



.....OMISSIS.....

Oggetto

Servizio di sanificazione ambientale Lotto 1 e servizio di sanificazione covid 19 dei siti/impianti in gestione allaOMISSIS..... Lotto 2 - richiesta di parere.

FUNZ CONS 62/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 11 ottobre 2022, acquisita al prot. Aut. n. 81186 a seguito di archiviazione della precedente istanza di precontenzioso, si comunica che ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 7 dicembre 2022, 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 approvato con delibera n. 160/2022. Allo stesso modo, esula dalla sfera di competenza dell'Autorità fornire alle stazioni appaltanti l'interpretazione autentica degli atti di gara (e contrattuali) dalle stesse predisposti (in tal senso parere AG 9/2017/AP e parere Funz Cons n. 47/2022).

Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

La stazione appaltante chiede se l'utilizzo ai fini dell'esecuzione, da parte dell'operatore economico risultato aggiudicatario della gara, di unità di personale in distacco da imprese terze, nonché il noleggio di mezzi facenti capo ad altri operatori economici, sia configurabile come subappalto (che nel caso di specie risulterebbe non autorizzato). In particolare, poi, essa chiede se tali risorse, non specificamente dichiarate nei giustificativi presentati dal medesimo aggiudicatario in sede di subprocedimento di congruità dell'offerta, possano provenire da imprese concorrenti nella medesima gara.

Sotto il primo profilo sollevato, riguardante l'utilizzo di unità di personale in distacco e mezzi a noleggio provenienti da imprese terze, si evidenzia preliminarmente che al fine di configurare un subappalto è necessario che sia demandata a un soggetto terzo, economicamente e giuridicamente distinto dall'appaltatore, "l'esecuzione totale o parziale dell'opera o del servizio", con organizzazione di mezzi e rischio a carico del subappaltatore; sicché, nel caso in cui un soggetto agisca quale mero esecutore materiale (o come mero collaboratore nell'esecuzione) di un servizio in favore dell'appaltatore, in assenza di profili di autonomia, il subappalto non può configurarsi (T.A.R. Campania Sez. V, Sent. 17 marzo 2021, n. 1795).

L'art. 105 (subappalto), comma 2 del d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale «Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se

singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare», prevede alcuni parametri specifici, sia in termini di valore della prestazione sia di incidenza della manodopera, in presenza dei quali è possibile configurare un subappalto. Come osservato dalla giurisprudenza (T.A.R. Sardegna, Sez. II, sent. 9 dicembre 2020, n. 693), laddove non risultino superate le suddette soglie quantitative va rilevata un'ipotesi di subaffidamento e non di subappalto. Infatti, affinché un subcontratto possa rientrare nel perimetro di applicazione delle norme in materia di subappalto, è necessario che esso comporti un trasferimento in capo a terzi delle prestazioni oggetto del contratto pubblico principale ovvero che, pur attenendo a prestazioni accessorie, integri le caratteristiche poste dal comma 2 dell'art. 105 del Codice. Tuttavia, come sottolineato dalla giurisprudenza, ai fini della qualificazione del contratto non si deve aver riguardo al *nomen iuris* attribuito dalle parti, ma alla funzione economico sociale che l'atto è destinato a realizzare. Infatti si devono ritenere vietati non solo i contratti che assumono la qualifica formale del subappalto o del cottimo, ma anche quelli che comunque mirano all'esecuzione dell'appalto senza l'autorizzazione della stazione appaltante (Cass. pen. Sez. III, 12 gennaio 2006, n. 792).

A tal fine la stazione appaltante può verificare l'incidenza dei contratti in questione in relazione all'appalto principale ed effettuare le opportune verifiche nei confronti dei soggetti parti di contratti che potrebbero comportare l'elusione della suddetta autorizzazione.

