



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 398

DEL 12 aprile 2017

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Krea Costruzioni S.r.l. – Appalto di lavori di ripristino dei viadotti sul fiume “Savio” dal km 172+040 al km 173+588 lungo la S.S. n. 3bis “TIBERINA” - Importo a base di gara: euro 4.970.377,40 - S.A. ANAS S.p.a. Compartimento della Viabilità per l’Emilia Romagna
PREC 60/17/L

Subappalto – categorie cd. superspecialistiche – limiti

Per il subappalto delle opere rientranti in categorie cd. superspecialistiche, anche prima dell’entrata in vigore del d.m. 10 novembre 2016, n. 248, occorre rispettare i limiti posti dall’art. 89, co. 11 d.lgs. 50/2016.

Artt. 89, co.11; 105, co. 5; 216, co. 15 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 191294 del 27 dicembre 2016, Krea Costruzioni S.r.l. chiede parere in ordine alla disciplina dei limiti al subappalto per le categorie cd. superspecialistiche. Essa lamenta di essere stata esclusa dalla gara in oggetto per “omessa dimostrazione dei requisiti di qualificazione” e, in particolare, per non aver rispettato il limite del 30 per cento nella dichiarazione di subappalto della categoria superspecialistica OS12-A. L’istante sottolinea che la lex specialis limitava al 30 per cento solo il subappalto per le categorie speciali “di importo singolarmente superiore al 15 per cento dell’importo totale dei lavori”, e riteneva quindi possibile procedere con la riserva di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

subappalto al 100 per cento nel caso di lavorazioni di percentuale inferiore, come nel caso di specie, dove la categoria OS12-A era pari al 10,65 per cento del valore dell'appalto. L'istante riferisce che la S.A. ribadiva l'esclusione specificando che per mero refuso il disciplinare riportava erroneamente la percentuale del 15 per cento con riferimento alle categorie cd. superspecialistiche, ma in realtà era chiaro il riferimento normativo all'art. 105, co. 5 d.lgs. 50/2016, il quale, nel rinviare all'art. 89, co. 11, richiama il limite del 30 per cento al subappalto per le categorie "superspecialistiche" che superino la quota del 10 per cento sul valore dell'appalto.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda l'individuazione dei limiti al subappalto per le categorie c.d. superspecialistiche, con particolare riferimento al regime transitorio applicabile nelle more dell'adozione del decreto ministeriale previsto dall'art. 89, co. 11 d.lgs. 50/2016.

Occorre preliminarmente richiamare la disciplina di riferimento.

L'art. 105, co. 5 d.lgs. 50/2016 dispone che "Per le opere di cui all'art. 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". Il richiamato art. 89, comma 11 prevede che "Non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico [...]. E' considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore delle opere superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori. Con decreto del Ministro delle infrastrutture [...] è definito l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione [...]. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto si applica l'art. 216, comma 15". L'art. 216, comma 15, che è disposizione di carattere transitorio, a sua volta dispone che "fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'art. 89, comma 11, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'art. 12 del D.L. n. 47/2014".

L'art. 105, co. 5 d.lgs. 50/2016 quindi, nel riferirsi alle opere cd. superspecialistiche, prevede che per esse l'eventuale subappalto non possa superare il trenta per cento, "fermi



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

restando i limiti previsti dal medesimo comma” (si intende il comma 11 dell’art. 89). Come sopra evidenziato, i limiti che l’art. 89, co. 11 pone per vietare l’avvalimento, e che sono richiamati dall’art. 105, co. 5 anche per il subappalto al 30 per cento, riguardano opere il cui valore “superi il dieci per cento dell’importo totale dei lavori”.

L’art. 89, co. 11 opera poi un rinvio a un successivo decreto ministeriale (ora d.m. 10 novembre 2016, n. 248) disponendo che, fino alla sua entrata in vigore, “continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all’art. 12 del D.L. n. 47/2014”.

Tuttavia appare evidente che il rinvio al decreto ministeriale riguardi, in particolare, la definizione dell’elenco delle opere, nonché dei requisiti di specializzazione, e non già il limite di valore delle lavorazioni superspecialistiche, al di sopra del quale scatta l’obbligo di subappalto al 30 per cento.

Tale limite appare già chiaramente posto dalla legge, risultando dal combinato disposto dell’art. 105, co. 5 e dell’art. 89, co. 11 d.lgs. 50/2016.

Il decreto ministeriale destinato a superare il regime transitorio, d.m. 10 novembre 2016, n. 248, all’art. 1, nel definire il proprio oggetto e ambito di applicazione, dispone infatti che “In attuazione dell’art. 89, comma 11 d.lgs. 50/2016, il presente decreto definisce l’elenco delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico [...] nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione. Al comma 2 esso prosegue “Ai sensi dell’art. 89, comma 11, 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’art. 105, co. 5 del Codice, l’eventuale subappalto non può superare il trenta per cento [...]”.

Ciò premesso, nel caso di specie il disciplinare di gara prevedeva al punto C.1 lett. f) “Dichiarazione relativa alle opere o parti di opere che si intendono subappaltare, con l’indicazione delle categorie alle quali dette opere sono riconducibili, in conformità con l’art. 105 del d.lgs. 50/2016, tenendo conto che la quota parte di lavori subappaltabile non può essere superiore al 30% dell’importo complessivo dell’appalto e che, per le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica di importo singolarmente superiore al 15% dell’importo totale dei lavori, di cui all’art. 12 del D.L. n. 47/2014 (conv. in L. n. 80/2014) l’eventuale subappalto non può superare il 30% dell’importo delle opere ai sensi del comma 5 dell’art. 105 del d.lgs. 50/2016”.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In merito alla suddetta previsione, che fa riferimento al limite del 15 per cento di cui alla previgente disciplina, salvo poi richiamare l'art. 105, co. 5, la S.A. ha affermato trattarsi di un rifiuto, essendo evidente, attraverso il richiamo dell'art. 105, co. 5 d.lgs. 50/2016, il rinvio al limite del 10 per cento contenuto all'art. 89, co. 11 del nuovo codice.

Sul punto, si osserva che il limite del 10 per cento, previsto dall'art. 89, co.11, è un limite posto direttamente dalla legge, e dunque appare necessario interpretare il disciplinare di gara in maniera conforme ad essa.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- è legittima l'esclusione del concorrente, in quanto, per il subappalto di opere rientranti in categorie cd. superspecialistiche, anche prima dell'entrata in vigore del d.m. 10 novembre 2016, n. 248, occorreva rispettare i limiti posti dall'art. 89, co. 11 d.lgs. 50/2016.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 28 aprile 2017

Il Segretario Maria Esposito