

Appalti 01 Dicembre 2021

Gare, il concorrente che ricorre al «subappalto necessario» deve indicarlo nella dichiarazione sui requisiti

di Dario Immordino

◀ Stampa

In breve

Tar Milano: legittima l'esclusione. Non basta limitarsi a manifestare l'intenzione di subaffidare una quota di lavori

È legittima l'esclusione del concorrente che, non essendo autonomamente in possesso dei requisiti di gara, all'atto della presentazione dell'offerta non abbia espressamente indicato di ricorrere al subappalto qualificante, limitandosi a manifestare l'intenzione di delegare ad altro operatore economico l'esecuzione di una parte dei lavori, ex art. 105 del codice appalti.

Il **Tar Milano, con la sentenza 2592/2021**, ha chiarito che la volontà di conseguire la qualificazione richiesta attraverso il subappalto deve essere espressamente indicata, e la dichiarazione generale concernente la volontà di esternalizzare una quota delle prestazioni oggetto dell'appalto «non equivale all'esplicitazione dell'intenzione di attivare il subappalto necessario per una certa categoria di lavori (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13 agosto 2020, n. 5030)».

Il subappalto necessario o qualificante costituisce espressione del principio di concorrenza, in quanto persegue l'obiettivo di estendere e favorire la partecipazione delle imprese alle gare, consentendo loro di presentare offerte anche in relazione a categorie di opere per le quali non sono autonomamente qualificate. Sicché possono partecipare alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici anche i concorrenti privi delle qualificazioni relative ad alcune delle prestazioni, prevedendo di affidarne l'esecuzione ad imprese in possesso delle qualificazioni richieste. La funzione qualificante rende il subappalto necessario piuttosto affine all'istituto dell'avvalimento, e ne marca la netta differenza con il subappalto "ordinario", che non consente alcuna integrazione delle caratteristiche di idoneità professionale, poiché il concorrente deve essere autonomamente in possesso dei requisiti di partecipazione, e concerne esclusivamente la scelta di affidare a terzi una parte delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Il subappalto "ordinario", infatti, rileva esclusivamente nella fase esecutiva del contratto, mentre il subappalto necessario, soprattutto quando concerne requisiti previsti a pena di esclusione, abilita l'impresa a partecipare alla gara, oltre che ad eseguire i lavori, e pertanto «rileva in sede di partecipazione alla gara in quanto sostitutivo del requisito di qualificazione obbligatoria mancante». Di conseguenza il mero riferimento all'esternalizzazione di una quota delle attività esecutive, attraverso il subappalto ordinario, di per sé, «non vale né ad integrare una dichiarazione di subappalto necessario», motivo per cui il concorrente che non possiede autonomamente la qualificazione necessaria deve ritenersi sprovvisto dei requisiti di partecipazione alla gara.

IL possesso della qualificazione necessaria a partecipare alla procedura deve, infatti, essere attestato all'atto della presentazione della domanda, ed in tale momento, pertanto, i concorrenti devono dichiarare di possedere autonomamente i requisiti prescritti dalla stazione appaltante, o di volerli conseguire attraverso altri operatori economici, mediante gli istituti previsti dal codice degli appalti, quali l'avvalimento e il subappalto necessario. In assenza di tali adempimenti è inevitabile l'esclusione, poiché «si configura una situazione di sostanziale mancanza dei requisiti di partecipazione».

Ciò posto, nel caso del concorrente che abbia dichiarato di possedere autonomamente i requisiti di partecipazione alla gara e di voler ricorrere al subappalto esclusivamente per delegare ad esterno l'attività esecutiva e, risulti invece sprovvisto della qualificazione richiesta non si possono ravvisare gli estremi dell'errore materiale, successivamente emendabile attraverso la volontà di ricorrere al subappalto necessario. Questo genere di errore, infatti, può riguardare l'esternazione della dichiarazione, ma non l'esistenza delle condizioni di partecipazione alla gara. Deve trattarsi «di un errore meramente ostativo, percepibile ictu oculi», come nel caso ad esempio, del concorrente in possesso dei requisiti di partecipazione che dichiara la volontà di avvalersi degli istituti che consentono di supplire al difetto di qualificazione, come il subappalto necessario. In simili circostanze, infatti, la dichiarazione fallace non inficia il possesso dei requisiti. L'insussistenza di un requisito

dichiarato, invece, non è alcun modo ascrivibile alla categoria dell'errore materiale, poiché «incide direttamente sull'offerta presentata, rendendola non solo inaffidabile, ma prima ancora impossibile nella sua concreta esecuzione».

Ciò perché, al momento in cui la stazione appaltante è tenuta a verificare il possesso della qualificazione necessaria per prendere parte alla gara, il concorrente risulta sprovvisto dei requisiti necessari. Consentirgli di sanare una simile lacuna ex post, attraverso la dichiarazione tardiva di avvalersi del subappalto necessario altererebbe il regolare funzionamento della procedura, poiché avvantaggerebbe un concorrente rispetto agli altri, permettendogli di acquisire un requisito di cui risulta sprovvisto, in violazione degli inderogabili principi di uguaglianza, ragionevolezza, concorrenza, imparzialità e buon andamento dell'esercizio dei poteri pubblici. In una situazione del genere, peraltro, la carenza dei requisiti non potrebbe ritenersi sanata in considerazione della automatica applicabilità del subappalto necessario, il quale «si applica nelle procedure di gara a prescindere da qualsiasi espresso richiamo nella lex specialis di gara»." (cfr Tar Calabria, 878/2021). Ciò, infatti, comporta che il ricorso al subappalto qualificante per sopperire alla mancanza dei requisiti di requisiti di partecipazione previsti a pena di esclusione nella lex specialis è legittimo indipendentemente dalla espressa previsione negli atti di gara, ma non determina alcuna deroga all'obbligo di attestare il possesso dei requisiti all'atto della presentazione dell'offerta, e di conseguenza esime il concorrente dall'obbligo di dichiarare espressamente la volontà di ricorrere a detto istituto in sede di presentazione dell'offerta. In simili circostanze, peraltro, la carenza dei requisiti non potrebbe essere sanata attraverso l'attivazione del soccorso istruttorio, perché l'art. 83 del codice appalti ne consente l'attivazione esclusivamente allorché si tratti di colmare la carenza di un elemento formale della domanda, senza incidere sul relativo contenuto sostanziale. Motivo per cui, alla luce della chiara lettera della disciplina codicistica «l'operatività del soccorso istruttorio deve escludersi allorquando non si tratta di integrare tardivamente una documentazione che doveva essere acquisita con la domanda di partecipazione, o di accertare la sussistenza di un requisito di partecipazione effettivamente posseduto dalla concorrente al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, bensì di integrare un requisito di qualificazione mancante» (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4036; Consiglio di Stato, 15 febbraio 2021, n. 1308; Tar Lombardia Milano, sez. I, 3 settembre 2021, n. 1965).

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]