

## **Verifiche sulla dichiarazione di subappalto.**

*di Roberto Manservigi*

*Data di pubblicazione: 11-10-2018*

Nel caso in cui il concorrente abbia allegato tra le giustificazioni della propria offerta il preventivo del subappaltatore recante un importo superiore alla soglia del 30% imposta dall'art. 105 del d. lgs. n. 50/2016 la stazione appaltante deve effettuare i necessari controlli sin dalla fase di verifica dell'anomalia allo scopo di accertare il rispetto del limite di subappalto.

### **Guida alla lettura**

In questa sentenza il T.A.R., dopo aver riaffermato principi già condivisi dalla giurisprudenza in tema di dichiarazione di subappalto (si richiama, in particolare, T.A.R. Lazio, Roma, II, 8 luglio 2017, n. 9260), riconosce come necessaria, nell'ambito di una procedura aggiudicata con il criterio del minor prezzo, l'analisi da parte della stazione appaltante del rispetto del limite del subappalto sin dal momento della verifica della presunta anomalia dell'offerta.

Per quanto concerne il primo aspetto, si ribadisce che la dichiarazione di subappalto può essere limitata alla mera indicazione della volontà di avvalersene quando il concorrente è in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle prestazioni oggetto dell'appalto, divenendo il subappalto una semplice facoltà; diversamente, mentre la violazione dei limiti del subappalto consentito può valere nella successiva fase di esecuzione, l'eventuale superamento delle percentuali del subappalto ovvero l'incompletezza delle indicazioni e dei documenti relativi all'identità ed alla qualificazione dei subappaltatori indicati in sede di offerta si riflettono nell'impossibilità di ricorrere al subappalto e non, invece nell'esclusione del concorrente, sempre che questi disponga della qualificazione anche per l'esecuzione delle prestazioni interessate dal subappalto.

Viceversa, il profilo affrontato da questa decisione riguarda l'esame effettuato dalla stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia sui documenti giustificativi dell'offerta e del subappalto, considerata lacunosa dal T.A.R. in presenza di un preventivo del subappaltatore d'importo largamente eccedente la soglia percentuale fissata dall'art. 105 del d. lgs. n. 50/2016. In questo caso, secondo il Giudice, non è corretto attendere la fase esecutiva per effettuare i necessari riscontri, dovendo, invece, l'amministrazione aggiudicatrice approfondire già in quella fase ed in dettaglio in che termini sarebbero stati ridotti i costi preventivati per

assicurare il rispetto del limite del subappalto. Da qui l'annullamento dell'aggiudicazione con conseguente rinnovazione della valutazione dell'anomalia dell'offerta.

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 689 del 2018, proposto da:  
E.Co.Tec. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv.  
Alessandro Paolini, con domicilio eletto presso il suo studio in Giustizia, Pec Registri;

***contro***

Comune di Cesenatico, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Andrea  
Zavatta, con domicilio eletto presso il suo studio in Giustizia, Pec Registri;

***nei confronti***

Edilstradale di Foschi Stefano e &. Sas non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

della determinazione 609/2018 del 2.8.2018 del Comune di Cesenatico di aggiudicazione  
dell'appalto per il progetto e ripristino della condotta a mare di Piazza Volta

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cesenatico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2018 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori Alessandro Paolini e Andrea Zavatta;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha partecipato, previo invito, alla procedura negoziata indetta dal Comune di Cesenatico per l'affidamento dei lavori di "ripristino della condotta a mare dell'impianto di sollevamento acque bianche Piazza Volta, categoria prevalente OG7.

Il progetto definitivo ed esecutivo dell'opera pubblica di cui trattasi è stato approvato con delibera della Giunta comunale 61/2018, con successiva indizione della procedura negoziata con cui è stata indetta ed approvazione dell'elenco degli operatori economici da invitare.

Il criterio di aggiudicazione determinato è stato quello del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. a) D.lgs. 50/2016.

