

**IL SUBAPPALTO CHE DIVENTA AVVALIMENTO:
CRONACA DI CREAZIONI GIURISPRUDENZIALI**

Dott.ssa Francesca Bochicchio

Specializzanda presso la Scuola di Specializzazione per le
Professioni Legali dell'Università degli Studi di Roma
Tor Vergata

Premessa

Il subappalto e l'avvalimento sono due istituti estremamente diversificati, nella *ratio* e nella disciplina, entrambi regolati dal codice dei contratti pubblici. Nonostante tale diversità, riconosciuta da dottrina e giurisprudenza, negli ultimi anni quest'ultima ha operato un riavvicinamento di tali istituti, quasi fino ad eliderne i confini, dando origine al cosiddetto "subappalto necessario". In tale ipotesi, si è sostenuto, più che di subappalto bisognerebbe parlare di "avvalimento sostanziale", e di quest'ultimo occorrerebbe seguire la disciplina, quasi che l'avvalimento sia principio dell'ordinamento, come pure è stato sostenuto.

Pertanto, ci si propone di analizzare questa nuova figura di avvalimento e di valutarne la tenuta anche alla luce dei più recenti pareri dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici e della determinazione di quest'ultima numero 4 del 10 ottobre 2012.

L'avvalimento e il subappalto

Ai fini di una più esaustiva trattazione dell'argomento indicato, è opportuno procedere ad una preventiva analisi delle maggiori differenze intercorrenti tra il subappalto e l'avvalimento.

Quest'ultimo è regolato dall'articolo 49 del codice dei contratti pubblici e la sua introduzione nel nostro ordinamento risponde ad una esigenza, tutta europea, di garantire la massima partecipazione alle gare di appalto, in quanto consente al soggetto manchevole dei requisiti tecnici richiesti dalla stazione appaltante, di avvalersi degli stessi posseduti da altri soggetti. Si fa chiaramente riferimento a requisiti speciali (comprese le attestazioni SOA) tecnici ed economico- finanziari¹. Pur in assenza di definizioni da parte del codice, è possibile affermare che l'avvalimento è un contratto consensuale ad effetti obbligatori, dunque sottoposto alle regole del diritto privato. Caratteristica fondamentale da sottolinearsi, è che l'impresa ausiliaria che permette alla partecipante alla gara di usufruire dei propri requisiti, non è terza rispetto alla gara stessa ma, da un lato, si obbliga verso l'impresa concorrente mediante contratto, e dall'altro effettua una dichiarazione indirizzata direttamente alla stazione appaltante, con la quale si obbliga anche verso di essa a garantire le proprie risorse per tutta la durata della gara. Tale dichiarazione è evidente garanzia per l'amministrazione circa l'affidabilità del soggetto ibrido, che viene a crearsi in virtù dell'avvalimento. Ancora a riprova della non alterità dell'impresa avvalsa rispetto alla gara, il quarto comma dell'articolo 49 prevede la responsabilità in solido del concorrente e dell'ausiliario, nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni previste dal contratto.

¹ FANTINI, *Art. 49 Avvalimento*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di Garofoli- Ferrari, Roma 2009, pag. 415

A fronte di quanto esposto, non risulta difficile comprendere la previsione dell'articolo 49, il quale prevede che l'avvalente presenti, già nell'offerta, il contratto stipulato con l'avvalso e che anche quest'ultimo effettui le opportune dichiarazioni circa il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38, essendo esso stesso inserito nella gara.

Quanto al subappalto, invece, esso è regolato dall'articolo 118 del codice dei contratti pubblici ed è considerabile quale specie del *genus* dei subcontratti delineati dal codice civile. In questo caso l'impresa partecipante alla gara sceglie di affidare l'esecuzione dei lavori, o parte di essa, ad altra impresa, per il tramite di un contratto di subappalto, pur rimanendo responsabile dell'esecuzione dei lavori. Pertanto tale istituto viene in essere sulla base di un contratto tra soggetti privati che, seppure legato a filo doppio con quello stipulato con l'amministrazione, rimane autonomo rispetto ad esso.

