amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 7-8/2017

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, AndryMatilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado,Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano,Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Il subappalto (art. 105 d.lgs. n. 50/2016)

di Assunta Baratta[1]

Sommario

I. Premessa - Prospettive qualificatorie sul subappalto; II. Tradizione pullulante e distacco dal diritto comunitario: uno sguardo al pregresso legislativo; III. Divergenze e assonanze con l'istituto civilistico. Prospettive di integrazione interpretativa; IV. Lo snaturamento decisorio e valutativo in nome del rischio infiltrativo mafioso - L'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori; V - Conclusioni.

[1] Avvocato, Docente di diritto amministrativo presso l'Università Pegaso.

I. Premessa - Prospettive qualificatorie sul subappalto

A livello definitorio secondo quanto emerge dall'art. 105 del d.lgs. 50/2016 il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Tale precisazione, che in una prima lettura potrebbe sembrare ridondante, appare agevole al fine di escludere tale qualificazione nei confronti di quelle fattispecie prive di alcun trasferimento di compiti esecutivi di parte delle prestazioni oggetto del contratto pubblico originario. Questa pianificazione dogmatica, giammai valevole, tuttavia, a scongiurare una interpretazione espansiva dei Tribunali e delle Corti penali, è frutto di una pregressa elaborazione giurisprudenziale in punto conseguenze a fronte di una condotta violativa, della normativa in materia di subappalto (art. 21 l. 13.09.1982 n. 646). Secondo tale prospettiva non può qualificarsi come subappalto il contratto tra subappaltatore e terzo che non appaia sovrapponibile con quanto prescritto nel contratto di appalto e che non rilevi prestazioni strumentali e accessorie a quelle del contratto di appalto necessarie o utili all'esecuzione dell'opera o del sevizio cui l'appaltatore si è obbligato nei confronti del committente[2].

Si è ritenuto necessario preliminarmente tentare di avvenire ad una chiarificazione a livello definitorio, quale lavoro ermeneutico destinato ad esser arricchito e vivificato dalle digressioni che di qui a poco si dispiegheranno.

[2] Cass. Sez. I, 16.04.2015 n. 7752 ;

II. Tradizione pullulante e distacco dal diritto comunitario: uno sguardo al pregresso legislativo

Occorre a questo punto, quale passaggio necessario prima di inoltrarsi nei profili di particolare momento della normativa in analisi, ricordare le origini antiche del subappalto. Basti ricordare all'art. 339, L. 20.03.1865 n. 2248, all. F, all'art. 18 della L. 19.03.1990 n. 55, fino alla regolamentazione pregressa all'art. 105, emergente nell'art. 118 del codice abrogato[3]. L'ancoraggio a disposizioni previgenti emerge immediatamente al primo comma dell'art. 105: in esso si stabilisce che i soggetti affidatari dei contratti ai sensi del Codice sono tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Si vieta nel medesimo comma la cessione del contratto, fatto salvo quanto previsto dall'art. 106, comma 1, lettera d) del Codice. Secondo tale ultima disposizione si ammettono le modificazioni sul piano soggettivo unicamente sulla base di una unità precettiva autonoma di revisione, nel caso avvenga una successione dell'aggiudicatario per causa di morte o a seguito di ristrut-

[3] R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture,* 2014; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, 2012; G. IUDICA, A. CARULLO *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, 2011; M. CLARICH, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, 2010; C. FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico*, 2010; F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, 2010; A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, p. 652; F. SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, 2008; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, 2007;

turazioni societarie, in favore di un altro operatore economico qualificato e nel caso in cui si perfezioni l'assunzioni di obblighi del contraente principale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. Orbene, la tradizione pullulante emergente in tali principi non sembra rinvenibile in alcun modo nelle direttive comunitarie di riferimento. E' il caso di menzionare sul punto l'art. 71 della Direttiva del 26.02.2014, n. 24 e la compatibilità, fatta propria dalle Corti, rispetto al diritto dell'Unione[4]. Ad ogni buon conto, la giurisprudenza italiana ha avallato, sotto la vigenza del codice abrogato, il principio di ordine pubblico di immodificabilità del contraente, e, in pratica, del divieto di cessione del contratto. Si necessita, dunque, che l'allocazione dell'esecuzione contrattuale ad un soggetto terzo debba avvenire nel rispetto della legge, ovvero solo attraverso un formale sub - affidamento invocato in via pregressa e debitamente autorizzato dalla stazione appaltante[5].

