



# DELIBERA N. 321

Del 6 luglio 2022.

## Oggetto

Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da GIAL PLAST S.r.l. e ARO BT/3 - Procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta e conferimento dei rifiuti solidi urbani e servizi complementari per i Comuni di Margherita di Savoia, San Ferdinando di Puglia e Trinitapoli (Ambito di raccolta ottimale BT/3) - Importo a base di gara: Euro 44.084.935,44 -S.A.: Ambito di raccolta ottimale BT/3.

**PREC 83/2022/S**

## Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50 del 2016, artt. 83, comma 8, 105.

## Parole chiave

Subappalto, Terna dei subappaltatori, Rinuncia, Tassatività delle cause di esclusione.

## Massima

**Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Esclusione – Cause – Tassatività – Indicazione della terna dei subappaltatori – Violazione – Non sussiste – Condizioni.**

**Appalto pubblico – Servizi - Contratto – Esecuzione – Subappalto – Dichiarazione di rinuncia – Effetti – Autorizzazione – Diniego – Legittimità – Ragioni.**

*Non è nulla per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione, la clausola della lex specialis di gara che, sebbene contraddittoria ed idonea ad ingenerare confusione nei partecipanti sull'obbligatorietà dell'indicazione della terna in vigore del D.l. Sblocca cantieri (che aveva sospeso l'obbligo di tale indicazione), non prevede la sanzione dell'esclusione dalla gara per l'omessa indicazione della terna (nel caso di specie, non era stata disposta l'esclusione dell'operatore che non aveva indicato la terna in sede di soccorso istruttorio, ma la SA aveva preso atto della sua rinuncia al subappalto).*



*La dichiarazione, resa in sede di soccorso istruttorio, di rinuncia al subappalto e di voler eseguire le prestazioni in proprio, preclude al concorrente di avvalersi del subappalto in fase esecutiva, anche se è stata resa con la riserva mentale di fare rivivere l'iniziale dichiarazione di volontà dopo la stipula del contratto e durante il regime di sospensione dell'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori prevista dal D.l. Sblocca-cantieri.*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 6 luglio 2022

## DELIBERA

VISTA l'istanza congiunta acquisita al prot. gen. ANAC n. 36323 del 12 maggio 2022, con la quale la Società Gial Plast S.r.l. (in proprio e quale mandataria del RTI con Impregico S.r.l.) e l'Ambito di raccolta ottimale BT/3 hanno chiesto all'Autorità: *i)* se è legittima la clausola della *lex specialis* che impone ai concorrenti che intendono ricorrere al subappalto l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori, in sede di offerta ovvero di soccorso istruttorio; *ii)* se è possibile, per un operatore economico che in fase di gara ha dichiarato di avvalersi del subappalto senza indicare la terna dei subappaltatori e che, in sede di successivo soccorso istruttorio, ha dichiarato espressamente di rinunciare al subappalto, la presentazione di una nuova istanza di autorizzazione al subappalto, nel rispetto della normativa vigente al momento di indizione della gara; *iii)* se è legittimo il provvedimento di diniego al subappalto, da parte della SA;

RILEVATO che le parti istanti hanno rappresentato che il RTI Gial Plast S.r.l. – Impregico S.r.l. (a cui è stata aggiudicata la gara con Determina dell'AGER n. 371 del 1.10.2021, dichiarata efficace con Determina dell'ARO BT/3 del 2.02.2022) in sede di gara ha manifestato la volontà di ricorrere ad eventuale subappalto in relazione ai servizi da espletarsi presso il Comune di San Ferdinando di Puglia, per un valore pari al 29,48% dell'appalto, senza indicare il nominativo del subappaltatore né la terna. In sede di esame della documentazione amministrativa, il Seggio di gara ha attivato il procedimento di soccorso istruttorio "al fine di superare l'incongruenza riportata nel disciplinare tra il citato art. 9 e l'art. 15.2 relativa alla compilazione del DGUE e al fine di rispettare anche l'orientamento giurisprudenziale in base al quale l'omessa indicazione della terna è una irregolarità di natura esclusivamente formale, e in quanto tale emendabile e può quindi essere sanata attraverso l'attivazione del soccorso istruttorio". Riscontrando tale richiesta, il RTI, pur facendo presente che l'indicazione della terna dei subappaltatori non è obbligatoria (in quanto l'art. 105, comma 6, del Codice è stato "sospeso" dall'art. 1, comma 18, del D.l. n. 32/2019), ha rinunciato al subappalto, dichiarando espressamente "di non volersi avvalere della facoltà di dare corso al subappalto e, pertanto, non si pone più nemmeno il problema relativo alla sussistenza o meno del relativo obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori". In seguito all'aggiudicazione della gara, il RTI affidatario ha chiesto formale autorizzazione al subappalto, facendo leva sulla "reviviscenza" della dichiarazione riportata nel DGUE e sulla nullità dell'obbligo di dichiarare la terna in fase di gara, ma (con pec del 17.03.2022) il RUP dell'ARO BT/3 ha comunicato "a seguito di apposita Assemblea dei Sindaci ARO BT/3 di cui al verbale n. 1 del 10.03.2022, formale diniego a tale richiesta in quanto in sede di gara e soccorso istruttorio gestita da Ager Puglia codesta ATI aveva espressamente dichiarato di "non volersi avvalere della facoltà di dare corso al subappalto". Il contratto di appalto è stato,