Il soggetto partecipante alla gara, dunque, stando a quanto previsto dalla lettera della legge, ed è qui che si incardina il nodo della questione, dovrebbe soltanto indicare la volontà di subappaltare i lavori o una quota di essi (a differenza di quanto previsto prima della legge 415 del 1998). Successivamente l'appaltatore avrà l'obbligo di depositare il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima dell'inizio dell'esecuzione, unitamente alla dichiarazione del possesso, da parte del subappaltatore, dei requisiti generali e di quelli richiesti per la specifica prestazione. A fronte della lettera della norma, dunque, risulta desumibile come l'incompletezza della dichiarazione di voler subappaltare i lavori rispetto alle generalità del subappaltatore, non comporti l'esclusione dalla gara, ma la sola impossibilità di ricevere l'autorizzazione al sub-affidamento dell'esecuzione.

La normativa relativa al subappalto è da considerarsi di ordine pubblico, in quanto posta a presidio della tutela delle gare pubbliche dalle infiltrazioni mafiose. Pertanto è previsto che le categorie principali possano essere concesse in subappalto solo fino ad una quota pari al trenta per cento nel caso dei lavori, e ad un quota da valutarsi in base all'importo complessivo del contratto quanto ad appalti di servizi e forniture. Inoltre, si impone l'autorizzazione (di natura provvedimentoale e non negoziale) dell'amministrazione al contratto di subappalto, senza la quale è integrata la fattispecie di reato di cui all'articolo 21 della legge num. 646 del 1982².

A fronte delle valutazioni svolte, è lapalissiano come i due istituti si differenzino tanto per la *ratio* creativa da parte del legislatore e per la disciplina, quanto per la fase della procedura di evidenza in cui essi rilevano. Mentre, infatti, l'avvalimento rileva già in fase di gara, così non è per il subappalto che resta avulso da quest'ultima e non rientra tra le attività di organizzazione dell'impresa aggiudicataria.

Nonostante le differenze che si sono elencate tra gli istituti, tuttavia, è il caso di sottolineare come essi possano venire ad incidere anche sul medesimo rapporto tra imprese. Il decimo comma dell'articolo 49, infatti, prevede che l'impresa ausiliaria possa assumere anche il ruolo di subappaltatore, nei limiti dei requisiti prestati. Dunque, dopo il dlgs 6 del 2007, modificativo di tale comma, l'avvalimento cessa di essere un ausilio tecnico-organizzativo che inerisce solo alla fase di gara, e diventa strumento di garanzia per l'amministrazione anche in fase di esecuzione³.

² CANCRINI, PISELLI, CAPUZZA, *Commentario al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Roma 2010, pag. 240

³ CANCRINI, PISELLI, CAPUZZA, *op. cit.*

Tale disposizione, proprio a fronte della differente disciplina di subappalto e avvalimento, ha creato non pochi problemi interpretativi. Innanzitutto si pone la questione della presentazione del contratto in sede di offerta, così come previsto dalla lettera f) del secondo comma dell'articolo 49, ossia è sorto il dubbio che tale contratto debba essere quello di subappalto. Considerata, tuttavia, la mancata cogenza della norma, che esprime solo una possibilità circa l'assunzione da parte dell'avvalso del ruolo di subappaltatore, la risposta dovrà essere negativa.⁴ Problemi maggiori, tuttavia, vengono in essere rispetto alla natura strettamente vincolata del subappalto, dato il suo essere istituito a tutela dell'ordine pubblico. Occorre, infatti, valutare se tali limiti, come sopra descritti, valgano anche nel caso speciale in cui l'impresa subappaltante sia anche ausiliaria.

Nell'ipotesi appena descritta, infatti, l'impresa subappaltante, stando al disposto del comma 4 dell'articolo 49, risponde in solido con l'appaltatore per l'esecuzione dei lavori, dunque in deroga a quanto previsto dalla normativa del subappalto. Sembrerebbe, quindi, nata una nuova ulteriore figura di subappalto, speciale per così dire, che risponderebbe alla normativa prevista per l'avvalimento e per il quale, quindi, non dovrebbero valere nemmeno i limiti dell'articolo 118 quanto alla categoria prevalente. Tale situazione sarebbe giustificata dalla natura profondamente innovativa dell'avvalimento così come congegnato, che giustificherebbe eventuali deroghe alle norme dell'ordinamento⁵.

