

AUTORIZZAZIONE DELLA STAZIONE APPALTANTE IN MATERIA DI SUBAPPALTO.

Nota a sentenza Tar Lazio, n. 4976, 31 maggio 2012.

D.ssa Roberta Puglia

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

Il subappalto è il contratto che consente di sostituire altri soggetti all' appaltatore originario nell'esecuzione di una parte delle prestazioni a carico di quest'ultimo, il quale resta unico referente del committente.

In base all'art 118, comma 2, n.1) del d.lgs. n 163/2006, l'affidamento in subappalto è sottoposto, anzitutto, alla condizione che il concorrente all'atto dell'offerta abbia indicato i lavori, i servizi, le forniture o le parti di essi che intende subappaltare.

Vi è l'obbligo di indicare al momento dell'offerta le prestazioni da subappaltare, cosicché, se non è richiesta la preventiva esternazione del nominativo dell'impresa subappaltatrice, è comunque sempre necessaria la conoscenza preventiva dei profili quantitativi dell'appalto. In base all'art. 118, comma 2 del d.lgs. n. 163 cit, la quota parte subappaltabile non può eccedere il trenta per cento.

La mancata dichiarazione in sede di offerta da parte della ricorrente, ai sensi dell'art. 118 d.lgs. n. 163/2006, di avvalersi di subappaltatori preclude il conseguimento della successiva autorizzazione al subappalto, ed anche nel caso in cui il bando non indichi tale facoltà, ciò non può essere inteso come divieto di subappalto ma implica l'eterointegrazione del bando stesso, nel senso di consentire il ricorso al subappalto alle condizioni e nei limiti dell'art. 118 cit..

La mancata indicazione, all'atto di formulazione dell'offerta, dell'intenzione di ricorrere al subappalto ex art. 118 del d.lgs. n. 163 cit., ha impedito ed impedisce, il decorso del termine di formazione del silenzio assenso sull'istanza di autorizzazione al subappalto, difettando un presupposto indispensabile, quale deve considerarsi la succitata indicazione, per il decorso di tale termine.

Lo strumento di semplificazione del silenzio assenso non può essere piegato a finalità elusive del dettato legislativo, determinando la formazione del titolo abilitativo tacito nonostante la mancanza dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla legge per lo svolgimento di una certa attività, nella fattispecie della dichiarazione in sede di offerta di voler ricorrere al subappalto, ai sensi dell'art 118 cit..

1. Il fatto

La Flightcare Italia S.p.A., che con provvedimento dell'E.N.A.C., è stata certificata quale soggetto idoneo a svolgere i servizi di assistenza a terra di cui ai punti 4.1 (assistenza merci) e 4.2 (assistenza posta) dell'Allegato A del d.lgs. n. 18/1999, firmando con ADR S.p.A., in data 22 ottobre 2009, la convenzione per la subconcessione di una porzione dell'Edificio Cargo, ha richiesto all'E.N.A.C. l'autorizzazione al subappalto con la Alha Airport S.p.A., dell'attività di trattamento merci e posta, all'interno del magazzino. Ritenendo che su tale istanza si fosse formato il silenzio assenso, con raccomandate del 21 luglio e del 27 agosto 2010 la Flightcare Italia S.p.A. ha reso noto ad ADR S.p.A. di avere affidato in subappalto all'Alha Airport S.p.A. il servizio di assistenza nel magazzino dell'Edificio Cargo.

L'E.N.A.C., con la nota n. 97887 del 24 agosto 2010, esprime alla Flightcare Italia S.p.A. il suo diniego sull'istanza di autorizzazione al subappalto, reso noto il 31 agosto 2010 nel corso di una riunione tecnica presso la Direzione Aeroportuale di Roma Fiumicino. La Flightcare Italia S.p.A. impugna la suddetta nota chiedendone l'annullamento, per poter subappaltare all'Alha Airport S.p.A. l'attività di handling merci e posta all'interno del proprio magazzino.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione Terza Terza – respinge il ricorso, poiché la mancata dichiarazione in sede di offerta da parte della ricorrente, ai sensi dell'art. 118 d.lgs. n. 163/2006, di avvalersi di subappaltatori preclude il conseguimento della successiva autorizzazione al subappalto, anche nel caso in cui il bando non indichi tale facoltà essendo gli atti di gara eterointegrati dall'articolo 118 cit., che lo ammette per tutte le prestazioni, purché nei limiti del 30% dell'importo complessivo del contratto, per i lavori della categoria prevalente, per i servizi e le forniture.