conseguentemente, stipulato in data 22.03.2022, con avvio del servizio il 1.04.2022, prevedendo, all'art. 18, che l'affidatario non intende procedere al subappalto;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 41272 del 30 maggio 2022;

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

RILEVATO che AGER Puglia (Agenzia territoriale della Regione Puglia), che ha indetto e gestito la procedura di gara nell'interesse dell'ARO BT/3 e a cui è stata inviata la comunicazione di avvio del presente procedimento, non ha presentato memorie;

VISTO l'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO che la procedura in oggetto è stata indetta con Determinazione dell'AGER Puglia n. 34 del 5 febbraio 2020 e che il bando di gara con i relativi estratti sono stati pubblicati sulla G.U.U.E. del 11 febbraio 2020, prevedendo come termine di scadenza per la presentazione delle offerte l'8 giugno 2020;

CONSIDERATO che alla procedura *de qua* si applica, *ratione temporis*, il regime transitorio e derogatorio alla disciplina sul subappalto introdotto dall'art. 1, comma 18, del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni con la L. 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. Decreto Sblocca-cantieri), destinato a valere per i bandi pubblicati nell'intervallo dal 18 giugno 2019 al 31 dicembre 2023 (in quanto l'iniziale termine del 31 dicembre 2020 è stato prorogato, prima al 31 dicembre 2021, poi al 31 dicembre 2023, dall'art. 52, comma 1, del D.L. n. 77/2021, conv. in L. n. 108/2021). La disposizione di cui all'art. 1, comma 18, del Decreto Sblocca cantieri ha previsto che *"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 40 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"*;

CONSIDERATO che la richiamata disposizione a termine (inquadabile nel fenomeno della c.d. *sunset legislation*) è stata introdotta per dare una risposta provvisoria alla procedura di infrazione n. 2018/2273, avviata dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia, che aveva contestato la non conformità alle direttive europee di una serie di previsioni del D.Lgs. n. 105/2016 e, in tema di subappalto, il limite fisso del 30% per la subappaltabilità delle prestazioni, l'obbligo di preventiva indicazione della terna dei subappaltatori e il divieto di subappalto a cascata. Sull'obbligo di indicare in sede di gara la terna dei subappaltatori, previsto dall'allora vigente comma 6, dell'art. 106 del Codice (per gli appalti sopra soglia ovvero per gli affidamenti di attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, a prescindere, in quest'ultimo caso, dall'importo a base di gara), la Commissione UE aveva rilevato che *"l'articolo 105, comma 6, del decreto legislativo 50/2016 viola l'articolo 18, paragrafo 1, e l'articolo 71 della direttiva 2014/24/UE, sia perché impone agli offerenti di indicare una terna di subappaltatori anche quando, in realtà, detti offerenti non intendono fare ricorso a nessun subappaltatore, sia perché impone agli offerenti di indicare una terna di subappaltatori anche quando, in realtà, a detti offerenti occorrono meno di tre subappaltatori"*;

CONSIDERATO che la Corte di Giustizia UE si è più volte espressa sulle condizioni poste nel nostro ordinamento per l'ammissibilità del subappalto, rilevandone la non compatibilità con le direttive europee. Tra le più recenti si vedano la sentenza "Vitali" del 26 settembre 2019, C-63/18, con cui la Corte ha



rilevato che la direttiva 2014/24/UE osta ad una normativa nazionale che *"vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre --- non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore"*; la sentenza CGUE "Tedeschi" del 27 novembre 2019, C-402/18, che, oltre a ribadire lo stesso principio con riferimento al limite quantitativo del 30% fissato dall'art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006, ha ritenuto altresì non compatibile con le direttive europee la previsione interna che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione; la sentenza CGUE "Tim S.p.A." del 30 gennaio 2020, C-395/18 che ha sottolineato la non compatibilità con il diritto UE dell'esclusione automatica del concorrente, qualora venga contestato un motivo di esclusione nei confronti di uno dei subappaltatori indicati in sede di gara;

