



DELIBERA N. 771

24 novembre 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Impresa Costruzioni Cabras Mariano S.r.l. - Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara PON Città Metropolitane 2014-2020. Recupero e riqualificazione alloggi; intervento bottom up. Progetto relativo agli interventi finalizzati al recupero degli edifici comunali individuati in via Verdi, via Tiziano e via Piave - CIG 8667722e75 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: € 520.858,92 euro – S.A.: Comune di Cagliari - Servizio Stazione Unica Appaltante

PREC 203/2021/L-PB

Riferimenti normativi

Articolo 105, commi 2 e 5, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 89, comma 11 d.lgs. n. 50/2016

Articolo 1, comma 2, DM n. 248/2016

Parole chiave

SIOS - Subappalto – Limite quantitativo di quota subappaltabile

Massima

Le opere superspecialistiche, c.d. SIOS, in quanto opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, sono soggette a un regime normativo in deroga alle norme generali sotto diversi profili, che si giustifica nelle intenzioni del legislatore con l'esigenza di assicurare alla stazione appaltante che l'esecuzione di tali opere sia effettuata soprattutto dall'appaltatore qualificato. Le sentenze della Corte di giustizia del 26 settembre 2019 (causa C-68/18) e del 27 novembre 2019 (causa C-402/18) non appaiono determinare la disapplicazione del limite percentuale del trenta per cento per le SIOS non risultando in esse alcun riferimento alle opere stesse né tantomeno alla loro natura e al regime normativo speciale che le contraddistingue. Tale limite trova tuttavia applicazione solo qualora le categorie superspecialistiche siano di importo superiore al dieci per cento dell'intero appalto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 24 novembre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 70966 del 30 settembre 2021, presentata da Impresa Costruzioni Cabras Mariano S.r.l. relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante, che aveva partecipato alla procedura dichiarando di possedere l'attestato di qualificazione per la categoria di lavori prevalente OG1 e di subappaltare al 100% i lavori relativi alla categoria scorporabile OS30 (SIOS), chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione disposto il 13 agosto 2021 dall'amministrazione nei propri confronti in



quanto ritenuto un concorrente «*privo dei requisiti di partecipazione, stante il mancato possesso dei requisiti nella categoria SOA OS30 (SIOS), il cui possesso è prescritto al punto 3 della lettera d'invito, conformemente al dettato normativo vigente, non essendo ammesso l'avvalimento ed essendo consentito il subappaltato nei limiti del 30% e non al 100%*» in ragione del contenuto normativo dell'articolo 105, in virtù delle modifiche introdotte dal D.L. 77/2021;

CONSIDERATO che la procedura veniva indetta in data 8 luglio 2021 con lettera di invito, per un importo di 520.858,92 euro e che la disciplina di gara, al punto 3 – “Breve descrizione dell'appalto”, prevedeva: «*Categoria di lavoro prevalente: OG1, € 407.106,81 + IVA, Classifica Il SOA, subappaltabile nei limiti del 50% dell'importo complessivo del contratto. Ulteriori categorie di lavoro scorporabili, a qualificazione obbligatoria e subappaltabili nei limiti del 50% dell'importo complessivo del contratto: - OS3, € 76.242,07 + IVA, Classifica I SOA o, in alternativa, possesso dei requisiti ex art. 90 D.P.R. 207/2010: - OS30 (SIOS), € 74.075,34 + IVA, Classifica I SOA o, in alternativa, possesso dei requisiti ex art. 90 D.P.R. 207/2010, non soggetta ad avvalimento e subappaltabile nei limiti del 30% dell'importo della medesima, fatto salvo il limite previsto dall'art. 105 comma 2 del D.Lgs. 50/2016 e smi (pari al 50% dell'importo complessivo del contratto)*»;

CONSIDERATO altresì che, ai fini della partecipazione alla procedura, venivano richiesti i seguenti requisiti: «*attestazione (SOA) di cui al DPR 207/2010, regolarmente autorizzata, in corso di validità, relativa alle categorie di lavorazioni SOA richieste o, in alternativa, per le lavorazioni rientranti nelle categorie OS3, OS28, OS30, possesso dei requisiti ex art. 90 D.P.R. 207/2010*»;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

RITENUTO che il parere possa essere reso ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del Regolamento di precontenzioso;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 8 novembre 2021, con nota prot. n. 73278;

VISTA la documentazione in atti e le memorie depositate dalle parti;

