

EDILIZIA E APPALTI

«No» all'esclusione dell'impresa che intende subappaltare a un altro concorrente della stessa gara

Se l'appaltatore, in fase di offerta, indica quale potenziale soggetto a cui subappaltare parte delle prestazioni un concorrente della stessa competizione non per questo è automaticamente ravvisabile un collegamento sostanziale. E, soprattutto, la stazione appaltante non può procedere - senza approfondita verifica - con l'immediata esclusione della gara delle due imprese "interessate".

È questa la rilevante statuizione del [Tar Piemonte, della sezione II di Torino contenuta nella sentenza del 17 marzo 2017 n. 395](#).

Concorrente e subappaltatore

In fase di apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa per l'aggiudicazione della gara di «lavori di manutenzione dei manufatti stradali – anni 2016 – 2017 – 2018», il presidente della commissione di gara appurava che un concorrente anticipava la possibilità di affidare parti delle prestazioni – qualora fosse risultato aggiudicatario – in subappalto ad altra impresa a sua volta concorrente nella stessa composizione.

Per effetto di quanto, lo stesso presidente disponeva l'esclusione di entrambe le aziende giacché la circostanza creava, secondo le motivazioni dell'esclusione, «un effetto distorsivo sulla regolarità della procedura di affidamento, alterando la competizione, ingenerando un fattore di rischio cui l'Amministrazione non può esporsi».

Inoltre, «l'eventuale potenziale conoscenza delle rispettive offerte» avrebbe potuto «determinare comportamenti anticoncorrenziali che la stazione appaltante è tenuta a precludere onde evitare una lesione concreta della procedura».

Tale decisione induce le due imprese escluse a impugnare immediatamente i provvedimenti in quanto adottati senza «che ricorressero i presupposti tassativi indicati nell'art. 80 D. Lgs. 50/2016» ma con mero «riferimento a un rischio generico e inconsistente per la par condicio, sul presupposto indimostrato che le due ditte avrebbero potuto potenzialmente conoscere le offerte reciproche».

In sostanza, come anche si legge nelle difese della stazione appaltante, il presupposto – peraltro rimasto indimostrato – su cui si sorreggeva la motivazione dell'esclusione è che da tale ipotetica decisione di procedere al subappalto con una ditta presente con la propria offerta nella stessa competizione sarebbe emerso un collegamento sostanziale tra gli stessi operatori e quindi la causa di esclusione indicata nel comma 5, lettera m) dell'articolo 80 del codice.

Causa di esclusione operante nel caso in cui l'appaltatore «si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale».

La decisione

Il giudice ritiene persuasive le ragioni di parte ricorrente qualificando come eccessiva e illegittima la valutazione espressa dalla stazione appaltante. Ricorrendo a rilevanti precedenti (Corte di giustizia dell'Unione europea del 22 ottobre 2015 in causa C-425/14), il giudice riafferma che è contrario al principio di proporzionalità «imporre ad un concorrente l'obbligo di dichiarare a pena di esclusione che non verranno subappaltate lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara».

Proprio secondo la Corte di giustizia, l'eventuale assoluto divieto implicherebbe una «presunzione irrefragabile secondo la quale l'eventuale subappalto da parte dell'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione dell'appalto, a un altro partecipante alla stessa gara d'appalto derivi da una collusione tra le due imprese interessate, senza possibilità di dimostrare il contrario». Una simile riflessione, effettivamente, finirebbe con l'eccedere «quanto necessario al fine di prevenire comportamenti collusivi».

Pertanto non può ritenersi conforme al principio di proporzionalità desumere l'automatica esclusione dei concorrenti qualora risulti che abbiano indicato come subappaltatori altri concorrenti della stessa competizione «tanto più che l'indicazione del subappaltatore (a differenza di quanto avviene per l'ausiliario e per il raggruppamento temporaneo di imprese) non implica necessariamente una previa formalizzazione dei rapporti tra subappaltatore stesso e concorrente che lo indica».

Nel caso di specie, l'operatore potenziale subappaltatore era stato individuato, tra l'altro, a «propria insaputa».

In definitiva, la presenza del medesimo soggetto nell'ambito di più offerte può costituire, al massimo, un mero sintomo di collegamento tra le offerte e «di dubbia trasparenza delle stesse (...) ma, quale mero indizio, non può che essere verificato, insieme ad altri eventuali indizi ed alla luce delle offerte formulate, nel contraddittorio delle parti».

Fonte: Il Sole 24 Ore del 29/03/2017

Autore: Stefano Usai