Ad ogni buon conto, l'interpretazione preliminare necessariamente letterale della norma che regolamenta l'istituto del subappalto ex art. 105 confligge con la specificità delle materie pur rinvenibile nel medesimo art. 31, comma otto, che pone delle eccezioni al divieto di subappalto[6]. In ogni caso l'articolo in analisi rappresenta espressione della delega attribuita dall'art. 1, comma 1, rrr) della L. 28 gennaio 2016, n.11.

Al postutto il trend conservativo unitamente ad un'analisi storico sistematica lasciano, dunque, trasparire le eterne conflittualità tra la necessaria armonizzazione comunitaria e l'ancoraggio solido a storiche radici normative vivificate ancora di più allorquando il subappalto venga comparato ad istituti ad esso similari.

III. Divergenze e assonanze con l'istituto civilistico. Prospettive di integrazione interpretativa.

Al di là di quanto dispiegato sino questo momento, c'è da dire che il subappalto menzionato all'art. 105 può annoverarsi nella medesima categoria concettuale della fattispecie avente il medesimo nome propria del diritto civile. In quest'ultima branca del diritto un appaltatore dà in affidamento a uno o più terzi, denominati subappaltatori, l'esecuzione parziale o totale di un incarico assunto in via personale, attraverso l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio, nei confronti del proprio diretto committente. In particolare tale disciplina è rinvenibile negli artt. 1656 e 1670 c.c.[7] Ad ogni buon conto nella fattispecie contrattuale in analisi non si perfeziona alcun fenomeno modificativo di subentro del subappaltatore nella posizione

[4] Corte di Giustizia dell'Unione Europea sez. III 14.07.2016 C-406/14 *Wroclaw* in *Foro.it*, 2016, IV, p. 389;

[5] Cons. Stato, Sez. IV, 18.02.2016, n. 649;

[6] G. SANTI *Diritto dei contratti pubblici, Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice , del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, p. 178; F. CARINGELLA, M. PROTTO *Commentario organico al Codice e alle linee guida dell'A.N.A.C. alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017 n. 56*, 2017;

[7] Secondo la prima norma si dispone che l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente; nella seconda previsione civilistica per converso, l'appaltatore, per agire in regresso nei confronti dei subappaltatori, deve, sotto pena di decadenza, comunicare ad essi la denunzia entro sessanta giorni dal ricevimento;

dell'appaltatore, atteso che il committente assume e conserva la responsabilità anche a seguito della contezza del medesimo subentro. Non può ritenersi valevolmente instaurato alcun rapporto tra il committente ed il subappaltatore. Orbene, tale schema normativo appare immutato anche in diritto amministrativo. Per vero l'art. 105, comma otto, avalla l'impianto civilistico allorquando prescrive che il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. Tale caratteristica deve qualificarsi quale tratto distintivo del medesimo subappalto rispetto alla fattispecie dell'avvalimento[8]. Contrariamente all'istituto civilistico, invero, l'autorizzazione al subappalto non appare confinato ad un mero atto discrezionale decisorio del committente, atteso che la stazione appaltante è obbligata ad accordarla allorquando vengano riscontrati tratti soggettivi ed oggettivi per l'assunzione di parte delle prestazioni[9].

Ancora, da considerarsi quale elemento qualificante è la circostanza secondo cui il subappaltatore è terzo rispetto alla stazione appaltante, attesa l'assunzione di una parte delle prestazioni con propria organizzazione di impresa e autonomia organizzativa[10]. Al riguardo è stato precisato, a ben vedere, che può ritenersi valevolmente applicabile quanto dal codice civile prescritto in tema di responsabilità per difformità e vizi dell'opera (artt. 1667 e 1668 c.c.) con le dovute precisazioni derivanti dalla connessione con il negozio principale: a) l'accettazione dell'opera da parte dell'appaltatore appare condizionata all'accettazione dell'opera senza riserve da parte del committente; b) l'eventuale tutela azionabile dall'appaltatore avverso l'opera del subappaltatore è subordinato alla denunzia del committente di eventuali patologie nell'esecuzione dell'opera stessa. Tanto perché in via pregressa rispetto a tale segmento temporale l'appaltatore appare privo di interesse ad agire in quanto il committente potrebbe accettare l'opera, ad onta dei vizi emergenti, non denunciare le distorsioni nella esecuzione oppure denunciarle in maniera tardiva; c) di conseguenza, l'azione è subordinata alla tempestiva denuncia di eventuali difformità da parte del committente[11].

