



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 638 del 3 luglio 2019

Fascicolo 1683/2019

Oggetto: Comune di Carpenedolo – Lavori di ristrutturazione di Piazza Europa – Stralcio A - CIG 7745514859 - Importo a base d'asta pari a € 850.415,10.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Nell'adunanza del 3 luglio 2019

Visto il d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 e il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori,

Considerato in fatto

In data 14.12.2018 il Comune di Carpenedolo, al fine di realizzare le opere di ristrutturazione di Piazza Europa - di cui al progetto esecutivo approvato dalla Giunta il 12.12.2018 - ha adottato determinazione a contrarre per l'affidamento dell'appalto "*ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016 mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara con il criterio di aggiudicazione basato sul minor prezzo (art. 95 co.4 del d.lgs. 50/2016) determinato mediante ribasso percentuale unico sull'importo posto a base di gara a valere su tutto l'elenco prezzi posto a base di gara*". A seguito dell'indizione della procedura e dell'espletamento della stessa, a cura della Centrale Unica di Committenza fra i Comuni di Carpenedolo, Capofila, Acquafredda, Visano, Isorella, Gottolengo, l'appalto di lavori in esame è stato aggiudicato in data 06.02.2019 in via definitiva alla ditta *Givani s.r.l.* che ha offerto un ribasso computato sull'importo

globale posto a base di gara (euro 850.415,10 di cui 28.942,62 per oneri di sicurezza non assoggettabili a ribasso) pari al 3,40% per un importo complessivo netto di euro 822.485,04 oltre IVA.

I lavori sono stati consegnati in via d'urgenza il 18.02.2019, secondo quanto si evince dal relativo processo verbale, che richiama, senza ulteriori motivazioni e riferimenti a presupposti di fatto, l'art. 32 co. 8 d.lgs. n. 50/2016. Il Direttore dei lavori, consegnando i suddetti lavori al legale rappresentante/direttore tecnico dell'impresa, ha individuato le prestazioni da intraprendere nell'immediato e ha fissato il termine di ultimazione dei lavori al 1.06.2019.

Quanto alla stipula del contratto questa è avvenuta il 22.02.2019, quindi 4 giorni dopo la consegna dei lavori e 16 giorni dopo l'aggiudicazione definitiva.

Con riferimento alla fase esecutiva, si rileva che parte delle opere sono state subappaltate e sono stati conclusi diversi sub-contratti. Più specificamente in data 25.02.2019 sono stati stipulati due contratti di subappalto: uno avente ad oggetto la realizzazione degli impianti elettrici per un importo pari ad euro 70.000,00 con l'impresa "Baccinelli Mario e Alex s.r.l.", l'altro avente ad oggetto posa di tubazioni ed opere in calcestruzzo per un importo pari ad euro 66.500,00 con l'impresa "DMG Costruzioni s.r.l."; in data 28.02.2019 sono stati conclusi ulteriori due contratti di subappalto: un primo accordo con l'impresa "Ferrari Vivai s.r.l." per un importo di euro 20.000,00 al fine di realizzare opere a verde; un secondo con l'impresa "Appia Antica s.r.l." per un importo di euro 80.000,00 avente ad oggetto posa di pavimentazione. Per quanto attiene ai sub-contratti, secondo quanto si evince dai "chiarimenti imprese inserite nella notifica preliminare del cantiere Piazza Europa – Carpenedolo" redatti dal Coordinatore Sicurezza in fase di Esecuzione, in sede di riscontro alla richiesta di informazioni effettuata dalla scrivente Autorità, ne sarebbero stati stipulati diversi, più precisamente con "Andreis segnaletica stradale s.r.l.", "Danese autogru s.r.l." e "Tima s.r.l." ed un sub-contratto di fornitura di calcestruzzo con posa in opera tramite l'impiego di autobetonpompa con "Italbeton Group s.r.l."