VISTA, in particolare, la memoria della stazione appaltante che nel ribadire la legittimità del proprio operato precisava che la disciplina di gara – in linea con l'indirizzo interpretativo adottato da ANCI e IFEL, - «*prescriveva ai fini della partecipazione il possesso della categoria di lavorazioni prevalente OG1, nonché della categorie scorporabili OS3 e OS30. Stante l'importo inferiore ai 150.000,00 euro, per le due categorie scorporabili era ammesso, in alternativa al possesso della certificazione SOA, la dimostrazione del possesso dei requisiti tecnico organizzativi ai sensi dell'art. 90 del D.P.R. 207/2010; inoltre, prescriveva, in aderenza alla normativa vigente, la possibilità di procedere al subappalto nel limite del 50% dell'importo complessivo dell'appalto, specificando in grassetto che la categoria superspecializzata OS30 non poteva essere oggetto di avvalimento né subappaltabile oltre il limite del 30% dell'importo della medesima*». Con specifico riferimento all'operatore economico istante poi rappresentava che lo stesso «*privo di attestazione SOA nella categoria di lavorazione OS30, nella domanda di partecipazione ometteva di indicare le lavorazioni nella categoria in argomento ai sensi dell'art. 90 D.P.R. 207/2010, ed inoltre, dichiarava di subappaltare la stessa al 100%, in violazione di quanto specificatamente prescritto nella lettera d'invito*», circostanza che ne aveva comportato l'esclusione per mancanza dei requisiti di partecipazione;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità di un provvedimento di esclusione disposto nei confronti di un concorrente che abbia dichiarato di subappaltare per intero una categoria superspecialistica, in presunta violazione dei limiti previsti;



CONSIDERATO che con specifico riferimento alle categorie superspecialistiche, la cui disciplina è definita nell'articolo 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016 e nel decreto attuativo n. 248/2016 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, l'ordinamento ascrive a tale fattispecie le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, per la cui esecuzione sono richiesti particolari requisiti di specializzazione. Le opere ascrivibili a dette categorie che superino il dieci per cento del valore dell'appalto sono scorporabili e sono indicate nei bandi di gara, negli avvisi o negli inviti a partecipare.

VISTO il contenuto dispositivo dell'articolo 105, comma 2, terzo periodo del d.lgs. n. 50/2016, che stabilisce: «Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del trenta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture»;

TENUTO conto che l'articolo 1, comma 18, D.L. n. 32/2019 convertito con modifiche con l. n. 55/2019, ai sensi del quale «Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2020, in deroga all'articolo 105, comma 2, del medesimo codice, fatto salvo quanto previsto dal comma 5 del medesimo articolo 105, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del quaranta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.. Fino alla medesima data di cui al periodo precedente, sono altresì sospese l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 e del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174, nonché le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 del medesimo codice, riferite al subappaltatore», ha innalzato tale percentuale al quaranta per cento;

TENUTO altresì conto che, ai sensi dell'articolo 49, comma 1, del D.L. n. 77 del 31 maggio 2021, in vigore dal 1 giugno 2021, è stato stabilito che «Dalla data di entrata in vigore del presente decreto: a) fino al 31 ottobre 2021, in deroga all'articolo 105, commi 2 e 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il subappalto non può superare la quota del cinquanta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. È pertanto abrogato l'articolo 1, comma 18, primo periodo, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55», innalzando ulteriormente tale percentuale;

VISTO il comma 5 del medesimo articolo 105 secondo cui: «Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso»;

VISTO l'articolo 89, comma 11 che dispone: «Non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. È considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori»

VISTO l'articolo 1, comma 2, del D.M. 10 novembre 2016 n. 248 secondo cui «Ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del Codice il presente decreto individua, in particolare, le opere per le quali non è ammesso l'avvalimento, qualora il loro valore superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori e per le quali, ai sensi dell'articolo 105, comma 5 del Codice, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e, non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. Il limite di cui al presente comma non è computato ai fini del raggiungimento del limite di cui all'articolo 105, comma 2 del Codice»;

CONSIDERATO dunque che per le categorie superspecialistiche l'ordinamento con l'articolo 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016, non ammette l'avvalimento quando il valore delle stesse superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori, mentre l'articolo 105, comma 5 prevede che l'eventuale subappalto non



può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e, non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. Il valore percentuale suindicato non è computato ai fini del raggiungimento del limite di cui all'articolo 105, comma 2 del Codice;