Tuttavia, per quanto tale posizione sia stata da molti condivisa e applicata anche dalla giurisprudenza, parte della dottrina rimaneva scettica rispetto al fatto che la disciplina dell'avvalimento potesse essere totalmente applicata al subappalto, data la mancanza di espresse deroghe normative. Di questo medesimo avviso è stata anche l'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici, che con la determinazione numero 2 del primo agosto 2012, ha chiarito che il subappalto " *si muove su un piano diverso sotto il profilo strutturale in quanto mezzo per qualificare un concorrente in relazione ad una specifica gara, altrimenti privo di requisiti; concorrente che, se consegue l'aggiudicazione, esegue il contratto*". Pertanto, chiarisce l'Avcp differenziando la fase di partecipazione alla gara cui si applica la *ratio* dell'avvalimento da quella di esecuzione, durante quest'ultima, in assenza di deroghe espresse, dovranno essere applicati comunque i limiti del subappalto.

Subappalto necessario e avvalimento sostanziale nella giurisprudenza e nei pareri dell'Autorità di Vigilanza

Qualora un soggetto partecipante ad una gara risultasse privo dei requisiti speciali richiesti, esso avrebbe una serie di possibilità al fine di poter recuperare altrove tali elementi. Potrebbe, infatti, partecipare alla gara all'interno di un Raggruppamento temporaneo di imprese, avvalersi dei requisiti di un'altra impresa, o infine subappaltare i lavori ad altro soggetto, in questo caso il subappalto sarebbe, appunto necessario ai fini della partecipazione alla gara.

Stanti le profonde differenze indicate tra subappalto e avvalimento, nell'ultima ipotesi descritta esse non sembrano essere troppo rilevanti, almeno in base ad una ormai costante giurisprudenza.

La sentenza della quinta sezione del Consiglio di Stato del 21 novembre 2012 numero 5900, conformandosi a numerosi precedenti del medesimo Consesso in essa richiamati, sottolinea come nell'ipotesi testé indicata, sia necessario che l'impresa partecipante alla gara indichi, al momento della presentazione dell'offerta, gli estremi

⁴ MANGANI, *Avvalimento e subappalto*, in www.giustamm.it, n. 3 del 2007

⁵ *Ibidem*

dell'impresa subappaltatrice. Si legge, infatti, nella pronuncia, che l'interpretazione corretta da darsi alla lettera dell'articolo 118, impone che il mero avvertimento di voler appaltare l'esecuzione dei lavori, debba riferirsi ai soli casi in cui l'appaltatore sia in possesso egli stesso dei requisiti speciali richiesti.

La *ratio* di tale lettura dell'articolo 118 è più esaurientemente spiegata nella sentenza del Consiglio di Stato del 2 maggio 2012 numero 2508. Nel caso in cui il partecipante alla gara, infatti, sia privo del requisito speciale previsto nel bando, nonostante egli abbia indicato chiaramente la sua volontà di subappaltare l'esecuzione dei lavori, la pubblica amministrazione non sarebbe in grado *"di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un soggetto (...) per la corretta esecuzione del contratto."* In questo modo, sostiene il Supremo Consesso, la stazione appaltante verrebbe completamente gravata del rischio *"che l'appaltatore non sia poi in grado di rinvenire gli apporti necessari per la corretta esecuzione delle lavorazioni, con i conseguenti rischi in termini di esecuzioni non adeguate, ovvero in termini di costi per l'integrale ripetizione della gara."*

Ancora, si sottolinea come il caso fisiologico in cui il subappalto venga utilizzato, è quello in cui il soggetto che indichi di volersene avvalere, sia già in possesso dei requisiti richiesti. Laddove, invece, questo non accada e il subappalto dovesse essere utilizzato per sopperire ad una mancanza essenziale, esso sarebbe piuttosto qualificabile come "avvalimento sostanziale" e di tale istituto dovrebbe subire la disciplina. Pertanto, nel caso appena indicato, la mancanza di una dichiarazione da parte dell'impresa partecipante alla gara, che contenga anche l'indicazione delle generalità del subappaltatore, è causa di esclusione dalla gara, nonostante, come sopra evidenziato, ciò non sia minimamente previsto dalla lettera della legge.

