



DELIBERA N. 25

17 gennaio 2024

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 presentata da Giancarlo Orrù Impresa Costruzioni S.r.l. - Procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 1 comma 2 lettera b) della legge n.120/2020 così come modificata dalla legge n.108/2021, per interventi di riqualificazione architettonica e funzionale delle palestre di pertinenza dell'istituto polivalente sito in Oristano nella via A. Diaz. PNRR - missione 4 componente 1 - investimento 1.3. ("finanziato dall'Unione Europea - next generation EU") - Importo: euro: 682.000,00 - S.A.: Provincia di Oristano

UPREC/PRE/840/2023/L/PREC

Riferimenti normativi

Art. 119 d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Subappalto – limiti - motivazione

Massima

Appalto pubblico – In genere – Bando di gara - Subappalto – Limitazioni – Ammissibilità - Condizioni

La fissazione di limiti al subappalto è ammissibile a condizione che la Stazione appaltante compia una valutazione in concreto delle attività oggetto di affidamento, valutando, in particolare, se ricorrano i presupposti indicati dall'art. 119, comma 2, del d.lgs. 36/2023 per imporre al concorrente aggiudicatario di eseguire direttamente una parte delle lavorazioni o prestazioni dedotte nell'appalto.

Appalto pubblico – In genere – Bando di gara - Opere di carattere superspecialistico - Subappalto – Limiti– Ammissibilità – Condizioni

Anche in presenza di opere di carattere superspecialistico (cd. SIOS), le limitazioni al ricorso al subappalto richiedono alla Stazione appaltante una valutazione in concreto dell'entità e delle caratteristiche di tali prestazioni.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 gennaio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 110137 dell'8 dicembre 2023, con cui la Giancarlo Orrù Impresa Costruzioni S.r.l. ha contestato la sua esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta dalla Stazione appaltante in ragione dell'assenza dei requisiti di qualificazione richiesti dalla *lex specialis*;

RILEVATO che l'istante ha rappresentato che la lettera d'invito prevedeva quattro categorie di lavorazioni (OG1, prevalente e OG11, OS26, OG9, scorporabili) e limitava alla misura del 40% la quota parte di lavorazioni subappaltabili relative alle categorie OG1 e OG11. L'istante, in possesso di attestazione SOA per le categorie OG1-III-OG3-III-OG6-I, ha dichiarato il ricorso al subappalto per intero (c.d. qualificante) delle categorie OG11-OS26-OG9. La Stazione appaltante, attivando il soccorso istruttorio, ha contestato all'istante di non aver rispettato la percentuale di subappalto prevista per la categoria OG11 nei documenti di gara e, nonostante le varie argomentazioni articolate dall'istante in merito alla illegittima compressione del subappalto, la Stazione appaltante ha ritenuto di escluderlo dalla procedura;

VISTI i quesiti di diritto sollevati dall'istante. Con il primo, l'impresa chiede conferma della bontà della ricostruzione normativa e giurisprudenziale operata con riferimento all'assenza di limiti generali alla subappaltabilità delle categorie SIOS. Il secondo quesito concerne la completezza e validità delle motivazioni addotte dalla Stazione appaltante a sostegno dei limiti introdotti in tema di subappalto, alla luce del disposto normativo di cui all'art. 119 del Codice;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 111714 del 13 dicembre 2023;

VISTA la memoria acquisita al prot. 112629 del 15 dicembre 2023, con cui la Provincia di Oristano ha rilevato, preliminarmente, un vizio formale di presentazione dell'istanza di parere di precontenzioso effettuata ai sensi dell'art. 220, comma 1, del D.lgs n. 36/2023. Invero, la procedura negoziata in oggetto è stata bandita ai sensi del D.lgs 50/2016, trattandosi di procedura PNRR, sicché avrebbe dovuto trovare applicazione il precedente Regolamento di precontenzioso. Sempre in via preliminare, la Stazione appaltante ha contestato le asserzioni dell'istante in ordine all'interesse al rilascio del parere, l'operatore economico, infatti, nel modulo informatico per la presentazione dell'istanza ha dichiarato di aver effettuato un ribasso maggiore rispetto a quello dell'impresa risultata aggiudicataria e che pertanto, laddove non fosse stato escluso, l'aggiudicazione sarebbe avvenuta in suo favore. Tale affermazione, secondo la Provincia di Oristano, non meriterebbe di essere condivisa, né accolta. Infatti, dei tre operatori che hanno presentato offerta, ne sono stati esclusi due per mancanza di requisiti: l'operatore economico Giancarlo Orrù Impresa Costruzioni srl e l'operatore economico Arghittu snc, con conseguente impossibilità per la stazione appaltante di verificare le rispettive offerte economiche. Pertanto, l'istante non ha alcuna legittima certezza in ordine al fatto che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta in suo favore. Nel merito delle questioni sollevate con l'istanza, la Stazione appaltante ha difeso la correttezza del proprio operato, rilevando, per un verso, che l'art. 119 del d.lgs. 36/2023 riconosce alle Stazioni appaltanti la possibilità di prevedere limiti al subappalto e, dall'altro, che proprio l'art. 119 del Codice, secondo cui "è nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate", giustificerebbe l'individuazione della percentuale massima dei lavori subappaltabili nella misura del 49%. "...in primo luogo, per assicurare che l'impresa affidataria realizzasse almeno il 51% dei lavori totali oggetto d'appalto e, in secondo luogo, stante l'importo pari a €