L'affidamento in subappalto è infatti sottoposto anzitutto alla condizione che il concorrente all'atto dell'offerta abbia indicato i lavori, i servizi, le forniture o le parti di esso che intende subappaltare. Nonostante sia stato eliminato l'obbligo della preventiva indicazione in sede di gara delle imprese subappaltatrici (essendo stato il suddetto obbligo soppresso dall'art. 9 della l. n. 415/1998 e non riproposto dall'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006), resta comunque l'obbligo di indicare al momento dell'offerta le prestazioni da subappaltare.

Il TAR ha poi ritenuto del tutto privo di fondamento l'assunto della Alha Airport S.p.A., secondo cui nella vicenda in esame non sarebbe applicabile l'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, vertendosi non già in materia di aggiudicazione di appalti di opere o servizi, ma di procedura ad evidenza pubblica per la selezione del subconcessionario di un'area demaniale ovvero di una porzione del cd. Edificio Cargo. Non si applicherebbe dunque l'art. 118 cit., ma il d.lgs. n. 18/1999 e la già ricordata circolare dell'E.N.A.C. APT-02A del 25 gennaio 2007, disciplinanti lo svolgimento dei servizi di assistenza a terra in ambito aeroportuale, dai quali si dedurrebbe l'ammissibilità del subappalto nei servizi di "handling" relativi alle merci ed alla posta unicamente tra operatori certificati. Invero, il bando di gara ha sì ad oggetto la subconcessione di una porzione dell'Edificio Cargo costituita da un magazzino deposito e trattamento merci ("Magazzino Cargo"), ma con destinazione a servizi di assistenza alle merci in ambito aeroportuale: dunque, la subconcessione è strumentale e strettamente connessa all'esecuzione dei servizi di "handling", che costituiscono l'oggetto principale della gara, come è possibile evincere dal bando dove vengono richieste informazioni riguardanti tutto lo svolgimento dei servizi di "handling" e dalla stessa convenzione di subconcessione agli artt. 2, 11 e 12..

Inammissibile è infine anche la motivazione della Flightcare S.p.A. secondo cui si sarebbe formato il silenzio assenso ex art. 20 della l. n. 241/1990, per la mancata risposta dell'E.N.A.C alla richiesta di ricorrere al subappalto.

Si è così evidenziato che l'interpretazione teleologica del regolamento attuativo dell'art. 20 (d.P.R. n. 300/1992), lì dove (cfr. artt. 3 e 4) questo disciplina le condizioni per la formazione del silenzio assenso, porta a ritenere che il succitato strumento di semplificazione non possa essere piegato a finalità elusive del dettato legislativo, determinando la formazione del titolo abilitativo tacito nonostante la mancanza dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla legge per lo svolgimento di una certa attività. Ed invero, se la norma legislativa o regolamentare impone per il rilascio del titolo determinati requisiti, il privato non può confidando nell'inerzia della P.A., ritenere acquisiti il titolo e la conseguente legittimazione all'esercizio dell'attività, in evidente spregio delle previsioni normative di settore. Viene precisato che, è onere di colui che invoca la formazione di un provvedimento favorevole per silenzio assenso dimostrare la ricorrenza di tutti i presupposti di fatto all'uopo necessari, poiché i predetti presupposti si atteggiavano quali elementi costitutivi della fattispecie di cui la parte deduce il perfezionamento. Nel caso di specie, la mancata indicazione da parte della Flightcare Italia S.p.A., all'atto di formulazione dell'offerta, dell'intenzione di ricorrere al subappalto ex art. 118 del d.lgs. n. 163 cit., ha impedito ed impedisce, il decorso del termine di formazione del silenzio assenso sull'istanza di autorizzazione al subappalto presentata dalla predetta società all'E.N.A.C. in data 26 maggio 2010, difettando un presupposto indispensabile, quale deve considerarsi la succitata indicazione, per il decorso di tale termine. Ed infatti, la dichiarazione in sede di offerta dell'intento di ricorrere al subappalto si atteggia come elemento costitutivo della fattispecie, cosicché, in mancanza di detta dichiarazione, il titolo abilitativo tacito non può reputarsi formato. Il difetto di un obbligo giuridico di provvedere non è ravvisabile a causa della mancanza, in capo alla Flightcare Italia S.p.A di una posizione giuridica qualificata, per non avere la predetta società esplicitato, nell'offerta l'intenzione di ricorrere al subappalto.

