



SISMA2009

Struttura di Missione per il coordinamento dei processi di ricostruzione
e di sviluppo dei territori colpiti dal sisma del 6 aprile 2009



RICOSTRUISCI ABRUZZO

Il codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 50/2016)

LE FASI DI AGGIUDICAZIONE DELLA GARA – AVVALIMENTO E SUBAPPALTO

Relatore: avv. Salvatore Capezzuto

Esercitazione del 23 ottobre 2020



SUBAPPALTO A CASCATA

Domanda

- Nell'ambito di una gara di appalto aggiudicata ad un RTI, è stato stipulato un contratto di subappalto autorizzato da Consip. Una parte dei servizi affidati in subappalto si intende esternalizzarli ad una società che ha specifiche competenze e che ha già lavorato sul cliente principale. E' regolare questo affidamento ?

Risposta/1

- L'art. 105, comma 19, del D.Lgs. 50/2016, prevede che : «*L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto*» (c.d. subappalto a cascata).
- Il subappalto non autorizzato comporta l'applicazione delle sanzioni penali previste dall'art. 21 della L.646/82, così come modificato dall'art.2 del d.lgs. 29.4.1995 n.139 convertito nella Legge 28.6.1995 n.246.



SUBAPPALTO A CASCATA

Risposta/2

- **La ratio del divieto**
- La ratio della disposizione è evitare che nella fase dell'esecuzione dell'appalto possano essere elusi i controlli sugli esecutori del contratto principale.
- In sostanza, la norma tende a scongiurare il rischio che parte delle opere o dei servizi possa essere realizzata da soggetti che non abbiano i necessari requisiti previsti dalla legge o le qualifiche richieste, nonché garantire un effettivo controllo da parte della pubblica amministrazione nei confronti dell'aggiudicatario e dell'esecutore, evitando le possibili pressioni da parte organizzazioni criminali per cercare di infiltrarsi nell'esecuzione dell'appalto.
- Il contratto, come detto, risulta finalizzato all'acquisizione di Know – how a supporto dell'esecuzione del contratto di subappalto.

SUBAPPALTO A CASCATA

Risposta/3

- **La procedura europea d'infrazione**
- Il divieto del subappalto a cascata, imponendo un divieto generale e universale in capo al subappaltatore di fare a sua volta ricorso ad altri subappaltatori, ha sollevato dubbi di compatibilità con il diritto europeo, ed è stato oggetto di una procedura di infrazione comunitaria (n. 2018/2273), in forza della sua contrarietà al principio di proporzionalità e a quello di parità di trattamento.
- La Commissione Europea (con lettera del 24 gennaio 2019) ha formalmente aperto una procedura di infrazione (n. 2018/2273) nei confronti del Governo Italiano per violazione delle direttive comunitarie da parte del vigente Codice, relativa anche al profilo del divieto per un subappaltatore di fare a sua volta ricorso ad un altro subappaltatore.
- In sostanza, il divieto del subappalto a cascata di cui all'art. 105, comma 19, del Codice sarebbe contrario alla specifica disciplina della direttiva UE che prevede la presenza di subappaltatori dei subappaltatori del contraente principale o ai subappaltatori successivi nella catena dei subappalti.



SUBAPPALTO A CASCATA

Risposta/4

- **La procedura europea d'infrazione**
- L'articolo 71, par. 5, comma 5, della direttiva 2014/24/UE recita: *“Le amministrazioni aggiudicatrici possono estendere o possono essere obbligate dagli Stati membri a estendere gli obblighi previsti al primo comma, [cioè l’obbligo di indicare alle amministrazioni aggiudicatrici nome, recapito e rappresentanti legali dei subappaltatori] ad esempio: [...] b) ai subappaltatori dei subappaltatori del contraente principale o ai subappaltatori successivi nella catena dei subappalti”*.
- In base ai principi di proporzionalità e parità di trattamento, come indicato nella procedura d'infrazione, gli Stati membri non possono imporre ai subappaltatori un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori.