Tuttavia la giurisprudenza non è del tutto concorde circa questa presa di posizione. Si consideri, infatti, la sentenza numero 3563 del 19 giugno 2012, anch'essa del Supremo Consesso Amministrativo. In essa è possibile leggere una interpretazione strettamente testuale dell'articolo 118 del codice dei contratti pubblici, che non consente di giungere all'assunto per cui, in mancanza dei requisiti richiesti nel bando in capo al partecipante alla gara, quest'ultimo sia tenuto ad indicare le generalità dell'impresa cui subappalterà l'esecuzione dei lavori. L'onere di allegazione di tali elementi previamente alla stipula del contratto, era infatti già stato abolito con la legge numero 415 del 1998, prima ancora dell'intervento dell'articolo 118 del dlgs 163 del 2006. *"Infatti"*, sottolinea il Consiglio di Stato nel tentativo di chiarire il fondamento di tale teorica, *"è rimandata al momento della costituzione del rapporto contrattuale l'individuazione dei subappaltatori, nonché la specificazione della loro qualificazione e del possesso dei requisiti generali di partecipazione"*. In tale pronuncia, dunque, i giudici del Consiglio di Stato non ritengono esserci spazi per la creazione giurisprudenziale di nuovi istituti, peraltro nascenti dall'ibrida crasi di istituti già esistenti.

Anche l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici è intervenuta sul tema dell'avvalimento sostanziale e della sua ammissibilità alla luce della normativa vigente, mediante due pareri, peraltro totalmente discordanti.

L'Avcp, infatti, il 7 luglio del 2011, con parere numero 128, si dimostrava assolutamente concorde con la giurisprudenza amministrativa, ritenendo che l'incompleta dichiarazione circa il subappalto, nel caso in cui la legge preveda l'impossibilità di eseguire le lavorazioni per soggetti sprovvisti dei requisiti, comporti l'esclusione del partecipante dalla gara. Ciò in quanto sarebbe inibito all'amministrazione un controllo sulle qualificazioni, da svolgersi come per tutti gli altri partecipanti, in sede di valutazione dell'ammissibilità delle offerte.

Tuttavia, la stessa Autorità, il 7 novembre dell'anno successivo, emetteva altro parere, il numero 187, in cui mostrava di aderire alla tesi esattamente contraria. Si sostiene in tale pronuncia, infatti, che la normativa vigente prevede solo l'obbligo di indicare la quota della prestazione da subappaltare *"qualora questa sia necessaria per documentare il possesso dei requisiti richiesti dal bando per eseguire in proprio le opere."* Solo in tali casi, in base alla pretesa tassatività della cause di esclusione dalla gara sancita dall'articolo 46 del codice dei contratti pubblici, qualora mancasse l'indicazione di tale quota, l'impresa partecipante potrebbe essere esclusa dalla gara. A voler opinare diversamente *"si porrebbe ad un'indebita assimilazione del subappalto all'avvalimento, in contrasto con la ratio dell'istituto e con la disciplina di diritto positivo, rinvenibile essenzialmente negli artt. 49 e 118 del Codice dei contratti pubblici"*.

A fronte delle pronunce giurisprudenziali e dell'Autorità di vigilanza appena espresse, è possibile riassumere che, per la giurisprudenza prevalente, nei casi in cui il subappalto venga utilizzato al fine di sopperire alla mancanza di un requisito essenziale per l'esecuzione dei lavori, esso sia da configurarsi quale subappalto necessario. In tale ipotesi, tuttavia, la normativa di riferimento non sarebbe più quella dettata dall'articolo 118 del codice dei contratti, bensì quella di cui all'articolo 49, venendo a configurarsi, infatti, l'istituto dai natali tutti giurisprudenziali dell'"avvalimento sostanziale".