Ancora, alla scarna disciplina rinvenibile nella normativa civilistica si contrappone, per converso, un'articolata regolamentazione nell'ambito dei contratti pubblici. Tanto al fine di preservare il principio dell'esecuzione in proprio di contratti pubblici da parte dei loro aggiudicatari, di scongiurare il pericolo dell'elusione di una corretta qualificazione degli esecutori di contratti pubblici, o che all'interno di essi possano operare volti malavitosi o, infine, che vengano vanificate le prescrizioni poste a tutela del diritto al lavoro. Ad ogni buon conto si menziona una normativa specifica volta a preservare tali principi, vale a dire l'art. 21, L. 13.9.1982 n. 646.

[8] A. LINGUITI *L'esecuzione del contratto, Disposizioni generali sul contratto*, in M. CLARICH *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 1421: Adoprare l'avvalimento significa provocare l'insorgenza di una responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante tra l'impresa ausiliaria e quella ausiliata; S. BACCARINI, G. CHINE' R. PROIETTI *Codice dell'appalto pubblico*, p. 625;

[9] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III 8.09.2010 ,n. 32140;

[10] A.V.C.P. 20.12.2012; A.G. 25/2012;

[11] Cass. Sez. I 16.4.2015 n. 7752; Cass. Civ. sez II 15.01.2014 n. 713; Cass. Pen. Sez. VI 22.05.2013 n. 25018;

In ogni caso occorre un'ulteriore precisazione al fine di offrire un perimetro chiarificante in ambito applicativo: occorre precisare, infatti, che il mancato conferimento di parte dell'esecuzione di un appalto a terzi non implica necessariamente la mancata sussunzione nell'art. 105 in esame. Ciò posto non vengono qualificati come subappalto: a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali si necessita una comunicazione alla stazione appaltante; b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici; c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ovvero ricompresi nella circolare del Ministero delle Finanze n. 9 del 14.06.1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18.6.1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A) annesso alla legge 28.12.2001, n. 448; d) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari sulla base di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca pregressa rispetto alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto.

In materia la giurisprudenza ha precisato che si ravvisa l'esistenza di un subappalto allorquando venga affidata ad un soggetto terzo, economicamente e giuridicamente distinto dall'appaltatore, l'esecuzione totale o parziale dell'opera o del servizio appaltato, con organizzazione di mezzi e rischio a carico del subappaltatore[12]. Infine, pervenendo nuovamente ad un delineazione dogmatica dell'istituto, al di là della distinzione rispetto a figure similiari, occorre evidenziare la natura di contratto derivato del subappalto. La conseguenza di tale qualificazione risiede nella circostanza secondo cui, ad onta della distinzione ed autonomia dei due contratti, vale a dire il contratto tra committente ed appaltatore e quello tra quest'ultimo e il subappaltatore, le eventuali modificazioni del contratto principale incidono fortemente sulla fattispecie in esame. In virtù di tanto le vicende estintive, quali l'annullamento o la risoluzione del contratto principale, vanificano il subappalto decretandone lo scioglimento.

E' facile intuire come la trasmigrazione di pregressi disquisizioni di rilievo interpretativo possono essere usufruibili sia nell'ambito civilistico che in quello amministrativo, tanto da agevolare l'ottenimento delle istanze di tutela dei privati. In ogni caso la preminenza della tutela dell'ordine pubblico in ambito amministrativo si ravvisa soprattutto per quanto concerne un aspetto della normativa sul subappalto, vale a dire la necessaria indicazione della terna dei subappaltatori.

IV. Lo snaturamento decisorio e valutativo in nome del rischio infiltrativo mafioso - L'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori

La novella apportata dal d.lgs. 18.04.2016 n. 50 ha introdotto, tra l'altro, all'art. 105, comma 6, l'obbligo di indicare in sede di offerta

[12] T.A.R. Sardegna, Sez. I, 2.11.2012, n. 909;

la terna di subappaltatori[13]. Tale previsione appare l'esplicazione dell'intento comunitario espresso dalle direttive in materia[14] in forza delle quali nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