CONSIDERATO che con il Decreto Sblocca cantieri è stata sospesa l'applicazione del comma 6 dell'art. 105 del Codice (obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori in fase di gara) nonché delle verifiche in fase di gara relative al subappalto, di cui all'art. 80 e che, successivamente, entrambe tali previsioni sono state abrogate dall'art. 10, comma 1, della L. 23 dicembre 2021 n. 238 (Legge europea 2019-2020);

VISTI, nel caso di specie, gli artt. 9 e 15.2 del Disciplinare di gara. Il primo, dedicato al subappalto, prevede che *"il concorrente è tenuto ad indicare nell'offerta obbligatoriamente tre subappaltatori. Non costituisce motivo di esclusione ma comporta, per il concorrente, il divieto di subappalto: - l'omessa dichiarazione della terna; - l'indicazione di un numero di subappaltatori inferiore a tre; - l'indicazione di un subappaltatore che, contestualmente, concorra in proprio alla gara. È consentita l'indicazione dello stesso subappaltatore in più terne di diversi concorrenti. I subappaltatori devono possedere i requisiti previsti dall'art. 80 del Codice e dichiararli in gara mediante presentazione di un proprio DGUE, da compilare nelle parti pertinenti (...)"*; il secondo, invece, con riferimento alla modalità di compilazione del DGUE, afferma che *"In caso di ricorso al subappalto dovrà essere compilata la sezione D. Il concorrente, pena l'impossibilità di ricorrere al subappalto, dovrà indicare l'elenco delle prestazioni che intende subappaltare con la relativa quota percentuale dell'importo complessivo del contratto, senza la necessità di indicare i nominativi dei subappaltatori proposti, giusto decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 di modifica del Codice dei contratti"*;

VISTO il contratto di appalto stipulato tra le parti, in particolare l'art. 18, che testualmente recita *"Subappalto: 1. L'Affidatario, conformemente a quanto dichiarato in sede di offerta e giusta nota PEC RUPARO BT3, in relazione al verbale n. 1 del 10.3.2022 dell'ARO BT 3, non intende affidare in subappalto l'esecuzione di alcuna attività oggetto delle prestazioni"*;

RITENUTO che la prima questione sottoposta dalle parti (relativa alla legittimità del citato art. 9 del Disciplinare di gara, nella parte in cui prevede l'obbligo di indicazione della terza di subappaltatori), non sia decisiva ai fini della risoluzione del caso sottoposto in esame. Dalla documentazione in atti si evince, infatti, che le ragioni del diniego al subappalto non sono legate alla mancata indicazione della terna dei subappaltatori, bensì alla dichiarazione di rinuncia al subappalto da parte del RTI (dichiarazione resa in sede di soccorso istruttorio e ribadita in una clausola contrattuale *ad hoc*);

CONSIDERATO, per completezza, che, con riferimento a procedure di gara indette durante la sospensione *ex lege* dell'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori, il Consiglio di Stato ha osservato che *"la scelta del legislatore interno di sospendere temporaneamente l'obbligo dichiarativo in discussione non preclude alle stazioni appaltanti di introdurlo nella legge di gara, in conformità al diritto euro-unitario e al principio di proporzionalità"* (Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308). È stato ritenuto – sia pure



con riferimento ad una fattispecie peculiare, relativa al subappalto necessario del requisito di idoneità professionale di iscrizione all'ANGA, di cui il RTI aggiudicatario era carente – che *“la mancata previsione legislativa dell’obbligo di indicare nell’offerta i subappaltatori proposti non ne impedisce l’inserimento nel disciplinare di gara”*, in quanto l’art. 71 della direttiva 2014/24/UE, al punto 2, dispone che *“Nei documenti di gara l’amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all’offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell’appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti”*, per cui è rimessa *“alla discrezionale scelta degli Stati membri o, comunque, delle stazioni appaltanti l’opzione regolatoria attinente alla doverosità dell’indicazione del nome del subappaltatore, ai fini della partecipazione alla gara”* (il medesimo indirizzo interpretativo è stato recentemente seguito da TAR Piemonte, sez. II, 14 marzo 2022, n. 210);