Dunque, l'avvalimento, da istituto previsto al fine di garantire la massima partecipazione alle gare, diventerebbe principio dell'ordinamento.

Conclusioni

1. A questo punto, occorre considerare la tenuta di tale istituto in base alla normativa vigente. Il Consiglio di Stato infatti, ha creato un istituto ibrido unendo insieme una fattispecie sub-contrattuale che interviene nel momento esecutivo delle procedure di evidenza, ed un istituto strumentale che, di regola, riguarda il momento precedente alle stesse.

Tale considerazione, tuttavia, prende le mosse dall'effettiva mancanza di norme che releghino definitivamente l'istituto dell'avvalimento nella fase iniziale della gara, impedendogli di essere utilizzato anche in fase di esecuzione. A riprova di quanto detto, vige il disposto di cui al decimo comma dell'articolo 49, come sopra considerato.

La malleabilità dell'istituto così come congegnato dal legislatore, è stata causa di una serie di considerazioni che hanno portato alla conclusione per cui l'avvalimento, lungi dall'essere mero istituto stretto nelle maglie del codice dei contratti pubblici, sia da ritenersi quale principio dell'ordinamento, valido dunque a regolamentare tutte quelle ipotesi di "prestito" dei requisiti non espressamente previste dal codice.

A questo punto, tuttavia, è d'obbligo considerare che, quand'anche si volesse aderire a tale argomentazione, occorrerebbe fare i dovuti correttivi che lo stesso Consiglio di Stato sembra aver oculatamente apportato.

I principi, infatti, sottendono le norme, che da essi sono ispirate pur rimanendone soltanto parziale espressione, né possono ritenersi esauriti nelle norme stesse. Per quanto l'avvalimento, tra tutti gli istituti aggregativi previsti dal codice, sia quello più ampio, non sarebbe comunque possibile confonderlo col principio di cui esso stesso è

espressione. Tale visione sarebbe altresì osteggiata dall'impossibilità di spiegare come il "principio avvalimento", possa esaurirsi nella procedimentalizzazione che di esso fa il Legislatore nel Codice dei contratti pubblici.⁶

A riprova di quanto appena affermato, si è sottolineato che il Supremo Consesso Amministrativo aggiunge all'avvalimento la parola "sostanziale", quasi a volersi discostare necessariamente dall'istituto tecnicamente inteso, consapevole che esso così come qualificato, non è valutabile quale principio. Pertanto, si è sostenuto, anche a voler ritenere esistente nell'ordinamento un principio che garantisca la possibilità di usufruire degli altrui requisiti al fine di poter partecipare alla gara, questo non potrà risolversi nell'avvalimento così come congeniato nel codice.

Dunque, la critica più ferrata e difficilmente superabile alla costruzione del Consiglio di Stato, riguarda la mancanza di disposizioni normative che esplicitino a chiare lettere la necessità di una dichiarazione da parte del subappaltante mancante dei requisiti, che indichi a monte il soggetto cui si affideranno i lavori.

2. Occorre considerare, inoltre, la tenuta del subappalto necessario anche alla luce della determinazione numero 4 dell'ottobre 2012 dell'Avcp, attuativa dell'articolo 46 comma 1 bis del codice dei contratti. Il comma 1 bis, infatti, è stato introdotto dal dl numero 70 del 2011, poi convertito con la legge numero 106, ed introduce una nullità da comminarsi nei confronti di prescrizioni di bandi o lettere d'invito, che contemplino cause di esclusione dalle gare non espressamente previste dall'articolo stesso, dal Codice o dal Regolamento (dpr 207/2010). Tale disposizione è altresì citata dall'articolo 64 comma 4-bis del codice degli appalti, il quale prevede, appunto, che i bandi debbano essere predisposti sulla base di modelli approvati dall'Autorità di vigilanza e contenere l'indicazione delle tassative clausole di esclusione di cui all'articolo 46, motivando nel caso di eventuali deroghe, che comunque non possono essere contrastanti con il disposto del comma 1-bis dell'articolo 46 stesso.

