

Massime per Atto Ricercato: Parere sulla Normativa del 27/09/2012 - rif. AG 16/2012

Parere sulla Normativa del 27/09/2012 - rif. AG 16/2012 d.lgs 163/06 Articoli 118, 135 - Codici 118.1, 135.1

richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici - Estav Centro - contratto per la fornitura di ausili per incontinenza - questioni relative al subappalto- Il subappalto è disciplinato dall'art. 118 del Codice dei contratti pubblici che contiene norme riferite a tutte le tipologie di appalti e norme specifiche riferite al subappalto nei servizi e nelle forniture. Al fine di preservare l'intuitus personae che connota i contratti pubblici il subappalto è sottoposto alla preventiva autorizzazione della stazione appaltante, utile a prevenire il rischio che l'esecuzione delle prestazioni contrattuali sia svolta da soggetti privi dei requisiti di ordine generale e speciale necessari per contrarre con la pubblica amministrazione. L'esigenza di scongiurare tale rischio, peraltro, è sentita in modo talmente forte dall'ordinamento che il subappalto non autorizzato è penalmente sanzionato come reato contravvenzionale dall'art. 21 della Legge 13 settembre 1982, n. 646, che riconosce all'amministrazione appaltante "la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto". Tuttavia è discussa l'applicabilità di tale norma anche ai servizi e alla forniture. Un orientamento assume che la disposizione deve intendersi riferita esclusivamente al subappalto di lavori senza possibilità di estensione analogica a servizi e forniture (Cass. Pen. Sez. IV sent. 14 luglio 2000 n.8243); altra giurisprudenza, invece, interpreta estensivamente il dato letterale e applica la norma ai contratti misti di lavori e ai noli a caldo, in quanto assimilati ai contratti di lavori (Cass. Pen., Sez. III, sentenza 29 novembre 2005, n. 792); il contrapposto orientamento, che valorizza invece la ratio dell'istituto, ritiene che la norma non debba essere interpretata in modo restrittivo e, dunque, non sia riferita solo ai lavori, ma anche ai servizi (Cass. Pen., Sez. V, sentenza 3 luglio 2009, n. 35057). Tuttavia, con riferimento a questi settori, la facoltà di risoluzione potrebbe trovare fondamento normativo nell'art. 136 del Codice dei contratti pubblici (applicabile anche agli appalti di servizi e forniture ex art. 297 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207). L'esecuzione di un subappalto non autorizzato potrebbe, infatti, costituire una forma di grave inadempimento del contratto di appalto, con facoltà per la stazione appaltante di invocare la risoluzione, previa valutazione della idoneità a compromettere la buona esecuzione del contratto. In ogni caso, il Codice dei contratti pubblici, nel disciplinare l'istituto della risoluzione contrattuale rimette la scelta alla discrezionalità della stazione appaltante ed esclude ogni automatismo, con l'unica eccezione dell'art. 135 comma 1-bis dove invece la risoluzione è doverosa. In tutti gli altri casi contemplati dagli artt. 135 e 136 del Codice la risoluzione è una opzione che la stazione appaltante ha l'onere di valutare, ma che dovrà essere attuata solo previa attenta verifica e ponderazione di tutti gli interessi in gioco primo fra tutti quelli economici della stazione appaltante.