

“Subappalto necessario” e “soccorso istruttorio” alla luce del d.l. n.90/2014¹.

di Arrigo Varlaro Sinisi²

Alla luce della recente novità normativa³ in tema di “soccorso istruttorio”, c’è da domandarsi se la diatriba giurisprudenziale sul cosiddetto “subappalto necessario” sia ancora attuale.

Qualche tempo fa davamo evidenza dell’esistenza di un contrasto di posizioni tra l’AVCP ed un parte della giurisprudenza, diversamente orientati nel ritenere che vi sia l’obbligo, per il concorrente ad una gara d’appalto, di dichiarare, in gara, il nominativo del subappaltatore, in tutti i casi in cui il concorrente medesimo non sia in possesso della qualificazione per eseguire i lavori affidati in subappalto⁴.

A distanza di due anni la questione non solo non ha trovato soluzione ma, se possibile, si è ulteriormente ingarbugliata.

1. LA TESI DELL’ANAC.

A settembre 2014 l’ANAC ha pubblicato il Bando-tipo n. 2, per l’ *“Affidamento di lavori pubblici nei settori ordinari: procedura aperta per appalto di sola esecuzione lavori, contratti di importo superiore a euro 150.000 euro, offerta al prezzo più basso”*.

Nell’occasione l’ANAC ha affermato: *“Riguardo alla questione relativa alla necessità o meno che il concorrente debba indicare anche i nominativi del*

¹ In *appalti&contratti*, aprile 2015.

² Studio Legale Associato Gentile – Varlaro Sinisi www.studiogvs.it

³ Art. 39 comma 2 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con la legge 11 agosto 2014, n. 114, che ha introdotto il comma 1-ter all’art. 46 del Codice dei contratti pubblici.

⁴ In tal senso v. *“Quando scatta l’obbligo di indicare in gara il nominativo del subappaltatore”*, in www.appaltiecontratti.it (10.6.2013).

subappaltatore, l'AVCP si è già espressa in senso negativo nella medesima determinazione n. 4/2012".

In alte parole, l'ANAC conferma la tesi già espressa dall'AVCP, secondo cui il concorrente non ha l'obbligo di fornire il nominativo dei subappaltatori al momento della partecipazione alla gara. Per tale ragione, la conseguenza di una tale omissione non potrà certamente essere la sanzione dell'esclusione dalla gara del concorrente medesimo. La ragione di ciò è da rinvenirsi nella circostanza che il ricorso al subappalto *"deve avvenire nel rispetto delle condizioni dettate dall'art. 118 del Codice che impone, inter alia, l'indicazione, da parte del concorrente, dei lavori o delle parti di opere ovvero dei servizi e delle forniture o parti di servizi e forniture che intende subappaltare all'atto della presentazione dell'offerta (comma2). Tale adempimento costituisce presupposto essenziale in vista della successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante e non ai fini della partecipazione alla gara"*.

Anche l'ANAC, dunque, nella soluzione del dilemma se il concorrente debba o meno dichiarare il nominativo del subappaltatore in caso di "subappalto necessario", privilegia il canone ermeneutico "letterale", il che la porta ad escludere qualunque obbligo del concorrente di indicare in gara il nominativo del soggetto che andrà ad eseguire i lavori in subappalto.

2. LA GIURISPRUDENZA.

Se la posizione dell'ANAC è pacifica e coerente con quella della soppressa AVCP, non altrettanto lo è quella della giurisprudenza.

2.1. Testi favorevole all'obbligo.

Solo nel mese di febbraio di quest'anno, il Consiglio di Stato si espresso con pronunce che si pongono l'una in antitesi dell'altra.

In particolare, la Sez. V (sentenza n. 676 del 10 febbraio 2015), in contrapposizione alla tesi dell'ANAC, afferma che la previsione di cui all'art. 118, secondo comma, del codice degli appalti deve essere intesa nel senso che la dichiarazione in questione possa essere limitata alla mera indicazione della

volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, e non la via necessitata per partecipare alla gara; al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore, e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione, nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione (la suddetta pronuncia richiama alcuni precedenti conformi: Cons. St., V, 21 novembre 2012, n. 5900, Cons. St., VI, 2 maggio 2012, n. 2508 e Cons. St., V, 20 giugno 2011, n. 3698; Cons. St., VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; Cons. St., IV, 12 giugno 2009, n. 3696, che escludono conseguenze a carico dell'appaltatore il quale non identifichi il subappaltatore nel caso in cui egli sia autonomamente legittimato a svolgere le prestazioni richieste).

Altra giurisprudenza, sul cui solco si colloca quella sopra richiamata, ha precisato che l'obbligo di dichiarare il nominativo del subappaltatore deve essere correlato alla previsione dell'art. 109, comma 2 del d.P.R. n. 207/2010⁵, a mente del quale non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative qualificazioni, le lavorazioni indicate negli atti di gara, se di importo superiore alle soglie indicate all'art. 108, comma 3 del medesimo d.P.R. n. 207/2010 (in tal senso, vedi Cons. St. Sez. V 28 agosto 2014, n. 4405).

Secondo la menzionata pronuncia n.676/ 2015, tale principio peraltro non contrasterebbe con quello della tipicità delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma primo *bis*, del codice degli appalti.