Tuttavia, tale disciplina è stata oggetto di importanti modifiche con l'art. 69, comma 1, lett. d), d.lgs. 19.04.2017 n. 56. Nel sistema previgente l'indicazione della terna era obbligatoria, allorquando gli importi degli appalti di lavori, servizi o forniture fossero stati di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e si trattasse di attività che non richiedessero una particolare specializzazione. Era necessario, dunque, prevedere l'esplicitazione nei bandi od avvisi con la facoltà di previsione di ulteriori casi di obbligatoria indicazione della terna, anche sotto le soglie di cui all'articolo 35. A tutt'oggi v'è stata una ridefinizione del comma sesto dell'art 105 con la previsione che l'obbligo di indicare la terna di subappaltatori afferisce al caso di appalti di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, a quelli che riguardino le attività maggiormente esposte a rischio infiltrativo malavitoso come specificate al comma 53 dell'art. 1 della L. 6.11.2012 n. 190. La terna, inoltre, va individuata per ogni tipologia di prestazioni laddove previste in via plurima. L'art. 1 al riguardo ha individuato le attività maggiormente a rischio in tema di infltrazione mafiosa a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) noli a caldo; h) autotrasporti per conto di terzi; i) guardiania dei cantieri. Si è perfezionata, dunque, rispetto a quanto previsto normativamente in via pregressa, un'oggettivizzazione degli obblighi posti in carico ai ricorrenti. Tanto, da un lato, attraverso lo snaturamento dei poteri valutativi e decisionali in capo alle stazioni appaltanti, e, dall'altro, attraverso una generalizzazione dell'indicazione della terna, estendibile anche alle lavorazioni invocanti una particolare specializzazione e alle attività a rischio malavitoso. Tale ultima previsione si profila quale quintessenza della necessità di apporre un controllo e contrastare le attività criminose di gruppi organizzati, prescindendo dalla natura del contratto subaffidato.

Si osserva al riguardo che può permanere l'estraneità dei soggetti indicati nella terna fino al momento dell'autorizzazione al subappalto senza assumere alcun vincolo negoziale, nè nei confronti del contraente privato, nè tanto meno con la stazione appaltante. In materia la giurisprudenza ha precisato che

[13] A. V. SINISI *Il Consiglio di Stato fa il punto sulla possibilità di subappaltare le categorie O.G.*, p. 425; Cons. Sta. Sez. VI, 3.04.2003, n. 1716, in *Urbanistica e appalti*, 2003, p. 928, con nota A.V. SINISI, *Divieto di subappalto per strutture, impianti e opere speciali*;

[14] Art. 71 Direttiva UE 26.2.2014 n. 24, art. 42 Direttiva UE 26. 2.2014 n. 23; art. 88 Direttiva UE 26.2.2014 n. 25;

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

non può ritenersi esclusa per presunti attività illegali in contrasto con le regole di concorrenza, segretezza, e indipendenza delle offerte, l'impresa partecipante ad una gara da appalto e indicata, suo malgrado, quale subappaltatrice da altri concorrenti[15]. Nell'esecuzione potrebbe avvenire, nel percorso interpretativo volto ad individuare la ratio dell'istituto, ad onta dell'indicazione della terna, che non si pervenga ad un accordo con alcuno dei potenziali subappaltatori indicati in gara.

La finalità, dunque, sottesa a tale previsione normativa, risiede nella volontà di garantire la credibilità dell'offerta, verificando la ragionevole aspettativa della futura stipula con operatori individuati quali titolari dei requisiti di moralità prescritti dall'art. 80. Ad ogni buon conto a fronte di modificazioni in itinere, tali da impossibilitare la conclusione del contratto di subappalto, resta in capo all'affidatario del contratto pubblico la facoltà di rivolgersi ad altro operatore, ovviamente titolare dei requisiti soggettivi e di capacità necessarie ad eseguire la prestazione subappaltata.

Ancora, nonostante quanto emerge da un'interpretazione meramente letterale dell'art. 105 comma sesto, la figura della terna rappresenta un numero minimo. Pertanto, a fronte di particolari esigenze di celerità organizzativa connessa ad una vastità di intervento territoriale è possibile prevedere un numero anche superiore a tre di subappaltatori, purché possedenti i requisiti ex lege previsti.