Occorre evidenziare inoltre che nel corso della procedura, per un periodo intercorso tra il giorno 22.02.2019 ed il giorno 08.04.2019 il ruolo di Responsabile Unico del Procedimento è stato ricoperto dall' Ing. Mattia Macrì già Direttore dei Lavori e progettista, per poi ritornare ad essere svolto dall' Ing. Cesare Guerini, Responsabile dell'Ufficio "Servizi Tecnici" del Comune di Carpenedolo, a seguito di nuova nomina.

Non da ultimo si evidenzia che la Piazza su cui incide la ristrutturazione è oggetto di tutela ai sensi dell'art. 10 co. 4 lett. g) del d.lgs. n. 42 del 2004 e pertanto nel marzo 2018 la stazione appaltante ha richiesto l'autorizzazione allo svolgimento dei lavori ai sensi dell'art. 21 co.4 secondo cui "l'esecuzione di opere e lavori di qualunque genere su beni culturali è subordinata ad autorizzazione del soprintendente".

In data 23.04.2018 la Soprintendenza per le province di Bergamo e Brescia ha autorizzato le opere in questione subordinando però l'efficacia dell'autorizzazione ad alcune condizioni nei termini che seguono "Per quanto concerne l'aspetto archeologico si prescrive: a) che le scarifiche dei sottofondi stradali, laddove raggiungano quote pari o inferiori ai 40 cm dai piani di calpestio vengano eseguite sotto controllo archeologico; b) che gli scavi a maggiore profondità per la realizzazione dei sottoservizi e strutture ausiliarie vengano preceduti da accertamenti archeologici preventivi (sondaggi)", soggiungendo, inoltre, che le suddette indagini richiedevano la direzione della Soprintendenza nonché l'esecuzione da parte di una ditta specializzata in ricerche archeologiche formalmente incaricata. Al fine di concordare il calendario delle indagini si invitava il Comune di Carpenedolo a prendere contatto preventivamente con il funzionario archeologo responsabile di zona.

Di fatto, solo con determinazione n. 143 del 15.03.2019, quindi a lavori ormai iniziati, la stazione appaltante ha conferito l'incarico ad un'archeologa per il controllo in corso d'opera durante le operazioni di scavo e ristrutturazione della Piazza.

In data 02.04.2019, come già evidenziato in premessa, è stato presentato un esposto a questa Autorità con il quale sono state rilevate diverse illegittimità riguardanti la procedura in esame. Il segnalante ha infatti evidenziato numerosi profili di anomalia, che avrebbero interessato tanto la fase di scelta del contraente quanto la fase esecutiva dell'appalto, con maggiore dettaglio l'esponente ha contestato: l'assenza di sorveglianza archeologica, seppure prescritta per gli scavi fino ai 40 cm, dalla data di inizio dei lavori (18 febbraio 2019) sino all'affidamento dei lavori di sorveglianza (15 marzo 2019); la presenza in cantiere di personale di ditte non affidatarie dei lavori in appalto o in subappalto; il superamento della soglia del 30% dell'ammontare dei lavori subappaltabili; la violazione del termine di cui all'art. 32 co. 9 del d.lgs. n. 50 /2016 per la stipula del contratto; la mancanza dei presupposti per l'esecuzione d'urgenza di cui al co. 8 dell'art. 32, non essendo ravvisabili eventi oggettivamente imprevedibili, situazioni di pericolo o grave danno all'interesse pubblico; la scelta della procedura negoziata senza bando, sia ai sensi dell'art. 63 considerato che *“la ragione di urgenza formalizzata dall'amministrazione riguarda esclusivamente l'esigenza di imputare contabilmente nel 2018 lavori iniziati poi nel 2019. Una motivazione squisitamente contabile che non gode del requisito d'urgenza stabilito dalla norma”*, sia ai sensi dell'art. 36 co. 2 in quanto l'importo dei lavori sarebbe stato, di fatto, superiore al milione di euro, nonché la tardiva nomina del Responsabile Unico del Procedimento.

A fronte di tale esposto, si è ritenuto di avviare il procedimento di vigilanza, contestando le anomalie rilevate, per la parte in cui potevano dirsi fondate, alla stregua degli elementi in atti.

