

In particolare, con il termine competenza è chiaramente invocato il complesso dei requisiti e, dunque, la capacità (*rectius*, competenza) in possesso dell'impresa ausiliaria, a prescindere dall'effettivo requisito che ha formato oggetto di prestito.

E' evidente dunque che l'attuale formulazione del comma in commento si è significativamente discostata dalle indicazioni del Consiglio di Stato.

Non solo. Il limite introdotto dal decreto correttivo crea anche una situazione di disparità di trattamento, in termini di possibilità di acquisire subappalti, tra un'impresa “ausiliaria” ed un'impresa terza che, oltre ad essere del tutto ingiustificata, sembra proprio frustrare uno dei presupposti dell'istituto dell'avvalimento, ossia l'instaurarsi di un rapporto sinergico tra ausiliario e avvalente.

## **La responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria**

La realtà dei fatti è che ben avrebbe fatto il legislatore se si fosse limitato ad eliminare l'ultima parte del comma 10, senza inserire alcuna disposizione che, al di là delle reali intenzioni, costituisce comunque un elemento di ingiustificata restrizione della libertà dell'impresa ausiliaria.

Peraltro, tale restrizione mal si concilia con lo stesso sistema di responsabilità solidale tra l'impresa ausiliaria e l'impresa esecutrice nei confronti della stazione appaltante, previsto dalla restante parte dell'articolo 49 e riferito genericamente alle prestazioni oggetto del contratto.

E' evidente infatti che il regime di responsabilità solidale non sembra affatto congruente con qualsiasi tipo di vincolo posto in capo all'impresa ausiliaria in merito alla possibilità di partecipare alla fase esecutiva delle prestazioni.

Secondo alcuni commentatori del Codice dei contratti, per sciogliere questa apparente contraddizione si potrebbe configurare la responsabilità solidale in termini di garanzia che grava sull'impresa ausiliaria in caso di inadempimento dell'impresa concorrente, titolare del contratto. In tal senso, qualora quest'ultima non dovesse adempiere alle obbligazioni contrattuali, la stazione appaltante potrebbe rivalersi in "via solidale" anche nei confronti dell'impresa ausiliaria quale garante, o chiedendo a quest'ultima l'adempimento delle prestazioni (cioè l'esecuzione dei lavori) ovvero chiamandola a rispondere solidamente all'impresa concorrente a titolo di risarcimento danni.

A ben vedere, un'interpretazione della norma in virtù della quale sarebbe consentito alla stazione appaltante, in caso di inadempimento dell'appaltatore, di chiedere (*rectius*: pretendere) un "subentro" nella fase esecutiva dell'impresa "ausiliaria", ancorché suggestiva, non sembra trovare né conforto, né adeguato supporto nel dato di legge.

Ad opinione di chi scrive, una lettura della norma finalizzata a rendere coerente il complesso delle previsioni disciplinanti l'avvalimento, impone che, ogniqualvolta l'impresa ausiliaria non partecipi alla fase esecutiva dei lavori, la responsabilità (solidale) debba essere intesa esclusivamente in relazione alla messa a disposizione dei mezzi (da considerarsi in senso ampio) occorrenti per l'esecuzione del contratto.

Più nel dettaglio, laddove l'inadempimento dell'impresa appaltatrice sia riconducibile a "carenze" (qualitative o quantitative) dei mezzi impiegati per l'esecuzione del contratto, l'impresa ausiliaria sarebbe solidalmente responsabile nei confronti della stazione appaltante.

Al di fuori di questa ipotesi, la stazione appaltante potrebbe agire solo nei confronti dell'impresa esecutrice del contratto.

Ma al di là di tutti gli sforzi di ermeneutica possibili, l'attuale disciplina dell'avvalimento presta il fianco a troppe incertezze e, come tale, non può che considerarsi un mero punto di partenza.

### **Avvalimento, categoria prevalente e SIOS**

Ulteriore conferma della fragilità dell'attuale formulazione dell'articolo 49 comma 10, è data dalla esistenza di due ulteriori dubbi interpretativi afferenti i subappalti di lavori.