RILEVATO che tale disciplina speciale delle categorie superspecialistiche trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di tutelare le imprese esecutrici che hanno investito e si sono specializzate nell'esecuzione di opere di particolare complessità, sottraendo le stesse all'applicazione distorta di alcuni meccanismi propri del subappalto: il legislatore ha infatti ritenuto che la particolare complessità tecnica di tali opere richiedesse una tutela dedicata, volta ad assicurare l'esecuzione da parte di soggetti altamente specializzati e a scongiurare ribassi eccessivi che rischiano di pregiudicare la corretta esecuzione delle lavorazioni;

CONSIDERATO che l'Autorità, già con delibera n. 704 del 4 agosto 2020, facendo riferimento alle disposizioni sopra richiamate, esplicitava che i commi 2 e 5 dell'articolo 105 del d.lgs. n. 50/2016 sono oggetto di procedura di infrazione n. 2018/2273 e che il legislatore italiano, con D.L. 18/04/2019, n. 32, convertito con modifiche con l. n. 55/2019, introduceva un regime transitorio rispetto all'articolo 105, d.lgs. n. 50/2016, prevedendo come regola generale la possibilità di subappaltare sino al quaranta per cento l'importo del contratto di appalto, ma mantenendo il limite del trenta per cento per le SIOS previsto dall'articolo 105, comma 5, d.lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO che la menzionata delibera ANAC n. 704/2020 ricostruiva il quadro giuridico e interpretativo delle richiamate disposizioni a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia UE nella sentenza 26 settembre 2019, causa C-63/18 (Vitali) che statuiva: «La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi», procedendo poi con l'approfondimento dell'impatto di tale sentenza sull'ordinamento avvenuto con l'Atto di segnalazione n. 8 del 13 novembre 2019, approvato con delibera del Consiglio n. 1035 del 13 novembre 2019, secondo cui dalla posizione della Corte UE, da una parte, «se ne ricava un quadro normativo in cui la regola generale dovrebbe essere quella del subappalto senza limitazioni quantitative a priori, al chiaro fine di favorire l'ingresso negli appalti pubblici delle piccole e medie imprese, promuovere l'apertura del mercato e la concorrenza in gara»; dall'altra parte si evidenziava «necessità di un intervento normativo urgente al fine di allineare la disciplina interna in materia di subappalto di cui all'articolo 105 con le indicazioni provenienti dalla sentenza della Corte di giustizia», chiarendo altresì che, con specifico riferimento al limite del trenta per cento previsto per le SIOS, «l'intervento della Corte di giustizia si riferisce al comma 2, tuttavia, non è chiaro se la pronuncia coinvolga anche il comma 5, secondo cui anche per i casi di cui all'articolo 89, comma 11 – riguardanti le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico di rilevante complessità tecnica (categorie c.d. "superspecialistiche") – l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso»;

CONSIDERATO ancora che la stessa Autorità, nella sopra richiamata delibera n. 704/2020, riportava nell'ambito della ricostruzione giuridica effettuata altresì la sentenza della Corte di giustizia UE del 27 novembre 2019, resa nella causa C -402/18, che, confermando il precedente orientamento, affermava il principio per cui non rientra nelle facoltà previste dal diritto dell'Unione europea «una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che impone un limite al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello



stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità degli eventuali subappaltatori e il carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe (...)» e censurava la normativa nazionale in quanto: «vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto per una quota parte che superi una percentuale fissa dell'importo dell'appalto pubblico di cui trattasi, sicché 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 tale divieto generale non lascia spazio alcuno a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore (v., per analogia, sentenza del 26 settembre 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, punto 40 e giurisprudenza ivi citata)»;