Quest'ultima norma prevede, infatti, l'esclusione dalla gara delle offerte mancanti di "elementi essenziali": la dimostrazione della legittimazione a

⁵ Come noto, tale comma è stato abrogato dall'art. 12, comma 3 della legge n. 80/2014; il contenuto del comma 2 dell'art 109 è stato sostanzialmente trasfuso nel comma 2 del succitato art. 12.

svolgere le prestazioni oggetto dell'appalto costituisce, evidentemente, elemento essenziale, giacché in sua assenza rimane incerto il legittimo svolgimento delle medesime.

2.2. Tesi negazionista dell'obbligo.

Nel mese di febbraio di quest'anno, la stessa Sezione V del Consiglio di Stato, con sentenza n. 944 del 25 febbraio 2015, ha affermato un principio contrario (almeno in parte) a quello sopra esaminato.

Tale arresto giurisprudenziale afferma che laddove il concorrente non sia in possesso di una delle categorie dei lavori, dovrà dichiarare, in sede di gara, che queste ultime saranno affidate in subappalto. Lo stesso Collegio precisa tuttavia che l'obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore sussiste solo se lo stesso concorrente sia privo della relativa qualificazione. Qualificazione che - sempre secondo la pronuncia in commento - deve essere posseduta in relazione alla categoria prevalente, dal momento che ciò tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico – finanziaria da parte dell'impresa (la sentenza in motivazione richiama Cons St. V 25 luglio 2013, n. 3693, alla quale dichiara di uniformarsi).

Tale assunto muove dall'interpretazione dell'art. 92, comma 1 del d.P.R. n. 207/2010, a mente del quale: *“Il concorrente può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico – finanziari e tecnico – organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente”*.

In altre parole, secondo l'orientamento giurisprudenziale in commento, il concorrente che non possiede l'attestazione SOA per una delle categoria di lavori previste dalla documentazione di gara come scorporabile a qualificazione obbligatoria, può comunque qualificarsi ai fini della gara, se la categoria

prevalente copre, per valore, anche quello di tale categoria scorporabile. In tale caso, infatti, sarebbe comunque “garantita” la capacità del concorrente.

3. Tassatività delle cause di esclusione e soccorso istruttorio alla luce del d.l. n.90/2014.

Secondo la richiamata pronuncia n.676/ 2015 del Consiglio di Stato, l’esclusione dalla gara del concorrente che non abbia indicato il nominativo del subappaltatore nel caso di “subappalto necessario”, non contrasta con il principio di tipicità delle cause di esclusione di cui all’art. 46, comma 1-*bis*, del codice degli appalti. Tale norma, infatti, prevede l’esclusione dalla gara delle offerte mancanti di “elementi essenziali”. La dimostrazione della legittimazione a svolgere le prestazioni oggetto dell’appalto costituisce, evidentemente, elemento essenziale, giacché in sua assenza rimane incerto il legittimo svolgimento delle medesime.

Ora non resta che attendere e vedere come la giurisprudenza si esprimerà sul tema di interesse, alla luce della previsione di cui al comma 1-*ter* dell’art. 46, aggiunto dall’art. 39 comma 2 della richiamato d.l. n. 90 del 2014.

Tale norma, infatti, prevede che le disposizioni di cui all’art. 38, comma 2-*bis* si applicano *“a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara”*.

In altre parole, il concorrente che abbia dichiarato di voler subappaltatore alcune lavorazioni relativamente alle quali non ha la qualificazione per poterle seguire, ma non abbia anche indicato il nominativo del subappaltatore, non dovrà essere escluso dalla stazione appaltante, atteso che quest’ultima potrà invitare il concorrente ad integrare la dichiarazione del subappalto fornendo il nominativo del subappaltatore. Una volta fornito tale nominativo, il concorrente potrà esser riammesso alla gara, previo pagamento della sanzione pecuniaria prevista dal bando da gara.

In questo senso sembrerebbe orientata la più recente giurisprudenza amministrativa di merito (TAR Campania 28 gennaio 2015, n. 1236) la quale, oltre ad aderire all'orientamento che ritiene non sussistere l'obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore anche in ipotesi di "subappalto necessario" - poiché più aderente sia al dato normativo, sia ai principi di tassatività delle cause di esclusione - ha ritenuto fondato il ricorso del concorrente che aveva impugnato l'esclusione dalla gara per non aver indicato il nominativo del subappaltatore. Il ricorrente lamentava, infatti, tra l'altro, che una tale esclusione era illegittima poiché in contrasto con la previsione dell'art. 46- comma 1-*ter*.

D'altra parte non vi è chi non veda come la possibilità di integrare la dichiarazione in questione sia in linea con i principi del *favor participationis*, nonché di quelli dell'affidamento e della buona fede nell'interpretazione delle clausole dei bandi di gara.

In ultimo, è appena il caso di rammentare che la previsione dell'art. 46 comma 1-*ter*, sulla possibilità di integrare ogni mancanza, incompletezza o irregolarità, anche delle dichiarazioni rese in sede di gara, si applica alle procedure di affidamento indette dal 25 giugno 2014.