In particolare si è ritenuto necessario verificare la sussistenza dei presupposti che il legislatore richiede per l'utilizzo della procedura negoziata senza bando, attesi gli effetti in termini concorrenziali che una procedura ristretta comporta, rispetto ad una procedura aperta e tenuto conto altresì dell'importo posto a base d'asta, oltre euro 500.000; inoltre la stazione appaltante è stata chiamata a fornire chiarimenti in relazione alle motivazioni che hanno legittimato l'esecuzione d'urgenza di cui all'art. 32 d.lgs. n. 50/2016, nonché in relazione alla violazione del divieto di stipulazione del contratto prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione; non da ultimo, a fronte dei lamentati profili di anomalia relativi al subappalto, la stazione appaltante è stata invitata a produrre le dichiarazioni di subappalto rese in sede di gara dall'impresa aggiudicataria, le richieste di autorizzazione e le autorizzazioni intervenute. Anche in relazione alle prescrizioni della Soprintendenza ed al conferimento dell'incarico in data successiva all'inizio dei lavori, si è ritenuto necessario chiedere alla stazione appaltante delucidazioni in merito.

Alla luce della suddetta comunicazione di avvio, il Comune ha rassegnato le osservazioni, acquisite al protocollo dell'Autorità in data 14.05.2019.

Per quanto attiene alla scelta della procedura, la stazione appaltante ha rilevato la sussistenza di un errore materiale nella determina dirigenziale formalizzata, alla luce del quale non vi sarebbe alcun riferimento all'art. 63, ma al solo articolo 36 del d.lgs. n. 50/2016; l'urgenza riguarderebbe la necessità di agire celermente, entro il 2018, al fine di considerare le somme nel capitolo dedicato come fondo pluriennale vincolato.

Circa la consegna d'urgenza, il Responsabile unico del procedimento ha evidenziato che i lavori riguardano la piazza centrale del paese, centro della viabilità ordinaria, pertanto la realizzazione degli stessi comporta dei disagi in termini di traffico veicolare e pedonale, inoltre - atteso *“l'interessamento*

*idraulico della zona sottostante e del relativo collegamento per lo smaltimento delle acque meteoriche” - sarebbe stato opportuno concludere le opere entro l’estate e quindi entro l’inizio del prossimo anno scolastico, al fine di evitare problematiche derivanti dall’interruzione dei collegamenti idraulici per il deflusso idrogeologico, nonché al fine di ridurre al minimo i rischi a persone o cose derivanti dalle modifiche della viabilità ed il disagio connesso al Trasporto Pubblico Locale. La consegna dei lavori in via d’urgenza sarebbe in sostanza giustificata – secondo quanto prospettato in sede di controdeduzioni - dalla “*esigenza di evitare che [...] l’interesse pubblico al miglioramento della qualità della vita e della mobilità dei cittadini risulti gravemente compromesso da uno svolgimento temporale dei lavori che, ultimandosi oltre il termine estivo, genererebbe seri disagi alla popolazione*”.*

Quanto alla conclusione del contratto la stazione appaltante rileva come la firma sia avvenuta in data 22 febbraio, 32 giorni dopo la proposta di aggiudicazione caricata su Sintel e comunicata ai concorrenti in data 21 gennaio, evidenziando come il contratto si sia *perfegionato* con la registrazione in data 28 febbraio.

Infine per quanto concerne il controllo archeologico, il Responsabile unico del Procedimento ha affermato che già in data 06.02.2019 era stata trasmessa ai funzionari presso la Soprintendenza di Brescia la richiesta relativa agli accertamenti archeologici preventivi da effettuare per i lavori di Piazza Europa. Non essendo pervenuta alcuna risposta ufficiale, il Comune ha provveduto poi a contattare il funzionario responsabile di zona, con il quale veniva fissato un appuntamento in data 27.02.2019 in occasione del quale è stato definito l’oggetto della sorveglianza. Conseguentemente veniva conferito l’incarico per controllo in corso d’opera durante le operazioni di scavo con determina del 15.03.2019, a seguito di procedura di affidamento su Sintel e veniva fissata come prima data per l’effettuazione degli scavi oggetto di controllo preventivo quella dell’8.04.2019.

