

Consiglio di Stato Sez. IV sentenza n. 2223 del 04.05.2015

Subappalto facoltativo o necessario ?

Il Consiglio di Stato è tornato ad affrontare una delle questioni più controverse della contratti pubblici: la sussistenza o meno dell'obbligo, a carico dell'operatore economico, di identificare già in sede di gara il subappaltatore .

Il Ministero della Difesa indicava una procedura negoziata per l'affidamento della progettazione esecutiva e realizzazione della palazzina comando gruppi di volo e simulatori di volo presso l'Aerobase di Amendola, di importo a base d'asta di euro 12.030.998,02 da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. A tale procedura partecipavano 4 imprese e la gara veniva aggiudicata al RTI C/ni Generali Balsamo .

La quarta classificata ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitivo, davanti al T.A.R. Puglia, in quanto tutti e tre i concorrenti non avevano indicato in sede di dichiarazione di subappalto, il nominativo del subappaltatore, non essendo gli stessi in possesso della categoria OS5, a qualificazione obbligatoria.

Con sentenza n.1354/2013 Il T.A.R. –Bari sez.I , accoglieva il ricorso ,in quanto nessuna delle prime tre classificate avrebbe dovuto essere ammessa alla gara, non essendo risultate in possesso del predetto obbligatorio requisito speciale di qualificazione e non avendo indicato tempestivamente il subappaltatore -per così dire- necessario, che a tale carenza avrebbe dovuto sopperire con la propria qualificazione.

Il Ministero della Difesa ha impugnato detta sentenza, ritenendola errata, in quanto la tesi di fondo sostenuta dal primo giudice sarebbe superata, non essendo rinvenibile nella normativa vigente un espresso obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore in sede di gara. Può infatti costituire causa di esclusione alla luce delle disposizioni legislative dettate in materia la violazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta la prestazione che il concorrente intende subappaltare , ma non la mancata identificazione dell'impresa subappaltatrice né la normativa del bando di gara recava una previsione che imponesse l'indicazione in questione.

Il Consiglio di Stato ha preliminarmente dato atto che effettivamente in base alla lettura delle norme vigenti (artt. 37 comma 11 e 118 comma 2 del Codice dei contratti ed art. 92 del Regolamento) non è dato evincere espressamente l'esistenza di un obbligo per il concorrente, che dichiari di voler avvalersi del subappalto per alcune specifiche lavorazioni, di indicare già in sede di presentazione dell'offerta il nominativo dell'impresa appaltatrice.

In tal senso alcune sentenze (Cds sez.V n.3963 del 12/3/13 e n.3449 del 27/07/14).

Pertanto “ un approccio interpretativo di tipo squisitamente letterale di tali disposizioni depone dunque in favore della tesi che in concreto l'onere di comunicazione in via preventiva del nominativo del subappaltatore non è contemplato e quindi non sussisterebbe il relativo onere dichiarativo, ma questa non può essere una regola esegetica valida in ogni circostanza, dovendo soccorrere, a mò di deroga, i principi che informano il caso del c.d. subappalto “necessario” (come quello in rilievo) e che fanno indubbiamente propendere per la sussistenza dell'obbligo in questione da assolversi da parte del concorrente nella fase della presentazione dell'offerta.”

“ Infatti, ai fini dell'applicazione dell'art. 118 del Codice dei contratti occorre distinguere fra:

a) le ipotesi in cui il concorrente sia autonomamente in possesso di tutti i requisiti di partecipazione, a prescindere dalla conclusione di un subappalto (c.d. **subappalto facoltativo**);

b) le ipotesi in cui il concorrente sia privo di un requisito di qualificazione e pertanto intenda avvalersi di altra impresa non solo ai fini dell'esecuzione, ma più a monte ai fini della stessa qualificazione per l'ammissione alla gara (c.d. **subappalto necessario**).

A fronte di una tale distinzione, la previsione di cui al comma 2 dell'art. 118 in tema di dichiarazione di subappalto va intesa nel senso che la dichiarazione:

1) può essere limitata alla volontà di concludere un subappalto pur possedendo tutte le qualificazioni per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto di subappalto;

2) al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione dell'impresa subappaltatrice nel caso in cui il ricorso al subappalto si rende necessario a cagione del mancato autonomo possesso da parte del singolo concorrente, dei requisiti di qualificazione per l'utile ammissione alla gara.

D'altra parte la configurabilità di obbligo dichiarativo *ex ante* si coniuga con la figura del subappalto, posto che dal punto di vista fisiologico tale "strumento" ricorre, appunto, nelle ipotesi in cui il partecipante alla gara sia autonomamente in possesso dei presupposti e dei requisiti per la corretta esecuzione dell'appalto, di talché in tale ottica si può giustificare la possibilità per il concorrente di integrare *ex post* la dichiarazione di subappalto (attraverso la postuma indicazione del subappaltatore).

Da ciò si deve altresì concludere *a contrariis* che **tutte le volte in cui al momento della presentazione dell'offerta mancano i requisiti da possedersi in capo ad ogni singolo concorrente**, questi può sì farsi adiuvar da altro soggetto in grado di soccorrere il partecipante (appunto il subappaltatore) ma **è del tutto logico pretendere proprio ai fini della salvaguardia dei requisiti di ammissibilità alla gara che occorre sia indicato il nominativo dell'impresa che "concorre" a coprire la manchevolezza del singolo partecipante.**

E' evidente, infatti, che la *ratio* che anima il sistema del subappalto è quella riconducibile ragionevolmente alla necessità di far sì che l'Amministrazione aggiudicatrice sia messa in condizione di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un soggetto che dimostri di possedere, vuoi in proprio, vuoi attraverso l'apporto altrui, le qualificazioni necessarie per la corretta esecuzione del contratto e d'altra parte non appare ammissibile che la stessa Amministrazione ammetta per così dire "al buio" un soggetto pacificamente carente di requisito di partecipazione senza che questi si sia curato di dimostrare *ab initio* la possibilità di avvalersi dei requisiti dei terzi a mezzo appunto del subappalto.

Pertanto, i Giudici di Palazzo Spada hanno preferito una lettura cd. "sostanzialista" (Cons. Stato Sez. VI 25.5.2012 n. 2508. Id. 21.11.2012 n. 5900), ed hanno sentenziato *"per la sussistenza dell'obbligo in questione da assolversi da parte del concorrente nella fase della presentazione dell'offerta"*, rigettando il ricorso del Ministero.

Sintesi a cura del Presidente della Commissione Monitoraggio Bandi LL.PP. e rapporti con ANAC