Proprio al fine di dare attuazione al combinato disposto di tali due articoli, l'Autorità di vigilanza ha emanato la determinazione numero 4 del 2012, riguardante, appunto, il bando tipo, cui poi dovrà seguire l'emanazione di ulteriori bandi specifici per ciascuna categoria.

Nella determinazione si chiarisce la *ratio* della previsione di specifiche clausole di esclusione, ossia la necessità di evitare "che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali, la cui osservanza non risponde ad alcun apprezzabile interesse pubblico." L'autorità di vigilanza si esprime chiaramente rispetto al fatto che la previsione di cui all'articolo 46 comma 1 bis, è clausola generale di chiusura del sistema, in quanto impone la sanzione di nullità per tutte le previsioni contrarie a Codice, Regolamento o altre leggi prescrittive, senza bisogno che l'esclusione dalla gara sia espressamente comminata. Va' da sé dunque, che allo stesso modo sarebbero affette da nullità le previsioni di esclusione che siano prive di copertura normativa.

Quanto specificamente al subappalto, la determinazione dell'Autorità nulla aggiunge a quanto già previsto dal codice degli appalti, precisando anzi che "Il ricorso al subappalto deve avvenire nel rispetto delle condizioni dettate dall'art. 118 del Codice che impone, inter alia, l'indicazione, da parte del concorrente, dei lavori o delle parti di opere ovvero dei servizi e delle forniture o parti di servizi e forniture che intende subappaltare all'atto della presentazione dell'offerta (comma 2). Tale adempimento costituisce un presupposto essenziale in vista della

⁶ CAPUZZA, *Subappalto "necessario", avvalimento "sostanziale" e principio di comunione dei requisiti di qualificazione*, in www.giustamm.it, 2012

successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante e non ai fini della partecipazione alla gara: da ciò consegue che l'erroneità e/o la mancanza della dichiarazione non può essere, di per sé, assunta a fondamento di un provvedimento di esclusione, ma rappresenta solo un impedimento per l'aggiudicatario a ricorrere al subappalto". A fronte di tale sottolineatura, si è detto, non dovrebbe essere possibile prevedere l'esclusione dalla gara di imprese che non abbiano presentato preventivamente i nominativi dei subappaltatori, nemmeno per mezzo di deroghe motivate da parte delle amministrazioni, non essendo tali previsioni corroborate da alcuna disposizione normativa.

3. Tuttavia, anche a fronte di tali ultime considerazioni, parte della dottrina ha sostenuto che l'istituto dell'"avvalimento sostanziale", rimane ugualmente necessario fino ad un ulteriore intervento *ad hoc* da parte del legislatore⁷. Alle rimostranze sopra esposte, che pure apparivano difficilmente superabili, ha risposto lo stesso Consiglio di Stato nella sentenza num. 5900 del 2012 (successiva alla determinazione dell'Avcp), sottolineando come il disposto di cui all'articolo 46 comma 1 bis, vada letto contestualmente ai principi e alle leggi presenti nell'ordinamento.

Stanti le espresse previsioni normative di esclusione dalla gara, non può comunque ritenersi conforme alla legge e ai principi dell'ordinamento, così chiaramente esposti anche nell'articolo 2 del codice dei contratti, l'esposizione dell'amministrazione al pericolo della conclusione di un contratto dagli esiti incerti. Il contratto, infatti, considerata la dicitura dell'articolo 38 del dlgs 163 del 2006, per il quale i soggetti manchevoli dei requisiti generali non possono stipulare contratti né essere affidatari di subappalti, sarebbe nullo o comunque non produttivo di effetti *ab origine* in caso di mancanza dei requisiti generali. Tuttavia l'ipotesi è differente dal caso in cui un soggetto affidatario in virtù di un subappalto manchi dei requisiti speciali, dunque il contratto non sarebbe nullo.

Non sarebbero applicabili nemmeno gli articoli 134 e seguenti del codice dei contratti, i quali considerano le ipotesi di autotutela contrattuale dell'amministrazione, garantendo a quest'ultima la possibilità di recedere dal contratto o di risolverlo, ma nel caso di specie l'esecuzione non è ancora iniziata, né può iniziare a causa della mancanza dei requisiti in capo al subappaltatore.