Con riferimento alla problematica dell'acquisizione di mezzi e/o personale da impresa terza concorrente nella medesima gara, l'Autorità aveva avuto modo di svolgere alcune considerazioni (Parere sulla normativa AG 9/14 del 12 marzo 2014) sulle anomalie comportamentali che potrebbero in taluni casi assurgere a indizio della presenza di fenomeni anticoncorrenziali. Con la determinazione n. 14 del 15 ottobre 2003 erano state infatti esposte alcune argomentazioni riferite alla c.d. clausola di gradimento, sovente contenuta nei "protocolli di intesa" (o "protocolli di legalità" o "patti di integrità"), che vieta all'aggiudicatario della gara di subappaltare ad altre imprese che hanno presentato autonoma offerta nella medesima gara. Tuttavia era stato osservato che tale clausola, in quanto limitativa della libertà di organizzazione dell'impresa nonché della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), va applicata nel rispetto del principio di proporzionalità, in un'ottica di contemperamento della necessità di prevenire condotte anticoncorrenziali con il principio di libera organizzazione dei mezzi imprenditoriali, e dunque partendo dall'analisi, caso per caso, del mercato di riferimento. Il noleggio di automezzi può rappresentare in effetti un elemento indiziante di interferenze nella gestione della società. Tuttavia, in tema di gravità indiziaria, spetta alla stazione appaltante valutare se, attraverso l'eventuale schermo di contratti di nolo di mezzi/attrezzature e i distacchi di manodopera, possa essersi verificato il fenomeno dell'effettivo svolgimento del servizio da parte della società fornitrice.

Non sussistono, sul piano generale, preclusioni alla possibilità di indicare in offerta mezzi, personale e risorse acquisiti in forza di contratti idonei (v. TAR Lazio, Sez. III, Sent. 1° aprile 2021, n. 3929). Sotto questo aspetto si rileva che il disciplinare di gara, nel caso di specie, non prevedeva alcun obbligo di dichiarare la disponibilità di un certo numero di unità di personale alla data della presentazione dell'offerta, né i nominativi degli operatori (sarebbe contrario al principio di libertà di impresa richiedere all'imprenditore di impiegare nel servizio persone specificamente individuate) o di indicare le modalità con cui sarebbero state ingaggiate le risorse necessarie all'esecuzione. Né era attribuito un punteggio al numero di risorse, in quanto la gara era affidata con il criterio del minor prezzo. Dunque, sotto questo aspetto, l'aggiudicatario poteva ricorrere, ai fini dell'esecuzione, agli istituti all'uopo previsti dalla legge.

Sotto il profilo delle discrasie riscontrate dalla S.A. in sede di controllo della documentazione in fase di avvio dell'esecuzione, rispetto al contenuto dei giustificativi presentati dall'aggiudicatario in sede di verifica di congruità dell'offerta, si osserva che, secondo la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 2020, n. 7752 che conferma T.A.R. Campania Salerno, Sez. I, 7 gennaio 2020, n. 9), le eventuali modifiche dell'offerta in termini di modifica delle ore lavorative o del numero e delle qualifiche degli addetti, presentate in sede di giustificativi, sono da considerare essenziali con riferimento alla verifica di congruità del costo del personale, ai sensi dell'art. 97, co. 5 lett. d) del Codice dei contratti. Pertanto è stato ribadito il principio per cui non è ammissibile che l'offerta, tramite lo strumento delle giustificazioni presentate nel corso del subprocedimento di verifica dell'anomalia, "sia sostanzialmente modificata o stravolta nei suoi elementi essenziali, fra i quali rientra anche la voce relativa al costo e al numero del personale impiegato per eseguire l'appalto" (Cons. Stato, Sez. V, 22 giugno 2020, n. 3972).

Appare evidente che, alla stregua del medesimo principio, essendo l'indicazione dei costi della manodopera diretta a tutelare il lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione (Cons. Stato, Sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6306; 22 giugno 2020, n. 3972; 10 febbraio 2020, n. 1008) e ad evitare manovre speculative sulla retribuzione dei dipendenti finalizzate a rendere l'offerta in gara maggiormente competitiva, occorre verificare che i contratti recanti nuove assunzioni non vadano ad alterare la congruità del costo del lavoro e il rispetto dei minimi retributivi, già oggetto di verifica complessiva.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante 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