249.827,59 previsto per i lavori della categoria OG11, simile a quello individuato per la categoria OG1 (€ 255.933,73), per avere maggiori garanzie sulla corretta realizzazione dell'opera anche in termini di affidabilità dell'impresa aggiudicataria, il RUP ha deciso di limitare la percentuale di subappalto per tali categorie nella misura del 40%. Inoltre, il requisito del possesso della classificazione SOA per entrambe le categorie OG1 e OG11, consentirà al RUP di valutare quali lavorazioni (nei limiti della soglia del 40%) autorizzare in subappalto durante la fase di esecuzione dei lavori". La S.A. ha poi rappresentato che i requisiti di partecipazione erano stati chiaramente evidenziati nella *lex specialis* ed in tutti i documenti di gara, essendo stato chiarito che sarebbero state invitate alla procedura le ditte abilitate ed iscritte sul portale Sardegna-Cat nelle categorie OG1 e OG11. L'operatore economico istante, benché risulti iscritto alle suddette categorie, in sede di partecipazione alla gara ha dichiarato di non possedere la qualifica per la categoria OG11. Sulla base di tali considerazioni non avrebbe neanche potuto partecipare all'invito o, in alternativa avrebbe potuto partecipare dichiarando di ricorrere all'istituto dell'avvalimento, eventualità non contemplata dallo stesso. Infine, la S.A. ha contestato l'ammissibilità dell'istanza, in ragione della mancata tempestiva impugnazione degli atti di gara;

VISTA la documentazione in atti, ed in particolare la determina a contrarre, la lettera d'invito, il capitolato speciale d'appalto e il provvedimento di esclusione;

RITENUTO di dover esaminare le eccezioni sollevate in via preliminare dalla Stazione appaltante. Quanto al Regolamento di precontenzioso applicabile alla procedura in oggetto, si ritiene corretta la presentazione dell'istanza (e l'avvio del procedimento) ai sensi dell'art. 220, comma 1, del d.lgs. 36/2023, avendo la stessa Provincia di Oristano richiamato, nella lettera d'invito, l'art. 119 del d.lgs. 36/2023 ed essendosi, quindi, autovincolata al rispetto delle disposizioni del nuovo Codice con riferimento alla questione che costituisce oggetto dell'istanza. Per quanto concerne l'interesse al rilascio del parere va rilevato, per un verso, che l'esclusione da una procedura di gara radica, per ciò solo, l'interesse diretto concreto e attuale dell'operatore economico all'impugnazione del provvedimento e alla sua eliminazione dal mondo giuridico; dall'altro, non è emerso che l'impresa Argittu abbia impugnato il provvedimento di esclusione disposto in suo danno, sicché, *rebus sic stantibus*, l'istante non può che raffrontare la propria offerta con quella dell'impresa aggiudicataria;

RITENUTO, sempre in via preliminare, di dover rigettare anche l'eccezione relativa alla presunta tardività dell'istanza. Appare sufficiente, a tal fine, rilevare che l'istanza di precontenzioso è stata presentata in data 8 dicembre 2023, quando non erano ancora scaduti i termini non solo per l'impugnazione del provvedimento di esclusione ma anche della lettera d'invito, trasmessa in data 9 novembre 2023; peraltro, le censure articolate dall'istante vertono per lo più sulla legittima apposizione di vincoli alla percentuale di lavorazioni subappaltabili, fissati proprio dalla lettera d'invito. Infine, corre l'obbligo di precisare che esula dal presente procedimento di precontenzioso la questione relativa all'iscrizione dell'istante sul portale Sardegna-Cat nelle categorie OG1 e OG11, pur se sfornito della qualificazione per la categoria OG11: detto profilo, infatti, non ha costituito oggetto dell'impianto motivazionale che ha sorretto il provvedimento di esclusione della Giancarlo Orrù dalla procedura di gara né è noto – non essendo stata prodotta documentazione utile in tal senso – se, ai fini dell'iscrizione nel portale in una certa categoria, l'impresa è tenuta al possesso dell'attestazione SOA ovvero se l'iscrizione equivalga ad una manifestazione di interesse ad essere invitati alle procedure di gara, fermo restando l'obbligo di dimostrare, all'atto della partecipazione, attraverso gli istituti previsti dal Codice (ad esempio l'avvalimento,) di possedere i requisiti di qualificazione richiesti dalla *lex specialis*. Resta fermo, tuttavia, il potere della Stazione appaltante di adottare ogni eventuale provvedimento previsto, per il caso rappresentato, negli atti (avviso, determine, ecc) relativi al procedimento per l'iscrizione nell'elenco;