Le imprese che hanno partecipato sono state quattro, tra cui la ricorrente giunta seconda e la ditta Edilstradale di Foschi Stefano e & sas aggiudicataria.

La stazione appaltante ha avviato la procedura di verifica dell'offerta presentata dall'aggiudicataria e tra l'altro ha richiesto chiarimenti in merito al subappalto.

L'impresa interpellata ha comunicato che intendeva subappaltare le opere inerenti alla posa della condotta mediante l'utilizzo del moto pontone, nei limiti del 30% dell'importo complessivo del contratto ai sensi dell'art. 105 All'esito del sub procedimento di verifica dell'anomalia, la stazione appaltante ha dichiarato congrua l'offerta della ditta Edilstradale sas per l'affidamento dei lavori D.lgs 50/2016.

Il ricorso avverso l'aggiudicazione si fonda su due motivi.

Il primo denuncia la violazione dell'art. 105 D.lgs. 50/2016 e della lex specialis di gara poiché l'aggiudicataria, in sede di presentazione dell'offerta, aveva dichiarato di volere subappaltare a terzi la posa condotta a mare con moto pontone, dichiarazione confermata in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Trattandosi di una prestazione ben definita, sia nel quid, posa della condotta di metri lineari 84 sul fondale marino, che nel quomodo, mediante utilizzo di moto pontone, non vi è dubbio che l'appaltatore ed il subappaltatore fossero ben in grado di individuare rispettivamente il costo ed il prezzo della stessa.

Nel fornire le giustificazioni richieste dalla stazione appaltante, l'aggiudicataria ha prodotto il preventivo di spesa della ditta Mentucci Aldo srl di Senigallia che ha quantificato il prezzo delle

sue prestazioni per un totale di € 60.400 più IVA.

La ditta controinteressata ha tradotto il preventivo di spesa del suo partner commerciale nelle relative schede di analisi dei prezzi soltanto parzialmente, limitandosi ad indicare il prezzo del subappalto per giornata lavorativa ovvero per metro lineare, ma omettendo di indicare il totale dei valori che invece il subappaltatore specificamente indica.

La Stazione appaltante avrebbe comunque potuto facilmente rilevare che il valore del subappalto era notevolmente superiore al limite fissato dall'art. 105 D.lgs. 50/2016.

Essa avrebbe dovuto, pertanto, già in sede di presentazione dell'offerta escludere la controinteressata poiché era fin da allora evidente che la soglia ammissibile del subappalto era ampiamente superata.

Il secondo motivo lamenta la violazione dell'art. 97 D.lgs. 50/2016 e l'eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria poiché, laddove si ritenga che il controllo sull'ammissibilità del subappalto dovesse essere successivo all'aggiudicazione, la documentazione prodotta dalla offerente dimostra l'erroneità del giudizio di congruità dell'offerta espresso dalla stazione appaltante.

Laddove si avesse voluto dare credito alle dichiarazioni dell'offerente di rimanere all'interno del limite subappaltabile del 30%, a fronte di un analitico preventivo del subappaltatore che quantificava un importo molto più alto, l'impresa avrebbe dovuto dimostrare come avrebbe potuto ottenere la minore spesa rispetto al preventivo della ditta interpellata, avuto riguardo ai parametri di valutazione di cui all'art. 97, comma 4, del Codice dei contratti.

Tale dimostrazione era ancor più necessaria nel caso di specie tenuto conto che la percentuale dell'utile d'impresa è ridotto al 3%, come indicato dalla stessa aggiudicataria nelle sue giustificazioni.

Si costituiva in giudizio il Comune di Cesenatico che chiedeva respingersi il ricorso.

L'argomentazione principale su cui il Comune fonda la sua richiesta di reiezione del ricorso riguarda l'impossibilità di considerare le questioni inerenti il subappalto come elementi che influiscono sull'ammissibilità di un'offerta, dovendo essere valutate nella fase esecutiva dell'appalto.