2. Linee interpretative

2.1. Profili giurisprudenziali in merito alla richiesta di autorizzazione alla Stazione appaltante.

Il subappalto non rileva già nella fase di partecipazione e non interferisce con la disciplina dei requisiti tecnici e morali richiesti per l'aggiudicazione, se non per il fatto che, nell'ambito dei stringenti limiti in cui è consentito il ricorso allo stesso ai sensi dell'art. 118 del Codice, la stazione appaltante già nel progetto e nel bando di gara deve precisare quali saranno le prestazioni subappaltabili.¹

Le imprese partecipanti ad una gara di appalto non possono limitarsi a dichiarare genericamente di voler subappaltare tutti i lavori che la legge consente, ma devono a pena di esclusione, specificare in modo analitico e puntuale a quali lavori si riferisce il subappalto.²

¹ Garofoli-Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto, 2012.

² Tar Sardegna, Sez I, settembre 2007, n. 1764; conforme Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 9 gennaio 2008, n. 23.

Ove si ammetta la possibilità di partecipazione ad imprese qualificate anche per importi diversi da quelli richiesti nel bando, non vi è ragione per escludere la possibilità di subappaltare.³

Il Tar Lazio con la sentenza n. 4793 del 31 maggio 2012, ha chiarito che le condizioni per l'ammissibilità del contratto previste dall'art 118, d.lgs. n 163 del 2006, non sono intese soltanto a tutelare l'interesse della PA committente all'immutabilità dell'affidatario, ma tendono invece ad evitare che, nella fase esecutiva del contratto, si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto d'interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato.⁴ Rileva anche sottolineare che la generica od incompleta dichiarazione di subappalto non comporta l'automatica esclusione dalla gara, ma solamente l'impossibilità di ottenere l'autorizzazione al subappalto, perché il concorrente abbia la qualificazione per eseguire in proprio la prestazione.⁵

Il comma 2 dell'art 118 D. Lgs. 163/2006, in tema di dichiarazione di subappalto, deve essere inteso nel senso che la dichiarazione in questione può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto del subappalto. *“Al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione dell'impresa subappaltatrice, nonchè la dimostrazione del possesso in capo a quest'ultima dei requisiti di qualificazione, nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato, autonomo possesso, da parte del singolo concorrente dei necessari requisiti di qualificazione”*.⁶

Nelle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, la dichiarazione resa dalla ditta appaltante all'atto della presentazione dell'offerta, secondo cui la stessa si riserva di subappaltare alcuni lavori in caso di aggiudicazione, costituisce un presupposto essenziale non ai fini della partecipazione alla gara, ma in vista della successiva autorizzazione della stazione appaltante, con la conseguenza che l'erroneità della dichiarazione non può essere assunta a fondamento di un provvedimento di esclusione ma costituisce solo impedimento per l'aggiudicatario a ricorrere al subappalto e la possibilità per essa di provvedere direttamente all'esecuzione dei lavori ove in possesso dei requisiti prescritti e delle necessarie attrezzature, che nella specie l'aggiudicatrice ha dimostrato di possedere.⁷

³ Tar Calabria, Catanzaro, Sez I, 1 febbraio 2010, n.58.

⁴ Tar Sardegna, sez. I, 28 febbraio 2011, n. 172; conforme Cons. St., sez IV, 24 marzo 2010, n. 1173.