CONSIDERATO, in merito alle questioni poste dall'istante, che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la pronuncia del 26.09.2019, C-63/18, Vitali s.p.a., ha dichiarato incompatibile con la direttiva 2014/24/UE la disposizione nazionale – art. 105, comma 2, codice dei contratti pubblici all'epoca vigente



– avente l'effetto di limitare "al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi". La Corte, in particolare, ha censurato la normativa nazionale nella parte in cui fissava, in maniera generale e astratta, limitazioni al ricorso al subappalto, da sempre ritenuto strumento per garantire la più ampia concorrenza e l'accesso al mercato delle piccole medie imprese. Una disposizione come l'art. 105, comma 2 del Codice, nella sua assolutezza e indistinta applicabilità, è stata ritenuta in contrasto con il principio di proporzionalità, potendo ipotizzarsi misure meno restrittive e parimenti idonee a perseguire l'obiettivo avuto di mira dal legislatore italiano, cioè il contrasto alla criminalità organizzata. Secondo la Corte (par. 40 della sentenza): *"la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore"*. Com'è noto, a seguito di siffatta pronuncia, il legislatore nazionale ha riformato il testo dell'art. 105, comma 2, del d.lgs. 50/2016, espungendo ogni limite generale e meramente quantitativo al ricorso al subappalto. Nella versione scaturita da siffatte modifiche, l'art. 105 dell'abrogato d.lgs. 50/2016 prevedeva che "Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11, dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229";

CONSIDERATO che, dall'analisi della norma, deve convenirsi che il legislatore ha inteso preservare la discrezionalità delle Stazioni appaltanti nella fissazione di limiti al ricorso al subappalto; tuttavia, tali limiti, per poter essere legittimamente previsti nei documenti di gara, devono rispondere a precise esigenze connesse alle caratteristiche specifiche dell'appalto e, dunque, richiedono alla Stazione appaltante di compiere una valutazione in concreto delle attività oggetto di affidamento e di decidere – previa adeguata motivazione e nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016 – se ricorrono le condizioni fissate dalla norma per poter imporre all'aggiudicatario l'obbligo di eseguire direttamente talune lavorazioni/prestazioni dedotte nell'appalto. Da ciò ne consegue, con riferimento alla questione del caso di specie, che anche con riferimento alle cd. SIOS, nella vigenza del vecchio Codice, non esistevano più limiti generali e astratti al ricorso al subappalto; vero è che l'art. 105, comma 2, richiamava espressamente le prestazioni di cui all'articolo 89, comma 11, tra le lavorazioni che la Stazione appaltante poteva riservare all'aggiudicatario, ma anche in presenza di opere di carattere superspecialistico, le limitazioni al ricorso al subappalto richiedevano una valutazione in concreto dell'entità e delle caratteristiche di tali prestazioni. Il Consiglio di Stato, occupandosi di una procedura di gara indetta dopo la pronuncia della Corte di Giustizia ma prima della riforma dell'art. 105, comma 2, e dell'abrogazione dell'art. 105, comma 5, del d.lgs. 50/2016, ha affermato che *"La generalità e l'astrattezza di detto limite non sono evitate dal riferimento normativo alle sole opere per le quali siano necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture impianti ed opere speciali, elencate nell'art. 2 del d.m. n. 248 del 10 novembre 2016. Il riferimento ai lavori di una determinata categoria è connotato comunque da astrattezza perché prescinde dalla natura delle lavorazioni richieste nel caso concreto, escludendo in particolare che, se superano il 10% dell'importo totale dei lavori, l'amministrazione possa optare per la totale assenza di vincoli al*



subappalto o per l'imposizione di un limite inferiore al 30% delle opere subappaltabili, anche quando, nel contesto del singolo affidamento, esse siano scarsamente significative rispetto alla finalità del divieto di subappalto. Emblematico in tale ultimo senso è proprio il caso di specie, avendo Invitalia fatto presente, senza specifica smentita da parte ricorrente, che la categoria OS30 non prevede interventi di elevato contenuto tecnologico né di particolare complessità, bensì soltanto opere, sicuramente di carattere tecnico, ma prontamente eseguibili, rientranti, in sintesi, tra le operazioni impiantistiche, a carattere accessorio rispetto alle opere edili, di ordinaria esecuzione" (Cons. Stato, sez. V, 1 febbraio 2022, n. 689);