In primo luogo, la norma non chiarisce se, nel caso in cui l'avvalimento abbia ad oggetto i requisiti di qualificazione relativi alla categoria prevalente, trovi comunque applicazione il limite del 30% fissato dal legislatore per i subappalti di lavori rientranti nella categoria prevalente (articolo 118 comma 2 del Codice).

La questione non è di poco conto.

Infatti, se tale limite dovesse ritenersi valido anche in relazione all'ipotesi di subappalto in favore dell'impresa ausiliaria – come appare logico e coerente con una lettura in combinato delle due disposizioni codicistiche – si verrebbe a delineare la medesima situazione di perplessità legata alla precedente versione del comma 10: come può il soggetto privo di requisiti eseguire senza il contributo dell'impresa ausiliaria? Tale timore assume vieppiù rilevanza proprio in riferimento ai lavori della categoria prevalente che, come noto, costituiscono il cuore dell'opera da realizzare.

In secondo luogo, non è chiarito se il subappalto all'impresa ausiliaria debba o meno essere assoggettato al divieto di cui all'articolo 37 comma 11 del Codice Unico, in base al quale non è possibile procedere al subappalto di strutture, impianti ed opere speciali (c.d. categorie "super-specialistiche") qualora abbiano un incidenza superiore al 15% dell'importo dell'appalto.

Anche in tal caso, il silenzio del legislatore sembrerebbe far propendere per l'ipotesi della validità di tale limite, riproponendo ancora una volta il problema di

comprendere con quale modalità l'appaltatore possa eseguire le prestazioni ad esso affidate, senza possedere la necessaria capacità di esecuzione delle stesse.

A tal riguardo, non può non sottolinearsi che lo scopo della disciplina riservata alle c.d. categorie “super-specialistiche” è proprio quello di evitare che le relative lavorazioni possano essere eseguite da soggetti privi di qualificazione e, laddove queste assumano una rilevante entità economica, impedire anche il ricorso al subappalto.

Orbene, è evidente che la possibilità di utilizzare l'avvalimento anche in relazione a tali lavorazioni, comporta il superamento di detti limiti, atteso che un soggetto, pur non possedendo qualificazione SOA per dette categorie, potrebbe comunque assumere ed eseguire in proprio i relativi lavori avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto.

Ciò rappresenterebbe, a tutti gli effetti, una sorta di aggiramento del disposto all'articolo 37 comma 11 del Codice Unico.

In tale contesto, la possibilità di concedere in subappalto all'impresa “prestatrice” dei requisiti, costituirebbe quantomeno garanzia che il soggetto che materialmente esegue dette lavorazioni è effettivamente in possesso delle adeguate capacità e competenze.

In ogni caso, è evidente che il divieto in parola verrebbe comunque ad essere sensibilmente circoscritto.

### **L'avvalimento “ridotto”**

In considerazione di quanto sopra, può conclusivamente affermarsi che la evidente lacunosità della disciplina dell'istituto fa sì che i problemi dovranno essere risolti dalle stazioni appaltanti, caso per caso, con tutti i rischi sottesi ad ogni decisione che dovrà essere assunta.

E' opinione di chi scrive che una possibile sponda che il legislatore ha offerto agli operatori è contenuta nella seconda parte del comma 7 dell'articolo 49, in base al quale “Il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o

dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso'.

L'utilizzo di tale disposizione, correttamente motivata in ragione della natura o dell'importo dell'appalto, può consentire alla stazione appaltante di evitare che parti delicate di un'opera (quali in particolare le lavorazioni di cui alle categoria prevalente o alle categorie SIOS di importo superiore al 15%) possano essere assunte da soggetti privi di capacità.

In altre termini, in sede di bando di gara la stazione appaltante potrebbe ammettere l'avvalimento solo da parte di quei concorrenti che risultino in possesso della occorrente qualificazione in relazione alla categoria prevalente ed alle categorie concernenti strutture, impianti ed opere speciali di importo superiore al 15% dell'appalto.

In tal caso, l'utilizzo dell'avvalimento sarebbe possibile solo per "integrare" detti requisiti minimi posseduti dall'impresa avvalente e, dunque, solo in relazione alle ulteriori categorie formanti oggetto dell'appalto, le quali sarebbero gioco forza tutte subappaltabili all'impresa ausiliaria.