⁵ In senso conforme Cons. St., sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2683; Tar Basilicata 16 aprile 2010, n 202; Tar Lazio, Latina 2 maggio 2008 n. 499; Tar Friuli Venezia Giulia 8 giugno 2009, n. 462; Tar Piemonte, sez I, 24 aprile 2009, n 1140.

⁶ Cfr. Cons St., sez VI, 2 maggio 2012, n 2408.

⁷ Cfr. Tar Lazio, Roma, sez III, 18 giugno 2009, n. 5782.

Ha chiarito il Consiglio di Stato⁸, sez IV, 30 ottobre 2009, n 6708, che l'incompleta o erronea dichiarazione del concorrente relativa all'esercizio della facoltà di subappalto è suscettibile di comportare l'esclusione dello stesso dalla gara nel solo caso in cui questo risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, determinando negli altri casi effetti unicamente in fase esecutiva, sotto il profilo dell'impossibilità di ricorrere al subappalto come dichiarato, il che è conclusione anche coerente con il principio di tassatività delle ipotesi di esclusione, tenuto conto che di solito le prescrizioni relative alla dichiarazione sul subappalto non risultano assistite dalla comminatoria di esclusione dalla gara.⁹

Non si tratta, dunque, di vizio che infici la validità o l'ammissibilità dell'offerta, a meno che non venga in rilievo il diverso profilo del difetto in capo alla ditta concorrente della qualificazione necessaria per poter svolgere quei lavori.

2.2. Profili giurisprudenziali in merito alla formazione del silenzio assenso.

Il titolo abilitativo tacito può formarsi soltanto ove ricorrano tutti i presupposti necessari, essendo questi ultimi gli elementi costitutivi della fattispecie.¹⁰ L'interpretazione teleologica del regolamento attuativo dell'art. 20, L. n. 241/1990 (D.P.R. n. 300/1992), lì dove (cfr. artt. 3 e 4) questa disciplina le condizioni per la formazione del silenzio assenso, porta a ritenere che il succitato strumento di semplificazione non possa essere piegato a finalità elusive del dettato legislativo, determinando la formazione del titolo abilitativo tacito nonostante la mancanza dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla legge per lo svolgimento di una certa attività. Ed invero, se la norma legislativa o regolamentare impone per il rilascio del titolo determinati requisiti, il privato non può confidando nell'inerzia della P.A., ritenere acquisiti il titolo e la conseguente legittimazione all'esercizio dell'attività, in evidente spregio delle previsioni normative di settore.¹¹ Così, ad es., la presentazione di un modulo incompleto, dal quale non si possa evincere la sussistenza, in capo al richiedente, dei requisiti di legge, non può consentire di eludere le prescrizioni normative, valendosi all'uopo del silenzio-assenso, a pena, in caso contrario, di riconoscere l'idoneità alla decorrenza del termine per la formazione del silenzio assenso anche in capo a dichiarazioni nulle od inesistenti.¹² E' inoltre, onere di colui che invoca la formazione di un provvedimento favorevole per silenzio assenso dimostrare la ricorrenza di tutti i presupposti di fatto all'uopo necessari, poiché i predetti presupposti si attecchiano quali elementi

⁸ A riguardo, Cons. Stato, sez IV, 30 ottobre 2009, n 6708

⁹ Cfr. Garofoli-Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto, 2012.

¹⁰ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 11 febbraio 1999, n. 145.

¹¹ Cfr. Tar Lazio Roma, sez. II, 18 gennaio 2011, n. 401.

¹² Cfr. Tar. Toscana, sez. II, 17 aprile 2009 n. 669.

costitutivi della fattispecie di cui la parte deduce il perfezionamento.¹³ L'interessato pertanto, deve dichiarare nell'istanza il possesso di tutti i requisiti soggettivi, nonché la sussistenza di quelli oggettivi necessari al conseguimento del provvedimento favorevole.