RITENUTO che, in ogni caso, nella fattispecie in esame (diversamente da quanto sostenuto dal RTI aggiudicatario), non si pone una questione di nullità dell’art. 9 del Disciplinare, per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all’art. 83, comma 8, del Codice. Pur osservando che la *lex specialis* di gara è palesemente contraddittoria ed idonea ad ingenerare confusione nei partecipanti sull’obbligatorietà dell’indicazione della terna (stante la previsione di cui all’art. 15.2 del Disciplinare in cui viene affermato che non è necessario indicare i nominativi dei subappaltatori in seguito al D.I. Sblocca cantieri), si osserva che la clausola di cui all’art. 9 non prevedeva la sanzione dell’esclusione dalla gara (che, infatti, non è stata comminata dalla SA), ma il divieto di avvalersi del subappalto in fase esecutiva. Siamo, pertanto, al di fuori del perimetro oggettivo di applicazione dell’invocato principio di tassatività delle cause di esclusione;

RITENUTO che la seconda e la terza questione sollevate dalle parti possono essere trattate congiuntamente in quanto presuppongono una valutazione in ordine al valore e all’efficacia della dichiarazione di rinuncia al subappalto, formulata dal RTI all’esito del procedimento di soccorso istruttorio e ribadita nell’art. 18 del contratto;

CONSIDERATO che con la dichiarazione formale ed espressa di rinuncia al subappalto (resa dal legale rappresentante della capogruppo del RTI e da questo sottoscritta) il RTI ha anticipato alla SA un assetto progettuale di esecuzione in proprio di tutte le prestazioni contrattuali (di cui il RUP ha preso atto) e che è stato reso effettivo ed operativo mediante la stipulazione del contratto (che all’art. 18 ne riproduce i contenuti, statuendo che *“L’Affidatario, ..., non intende affidare in subappalto l’esecuzione di alcuna attività oggetto delle prestazioni”*);

CONSIDERATO che la facoltà dei concorrenti di affidare a terzi parte delle prestazioni oggetto di affidamento, in presenza delle condizioni di ammissibilità previste dal legislatore, è qualificabile come diritto disponibile liberamente rinunciabile dai concorrenti, i quali, anche una volta dichiarato in sede di gara di volere ricorrere a tale istituto, possono decidere di eseguire le prestazioni in proprio qualora possiedano i requisiti prescritti dalla legge o dalla disciplina di gara (verifica che spetta alla SA effettuare);

RITENUTO tuttavia che, in base al principio di autoresponsabilità applicabile alle gare pubbliche (che trova il proprio fondamento negli artt. 2 e 97 Cost.), ciascun concorrente sopporta le conseguenze delle dichiarazioni e della documentazione presentate in sede di gara, comprese quelle discendenti dalla dichiarazione di rinuncia in esame. In base a tale principio e all’obbligo di comportarsi con correttezza e diligenza nei confronti della SA, non può essere considerata accettabile la pretesa del RTI aggiudicatario di fare “rivivere” gli effetti dell’iniziale dichiarazione di subappalto, una volta che tale manifestazione di volontà è stata ritirata nei modi e nelle forme previste dall’ordinamento e che la volontà di eseguire in proprio tutte le prestazioni contrattuali è stata ribadita in sede di regolamentazione contrattuale (al cui



rispetto il RTI è vincolato, a pena di inadempimento). D'altra parte, va considerato che la rinuncia al subappalto – che a detta dell'operatore sarebbe stata effettuata solo per evitare l'obbligo (ritenuto illegittimo) di indicare la terna dei subappaltatori – non può essere effettuata con la "riserva mentale" di fare rivivere la dichiarazione di subappalto (presentata nel DGUE) dopo la stipula del contratto; anche tale *modus operandi* si pone in contrasto con i richiamati principi;

CONSIDERATO che l'Autorità, sia pure con riferimento ad una gara indetta prima del Decreto Sblocca cantieri, ha rilevato che *"la dichiarazione del concorrente, in sede di soccorso istruttorio, di rinunciare al subappalto e di voler eseguire la prestazione in proprio, non può comportare l'esclusione dalla procedura, qualora il concorrente sia in possesso dei requisiti di partecipazione. L'unica conseguenza sarà quella di precludere al concorrente, in sede di esecuzione, di avvalersi del subappalto"* (Delibera Anac n. 973 del 27 settembre 2017);

RILEVATO, infine, che in sede di soccorso istruttorio il RTI aggiudicatario avrebbe potuto dichiarare che intendeva avvalersi di un solo appaltatore, senza indicare la terna (come peraltro consentito dalle direttive europee e sottolineato dalla Commissione UE nella lettera di messa in mora all'Italia), ma ha scelto di rinunciare alla facoltà inizialmente esercitata, dichiarando di non volere più ricorrere al subappalto.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante è conforme alla normativa di settore, in quanto, anche durante la sospensione dell'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori prevista dal D.l. Sblocca-cantieri, la dichiarazione di rinuncia al subappalto preclude al concorrente di avvalersi di tale istituto in fase esecutiva.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 luglio 2022

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Firmato digitalmente