Quanto all'ipotesi della dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento giudiziale dell'aggiudicazione, essa è regolata dagli articoli 121 e seguenti del codice del processo amministrativo. Prima dell'avvento del dlgs numero 104 del 2010, si erano susseguite in merito una serie di tesi dottrinali, tra cui quella dell'annullabilità per incapacità di contrarre (ex art 1425 del codice civile), della nullità del contratto per contrarietà a norme imperative e dell'inefficacia dovuta ad un'ulteriore pronuncia giudiziale⁸.

Tuttavia, ad oggi, il codice del processo, all'articolo 121 prevede che il giudice dell'annullamento debba dichiarare inefficace, *ex nunc* o *ex tunc*, il contratto concluso nelle ipotesi tassative previste dall'articolo stesso (salvo le ipotesi pure elencate, in cui il contratto deve rimanere efficace per esigenze connesse ad un interesse generale), tra le quali non figura quella del subappaltatore privo dei requisiti speciali richiesti. Resta la residuale ipotesi di cui

⁷ TROCCOLI, *Subappalto ergo sum*, in *Appalti&contratti*, 2012

⁸ ROLLI, *La disciplina dei contratti pubblici tra novità e continuità*, in *Il Codice dei contratti pubblici*, a cura di ROLLI, Roma 2011, pag. 13

all'articolo 122, che facoltizza il giudice alla dichiarazione di inefficacia del contratto, in caso di annullamento dell'aggiudicazione a seguito di ulteriori violazioni della procedura di evidenza.

E' necessario valutare, tuttavia, che nel caso di mancanza dei requisiti speciali in capo al subappaltante, nessuno vizio di procedura potrebbe essere invocato. L'articolo 118, infatti, come più volte ribadito, non prevede l'obbligo del partecipante alla gara di comunicare le generalità del soggetto cui si affiderà l'esecuzione. Dunque, rispetto ad una visuale negoziale, il contratto stipulato tra le parti, dovrebbe essere considerato valido a tutti gli effetti. E' chiaro che a tale visuale negoziale, quindi, il Consiglio di Stato abbia preferito una visuale di gara, onde evitare, a monte, che si formi un contratto con un soggetto che potrebbe non essere in grado di portare a termine le lavorazioni richieste.

Inoltre a voler opinare diversamente, si correrebbe il rischio di non garantire la parità di trattamento dei partecipanti alla gara, in quanto si consentirebbe ai soggetti che intendono subappaltare, di comunicare solo successivamente il possesso dei requisiti richiesti dal bando.

Infine, si correrebbe il pericolo di vedere utilizzato il subappalto quale elemento per aggirare e vanificare la gara, in quanto a nulla servirebbe la procedura di evidenza pubblica svolta, se poi l'amministrazione si trovi costretta a effettuare successive verificazioni, al fine di valutare il possesso dei requisiti in capo ai subappaltatori.

E' necessario, dunque, un bilanciamento tra il principio di massima partecipazione alla gara che ci viene imposto dalla normativa europea, con l'altrettanto forte principio della tutela della pubblica amministrazione, la quale non può essere continuamente esposta al rischio della conclusione di contratti con soggetti che, solo successivamente all'aggiudicazione, risultino essere privi dei requisiti richiesti, con buona pace della auspicabile celerità ed economicità delle esecuzioni.

Pertanto, pur continuando a ritenere assolutamente necessario un intervento del legislatore che attribuisca il crisma della legittimità da previsione normativa alla necessaria dichiarazione, da parte dell'appaltatore privo di requisiti, del soggetto cui intende subappaltare, e rimanendo fermi nella convinzione che non di principio di avvalimento si può parlare, almeno ad oggi, è opportuno ritenere che non sia del tutto fuori luogo la posizione maggioritaria della giurisprudenza amministrativa.

Fintanto, infatti, che non sia diversamente previsto da parte del legislatore, al fine di meglio tutelare la pubblica amministrazione e per il suo tramite gli interessi pubblici sottesi ai contratti da essa stipulati, e in assenza di eventuali ulteriori soluzioni, sarebbe auspicabile non disattendere le previsioni del Consiglio di Stato.



Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"