

**Subappalto necessario:
un problema destinato a “sgonfiarsi”¹**

di Massimo Gentile

Il TAR Calabria (sez. I sentenza 25 luglio 2015 n. 1262) affronta la questione del rapporto tra subappalto necessario e disciplina del “nuovo” soccorso istruttorio ex articoli 38 comma 2bis e 46 comma 1ter del Codice.

Il caso sottoposto all’attenzione del TAR concerneva un provvedimento di aggiudicazione di una gara ritenuto dalla ricorrente illegittimo, in conseguenza della mancata esclusione dell’aggiudicataria per non aver dichiarato, in sede di offerta, il nominativo dell’impresa subappaltatrice alle quale, in caso di aggiudicazione, sarebbero state affidate in subappalto le lavorazioni rientranti nella categoria scorporabile OG13, configurando ciò - a detta della medesima ricorrente - una violazione dei “principi in tema di subappalto cd. necessario” di cui all’art. 109 comma 2 del D.P.R. 207/2010.

Il TAR Calabria, con la sentenza in commento, evidenzia innanzitutto che, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, l’impresa partecipante ad una gara, qualora sprovvista dei requisiti di qualificazione relativi ad una categoria a “qualificazione obbligatoria”, è tenuta, non solo a dichiarare in sede di offerta le lavorazioni che intende subappaltare, secondo la dizione letterale dell’art. 118 comma 2 n. 1 del D.Lgs. 163/2006, ma anche ad indicare il nominativo dell’impresa subappaltatrice; ciò allo scopo di consentire alla stazione appaltante, già in sede di presentazione delle offerte, la verifica dei requisiti di partecipazione (sul punto, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, ord. 3 giugno 2015 n. 2707 e Cons. St., sez. V, ord. 17 giugno 2015 n. 3069).

A tale orientamento - è evidenziato nella sentenza - si contrappongono posizioni minoritarie contrarie (cfr. T.A.R. Puglia, sez. II, 27 marzo 2014, nr. 393; cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sez. V, 21 novembre 2014, n. 5760; Consiglio di Stato, sez. V, 7 luglio 2014, nr. 3449; in questo senso cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, 25 febbraio 2015 n. 944, secondo cui è “l’esistenza della totale categoria prevalente a legittimare la partecipazione alla gara, pur in carenza dei requisiti nelle categorie scorporabili, purché

¹ In corso di pubblicazione su “Appalti e Contratti”.

accompagnata dalla dichiarazione di voler subappaltare le scorporabili”; T.A.R. Pescara, sez. I, 6 novembre 2014 n. 444); posizioni avvalorate, peraltro, anche dall’avviso costantemente espresso sul punto dall’ANAC (parere del 30 gennaio 2014 nr. 11; nello stesso senso, determinazione 10 ottobre 2012, nr. 4, e, da ultimo, determinazione 8 gennaio 2015, nr. 1).

Tuttavia, secondo il TAR Calabria, *“ragioni logico-sistematiche”* ed *“esigenze di certezza e di prevedibilità delle decisioni, di particolare rilievo nella materia degli appalti”*, depongono a favore dell’orientamento *“di gran lunga prevalente, consolidatosi almeno negli ultimi due anni”* e, dunque, dell’obbligo di indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, pur non essendo detto obbligo espressamente previsto da alcuna norma specifica, svolgendo il cd. *“subappalto necessario”* *“la medesima funzione dell’avvalimento ex art. 49 D.Lgs. 163/2006 (analogia, invero, oggetto di vivaci critiche, anche in ragione del diverso regime di responsabilità rispetto all’adempimento degli obblighi contrattuali)”*.

Il TAR Calabria passa quindi ad affrontare la questione dell’applicabilità all’ipotesi del subappalto necessario, dell’istituto del *“nuovo”* soccorso istruttorio di cui agli articoli 38 comma 2bis e 46 comma 1 ter del Codice introdotti dalla legge n. 114/2014 e, dunque, se l’omessa indicazione del nominativo del subappaltatore, possono o meno essere successivamente *“sanata”*.

Il tribunale calabrese è dell’avviso che la omessa ottemperanza all’obbligo di indicazione nominativa del subappaltatore non può dar luogo alla immediata esclusione dell’impresa partecipante, ma comporta la necessaria attivazione del *“soccorso istruttorio”* disciplinato dall’art. 38 comma 2 bis D.Lgs. 163/2006, applicazione specifica del principio del *“giusto procedimento”* ex art. 97 Cost.; osserva, in particolare, il TAR che a *“tale principio interlocutorio”* va attribuita *“generale forza espansiva anche in relazione all’ipotesi di <<mancanza assoluta delle dichiarazioni>> concernenti elementi essenziali – tali essendo i requisiti di qualificazione alla cui verifica è preordinato l’obbligo di conio giurisprudenziale della indicazione nominativa del subappaltatore – e particolare rilievo nel caso specifico, alla luce della sussistenza in materia di “regole non connotate da chiarezza, precisione e univocità”* (analogamente, T.A.R. Palermo, sez. I, 29 aprile 2015 n. 1040; C.G.A., ord. 15 dicembre 2014 n. 618).

Dunque, secondo i giudici calabresi, la mancata indicazione, da parte di un concorrente sfornito dei requisiti per assumere lavorazioni scorporabili a “qualificazione obbligatoria”, non è suscettibile di determinare l’automatica esclusione dello stesso dalla gara, risultando possibile – tramite il “nuovo” soccorso istruttorio – una successiva integrazione documentale e, dunque, la “sanatoria” della originaria carenza.

E’ evidente che, come peraltro già anticipato², siffatta (condivisibile) interpretazione è destinata a “sgonfiare” sensibilmente i termini della questione del subappalto necessario, eliminando notevoli margini di contestabilità e di ricorso sul tema.

Non solo, ma la possibilità di integrazione “postuma” mette in condizione i concorrenti anche di gestire il problema sotto il profilo operativo, laddove al momento della partecipazione alla gara non fossero in grado di individuare il subappaltatore.

Si osserva infatti che – in ipotesi – un’impresa che, al momento della presentazione dell’offerta, non sia in grado di individuare il subappaltatore, potrebbe comunque decidere di partecipare alla gara dichiarando solo la volontà di subappaltare, salvo poi, nel caso in cui la sua offerta risultasse la migliore, integrare la documentazione (previo pagamento della sanzione), indicando il nominativo dell’impresa subappaltatrice e producendo la relativa documentazione.

Vale comunque la pena rammentare che, con Ordinanza del Consiglio di Stato (sez. IV 3 giugno 2015 n. 2707), sono state rimesse, ai sensi dell’articolo 99 c.p.a., all’Adunanza Plenaria sia la questione della conformità all’art. 118 del Codice dell’obbligo di indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell’offerta, sia, in caso di risposta affermativa, la questione dell’applicabilità del rimedio del soccorso istruttorio e, quindi, della possibilità per la stazione appaltante di invitare il concorrente interessato a integrare la dichiarazione carente.

La pronuncia dell’Adunanza, con ogni probabilità, chiuderà definitivamente una pagina di dibattito giurisprudenziale, che forse avrebbe potuto essere già da tempo risolta con un chirurgico intervento del legislatore.

Non ci resta che pazientare ancora un pò.

² Arrigo Varlaro Sinisi “*Subappalto necessario*” e “*soccorso istruttorio*” alla luce del d.l. n.90/2014”, in Appalti e Contratti, Aprile 2014.