2.3. Profili giurisprudenziali in merito alla normativa antimafia:

Per subappalti di importo compreso tra 150 mila euro e la soglia comunitaria, poichè la normativa non dà alcuna specifica indicazione se debba valere il solo certificato camerale antimafia ovvero se sia ammessa, in aggiunta a questo la possibilità di richiedere informazioni, non pare che possa escludersi l'esercizio della discrezionalità della Stazione appaltante, nel senso la stessa è legittimata a richiedere le informazioni antimafia e che, una volta formulata la richiesta, il Prefetto sia tenuto a dare un seguito alla richiesta. Legittimamente, quindi, la stazione appaltante ha provveduto alla verifica cd."antimafia", anche al di sotto della soglia di legge che la rende obbligatoria.¹⁴

L'art. 91 del D.lgs. 159/2011¹⁵, stabilisce che le stazioni appaltanti devono acquisire l'informativa antimafia prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti il cui valore sia pari o inferiore a 150.000 euro. Ai sensi dell'art. 85 del medesimo D.lgs. 159/2011, nel caso di contratti di subappalto d'importo superiore a 150.000 euro stipulati da società di capitali, sono obbligati a rendere l'autocertificazione antimafia i seguenti soggetti: i direttori tecnici della società, il legale rappresentante e tutti i componenti del Consiglio d'Amministrazione, il socio unico o il socio di maggioranza in caso di società con fino a 4 soci, tutti i membri del collegio sindacale, tutti i familiari conviventi dei direttori tecnici, del rappresentante legale e dei consiglieri d'amministrazione, del socio unico o del socio di maggioranza, dei membri del collegio sindacale.

3. Considerazione dottrinali.

Il subappalto è il contratto con cui l'appaltatore affida ad un terzo l'esecuzione (totale o parziale) dell'opera o del servizio che egli si è impegnato a compiere in forza di un precedente contratto di appalto, ferma restando la responsabilità dell'originario appaltatore nei confronti del committente per l'esecuzione dell'opera o del servizio¹⁶; l'art 1656 c.c. si limita a stabilire che l'appaltatore non può

¹³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 145/1999.

¹⁴ Cfr. Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 26 novembre 2010, n. 4674.

¹⁵ Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136, in Gazz. Uff. 28 settembre 2011 n. 226.

¹⁶ Cfr. Sul tema del subappalto si vedano, tra i più recenti contributi sui contratti pubblici CIANFLONE-GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, XII ed., Milano, 2012, 1368 ss; BALDI-TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice appalti*, Milano, 2009; CAPUZZA, *Le modifiche soggettive dell'appaltatore in fase di esecuzione e il subappalto*, in *I Contratti pubblici*, FRANCHINI (a cura di), In *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, XIV, Torino, 2010, 914 ss..

stipulare il subappalto se non è stato autorizzato dal committente.¹⁷ L'assenso del committente al subappalto va inteso come mera autorizzazione, essendo diretto l'art. 1656 c.c. a tutelare l'interesse del committente e non già a costituire un nuovo e diverso rapporto tra committente e subappaltatore.¹⁸ Secondo la prevalente interpretazione, il subappalto è ascrivibile nel *genus* del subcontratto o contratto derivato¹⁹, nozioni entrambe che, evidenziano la condizione di distinzione e coesistenza dei contratti, ed al contempo di correlazione del subcontratto con il contratto base. Ciò si traduce anzitutto nella identità di causa del nuovo rapporto contrattuale rispetto al contratto originario, giustificando lo stesso regime giuridico.

Il subappalto, in quanto contratto derivato, anche se inerente ad appalti pubblici, "è strutturalmente distinto dal contratto pubblico principale" e viene stipulato tra soggetti entrambi privati, che stabiliscono autonomamente il contenuto pattizio del negozio"²⁰, rimanendo residualmente sottoposto alla disciplina del codice civile. Muovendo dalla previsione del comma 1 della norma in esame, segnalata l'opportuna correzione formale apportata dal d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113, per cui i soggetti affidatari sono tenuti ad eseguire in proprio le prestazioni dedotte in contratto, si deve innanzitutto considerare come il principio della immodificabilità nell'esecuzione del contratto del soggetto partecipante alla gara abbia una portata relativa, traducendosi nel solo divieto di cessione del contratto a pena di nullità.

