

## Requisiti generali in capo al subappaltatore, esito delle verifiche effettuate dalla stazione appaltante e decisione della Corte UE: esclusione automatica del concorrente?

di Francesca Lucchese

Data di pubblicazione: 29-10-2020

*1. Il venir meno dei requisiti generali in capo al subappaltatore, all'esito delle verifiche effettuate dalla Stazione appaltante, non determina l'automatica esclusione del concorrente, il quale è solo tenuto a procedere alla sostituzione del subappaltatore o, nel caso, a rinunciare al subappalto. La previsione di cui all'art. 80, comma 14, del d.lgs. n. 50 del 2016 va interpretata nel senso che al venir meno dei requisiti generali in capo al subappaltatore consegue unicamente l'impossibilità per quest'ultimo di eseguire l'appalto.*

### GUIDA ALLA LETTURA

Nella pronuncia in commento la V sezione del Consiglio di Stato, tra i diversi aspetti analizzati, si è occupata in particolare sul venir meno dei requisiti generali in capo al subappaltatore.

Ebbene, i Giudici di Palazzo Spada prendono le mosse da una sentenza della Corte di Giustizia, alla quale è stato chiesto di chiarire se la previsione dell'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016 stabilisce l'esclusione automatica dell'offerente in caso di riscontro, in fase di gara, di una causa di esclusione relativa a un subappaltatore, sia compatibile con la previsione dell'articolo 71, paragrafo 6, della citata direttiva, in via subordinata, in caso di risposta positiva a detto quesito, se la scelta in concreto operata dal legislatore è compatibile con il principio di proporzionalità, al fine di favorire la massima partecipazione alle gare. Questo anche tenuto conto che l'esclusione dell'operatore economico offerente è stata prevista dalla normativa nazionale in modo automatico e senza eccezioni e, in particolare, senza consentire in nessun caso la sostituzione del subappaltatore o la rinuncia dell'offerente ad avvalersene, neppure laddove il ricorso al subappaltatore è strettamente necessario ai fini dell'esecuzione della commessa.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte UE, premesso che *"le amministrazioni aggiudicatrici devono prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità"* e che *"tale attenzione deve essere ancor più elevata quando l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'operatore economico che ha presentato l'offerta in caso di violazione commessa non da lui direttamente, bensì da un soggetto estraneo alla sua impresa, per il quale detto operatore può non disporre di tutta l'autorità richiesta e di tutti i mezzi necessari"*, in risposta alle questioni sollevate, ha dichiarato che: *"L'articolo 57, paragrafo 4, lettera a) della direttiva 2014/24 non è compatibile con la normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore economico sia constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione"*

*combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, non ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione".*

Ciò posto, tale decisione, oltre a chiarire che non risulterebbe conforme al principio di proporzionalità automatica del concorrente in caso di violazioni della normativa da parte dei subappaltatori, ha stabilito che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad operare valutazioni "caso per caso": in funzione delle quali i singoli concorrenti abbiano dato prova di potere adottare per mantenere inalterato il proprio livello professionale.

In tale ottica ricostruttiva, si può affermare che non è legittima l'esclusione automatica del concorrente imputabili al subappaltatore designato. Infatti, in maniera conforme al principio di proporzionalità, dev'essere valutata, in tali ipotesi, che l'operatore economico possa fornire delle prove in merito alle misure correttive poste in essere per salvaguardare la propria affidabilità professionale. Sulla scorta di tali considerazioni, la Stazione appaltante deve valutare, caso per caso, gli elementi di prova forniti e le particolari circostanze della fattispecie, tenendo conto di tale valutazione, di una serie di fattori pertinenti: quali i mezzi di cui l'operatore che ha presentato l'offerta disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in capo ai subappaltatori, o la presenza di una violazione nella sua offerta, della propria capacità di eseguire l'appalto senza avvalersi del predetto subappaltatore.

Nella cennata ottica ricostruttiva, il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso ritenendo che il venir meno dei requisiti generali in capo al subappaltatore, all'esito delle verifiche effettuate dalla Stazione appaltante, non comporta l'automatica esclusione del concorrente, il quale è solo tenuto a procedere alla sostituzione del subappaltatore, nel caso, a rinunciare al subappalto.

Conclusivamente, si può affermare che la previsione di cui all'art. 80, comma 14, del d.lgs. n. 50 del 28/2/1998 del quale *"Non possono essere affidatari di subappalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che ricorrano i motivi di esclusione previsti dal presente articolo"* va interpretata nel senso che al venir meno dei requisiti generali in capo al subappaltatore consegue unicamente l'impossibilità per quest'ultimo di eseguire l'appalto.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