RILEVATO che alla luce di tale ricostruzione giuridica l'Autorità sia nella delibera n. 704/2020, sia più recentemente con delibera n. 613 dell'8 settembre 2021, evidenziava la sussistenza di profili di oggettiva incertezza applicativa delle norme sul subappalto all'indomani delle pronunce della Corte di giustizia, come rappresentata nell'Atto di segnalazione n. 8/2019 e, nel ritenere che i principi espressi dalla Corte di giustizia non comportino comunque la disapplicazione dei limiti in materia di subappalto previsti dal d.lgs. n. 50/2016 per la categoria di opere superspecialistiche (cd. SIOS), richiamava la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sez. V, 10 giugno 2020, n. 3702) che aveva evidenziato la natura speciale della previsione riferita a tale specifica categoria di lavori, considerando che «l'articolo 105, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 introduce un espresso divieto di suddivisione del subappalto – peraltro suscettibile di deroga in presenza di “ragioni obiettive” – applicabile alle sole opere c.d. superspecialistiche (o SIOS) di importo superiore al dieci per cento dell'intero appalto. Si tratta, con tutta evidenza, di una norma di carattere speciale che, a contrario, consente di inferire l'insussistenza di una restrizione analoga per le opere non SIOS e/o che per importo non superino la soglia fissata *ex lege*» (cfr. in tal senso anche le considerazioni espresse dal Presidente dell'Autorità nell'audizione presso le Commissioni congiunte 8^a e 14^a Politiche dell'Unione europea Camera dei Deputati del 10 novembre 2020, recante “*Ipotesi di modifiche alla normativa nazionale in materia di subappalto conseguenti a recenti sentenze e procedure di infrazione promosse dalla Commissione Europea*”);

TENUTO CONTO anche degli orientamenti giurisprudenziali allineati in tal senso, secondo cui l'articolo 105, comma 5, «nella parte in cui stabilisce che il subappalto delle opere, per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali, elencate nell'art. 2 D.M. n. 248/2016 [...] non può superare il trenta per cento dell'importo di tali opere, non viola il diritto europeo, come interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con le suddette sentenze del 26 settembre 2019 nella causa n. 63/2018 e del 27 novembre 2019 nella causa n. 402/2018, in quanto non costituisce un divieto generalizzato di ricorrere al subappalto oltre una certa percentuale, ma si riferisce a determinate tipologie di lavori speciali, che giustificano la determinazione di una soglia di esperibilità del subappalto» (TAR Potenza, 15 marzo 2021 n. 240);

RILEVATO altresì che un recente approdo interpretativo del Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 20 luglio 2021, n. 5447, ha precisato, con specifico riferimento alla norma sul subappalto necessario (o qualificante) di cui all'articolo 89, comma 11, che la stessa non è comunque applicabile in mancanza del «presupposto costituito da un valore delle opere rientranti in ciascuna di dette categorie SIOS superiore (per ciascuna) al dieci per cento dell'importo totale dei lavori (articolo 89, comma 11, secondo periodo). A nulla rilevando, inoltre, che la somma delle opere qualificate come SIOS superi comunque l'importo del trenta per cento delle opere specialistiche, che l'articolo 105, comma 5, individua come soglia massima di subappalto, posto che anche l'applicabilità di detto limite presuppone il superamento del valore pari al dieci per cento dell'importo totale dei lavori per ciascuna categoria SIOS»;



RITENUTO opportuno confermare tali orientamenti già espressi e, in particolare da un lato il fatto che, le opere superspecialistiche (SIOS) siano soggette a un regime normativo speciale in quanto opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, per le quali il limite del trenta per cento previsto per il subappalto ex articolo 105, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 si giustifica nelle intenzioni del legislatore con l'esigenza di assicurare alla stazione appaltante che l'esecuzione di tali opere sia effettuata soprattutto dall'appaltatore qualificato, coerentemente tra l'altro con la disciplina dettante il divieto di avvalimento di cui all'articolo 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016, e dall'altro il fatto che tale limite trovi applicazione nel solo caso in cui il valore delle categorie SIOS sia superiore al dieci per cento dell'importo totale dei lavori (cfr. ANAC, da ultimo, delibera n. 613 dell'8 settembre 2021);

RITENUTO pertanto che, nel caso di specie, stante il fatto che l'importo della categoria oggetto di contestazione raggiunge la soglia di valore del dieci per cento dell'importo dei lavori ed è tale dunque da rendere applicabile il limite al subappalto del trenta per cento, in ragione dei sopra richiamati indirizzi interpretativi, il provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'istante per superamento dei limiti di subappalto della categoria superspecialistica sia conforme all'ordinamento;

RITENUTE pertanto infondate le contestazioni sollevate dall'odierno istante;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il provvedimento di esclusione sia conforme ai principi generali dell'ordinamento in materia di contratti pubblici e al combinato disposto dell'articolo 105, commi 2 e 5, e dell'articolo 89, comma 11 del d.lgs. n. 50/2016, in ragione degli orientamenti interpretativi elaborati con riferimento alle categorie superspecialistiche e al relativo limite di subappaltabilità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 novembre 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente