



.....OMISSIS.....

Oggetto

Lavori di realizzazione della "Scalinata e di un collegamento mobile tra il terminal bus e il centro della città" – subappaltatore - Richiesta parere.

Funz. Cons. 11/2021

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 11 novembre 2021, acquisita al prot. Aut. n. 81427, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 21 dicembre 2021, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento del 28 giugno 2017.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, si rinvia alle disposizioni dell'art. 105 del d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale «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» (comma 2).

Ai sensi del comma 4 dello stesso art. 105, gli affidatari dei contratti pubblici possono ricorrere al subappalto, previa autorizzazione della stazione appaltante, purché (tra l'altro) il subappaltatore sia in possesso delle necessarie qualificazioni occorrenti per l'esecuzione della prestazione oggetto del sub-contratto, *nonché dei requisiti di ordine generale indicati dall'art. 80 del Codice*. A tal fine, come prescritto dal comma 7, «L'affidatario deposita il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmette altresì la *dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e il possesso dei requisiti speciali di cui agli articoli 83 e 84*. La stazione appaltante verifica la dichiarazione di cui al secondo periodo del presente comma tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 81. Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici».

Sulla base delle disposizioni che precedono, pertanto, il subappaltatore deve essere in possesso dei requisiti di ordine generale previsti dall'art. 80 del Codice e deve rendere apposita dichiarazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui al medesimo articolo 80, secondo le modalità stabilite dal comma 7 sopra richiamato.

Come noto, l'art. 80 del Codice include tra le cause di esclusione, secondo le previsioni del comma 2, «l'esistenza con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. *Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*».

Pertanto, in capo al subappaltatore, non deve sussistere (tra l'altro) la causa di esclusione sopra indicata, né in sede di autorizzazione al subappalto ai sensi del comma 7 dell'art. 80, né in fase di esecuzione dell'appalto e per tutta la sua durata.

Conseguentemente, qualora nella fase esecutiva del contratto d'appalto, la stazione appaltante riscontri, in capo al subappaltatore, la perdita del requisito di ordine generale sopra indicato, il Codice prevede la sostituzione dello stesso da parte dell'affidatario.

Più in dettaglio, ai sensi dell'art. 80, comma 12, «L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80».

Come indicato nella Relazione Illustrativa del d.lgs. 50/2016, la norma «impone all'affidatario di provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione».

Alla luce di quanto sopra, quindi, tenuto conto di quanto previsto dall'art. 80, comma 12, del Codice, qualora il subappaltatore risulti destinatario di una informazione interdittiva antimafia di cui all'art. 84 del d.lgs. n. 159/2011 che, ai sensi dell'art. 80, comma 2, del Codice, costituisce un motivo di esclusione dalla procedura di gara e dall'esecuzione dei contratti d'appalto, è necessario che la stazione appaltante consenta all'appaltatore la sostituzione del subappaltatore con altra impresa in possesso di tutti i requisiti generali e speciali occorrenti per l'esecuzione (di parte) del contratto.

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra che ai sensi dell'art. 91, comma 7-bis, del d.lgs. n. 159/2011, l'informazione interdittiva antimafia a carico dei singoli operatori economici è comunicata all'ANAC, ai fini dell'inserimento della relativa notizia nel Casellario Informatico disciplinato dall'art. 213, del d.lgs. 50/2016.

Quanto all'istituto previsto dall'art. 34-bis (*controllo giudiziario delle aziende*) del d.lgs. 159/2011, la cui applicazione è fatta salva dall'art. 80, comma 2, del d.lgs. 50/2016 sopra richiamato, ancorché di non diretta competenza dell'Autorità, può rinviarsi a quanto statuito dalla norma (come recentemente modificata dal d.l. n. 152/2021) a tenore della quale «Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo *sospende il termine di cui all'articolo 92, comma 2, nonché gli effetti di cui all'articolo 94*. Lo stesso provvedimento è comunicato dalla cancelleria del tribunale al prefetto dove ha sede legale l'impresa, ai fini dell'aggiornamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia di cui all'articolo 96, ed è valutato anche ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis nei successivi cinque anni» (comma 7).

In relazione all'istituto disciplinato dalla disposizione sopra richiamata (ancorché nella versione precedente al d.l. 152/2021), l'Autorità ha osservato che «qualora l'impresa, già destinataria di un'interdittiva antimafia, sia successivamente soggetta all'applicazione del controllo giudiziario, ex art. 34-bis del d.lgs. 159/2011, non debba procedersi all'oscuramento dell'annotazione, bensì debba disporsi la sola integrazione della notizia nel Casellario informatico degli operatori economici. Ciò in *quanto l'applicazione del controllo ex art. 34-bis del d.lgs. 159/2011 non rimuove il provvedimento prefettizio ma ne sospende l'efficacia nei limiti temporali stabiliti dal provvedimento del giudice penale*» (Relazione annuale 2018, presentata in data 6.6.2019).

Per le società destinatarie di interdittiva antimafia, successivamente assoggettate all'applicazione della suindicata misura del controllo giudiziario, su istanza del medesimo operatore economico o a seguito della comunicazione del provvedimento da parte del Tribunale competente, l'Autorità procede quindi all'integrazione dell'annotazione con specifico riferimento all'applicazione della misura in argomento (art. 29 del Regolamento sul Casellario Informatico del 29.7.2020).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta Amministrazione ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente il 27 dicembre 2022