

Con sentenza n. 91 dell'11 aprile 2022, la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 105 e 146, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 9 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per il Molise, nella parte in cui non prevedono un divieto di subappalto nel settore dei beni culturali. Secondo il giudice a quo, in particolare, si paleserebbe una irragionevolezza nella mancata estensione al subappalto del divieto che sussiste in relazione all'avvalimento, posto che l'istituto del subappalto offrirebbe meno garanzie di tutela perché idoneo a divenire mezzo di elusione dei principi di aggiudicazione mediante gara, nonché possibile canale di infiltrazione della criminalità organizzata negli appalti pubblici.

L'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento italiano al fine di agevolare – come emerge dall'art. 89, D.L.vo n. 50/2016 – la partecipazione alle gare d'appalto. In particolare, esso consente a un soggetto privo di taluni requisiti prescritti per la partecipazione a una gara, di avvalersi di quelli posseduti da un altro operatore (l'ausiliario), il quale – tramite contratto – li mette a disposizione del concorrente (l'avvalente) per tutta la durata dell'appalto. Il contratto deve indicare con precisione i requisiti prestati e deve essere accompagnato da una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria, con cui essa attesta, oltre al possesso dei requisiti, anche il suo impegno, nei confronti non soltanto del concorrente, ma della stessa stazione appaltante, a fornire le risorse di cui il primo è carente. Quanto alla fase esecutiva dell'appalto, il codice dei contratti pubblici, per un verso, cerca di assicurare l'effettiva messa a disposizione, nonché il concreto impiego dei mezzi e delle risorse prestate al concorrente, prevedendo che la stazione appaltante svolga opportune verifiche al riguardo. Per un altro verso, tuttavia, non prescrive, almeno in generale, che la prestazione da eseguire con le risorse offerte dall'ausiliario debba essere necessariamente effettuata da quest'ultimo. In sostanza, viene accertata l'effettività del prestito dei requisiti, ma non viene assicurata l'esecuzione diretta dei lavori ad opera dell'ausiliario. L'art. 89, comma 8, D.L.vo n. 50/2016 dispone, infatti, quale regola generale, che l'esecuzione spetta all'aggiudicatario, che deve integrare al proprio interno le risorse dell'ausiliario. In difetto di una generalizzata garanzia di esecuzione della prestazione da parte dell'ausiliario, emerge la ragione del divieto previsto all'art. 146, comma 3 ad avvalersi del citato istituto nel settore dei beni culturali. L'intenzione della norma è assicurare che i lavori vengano direttamente eseguiti da chi abbia la specifica qualificazione richiesta, nonché mezzi e risorse necessari a preservare una tale categoria di beni. Il subappalto, pur condividendo con l'avvalimento taluni caratteri e finalità, a partire dal *favor participationis*, si connota per una disciplina che garantisce la tutela dei beni culturali, ove siano oggetto del contratto. Innanzitutto, il subappalto, quando non sia affidato all'ausiliario e, dunque, non risulti abbinato all'istituto dell'avvalimento, presuppone che l'impresa abbia i requisiti per partecipare alla gara. Questo implica che, nei contratti di lavori, l'impresa, anche qualora non disponga di tutte le qualificazioni richieste per le singole lavorazioni oggetto dell'appalto, abbia, quanto meno, l'attestazione SOA relativa alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori oggetto del contratto. Le garanzie offerte, in sede di gara, dal possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente non implicano, d'altro canto, una fungibilità, in sede esecutiva, tra le varie qualifiche richieste. Al contrario, nel caso dell'avvalimento, il concorrente da solo non dispone delle qualifiche per partecipare alla gara, ma, una volta integrate nell'azienda le risorse e le competenze necessarie, tramite l'avvalimento, esegue in proprio le relative prestazioni. Emerge, così, la seconda e decisiva differenza del subappalto rispetto all'avvalimento. Il tipo contrattuale del subappalto – un subcontratto che si dirama dal modello dell'appalto – presenta, quali obbligazioni tipiche, il compimento “con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio” di un'opera o di un servizio “verso un corrispettivo in denaro” (art. 1655 c.c.). In sostanza, l'esecuzione dei lavori in proprio, effettuata in maniera autonoma rispetto al subcommittente, rientra tra le obbligazioni tipiche del subappalto, cui, viceversa, risulta in toto estranea l'obbligazione a prestare unicamente requisiti. Di riflesso, sia che l'aggiudicatario possa partecipare all'appalto, ma non abbia la qualificazione specialistica per le lavorazioni relative ai beni culturali (ciò che rende necessario il subappalto), sia che abbia tale qualificazione specialistica, ma decida, nel rispetto del bando di gara, di avvalersi in via facoltativa del subappalto, in ogni caso, il tipo contrattuale in esame garantisce che l'esecuzione della prestazione sia effettuata in proprio e in via diretta dal subappaltatore. Al contempo, la lettera dell'art. 148, comma 4, D.L.vo n. 50/2016 assicura che il subappaltatore esecutore dei lavori disponga delle necessarie qualificazioni specialistiche. Risulta, a questo punto, naturale che il subappaltatore risponda della sua esecuzione nei

confronti del subappaltante e che quest'ultimo sia responsabile verso il committente. Pertanto, costituisce elemento decisivo il fatto che – in base alla disciplina del subappalto relativo ai beni culturali – soltanto l'operatore dotato di una qualificazione specialistica può eseguire i lavori relativi a tali beni, e questo di per sé assicura loro una effettiva e adeguata tutela. Si dissolve, in tal modo, la censura di irragionevolezza, poiché il subappalto non condivide con l'avvalimento la ratio della norma censurata. Senza una giustificazione riconducibile alla protezione dei citati beni, non soltanto la mancanza del divieto di subappalto non contrasta con gli artt. 3 e 9 Cost., ma, al contrario, l'eventuale previsione del divieto di subappalto potrebbe tradursi in una compressione del principio della concorrenza, oltre che dell'autonomia privata, non priva di criticità.

Riferimenti Normativi:

- art. 3 Cost.
- art. 9 Cost.
- art. 1655 c.c.
- art. 89, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)
- art. 105, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)
- art. 146, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)
- art. 148, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)