SUBAPPALTO A CASCATA

Risposta/5

- **La procedura europea d'infrazione**
- La Commissione Europea, quindi, sostiene che il divieto per i subappaltatori di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori andrebbe non solo a ledere il principio di proporzionalità, ma anche quello di parità di trattamento, invocato dall'art. 71 della Direttiva 2014/24/UE, e ribadito dall'art. 88 della Direttiva 2014/25/UE e dall' art. 42 della Direttiva 2014/23/UE.
- **Conclusioni**
- Alla luce della normativa e delle suesposte considerazioni, pur in presenza di un indirizzo comunitario favorevole, sarebbe prudente evitare il collegamento diretto del contratto di fornitura con il contratto di subappalto.
- Tale contratto sarebbe invece valido se stipulato in precedenza per finalità generali connesse alla crescita qualitativa dell'azienda, rappresentando esso grande rilevanza per lo sviluppo aziendale futuro. In tal modo il collegamento sarebbe solo "esterno" e non collegato al subappalto .



LIMITI PERCENTUALE SUBAPPALTO

La sentenza della Corte di Giustizia Europea 27 novembre 2019, n. 402/18 ha affermato che la direttiva n. 2004/18/CE, in materia di appalti pubblici, deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale - quale l'art. 118 del codice del 2006 - che limita al trenta per cento la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi e al venti per cento la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione (**Cons. Stato Sez. VI, 29/07/2020, n. 4832**)



SUBAPPALTO NEI SERVIZI ANALOGHI

Domanda

- Nell'ambito di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara per l'affidamento della ripetizione di servizi analoghi, è possibile sottoscrivere un contratto di subappalto, nelle forme e nella misura consentita dal Codice degli appalti, come dichiarato nel DGUE in termini generici, con un soggetto che non era presente nella compagine che ha realizzato il primo contratto e, inoltre, subappaltare attività per un valore maggiore o comunque diverso da quelle subappaltate nella prima fase del progetto ?

Risposta/1

- L'art. 63, comma 5, del D.Lgs. 50/2016 prevede che la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara può essere utilizzata, nel rispetto delle condizioni previste (precedente aggiudicazione con procedura aperta e conformità al progetto posto a base di gara), *“per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi”*.



SUBAPPALTO NEI SERVIZI ANALOGHI

Risposta/2

- L'interpretazione letterale della legge, pertanto, induce a differenziare i (nuovi) lavori o servizi rispetto a quelli già eseguiti a seguito dell'aggiudicazione della gara, con logico riverbero sulla fase di esecuzione, diversa (nuova) rispetto a quella già eseguita.
- Conferma di tale assunto si riceve dallo schema di Bando – tipo approvato dall'ANAC relativo alle procedure aperte per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria, che al paragrafo 4.2 (rubricato "Opzioni e Rinnovi") elenca tra le clausole facoltative sia quella relativa al **rinnovo** del contratto che quella dell'**affidamento di servizi analoghi** (rimandando ai limiti di cui all'art. 63 comma 5 del Codice), lasciando pensare a **due istituti distinti e non equiparabili**.
- Viene quindi in evidenza la distinzione tra **servizi identici**, che possono più propriamente essere oggetto di rinnovo contrattuale, e **servizi analoghi**, che hanno relazione o qualcosa in comune con i servizi oggetto di affidamento principale ma non coincidono esattamente con i servizi già prestati.



SUBAPPALTO NEI SERVIZI ANALOGHI

Risposta/3

- A tale proposito, la sentenza del **Consiglio di Stato, sez. V, n. 2882 dell'11 maggio 2009** (sia pure riferita al vecchio codice), ha rimarcato le differenze tra i due istituti, in particolare chiarendo che *<< mentre il rinnovo del contratto si sostanzia nella **riedizione del rapporto pregresso** (generalmente in virtù di una clausola già contenuta nella relativa disciplina), la ripetizione di servizi analoghi di cui parla l'art. 57 del codice postula una **nuova aggiudicazione** (sia pure in forma negoziata) alla stregua di un progetto di base >>*.
- Ad avviso dei giudici del Consiglio di Stato si tratta, quindi, di due istituti profondamente distinti: *<< mentre il rinnovo risultava applicabile a qualsiasi rapporto e comportava una ripetizione delle prestazioni per una durata pari a quella originariamente fissata nel contratto "rinnovando", **la ripetizione dei servizi analoghi comporta un nuovo e diverso vincolo contrattuale**, con un diverso oggetto, come a tacer d'altro si ricava dal dato che la ripetizione può aver luogo solo nel triennio successivo alla stipula dell'appalto iniziale >>*.



SUBAPPALTO NEI SERVIZI ANALOGHI

Risposta/4

- Risulta evidente, quindi, che solo per i **servizi identici** potrebbe porsi il problema dell'identità dei subappaltatori che hanno già eseguito la prestazione nella prima fase contrattuale, ma non per i **servizi analoghi**, ontologicamente diversi da quelli identici e che postulano una **nuova aggiudicazione** (sia pure in forma negoziata), l'esecuzione di **nuovi servizi** (sia pure analoghi a quelli già svolti) e la stipula di un **nuovo contratto**.
- In definitiva, fatta salva la sussistenza di vincoli negoziali derivanti dal rapporto con il precedente subappaltatore e/o direttamente stabiliti dalla stazione appaltante nel contratto di appalto, è **possibile stipulare un contratto di subappalto per l'esecuzione di servizi analoghi con un nuovo subappaltatore, a condizioni contrattuali diverse da quelle stabilite con il primo subappaltatore.**



AVVALIMENTO PROGETTISTA

- Il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia dell'articolo 53, comma 3, del D.Lgs. n. 163 del 2006, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo. Pertanto non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea. Sicché non può utilizzare l'istituto dell'**avvalimento** per la doppia ragione che esso è riservato all'operatore economico in senso tecnico e che l'**avvalimento** cosiddetto "a cascata" era escluso anche nel regime del codice dei contratti pubblici, ora abrogato e sostituito dal D.Lgs. n. 50 del 2016, che espressamente lo vieta (**Cons. Stato (Ad. Plen.), 09/07/2020, n. 13**).



LIMITI PERCENTUALI AVVALIMENTO

Domanda

- Esiste un limite percentuale per l'avvalimento come nel subappalto ?

Risposta

- In presenza di un contratto di **avvalimento**, il riferimento contenuto nell'art. 89, comma 8, del codice dei contratti pubblici all'istituto del subappalto, relativamente alle prestazioni eseguite materialmente dall'ausiliario, è oggetto di una facoltà («l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore»), destinata anch'essa ad operare nella fase di esecuzione del contratto e la cui concretizzazione postula l'assenso dell'amministrazione. Per questa ipotesi **non è comunque previsto un limite quantitativo come nel caso del subappalto vero e proprio**, ai sensi del sopra richiamato art. 105, comma 2, D.Lgs. n. 50 del 2016, ma è richiesto il solo rispetto del limite «dei requisiti prestati» dall'ausiliario. Ciò in coerenza con la finalità tipica dell'**avvalimento**, di utilizzo delle capacità tecniche ed economiche di terzi necessarie per qualificarsi nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, ed affinché all'impresa ausiliaria non siano in concreto affidate prestazioni eccedenti la propria capacità tecnica. Si tratta di una diversità di disciplina per i profili di interesse nel presente giudizio che impedisce di operare una commistione tra i due istituti (**T.A.R. Lombardia Milano Sez. II, 01/07/2020, n. 1266**).



TERMINI STIPULA CONTRATTO

- L'art. 32, comma 8, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevede che il contratto debba essere stipulato entro il **termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione**. Nel caso in cui non si pervenga alla stipulazione, sia la parte privata che la parte pubblica possono sciogliersi dal vincolo creatosi con l'aggiudicazione. L'Amministrazione, in particolare, può pronunciare la decadenza dall'aggiudicazione secondo l'insegnamento costante della giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17 giugno 2015 n. 3042; Sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8220; Sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6455) e in tal senso dispone anche il paragrafo 18 del disciplinare di gara (**T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, Sent., 08-07-2020, n. 576**).



RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE APPALTI

- L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che, affinché possa essere riconosciuta la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti **oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà**; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche **soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo**; c) che il privato provi sia il danno evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi **rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta** che si imputa all'amministrazione (**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, Sentenza 4 maggio 2018 n. 5**).



MODIFICA OFFERTA ECONOMICA

Domanda

- Possono modificarsi le voci di costo espresse nell'offerta economica ?

Risposta

- Le singole voci di costo possono essere modificate solo per sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi o per originari comprovati errori di calcolo o per altre plausibili ragioni. **Non è possibile rimodulare le voci di costo senza alcuna motivazione e al solo scopo di far quadrare i conti** ossia per assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato ma siano superate le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo (T.A.R. Lombardia Milano Sez. I, 30/06/2020, n. 1251).

TERMINE ANNULLAMENTO AGGIUDICAZIONE

Domanda

- Il termine per l'annullamento di ufficio dell'aggiudicazione, si applica anche per i contratti ?

Risposta

- Come osservato in giurisprudenza, "la disposizione dell'art. 21-nonies L. n. 241 del 1990, secondo cui l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo può essere disposto entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi, si applica anche in caso di annullamento dell'aggiudicazione di un contratto pubblico. Ai fini del rispetto di detto termine è necessario che, prima della sua scadenza, l'adozione dell'atto di annullamento sia effettivamente avvenuta, non essendo sufficiente il mero avvio dell'iter dell'autotutela. La disposizione dell'art. 108 D.Lgs. n. 50 del 2016, secondo cui non si applicano i termini previsti dall'art. 21-nonies L. 7 agosto 1990, n. 241, non è operante in ipotesi di annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione; quest'ultimo, infatti, incide sulla procedura di gara attraverso la rimozione del suo atto conclusivo, laddove l'art. 108 D.Lgs. n. 50 del 2016 cit. si riferisce allo scioglimento del contratto conseguente alle dinamiche del rapporto sinallagmatico"(T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. I, Sent., 26-05-2020, n. 959).



D.L. RILANCIO – DEROGA TERMINI ANNULLAMENTO

- L'art. 1, comma 1, lett. b) del D.L. 34/2020, conv. in L. 77/2020, ha introdotto una deroga, **fino al 31 dicembre 2020**, al termine di annullamento di ufficio.
- I provvedimenti amministrativi illegittimi ai sensi dell'art. 21-octies della legge 7 agosto 1990, n. 241, **adottati in relazione all'emergenza Covid-19**, possono essere annullati d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, **entro il termine di tre mesi**, in deroga all'art. 21-nonies comma 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 che prevede il termine di 18 mesi.
- Il termine decorre dalla adozione del provvedimento espresso ovvero dalla formazione del silenzio assenso.
- Resta salva l'annullabilità d'ufficio anche dopo il termine di tre mesi qualora i provvedimenti amministrativi siano stati adottati sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali.



NOMINA DELLA COMMISSIONE E PRESENTAZIONE OFFERTE

- L'art. 77, comma 7, del D.Lgs. n. 50 del 2016, prescrive che "*La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte*"; il TAR del Lazio, riferendosi a tale disposizione ha chiarito che:
 - - la nomina della commissione giudicatrice dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte è posta, difatti, a presidio dell'imparzialità della procedura di gara, onde evitare possibili collusioni tra commissari e concorrenti ed è espressione dei più generali principi di imparzialità e di trasparenza;
 - - tuttavia, la violazione della richiamata disposizione, in un'ottica di tipo sostanzialistico, può costituire vizio dell'intera procedura di gara solo se la nomina anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte **sia in concreto suscettibile di incidere sulla indipendenza dei commissari e sugli elementi discrezionali delle loro valutazioni**, essendo quindi necessario esaminare caso per caso se tale principio sia stato messo in pericolo dalla nomina anticipata della commissione (**T.A.R. Lazio Roma Sez. II quater, Sent., 14-03-2017, n. 3467**).



CONFLITTO D'INTERESSE

- In tema di gare pubbliche, in base a quanto disposto dall'art. 42 del D.Lgs. n. 50/2016, il **conflitto di interessi** si ricava in via presuntiva da due elementi indiziari quali a) l'esistenza di un interesse personale del funzionario; b) il ruolo che questi riveste nella procedura di gara tale da consentire di "intervenire" o di "influenzare" il risultato, per le informazioni privilegiate che ha a disposizione e può trasferire all'impresa concorrente così ponendola in condizione di vantaggio sugli altri concorrenti (**Cons. Stato Sez. V, 14/05/2020, n. 3048**).