

Anac e Codice dei contratti: Due Rassegne ragionate su forma associativa e subappalto

06/03/2019



L'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) ha raccolto in due documenti la "*Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di partecipazione in forma associata alle procedure di affidamento*" e la "*Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di subappalto*" relative agli anni 2017 e 2018.

Per quanto riguarda la **partecipazione in forma associativa alle procedure di affidamento**, si tratta di chiarimenti sui raggruppamenti temporanei, sulla qualificazione dei

raggruppamenti, sui consorzi stabili e loro qualificazione, sulle vicende modificative del raggruppamento, sulle differenze con altri istituti mentre per quanto concerne le **massime di precontenzioso in tema di subappalto**, si tratta di chiarimenti relativamente ai rapporti tra il subappalto e gli altri istituti, alle condizioni elimiti al subappalto, all'indicazione della terna di subappaltatori.

Le due raccolte predisposte dall'Ufficio Precontenzioso e Pareri nel mese di febbraio 2019 è relativo ai pareri di precontenzioso, emessi tra il 2017 e il 2018 sui temi relativi alle due rassegne, che sono tutti elencati nel paragrafo finale delle stesse rassegne.

Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di partecipazione in forma associata alle procedure di affidamento - I raggruppamenti temporanei possono essere composti da imprese (RTI) o da professionisti (RTP) e possono essere **orizzontali, verticali o misti**.

Nel **raggruppamento orizzontale**, le imprese raggruppate sono tutte portatrici delle medesime competenze, mentre nel **raggruppamento verticale**, ognuna delle imprese raggruppate porta la propria competenza.

Pertanto, la distinzione tra raggruppamenti orizzontali e raggruppamenti verticali poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara.

Circa il possesso dei requisiti da parte di raggruppamento temporaneo di professionisti (RTP), **con parere n. 431 del 27 aprile 2017**, l'ANAC ha ritenuto illegittima la clausola del disciplinare di gara per l'affidamento dei servizi di progettazione in base alla quale "*il capofila mandatario deve possedere i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa "nella percentuale almeno pari al 51% dei requisiti minimi per ogni classe e categoria di servizi oggetto della prestazione"*. Ha affermato l'Autorità che tale clausola impediva la partecipazione alla gara dei raggruppamenti verticali, resa possibile dalla distinzione effettuata nella documentazione di gara tra attività principale e attività secondarie desumibile dalla classificazione effettuata e dai singoli importi indicati. L'ANAC ricorda, poi, che "nel caso di raggruppamenti verticali, i requisiti tecnici devono essere posseduti da mandataria e mandanti in relazione alle attività di competenza". In particolare l'Autorità ha chiarito che "*giòva richiamare l'indirizzo interpretativo espresso da questa Autorità, secondo cui il possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria si applica solo nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale o misto (per la subassociazione orizzontale), mentre, nel caso di raggruppamento verticale puro è sufficiente che ogni concorrente possieda i requisiti per la parte della progettazione che intende eseguire*".

Altri chiarimenti sono, poi, quelli relativi alla qualificazione dei raggruppamenti (paragrafo 3) ed ai consorzi stabili (paragrafo 4) con la precisazione che l'istituto del consorzio stabile, quale forma di partecipazione alle procedure di affidamento oggi è contenuto nell'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. 50/2016 e che la costante giurisprudenza amministrativa delinea il consorzio stabile come soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, in forza del quale può

giovarsi, senza dover ricorrere all'avvalimento, degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del "cumulo alla rinfusa".

Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di "subappalto" - La vigente disciplina del subappalto nella contrattualistica pubblica è contenuta nell'art. 105 e, per quanto riguarda le concessioni, nell'art. 174 del d. lgs. 50/2016. L'art. 105, comma 2, del decreto legislativo citato fornisce per la prima volta una definizione dell'istituto nell'ambito dei contratti pubblici, stabilendo che *"il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto"*, con l'ulteriore specificazione secondo cui *"costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera"*. Si tratta quindi di un contratto derivato con il quale l'appaltatore incarica un terzo di eseguire parte delle opere, forniture o servizi che egli stesso ha precedentemente assunto. Da ciò discende che le vicende del contratto di appalto risolto incidono sulle vicende del subappalto, in quanto rapporto derivato e accessorio, con la conseguenza che la risoluzione dell'uno determina lo scioglimento del secondo. Interessante il paragrafo 2 della rassegna che definisce i rapporti tra il subappalto e gli altri istituti ed, in particolare il paragrafo 2.1 in cui è precisato che il subappalto è un istituto che esplica i suoi effetti nella fase successiva a quella dell'aggiudicazione (cioè quella di esecuzione del contratto per l'appunto), distinguendosi pertanto dall'avvalimento. Ma sempre nel paragrafo 2.1 è precisato che *"l'inevitabile connessione tra i due istituti trova, comunque, conferma nel dettato normativo: l'art. 89, comma 8, del d.lgs. 50/2016 prevede la possibilità che l'impresa ausiliaria assuma il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati: il subappalto, in tale circostanza, viene quindi a costituire un modulo attraverso il quale si concretizza l'avvalimento"*. Interessanti, anche, il paragrafo 3 relativo alle Condizioni e limiti al subappalto in cui vengono analizzati l'autorizzazione al subappalto, il divieto di subappalto, i limiti al subappalto ma, anche il paragrafo 4 relativo all'indicazione della terna di subappaltatori in cui è precisato che, sulla base della normativa attualmente vigente, circa l'obbligatorietà dell'indicazione del nome del subappaltatore, nel caso di *"subappalto necessario"*, il concorrente in sede di gara è obbligato esclusivamente a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto indicando precisamente per quali attività; l'indicazione della terna dei subappaltatori è infatti obbligatoria solo *"...qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190"*.

A cura di **arch. Paolo Oreto**

© Riproduzione riservata

Documenti Allegati

Rassegna in tema di forma associata

Rassegna in tema di subappalto