Per stipulare lecitamente un contratto di subappalto nel contesto della contrattualistica pubblica, occorre necessariamente l'autorizzazione da parte della Stazione appaltante, la quale avvierà nei confronti del subappaltatore una serie di verifiche, fra le quali la sussistenza dei requisiti generali di cui all'art 38 Codice e gli accertamenti antimafia.

Con riferimento poi al requisito della "non mafiosità" in capo al subappaltatore, occorre tener conto che dal 13 febbraio 2013, con la sola eccezione della Banca Dati nazionale, è entrato pienamente in vigore il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Tra le novità apportate da tale Decreto, vi è l'ampliamento della categoria dei soggetti obbligati a richiedere la certificazione antimafia allo scopo di prevenire le infiltrazioni o i condizionamenti mafiosi nei confronti delle aziende. Rientrano in questa categoria tutti gli organismi di diritto pubblico, comprese le aziende vigilate dallo Stato, le società controllate da Stato o altre ente pubblico, il contraente generale e le società *in house providing*. Inoltre, gli accertamenti sulle infiltrazioni mafiose vengono estesi anche a tutti i familiari conviventi dell'imprenditore non solo per l'informazione ma anche per la comunicazione antimafia.

Il codice allarga poi l'orizzonte sulle situazioni sintomatiche dei tentativi di infiltrazione mafiosa con l'estensione a ulteriori fattispecie di reato-omessa denuncia di usura ed estorsione; subappalti non autorizzati, traffico illecito di rifiuti, turbata libertà degli incanti. Altri fattori rilevanti, riguardano

¹⁷ In Codice degli appalti pubblici, a cura di R. GAROFOLI e G. FERRARI, Nel Diritto Editore, p. 1031.

¹⁸ G.CIAN-A.TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, Cedam, sub art. 1656 c.c., 2012.

¹⁹ MESSINEO, *Contratto derivato-subcontratto*, in *Enc. Dir.*, Milano, X, 80.

²⁰ MUSOLINO, *La categoria del contratto derivato e il subappalto*, in *Riv. trim. App.*, 2002, 360.

l'allungamento dei tempi per quanto concerne il termine di efficacia dell'informativa, che da sei mesi passa a un anno, e la circolarità delle informazioni interdittive.

L'art 118 comma 2, del Codice consente il subappalto di tutte le prestazioni, nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengono, ovvero rimette al regolamento la definizione della quota parte subappaltabile eventualmente diversificata a seconda della categorie. Viene però fissato, dalla stessa norma, come limite insuperabile quello del 30 per cento quindi l'appaltatore è comunque obbligato all'esecuzione di almeno 70 per cento dei lavori della categoria prevalente.

Sebbene la norma si riferisca principalmente all'appalto di lavori, cui afferisce il tema della categoria prevalente, occorre considerare che la disciplina de qua si applica anche agli appalti di servizi e di forniture, per i quali, a mente dell'art. 118 comma 2, la quota subappaltabile è parametrata all'importo complessivo del contratto.

Dal combinato disposto dei commi 2 e 8 dell'art 118 si evince che, per avvalersi del subappalto, l'appaltatore che abbia dichiarato tale intenzione nell'offerta, deve presentare alla stazione appaltante apposita istanza, allegando alla copia autentica del contratto di subappalto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'art. 2359 c.c. con l'impresa affidataria del subappalto o del cottimo.

La norma prevede un termine di trenta giorni per il rilascio dell'autorizzazione, decorrente dalla data di ricevimento della relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi.