A fronte delle controdeduzioni rassegnate dalla stazione appaltante e preso atto della non esaustività della relazione illustrativa con particolare riferimento ai subappalti, si è provveduto ad effettuare un’ulteriore richiesta di informazioni – di cui al prot. 46670 del 10.06.2019 - compulsando la S.A. a produrre i documenti già richiesti in comunicazione di avvio del procedimento – ovvero le dichiarazioni di subappalto rese in sede di gara dall’impresa aggiudicataria e connessa documentazione - nonché l’ulteriore documentazione funzionale all’analisi dei diversi profili di anomalia emersi ed attinenti alla fase esecutiva. Tale richiesta è stata evasa dalla stazione appaltante con prot. 47607-8-9 del 13.06.2019.

Ritenuto in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, sono diversi i profili di illegittimità rilevati. Logicamente prioritaria è l’analisi concernente la procedura di scelta del contraente seguita dalla stazione appaltante per la realizzazione dei lavori in esame.

E’ opportuno rilevare che la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando è prevista dal d.lgs n. 50/2016 - per i settori ordinari - all’art. 63. Trattasi di procedura attraverso cui la stazione appaltante sceglie gli operatori economici con cui negoziare le condizioni dell’appalto e che costituisce, proprio in virtù di questa “*selezione*”, un’eccezione rispetto all’obbligo generale delle stazioni appaltanti di individuare il soggetto terzo con cui contrarre attraverso un confronto concorrenziale, che garantisca la massima accessibilità alle imprese, con i conseguenti benefici in termini di innovazione,

occupazione e crescita che il mercato concorrenziale comporta.

Dato il carattere di eccezionalità e tipicità della procedura, ne deriva un divieto di interpretazione estensiva e chiaramente di analogia circa i presupposti legittimanti l'utilizzo della stessa, nonché un adeguato obbligo di motivazione da parte della stazione appaltante, la quale dovrà dimostrare l'assoluta impossibilità di rispettare i termini per le procedure aperte o ristrette o competitive con negoziazione (su quest'ultimo profilo recente sent. TAR Campania n. 1223/2019).

Invero di procedura negoziata tratta anche l'art. 36 del d.lgs. n. 50 /2016 che ha introdotto una specifica disciplina avente ad oggetto le procedure di aggiudicazione degli appalti sottosoglia, al fine di non sottoporre ad eccessi procedimentali i contratti di rilievo economico ridotto, in attuazione delle indicazioni del legislatore delegato che ha richiesto, in materia, una disciplina improntata a criteri di *“massima semplificazione e rapidità dei procedimenti salvaguardando i principi di trasparenza e imparzialità della gara”* (l. n.11./2016 art. 1). Al fine di supportare le stazioni appaltanti nelle attività relative ai contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea, la scrivente Autorità ha adottato le Linee Guida n. 4 aggiornate al d. lgs. N. 56/2017 con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018.

Alla luce della modifica dell'art 36, che originariamente rinviava alla procedura negoziata di cui all'art. 63, tenuto conto del rapporto che sussisteva tra gli articoli 57 e 122 del d.lgs. n. 163/2006 così come interpretato dall'AVCP (determinazione n. 2 e 8 /2011) e considerato altresì il parere reso dal Consiglio di Stato sulle suddette Linee Guida, può ragionevolmente affermarsi che i presupposti sostanziali per l'applicazione delle procedure negoziate siano differenti, così come le regole procedurali, dettate tra l'altro in modo più esaustivo dall'art. 36.