Si tratta di una tesi ampiamente presente nella giurisprudenza che più volte ha affermato come la dichiarazione di subappalto può essere limitata alla mera indicazione della volontà di avvalersene nelle ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle prestazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara. Il subappalto è, inoltre, soggetto ad autorizzazione e l'eventuale superamento della percentuale ammessa non sarebbe autorizzabile nella fase esecutiva del rapporto, per cui eventuali violazioni dei limiti del subappalto consentito possono valere nella successiva fase di esecuzione, mentre l'eventuale incompletezza delle indicazioni e dei

documenti concernenti l'identità e la qualificazione dei subappaltatori indicati in sede di offerta preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina l'esclusione dell'offerente che partecipa alla procedura, ove non venga in rilievo il diverso profilo del difetto di qualificazione di quest'ultimo in relazione alle prestazioni interessate dal subappalto. L'eventuale superamento delle percentuali del subappalto non può comunque comportare l'esclusione del concorrente dalla gara, potendo al più comportare l'esclusione del subappalto in caso di aggiudicazione.

La tesi consolidata in giurisprudenza ( si veda ex multis TAR Lazio 9260/2017 ) conduce a rigettare il primo motivo di ricorso non potendo escludersi la controinteressata solo perché i documenti rilasciati dal subappaltatore evidenziavano già il superamento della soglia del 30% imposta dall'art. 105 D.lgs. 50/2016.

Ma, ad avviso del Collegio, non consente di superare la seconda censura relativo all'illogicità delle conclusioni tratte dalla verifica dell'anomalia dell'offerta.

Innanzitutto non è chiaro se l'aggiudicataria disponga delle qualifiche per eseguire la posa a mare del tubo cioè il lavoro che vorrebbe subappaltare o comunque se abbia la disponibilità del pontone necessario per completare la prestazione.

Inoltre a fronte del preventivo fornito all'aggiudicataria dal subappaltatore che superava il 60% dell'importo dell'appalto, sarebbe stato necessario chiedere chiarimenti dettagliati su come la controinteressata intendeva limitare l'utilizzazione delle prestazioni del subappaltatore per rimanere all'interno della percentuale prevista dal Codice degli Appalti.

Si può attendere la fase esecutiva quando la dichiarazione di avvalersi di un subappaltatore è meramente eventuale e comunque non è evidente quale sia l'importo della prestazione di quest'ultimo, ma nel caso in esame era macroscopicamente chiaro al momento della verifica dell'anomalia, che la percentuale del costo dell'opera del subappaltatore era pari ad oltre il 60% dell'offerta dell'aggiudicataria.

Ed allora la stazione appaltante, che aveva consapevolezza del problema come risulta dalla nota del 3.7.2018 inviata all'aggiudicataria, non poteva limitarsi a prendere atto della scarsa dichiarazione di quest'ultima che le opere in subappalto sarebbero state inerenti alla posa della condotta mediante l'utilizzo del moto pontone rimanendo nel limite del 30%.

A fronte di un preventivo del subappaltatore che per quel tipo di prestazione richiedeva 60.000 euro circa, la stazione appaltante avrebbe dovuto chiedere in dettaglio attraverso quale riduzione di costi si sarebbe rispettata la percentuale massima di cui all'art. 105 citato.

Mancando quest'approfondimento la verifica dell'anomalia è lacunosa e di conseguenza l'aggiudicazione è illegittima poiché si è ommesso di verificare un dato che era emerso e che, se non rettificato, comportava l'affidamento di un appalto ad una ditta che aveva già evidenziato che avrebbe superato il limite percentuale del subappalto senza bisogno di attendere la fase esecutiva per verificare lo sforamento.

Il provvedimento impugnato deve essere, quindi, annullato e il Comune di Cesenatico dovrà provvedere ad una nuova valutazione dell'anomali dell'offerta tenendo conto delle considerazioni svolte in sentenza.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Comune di Cesenatico a rifondere le spese di giudizio che liquida in € 3.000 oltre accessori ed alla restituzione del contributo unificato ove versato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere, Estensore