Trascorso tale lasso temporale, l'autorizzazione si intende concessa, configurandosi un'ipotesi di silenzio assenso. L'art 118 comma specifica che per i subappalti 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 dimezzati. Sul rapporto tra deposito del contratto ed autorizzazione è intervenuta la determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 20 del 5 aprile 2000,²¹ secondo cui la disciplina in questione non esclude che, all'atto di richiesta dell'autorizzazione, possa essere depositato non lo schema, ma il contratto di subappalto già stipulato; in tale evenienza il termine di trenta giorni copre sia l'arco temporale rilasciato all'amministrazione per concedere o negare l'autorizzazione, sia il termine di venti giorni prescritto come attesa prima dell'esecuzione dei lavori. L'autorizzazione al subappalto, nei contratti pubblici, ha natura provvedimento, e non negoziale, in ciò discostandosi dal paradigma dell'art 1656 c.c., sebbene risulti vincolata all'accertamento della sussistenza delle condizioni indicate dalla norma.²²

L'art 1656 c.c., esigendo il consenso del committente ai fini della validità del subappalto, determina una nullità relativa quando l'autorizzazione non sia stata effettuata; questa nullità, secondo alcune pronunce, può essere fatta valere unicamente dal committente e non può essere rilevata *ex officio*.²³

Nell'appalto pubblico l'obbligo di acquisire l'autorizzazione al subappalto risponde all'esigenza primaria di evitare l'infiltrazione, tramite tale sucontratto, della criminalità organizzata negli appalti pubblici.

²¹ In www.avcp.it

²² SANDULLI, *Subappalto*, in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di Giampaolino, Sandulli, Stancanelli, Milano, 1999, 576.

²³ Tra le prime pronunce in tal senso, si veda Cass. civ., n.1566 del 1955. Cfr. CIAN TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2012, sub. Art 1656.

L'art 21, l. 13 settembre 1982, n. 646, sanziona penalmente chiunque senza autorizzazione affidi o riceva in subappalto operi riguardanti la pubblica amministrazione. L'art. 21 prevede una sanzione tenue considerato il rischio della presenza di organizzazioni criminali dalla quale intende difendere l'amministrazione pubblica. L'appaltatore è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda non inferiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto, mentre il subappaltatore con la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto. L'art 21, legge n. 646/1982 come anche l'art. 339, legge n. 2248/1865, lascia alla valutazione discrezionale della committenza pubblica l'eventuale risoluzione contrattuale nei confronti dell'esecutore.²⁴

4. Conclusioni

Il ricorso al subappalto deve avvenire nel rispetto delle condizioni dettate dall'art. 118, comma 2, del Codice dei Contratti, di cui al D.lgs. n. 163/2006, che impone 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, con la conseguenza che non è conforme alle prescrizioni legali una generica dichiarazione di voler subappaltare tutte le lavorazioni nel limite massimo consentito.

Le conseguenze derivanti dalla presentazione di una dichiarazione generica variano a seconda della corrente giurisprudenziale che si voglia seguire.

Secondo taluna giurisprudenza amministrativa, ad oggi minoritaria, sarebbe addirittura illegittima l'aggiudicazione dell'appalto all'impresa che si fosse limitata ad affermare di voler subappaltare tutte le lavorazioni nel massimo consentito dalla legge, senza meglio specificare quali fossero tali lavorazioni.²⁵

Secondo altra e più consolidata giurisprudenza, essa non comporterebbe di per sé l'esclusione dalla gara, avendo per conseguenza solo l'impossibilità per il concorrente, in caso di aggiudicazione, di utilizzo del subappalto, per cui lo stesso dovrà provvedere direttamente all'esecuzione della prestazione. Ma, se la dichiarazione è generica, essa può comunque dar luogo ad esclusione qualora il concorrente non disponga dei requisiti di qualificazione per le opere che intendeva subappaltare.

Tale orientamento appare ispirato al principio di favorire, per evidenti ragioni di pubblico interesse, la più ampia partecipazione alle pubbliche gare e di non applicare, quindi, la sanzione dell'esclusione ove la stessa non risulti prevista in maniera inequivocabile dalla normativa.

L'autorizzazione opera come strumento finalizzato a "rendere lecita l'intromissione nella sfera giuridica del primo contraente, in assenza di un suo preventivo consenso".²⁶

In generale, dunque, la disciplina dell'art. 118 deve essere intesa nel senso che ha posto i limiti entro cui la stazione appaltante può ammettere il subappalto, ma in base ai principi generali, non impedisce alla stazione appaltante di porre ulteriori limiti all'utilizzo del subappalto, limiti sindacabili nel

²⁴ Cfr. CAPUZZA, *Profili di diritto fallimentare, penale e negoziale nei requisiti per l'affidamento di appalti pubblici e concessioni*, Giappichelli, 2012, 29 ss..

