

Tar Brescia, sez. II, 29 dicembre 2016, n. 1790

Gara – Subappalto – Indicazione terna subappaltatori – Obbligo ex art. 105, comma 6, del nuovo Codice dei contratti – Omissione – Soccorso istruttorio oneroso ex art. 83, comma 9, del nuovo Codice – Possibilità.

Ai sensi dell'art. 105, comma 6, del nuovo Codice dei contratti pubblici, non deve essere esclusa dalla gara l'impresa che ha indicato nell'offerta di volersi avvalere del subappalto ma che, in violazione della disciplina introdotta dal Codice, non ha indicato una terna di subappaltatori, trattandosi di irregolarità essenziale ma sanabile con il c.d. soccorsi istruttorio oneroso ex art. 83, comma 9, dello stesso Codice (1).

(1) Ha chiarito il Tar che nella vigenza della disciplina dettata dal “vecchio” Codice degli appalti (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP e, in seguito, ANAC) aveva ripetutamente affermato (determinazione ANAC n. 1 dell’8 gennaio 2015, paragrafo 2.3 punto 3; parere ANAC n. 11 del 30 gennaio 2014; determinazione AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012, paragrafo 8) il principio dell’obbligatorietà della sola indicazione delle lavorazioni che si intendono affidare in subappalto e contestualmente escluso la cogenza dell’indicazione nominativa del subappaltatore.

L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 novembre 2015, n. 9 ha poi chiarito che “le autorità istituzionalmente provviste di competenza in ordine alla vigilanza sulla corretta amministrazione delle procedure di affidamento degli appalti pubblici hanno costantemente espresso l’avviso della doverosità della sola indicazione delle lavorazioni da subappaltare (e non anche del nome dell’impresa subappaltatrice), validando gli schemi dei bandi confezionati in coerenza a tale regola ed ingenerando, perciò, un significativo affidamento circa la legittimità del relativo *modus procedendi*”. Ha aggiunto il Consiglio di Stato che “Le direttive in materia di appalti pubblici hanno, infatti, rimesso alla discrezionale scelta degli Stati membri o, comunque, delle stazioni appaltanti l’opzione regolatoria attinente alla doverosità dell’indicazione del nome del subappaltatore, ai fini della partecipazione alla gara, astenendosi, quindi, dall’imporre una qualsivoglia soluzione alla pertinente questione”.

Ha aggiunto il Tar che il nuovo Codice dei contratti ha disciplinato la materia del subappalto all’art. 105, il cui comma 6 ha previsto che “E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'art. 35”.

Il Consiglio di Stato, Comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2286, nel pronunciarsi sulle Linee guida ANAC (sull’indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c, del Codice), ha richiamato sia l’art. 105, comma 6, del Codice come disposizione che impone di enucleare sin dalla gara una terna di nomi di subappaltatori – in deroga alla regola generale secondo cui tali nomi non vanno indicati nel corso della selezione, essendo sufficiente l’identificazione delle prestazioni che l’impresa intende subappaltare, con facoltà di deposito dei relativi contratti prima dell’inizio dell’esecuzione – sia l’art. 80, commi 1 e 5, i quali prevedono che le cause di esclusione ivi contemplate determinano l’esclusione del concorrente principale anche se riferite al subappaltatore.

Ha quindi affermato il Tar Brescia che conformemente all’art. 83, comma 9, del nuovo Codice dei contratti l’esclusione dalla gara del concorrente che abbia compiuto omissioni nelle dichiarazioni rese è limitata ai soli casi di irregolarità insanabili, individuate con le “carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”. Il comma 9 del citato art. 83, al

secondo alinea ha previsto che “In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'art. 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara ...”. L'ultimo alinea del comma 9 del citato art. 83 ha quindi disposto che “Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.

Tutto ciò chiarito, il Tar ha concluso che legittimamente è stato attivato il meccanismo del soccorso istruttorio c.d. oneroso, ritenendo l'irregolarità di natura formale ed emendabile, seppur soggetta a sanzione pecuniaria. L'impostazione predetta è avvalorata dalla possibilità di sanare le lacune del contratto di avvalimento, istituto che permette di integrare i requisiti di ammissione alla gara mediante il ricorso a un operatore che assume una responsabilità verso il committente (mentre il subappalto è una modalità esecutiva della prestazione mediante affidamenti di parti di essa a terzi, i quali intervengono nella fase esecutiva e il soggetto responsabile è unicamente l'appaltatore). Se, dunque, sono consentite specificazioni e integrazioni sul rapporto instaurato con l'impresa ausiliaria, a maggior ragione si devono ammettere delucidazioni e chiarimenti sui soggetti subappaltatori.