Nonostante il presupposto per l'applicazione della procedura negoziata si sostanzia quindi in un elemento quantitativo, ovvero l'importo degli affidamenti/lavori, il legislatore non manca di richiamare i principi di cui all'art. 30 co. 1 e precipuamente i principi di libera concorrenza e trasparenza, da ciò deriva l'esigenza che anche in tal caso la stazione appaltante motivi adeguatamente, in punto di fatto e di diritto, la scelta di una procedura che evidentemente comprime la libera concorrenza. Tanto più per affidamenti oltre euro 500.000 le Linee Guida n. 4 prescrivono che *“ le stazioni appaltanti motivano il mancato ricorso a procedure ordinarie che prevedono un maggior grado di trasparenza negli affidamenti”*. Quindi, in conformità anche con il disposto più generale di cui all'art. 3 della l. n. 241/1990, la stazione appaltante è tenuta nella delibera/determina a contrarre a dar conto delle ragioni che hanno indotto ad optare per la procedura prescelta. Come chiaramente già affermato da questa Autorità con delibera n. 1041 del 2018 *“la scelta della procedura negoziata [...] in luogo delle procedure ad evidenza pubblica deve essere ampiamente motivata e la Stazione Appaltante non può limitarsi ad un generico richiamo alla normativa in quanto la motivazione deve essere puntuale e rigorosa, vale a dire che nella determina/delibera a contrarre si deve dare conto delle ragioni che hanno indotto la S.A. a preferire tali procedure, rendendo evidente che tale scelta è frutto della ponderazione degli interessi in gioco dal momento che il dettato normativo esprime al riguardo una possibilità e non certo un obbligo di utilizzo”*.

Nel caso di specie nella determina a contrarre n. 575 del 14.12.2018 il Comune di Carpenedolo si esprime nei termini che seguono:

< RITENUTO di affidare, ai sensi del combinato disposto degli artt. 36 co. 2 lett c) e 63 del d.lgs. 50/2016, l'esecuzione dei lavori in oggetto, mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara per i seguenti motivi: considerata l'urgenza di garantire, per tale opera, l'esecuzione nel 2019 dei lavori e l'avvio della procedura di gara entro il 2018 al fine di poter considerare le somme del capitolo dedicato come fondo pluriennale vincolato >

[...]

< DETERMINA di affidare i lavori in questione ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016 mediante procedura

negoziata senza pubblicazione di un bando di gara con il criterio di aggiudicazione basato sul minor prezzo [...] considerata l'urgenza di garantire, per tale opera l'esecuzione nel 2019 dei lavori e l'avvio della procedura di gara entro il 2018 al fine di poter considerare le somme del capitolo dedicato come fondo pluriennale vincolato>

Ebbene, pur volendo ammettere l'errore materiale che la S.A. ritiene di aver compiuto in determina, volendosi invero riferire unicamente all'art. 36 e non al 63, la motivazione non appare adeguata. L'urgenza di che trattasi - afferendo infatti all'esigenza di imputare contabilmente i lavori nel 2018, lavori previsti nel programma triennale delle opere pubbliche 2018/2020, peraltro senza meglio precisare le conseguenze che in caso contrario si sarebbero ripercosse sui bilanci dell'ente - attiene a specifiche scelte dell'Ente e non risulta direttamente collegabile a circostanze che richiederebbero una tempistica dei lavori non compatibile con il possibile impiego di una procedura ordinaria con i conseguenti connessi benefici. A tale riguardo deve ulteriormente rilevare che, a fronte di una determinazione a contrarre del 14.12.2018, già in data 9.03.2018 veniva acquisita dalla Soprintendenza per le province di Bergamo e Brescia l'autorizzazione avente ad oggetto la riqualificazione di piazza Europa, venendo in rilievo l'osservanza di tempistiche difficilmente conciliabili con eventuali ragioni di urgenza connesse alla fattispecie, asserite dalla medesima stazione appaltante.

Quanto al secondo rilievo critico - la consegna d'urgenza - occorre premettere che il disposto normativo di riferimento è dato dall'art. 32 co. 8 del d.lgs. n. 50/2016 ai sensi del quale *“l'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari”*. Di fatto, né dalla determina n. 63 del 06.02.2019 (approvazione dell'aggiudicazione), né dalla determina n. 85 del 15.02.2019 (nomina del Direttore dei Lavori), né tanto meno dal processo verbale di consegna, risultano riferimenti all'urgenza richiesta dalla norma. In sede di controdeduzioni la S.A. ha indicato come motivi legittimanti l'urgenza *il disagio per il transito veicolare e pedonale derivante dal fatto che la piazza oggetto di ristrutturazione si trova al centro della viabilità ordinaria, i rischi derivanti a persone o cose connessi alle modifiche alla viabilità, il disagio connesso al TPL trasporto Pubblico Locale, le problematiche derivanti dall'interruzione dei collegamenti idraulici per il deflusso idrogeologico, la compromissione dell'interesse pubblico al miglioramento della qualità della vita e della mobilità dei cittadini derivante da uno svolgimento dei lavori che, ultimandosi oltre il termine estivo genererebbe seri disagi alla popolazione*. Trattasi evidentemente dei normali possibili disagi connessi alla realizzazione di lavori pubblici, nella fattispecie non vi è alcuna imprevedibilità, né sembra sussistere una situazione di reale e concreto pericolo. I non meglio precisati rischi connessi alla modifica della viabilità non sono tangibili, così come non è evidente la gravità del danno all'interesse pubblico che pure la norma richiede in ultima analisi. Il ricorso all'esecuzione anticipata riveste carattere di eccezionalità, è necessario che i presupposti tipizzati dal legislatore siano concretamente esistenti e non semplicemente richiamati nell'ambito di generiche formulazioni, ne deriva un onere motivazionale in sede di determina di aggiudicazione, che nel caso di specie non è stato ottemperato. Come affermato anche da TAR Puglia n. 1534/2018 *“l'attivazione in via anticipata degli effetti del contratto, integrando una deviazione rispetto al [...] percorso procedurale paradigmatico e ordinario, presuppone dei requisiti rigorosi e tassativi”*.

In merito al mancato rispetto della clausola *“stand and still”* è opportuno rilevare che l'art. 32 co. 9 prevede *“il contratto non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione”* il suddetto termine dilatorio non si applica nelle ipotesi

espressamente previste al successivo comma, tra cui rientrano le procedure di cui all'art. 36 comma 2 lett. a) e lett. b), ma non la procedura negoziata in esame di cui alla lett. c.) dell'art. 36.

La previsione del periodo di sospensione è finalizzata ad addivenire alla stipula del contratto una volta che gli atti di gara abbiano superato il vaglio giustiziale ovvero siano rimasti inoppugnati. Seppure la violazione della clausola di “*stand still*”, senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non può mai comportare l'annullamento dell'aggiudicazione o l'inefficacia del contratto, preme rilevare il mancato stretto rispetto da parte della S.A. della disposizione normativa, anche qualora, come indicato dalla stazione appaltante, si prendesse come data di decorrenza della sospensione quella in cui è stata comunicata ai concorrenti la proposta di aggiudicazione, ovvero il 21.01.2019.

In riferimento ai subappalti e subcontratti sono due i profili ritenuti d'interesse ed approfonditi: il superamento della soglia del 30% per quanto concerne la categoria superspecialistica OS30 e la possibile qualificazione come subcontratto, anziché subappalto *del contratto di fornitura di calcestruzzo con posa in opera tramite l'impiego di autobetonpompa* concluso con Italbeton Group s.r.l.

Quanto al primo profilo si evidenzia che nella lettera di invito le lavorazioni di cui si compone l'intervento sono state così individuate:

- A) Categoria prevalente - OG3 (strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, metropolitane) per un importo pari ad euro 689.202,81 e pari al 81,04% dell'intero importo.
- B) Categorie scorporabili e subappaltabili per intero - OS30 (impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi) per un importo pari ad euro 131.273,45 e pari al 15,44% dell'intero importo – scorporabile ai sensi dell'art. 1 comma 3 del d.m. 10 novembre 2016 n. 248, ma subappaltabile secondo le condizioni del Codice degli appalti e del capitolato speciale - OS19 (impianti di reti di telecomunicazione e di trasmissioni e trattamento) per un importo pari ad euro 29.938,84 e pari al 3,52% dell'intero importo – non scorporabile ai sensi dell'art. 1 comma 3 del d.m. 10 novembre 2016 n. 248, ma subappaltabile secondo le condizioni del codice degli appalti e del capitolato speciale.

Nella suddetta lettera di invito si evidenzia inoltre che *il concorrente deve indicare all'atto dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare secondo quanto previsto dall'art. 105 d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.; in mancanza di tali indicazioni il subappalto è vietato.*

In sede di offerta, l'impresa *Givani s.r.l.* ha dichiarato di voler subappaltare nelle forme e nei modi previsti all'art. 105 d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. i seguenti lavori/parti di opere appartenenti alla categoria: OG3 – 30% lavori stradali di vario genere; OS30 - 30% lavori di impianti elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi ed opere connesse; OS19 – 30% lavori di impianti di reti di telecomunicazioni e trasmissioni e trattamento ed opere connesse.

Tanto premesso, in data 1.03.2019, veniva inviata, da parte della *Givani s.r.l.*, alla stazione appaltante (si veda Comune di Carpenedolo n. protocollazione 4481 del 01.03.2019) la richiesta di autorizzazione per procedere all'affidamento in subappalto all'impresa *Baccinelli Mario e Alex s.r.l* ed il relativo contratto di subappalto il cui oggetto è definito nei termini che seguono: “*Il presente contratto ha per oggetto gli impianti elettrici per un importo presunto di euro 70.000,00 comprensivo di oneri della sicurezza*”.

A tale riguardo, merita rilevare in ordine ai lavori di cui alla categoria OS30, che, ai sensi del disposto di cui all'art. 105 comma 5, per le opere di cui all'art. 89, comma 11 – c.d. *opere superspecialistiche*, il cui elenco è stato definito con decreto del Ministero delle infrastrutture e trasporti D.M. n. 248 del 10 novembre 2016, tra cui rientrano anche le lavorazioni in OS30 di cui trattasi - l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive,

suddiviso, valendo per le medesime il divieto di avvalimento qualora il loro valore superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori.

Nel dare atto che non risulta dimostrato il possesso da parte dell'impresa affidataria dei requisiti di qualificazione connesso alla categoria OS30 per l'importo indicato, si evidenzia che la somma subappaltata nella categoria OS30 si attesta in misura superiore al 30% atteso che la somma subappaltabile, applicando il ribasso del 3,40% all'importo previsto per le lavorazioni in OS30 (ovvero 131.273,45) e calcolandone il relativo 30% risulterebbe pari ad euro 38.043,05 e che il subappalto è stato concluso per un importo pari ad euro 70.000,00 generando un'eccedenza di euro 31.956,95 rispetto a quanto previsto normativamente.

Il secondo profilo di rilievo attiene al contratto di fornitura di calcestruzzo con posa in opera tramite l'impiego di autobetonpompa concluso con Italbeton Group s.r.l.

In via preliminare si osserva che ai sensi dell'art. 105 è considerato subappalto *“il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto”* con l'ulteriore specificazione secondo cui *“costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera”*.

Premesso che, al fine di stabilire se un subcontratto costituisca o meno un subappalto, occorre una verifica in concreto sulle attività svolte dal subcontraente in cantiere e che tale accertamento compete al Direttore dei Lavori, il quale è preposto alla direzione e al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento, è necessario evidenziare che *“a prescindere dal nomen iuris attribuito al rapporto negoziale dalle parti, deve considerarsi vietato ogni sub contratto che nella sostanza, al fine di aggirare il divieto legislativo miri a raggiungere lo stesso risultato che si realizza con il subappalto, ossia l'esecuzione di tutti o parte dei lavori senza l'autorizzazione della stazione appaltante”* (in tal senso si è espressa questa Autorità con delibera n. 847/2016).

Nel caso di specie trattasi di un contratto denominato di *fornitura di calcestruzzo con posa in opera*, la cui configurazione quale subappalto, ai sensi dell'art. 105 d.lgs. n. 50 del 2016, è funzione dell'elemento discriminante riguardante la trasformazione o meno del bene fornito. Più dettagliatamente, in via generale, quando il bene viene trasformato all'interno del cantiere o vengono apportate modifiche tali da mutarne la destinazione d'uso o la consistenza fisica si è in presenza di un subappalto, viceversa quando il materiale fornito entra già come un bene finito e dunque mantiene inalterate le proprie caratteristiche strutturali la prestazione risulta inquadrabile come fornitura con posa in opera.

Sul punto questa Autorità ha inoltre ritenuto che nel caso della fornitura con posa in opera, la quale, oltre alla fornitura del materiale preconfezionato, comprende generalmente lavorazioni che richiedono l'impiego di macchine particolari e maestranze specializzate (nel caso in oggetto l'utilizzo di una autobetonpompa), sembra prevalere funzionalmente un profilo attinente all'appalto di lavori pubblici essendo il bene finale il risultato di una serie di lavorazioni che potrebbero configurarsi tutt'altro che accessorie o complementari rispetto al bene fornito, anche qualora l'incidenza della manodopera fosse inferiore al 50% del subcontratto affidato.

Posto che un simile accertamento non può essere svolto solo sulla base dei documenti trasmessi, ma richiede necessariamente la verifica delle reali attività svolte dal subcontraente, è necessario rimettere al Direttore dei Lavori l'accertamento nei termini delle indicazioni fornite sui subcontratti conclusi, tenuto conto, inoltre, che tra questi uno è stato stipulato - secondo quanto emerso dalla documentazione in atti - con l'impresa *Tima s.r.l.*, la quale ha partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto. Ne consegue che, ove mai tale subcontratto dissimulasse un subappalto, ci si

troverebbe dinanzi ad una palese violazione del disposto normativo costituendo la stessa un'ipotesi di subappalto vietato.

Per quanto concerne infine la sorveglianza archeologica, prescritta nei termini di cui si è già detto nelle premesse fattuali, occorre rilevare che nonostante l'incontro con il funzionario archeologico responsabile di zona sia avvenuto solo in data 27.02.2019 e solo in data 8.04.2019 abbia avuto concretamente inizio la sorveglianza archeologica e gli accertamenti archeologici preventivi, dalle evidenze documentali prodotte dalla stazione appaltante si desume che questa si era già attivata in data 06.02.2019 con nota prot. 2792 con la quale aveva chiesto di *poter concordare modalità e calendario delle indagini finalizzati agli accertamenti archeologici preventivi (sondaggi)*. Alla luce del comportamento della stazione appaltante, della intervenuta autorizzazione della Soprintendenza, nonché del breve lasso di tempo intercorso tra la consegna dei lavori 18.02.2019 ed il conferimento dell'incarico all'archeologa, avvenuto con determinazione n. 143 del 15.03.2019, si ritiene che in merito a quest'ultimo profilo siano superabili i motivi di contestazione in origine avanzati.

Tutto quanto sopra ritenuto e considerato,

DELIBERA

- La non conformità dell'operato della stazione appaltante all'art. 36 d.lgs. n. 50 del 2016 ed all'art. 3 l. n. 241/1990 in quanto la motivazione posta alla base della procedura adottata non può considerarsi adeguata, all'articolo 32 comma 8 d.lgs. n. 50 del 2016, mancando i presupposti per la consegna d'urgenza ed all'art. 105 comma 5 del d.lgs. n. 50 del 2016, essendo ravvisabile il superamento della soglia subappaltabile del 30% in ragione del configurarsi, nell'ambito dei lavori, della categoria superspecialistica OS30, ricompresa nell'elenco del D.M. 248/2016.
- Di trasmettere, a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori, la presente deliberazione al Comune di Carpenedolo, sollecitando lo stesso alla valutazione della natura dei subcontratti intercorsi e la possibile configurabilità degli stessi quali subappalti, alla luce dei principi suesposti ed espressi da questa Autorità in precedenti pronunciamenti, nonché alla comunicazione, entro 30 giorni dal ricevimento, delle determinazioni assunte.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 19 luglio 2019

Il Segretario
Maria Esposito