RILEVATO che l'art. 119 del d.lgs. 36/2023 ricalca il contenuto dell'abrogato art. 105, comma 2, del d.lgs. 50/2016. La norma, dopo aver precisato che è nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera, stabilisce che "Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, oppure nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229";

RITNEUTO, pertanto, che, anche per le procedure di gara soggette alle disposizioni del d.lgs. 36/2023, la discrezionalità delle Stazioni appaltanti nella fissazione di limiti al ricorso al subappalto deve poggiare su valutazioni concrete connesse alle lavorazioni oggetto di affidamento e ciò anche quando vengano in rilievo opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali;

RILEVATO che, nel caso di specie, nella determina a contrarre, la Stazione appaltante ha rappresentato che "riguardo il subappalto, considerato che ai sensi dell'art.119 del D.Lgs. 36/2023 non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, viene prevista la soglia massima del 49% come interventi che la ditta aggiudicataria può subappaltare. Tale quota la si potrà raggiungere nell'ambito delle percentuali sulle categorie di seguito elencate: prevalente OG1, importo euro 255.933,73, subappalto ammesso al 40%, scorporabili OG11, importo euro 249.827,59, subappalto ammesso al 40%, OS26 e OG9, subappalto ammesso al 100%";

RILEVATO, altresì, che nel capitolato speciale d'appalto, dopo l'elencazione delle categorie di lavorazioni, viene stabilito che potrà essere subappaltato il 49% dei lavori, con un limite del 45% per la categoria prevalente e una percentuale proporzionale per le altre categorie e che, nella lettera d'invito, all'art. 13 è altresì precisato che "Il subappalto è ammesso alle condizioni e con le modalità di cui all'articolo 119 del D. Lgs. 36/2023. È vietata l'integrale cessione del contratto di appalto, l'affidamento a terzi dell'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni che ne sono oggetto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti o dei contratti ad alta intensità di manodopera pertanto la categoria: ■ OG1 è subappaltabile nella misura del 40%; ■ OG11 è subappaltabile nella misura del 40%; ■ OS26 è subappaltabile nella misura del 100%; ■ OG9 è subappaltabile nella misura del 100%";

RITENUTO che, dall'esame dei citati atti, non si rinviene alcuna motivazione conforme al disposto dell'art. 119 del d.lgs. 36/2023 – ovvero alcuna valutazione in concreto delle attività oggetto di affidamento -



che giustifichi i limiti imposti dalla Stazione appaltante alla quota di lavorazioni subappaltabili. Al contrario, anche tenuto conto delle memorie presentate in tale sede, si deve rilevare una non corretta interpretazione del disposto normativo di cui all'art. 119, comma 1 del Codice, il quale stabilisce un duplice divieto: il primo concerne l'affidamento a terzi dell'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, sanzionato con la nullità del relativo accordo; l'altro concerne le lavorazioni della (sola) categoria prevalente, la cui esecuzione non può essere demandata a terzi in misura prevalente rispetto all'esecuzione in proprio da parte dell'affidatario. Orbene, nel caso di specie, la categoria prevalente è la OG1, sicché è solo con riferimento a detta categoria che il concorrente-aggiudicatario è tenuto a garantire l'esecuzione diretta di almeno il 51% delle lavorazioni. Sul punto si richiama la relazione illustrativa al nuovo Codice ove, con riferimento all'art. 119, si legge che *"Sempre nel comma 1, al terzo periodo, si è riferito il limite al subappalto alla prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla "categoria prevalente" piuttosto che al "complesso delle categorie prevalenti" (come nel comma 1 dell'art. 105) per collegare la previsione all'attuale sistema di qualificazione degli operatori economici, che prevede che la categoria prevalente sia unica"*;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che la *lex specialis* di gara, nella parte in cui fissa limiti meramente quantitativi alla quota parte di lavorazioni subappaltabili, non è conforme all'art. 119 del d.lgs. 36/2023. La Stazione appaltante è, pertanto, tenuta ad annullare in autotutela, ex art. 21-*nonies* della L. 241/90, il bando di gara in oggetto e, in sede di riedizione della procedura, potrà inserire limiti alla quota parte di lavorazioni subappaltabili solo previa adeguata motivazione in ordine alla sussistenza dei presupposti indicati dall'art. 119 del d.lgs. 36/2023.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1, del d.lgs. 36/2023, la stazione appaltante che non intenda conformarsi al parere comunica, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che può proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 gennaio 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente