

Avvalimento: la responsabilità dell'ausiliaria subappaltatrice non è sempre limitata alla sola prestazione subappaltata

Autore: Bellagamba Lino

In: Diritto amministrativo

Laddove l'impresa ausiliaria assuma il ruolo di subappaltatore, la sua responsabilità solidale con l'impresa ausiliata (ai sensi del comma 4 dell'art. 49 del codice) sarebbe limitata alla sola prestazione subappaltata (T.A.R. Lazio, Roma, III-ter, 27 dicembre 2007, n. 14081).

Il prevalente indirizzo giurisprudenziale si è consolidato «nel senso di ritenere il subappalto come strumento ordinario di cooperazione tra imprese, in quanto tale idoneo a comprovare il possesso per relationem alle capacità di altro soggetto dei requisiti di idoneità tecnica, economica e finanziaria di partecipazione ad una gara (così Cons. Stato, Sez. V, 7/2/2003, n. 645). È dunque vero che l'art. 49, IV comma, del codice, nel recepire la, invero stringata sul punto, direttiva comunitaria, ha in qualche modo riconosciuto un "rilievo esterno" all'impresa ausiliaria, la quale è responsabile in solido (con il concorrente) nei confronti della Stazione appaltante in relazione alle prestazioni dedotte in contratto, ma è altrettanto vero che tale disciplina deve essere coordinata con quella del subappalto, ove a tale figura contrattuale si intenda fare ricorso per il "prestito" dei requisiti e la "messa a disposizione delle risorse". Ed allora, (...) anche in considerazione del fatto che il subappalto rientra nella categoria del contratto derivato (o subcontratto), nozione idonea ad evidenziare la condizione di distinzione e di coesistenza dei contratti, deve ritenersi che la responsabilità solidale del subappaltatore sia limitata alla prestazione subappaltata (altro problema è, evidentemente, quello della compatibilità o meno della "quota subappaltabile" ex art. 118 del codice, e del connesso regime vincolistico, con la disciplina propria dell'avvalimento)».

L'affermazione del collegio romano va chiarita nei particolari, in quanto non appare generalizzabile.

Ipotizziamo il settore dei lavori ordinari.

Se l'appalto è a categoria prevalente e unica, ovvero se il subappalto all'ausiliaria è in quota di sola prevalente nell'ambito di un appalto che presenta anche categorie scorporabili, il comma 4 dell'art. 49 del codice fa sì che l'ausiliaria sopporti la stessa responsabilità dell'impresa abilitata ad eseguire la prevalente. Tale responsabilità non può allora essere pro quota di esecuzione, in quanto per il legislatore italiano l'avvalimento genera (nella fattispecie in esempio) un rapporto assimilato a quello del raggruppamento orizzontale.

Se il subappalto è invece in quota di categoria scorporabile-subappaltabile (a prescindere dalla obbligatorietà o meno della qualificazione), solo qui la responsabilità dell'ausiliaria-subappaltatrice è limitata alla prestazione subappaltata. Per l'ordinamento italiano, ai sensi del citato comma 4 dell'art. 49 del codice, è come se si trattasse di un raggruppamento verticale.

Se poi si tratta di una scorporabile non subappaltabile, l'ausiliaria è ben titolata a prestare la relativa attestazione-SOA, ma essa non potrà eseguirne nulla in regime di subappalto (alla pari di qualsiasi altra impresa). La possibilità di avvalimento va infatti coniugata con la previsione inderogabile di cui all'art. 37, comma 11. Tuttavia, per il principio posto dal comma 4 dell'art. 49, l'ausiliaria (che non esegue) è responsabile in solido con l'ausiliata, ma solo per l'esecuzione (da parte dell'ausiliata medesima) della scorporabile in questione.

In definitiva, è il principio della responsabilità solidale posto dal codice che crea problemi interpretativi, in quanto extra ordinem rispetto alla direttiva.

<https://www.diritto.it/avvalimento-la-responsabilita-dell-ausiliaria-subappaltatrice-non-e-sempre-limitata-al-la-sola-prestazione-subappaltata/>