Inoltre, in argomento per gli appalti sotto soglia devono prevedersi le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80, prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori; nonché l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo. A ben vedere, in caso di subappalto necessario non appare agevole la ripartizione delle prestazioni tra diversi subappaltatori, atteso il rischio di mancata qualificazione all'esito dei lavori effettuati. In definitiva, in caso di subappalto necessario è indispensabile la qualificazione in caso di affidamento a terzi da parte del subappaltatore, essendo esclusa la frazionabilità delle lavorazioni. Tale previsione può essere superata allorquando uno dei subappaltatori possegga requisiti tali da soddisfare l'intero subappalto necessario. In argomento nel vigore del previgente Codice dei contratti, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (A.V.C.P. e, in seguito, A.N.A.C.) ha ripetutamente affermato 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[16]. Dello stesso avviso è la giurisprudenza amministrativa che ha condiviso tale orientamento[17].

[15] T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 8.03.2017, n. 328;

[16] Determinazione A.N.A.C. n. 1 dell'8.01.2015, punto 3); Parere A.N.A.C. n. 11 del 30.01.2014; Determinazione A.V.C.P. n. 4 del 10.10.2012, par. 8;

[17] Cons. Sta., Ad. plen., 2.11.2015, n. 9 secondo il quale: *"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*

Ad ogni buon conto, al di là di tali digressioni interpretative, l'interrogativo che, a priori, si pone è stabilire se l'omessa indicazione della terna rientri nell'ipotesi individuata dall'art. 83, comma 9 del d.Lgs 50/2016 con le "carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa" e, conseguentemente, se sussista la legittimità o meno dell'attivazione del cd. "soccorso istruttorio". Secondo una più recente giurisprudenza[18] l'omessa indicazione della terna è qualificabile come irregolarità essenziale e, pur tuttavia, sanabile[19] in quanto 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, anche se tale omissione è assoggettata a sanzione pecuniaria, Sul punto è il caso di menzionare quanto assunto dall'A.N.A.C.[20] secondo il quale il soccorso istruttorio è applicabile alle verifiche da effettuare in sede di dichiarazioni che accompagnano l'offerta o la fase di presentazione della domanda e, pertanto, anche all'indicazione della terna di subappaltatori da parte del concorrente. In definitiva, posto che non è possibile chiedere integrazioni inerenti all'offerta tecnica ed economica, il soccorso istruttorio cd. oneroso certamente potrà essere attivato[21] in quanto trattasi di irregolarità di natura formale ed emendabile, seppur soggetta a sanzione pecuniaria. A tal fine il Consiglio di Stato, Commissione speciale – 3.11.2016 n. 2286, nel pronunciarsi sulle linee guida A.N.A.C., ha richiamato 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. La disposizione del Codice dei contratti evocata puntualizza, per il resto, che "In particolare,

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;

[18] T.A.R. Lombardia, Brescia, 29.12.2016 n. 1790;

[19] T.A.R. Brescia, 29.12.2016 n. 1790 in www.giustiziaamministrativa.it;

[20] A.N.A.C. delibera 8.2.2017 n. 95 da www.anticorruzione.it;

[21] La stazione appaltante, anziché escludere direttamente il concorrente, deve compulsarlo o a regolarizzare la documentazione mancante dovendo essere consentito, da parte della stazione appaltante, l'accesso al soccorso istruttorio anche per la "mancanza", e non solo per l'incompletezza, di qualsiasi elemento formale della domanda. La condivisibilità di tale impostazione è, tra l'altro, avvalorata dalla possibilità, ammessa dal "Codice dei contratti", 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 sub-appalto 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). Risulta evidente che, se sono consentite specificazioni e integrazioni sul rapporto instaurato con l'impresa ausiliaria, a maggior ragione si devono ammettere delucidazioni e chiarimenti sui soggetti subappaltatori. - T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 31.01.2017, n. 194; T.A.R. Lombardia, Brescia, 29.12.2016, 1790;.

la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 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 …".

V - Conclusioni.

Gli oneri di sicurezza introdotti nella novella legislativa applicata all'istituto in esame appaiono sintomatici dell'intento di penetrare verticalmente sulle procedure di tale subcontratto al fine di eludere il pericolo di una intromissione malavitosa. Mal si concilia, tuttavia, tale modificazione da ultimo intervenuta con il dispiegarsi delle procedure di appalto appesantendo le fasi procedimentali, nonché implementando il ricorso agli organi giudiziari. Ad ogni buon conto si impone una necessaria rivisitazione della materia anche al fine di conferire maggiore snellezza ai procedimenti in esame nell'ottica di una armonizzazione comunitaria più consapevole e rispettosa dei principi intangibili quali tesoro del sistema giuridico nazionale.