²⁵ T.A.R. Sardegna, Sezione prima, 27 settembre 2007, n. 1764.

²⁶ AZZARO, *Subcontratto*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez.civ., Agg., Torino, 682

bando di gara secondo i canoni della logicità e ragionevolezza, come avviene rispetto alla fissazione dei requisiti di partecipazione. Nell'appalto di lavori pubblici ha rilevanza la persona dell'appaltatore. Ciò giustifica la regola generale secondo cui il subappalto è vietato in assenza della preventiva autorizzazione della stazione appaltante e, ciò risponde anche all'esigenza di contrastare il dilagare del fenomeno della criminalità organizzata, particolarmente rilevante nel settore delle opere pubbliche ed indubbiamente agevolato per la possibilità di una sostituzione alle imprese in regola per gli affidamenti di lavori pubblici con imprese non in regola e che di fatto eseguono i lavori.

La disciplina in materia di subappalto ha lo scopo di evitare infiltrazioni mafiose all'interno dei lavori pubblici e, più precisamente, al fine di impedire che, con il metodo del subappalto, alle imprese aggiudicatrici in ordine alle quali sono stati effettuati gli opportuni controlli, succedano, per l'esecuzione effettiva degli appalti, imprese subappaltatrici non meglio identificabili o controllabili.

Peraltro, molto discusso è se l'offerente debba indicare sin da subito non solo i lavori da subappaltare, ma anche i nomi dei subappaltatori.

Parte della giurisprudenza ha recentemente affermato che, nel caso in cui il subappalto consente di supplire alla mancanza di un requisito di partecipazione, non è sufficiente manifestare la volontà di subappaltare talune prestazioni di appalto, ma al momento della presentazione della domanda di partecipazione è necessario indicare il nominativo del subappaltatore, fornendo immediata prova del possesso dei requisiti del medesimo.²⁷

Occorre precisare che, nella normativa vigente, non vi è un espresso obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore in sede di gara ma è stato presente nel nostro ordinamento fino alla L. n. 109 del 1994, nota come Legge Merloni, che ha abrogato tale obbligo contenuto nell'art. 18, comma 3, L. 55 del 1990.

Dunque, l'omissione dell'obbligo di indicazione del nominativo del subappaltatore non è prevista a livello normativo come una causa tassativa di esclusione, ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. 163/2006 per cui l'orientamento che vorrebbe sancirne l'obbligatorietà dell'indicazione in sede di gara del subappaltatore è convincente nella parte in cui fa leva sulla tutela delle esigenze di certezza in ordine al possesso, da parte dell'aggiudicatario, dei requisiti indispensabili all'esecuzione dell'appalto, ma dall'altro lato non riesce a superare le obiezioni fondate sul rispetto del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Il TAR Lombardia²⁸, invece, ha recentemente affermato che la rilevanza dell'obbligo di indicazione del nominativo del subappaltatore è legato alla presenza o meno nel bando di una clausola di esclusione correlata a tale obbligo.

Ma tale posizione si presta ad un'importante obiezione legata al mancato rispetto del già citato art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. 163/2006, che sancisce la nullità di ogni clausola escludente sprovvista di adeguata copertura normativa. Infatti la discrezionalità amministrativa, espressa dalla stazione appaltante, non può integrare in alcun modo il novero delle cause di esclusione che rimangono un *numerus clausus*.

²⁷ Cfr. Consiglio di Stato sez. V, n. 5900, 21 novembre 2012; Consiglio di Stato, n. 2508, 2 maggio 2012., confermativa di precedente statuizione del TAR per il Lazio, III, n. 5806, 1 luglio 2011; TAR Umbria, n. 464, 31 ottobre 2012.

²⁸ Cfr. Tar Lombardia, Milano, I, n. 2514, 11 ottobre 2012.