



DELIBERA N. 735

10 novembre 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Mello S.r.l. – Procedura negoziata sotto soglia con R.D.O. su piattaforma MEPA e criterio di aggiudicazione del minor prezzo. OGGETTO: Comune di Andria - Via Alberobello NN. 27-41-55-69-83-95, Via Ruvo di Puglia NN. 13-27, Via Terlizzi NN. 7-8-20-21-35-49 – Lavori di efficientamento energetico, eliminazione delle barriere architettoniche e di installazione degli impianti fotovoltaici di N. 14 edifici di E.R.P. – Finanziamenti POR Puglia FESR – FSE 2014-2020 – Asse IV, Azione 4.1 e Asse IX Azione 9.13 – Azioni integrate per la riduzione del disagio abitativo – Finanziamento € 2.500.000,00 – Importo a base di gara: euro 1.785.840,96 – S.A. ARCA Puglia Centrale

PREC 202/2021/L

Riferimenti normativi

Art. 89, co. 11 e art. 105, co. 5 d.lgs. n. 50/2016;

art. 49, co. 1 lett. a) d.l. 31 maggio 2021, n. 77

Parole chiave

Subappalto – SIOS – superspecialistiche

Massima

Subappalto – categorie superspecialistiche SIOS – limite percentuale

Alla luce del regime vigente fino al 31 ottobre 2021, e della *lex specialis*, che ammetteva espressamente il subappalto delle categorie cd. SIOS fino al limite del 50 per cento, non era possibile desumere l'ammissibilità del subappalto per intero della categoria (SIOS) OS4 di importo superiore al 10 per cento dell'importo del contratto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 10 novembre 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 70949 del 30 settembre 2021 presentata da Mello S.r.l., con cui l'o.e. istante lamenta di essere stato escluso dalla gara in oggetto, svoltasi tramite piattaforma MePA, in quanto carente della qualificazione nella categoria cd. superspecialistica OS4, che egli intendeva subappaltare per intero. In particolare, la Mello S.r.l. espone che il bando di gara richiedeva il possesso della categoria prevalente OG1 e delle categorie scorporabili OS4 e OS30, di importo superiore al dieci per cento della base d'asta, e che alla domanda se fosse possibile subappaltare per intero la categoria OS4 il RUP rinviava al disciplinare di gara. L'istante sostiene di essere stato indotto in errore dalla mancanza di chiarezza della risposta e dal tenore letterale del disciplinare di gara, e di non aver quindi compreso che la categoria OS4 non fosse subappaltabile al 100 per cento bensì solamente fino al 50 per cento. Chiede quindi parere all'Autorità in merito;

VISTO l'avvio del procedimento in data 6 ottobre 2021, con nota prot. n. n. 72558;

VISTA la memoria della S.A. ARCA Puglia Centrale, acquisita al prot. n. 73694 dell'11 ottobre 2021, con la quale essa premette che, all'esito di una prima gara andata deserta, in data 7 giugno 2021 pubblicava sul proprio sito istituzionale un avviso esplorativo per manifestazione di interesse propedeutico all'esperimento di una nuova procedura negoziata tramite RdO. Veniva quindi approvato il disciplinare di gara con determina del 13 agosto 2021 e il 2 settembre 2021 veniva pubblicata la nuova RdO sul MePA. La S.A. deduce quindi preliminarmente l'inammissibilità dell'odierna istanza assumendo che essa sia rivolta tardivamente nei confronti degli atti di gara. Nel merito, poi, essa replica alle contestazioni dell'istante evidenziando che il RUP rinviava al contenuto del disciplinare di gara, il quale prevedeva chiaramente che le categorie superspecialistiche (cd. SIOS) OS4 e OS30 fossero subappaltabili nei limiti del 50 per cento, in ossequio all'art. 49, co. 1 lett. a) del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 che estendeva il limite percentuale di subappalto al 50 per cento fino al 31 ottobre 2021. Essa osserva anche che fino a tale data rimane in vigore l'art. 105, co. 5 d.lgs. 50/2016 che, con particolare riferimento alle categorie SIOS, contempla il limite del 30 per cento al subappalto, limite che la S.A. ampliava comunque fino al 50 per cento;

CONSIDERATO preliminarmente che l'istanza è ammissibile in quanto oggetto di contestazione è il provvedimento di esclusione comunicato in data 29 settembre 2021 e pertanto l'istanza di precontenzioso, presentata il giorno successivo, risulta tempestiva alla stregua del regolamento sui pareri di precontenzioso;

VISTO il disciplinare di gara (par. 2.5), secondo il quale «I lavori appartenenti alle categorie diverse da quella prevalente sono scorporabili e, a scelta dell'appaltatore, subappaltabili alle condizioni di legge» e (par. 2.6) «le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica (cd. SIOS) possono essere eseguite dall'appaltatore solo se possiede i requisiti di specializzazione [...] (obbligo di qualificazione in proprio o mediante RTI - se superiori al 10%). Per tali opere [...] il subappalto è consentito nei limiti previsti dall'art. 49, co. 1 lett. a) del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (50%)»; al par. 2.8. si specificava ulteriormente, a proposito delle opere cd. SIOS, che «Per queste opere è vietato l'avvalimento e il subappalto è consentito nella misura massima del 50 per cento»;

VISTO l'art. 1, co. 2 del d.m. 10 novembre 2016, n. 248, secondo cui «Ai sensi dell'art. 89, co. 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 10 per cento dell'importo totale dei lavori e per le quali, ai sensi dell'articolo 105, co. 5 del Codice, l'eventuale subappalto non può superare il 30 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'art. 105, co. 2 del Codice»;

VISTO l'art. 105, co. 5 d.lgs. 50/2016, 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 30 per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso»;

CONSIDERATO che, data la procedura d'infrazione n. 2018/2273 il legislatore italiano introduceva, con il d.l. 18 aprile 2019, n. 32, un regime transitorio in relazione al suddetto art. 105 prevedendo come regola generale la possibilità di subappalto fino al 40 per cento dell'importo del contratto ma mantenendo per le opere cd. superspecialistiche il limite di legge del 30 per cento;

CONSIDERATO che con l'art. 49, co. 1 lett. a) del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 si stabiliva poi che «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 50 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture [...]»;

VISTI i precedenti pareri Anac, in particolare la delibera n. 613 dell'8 settembre 2021 che, nel richiamare il parere reso con delibera Anac n. 704 del 4 agosto 2020 e la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 2020, n. 3702) evidenzia che per le opere cd. superspecialistiche (SIOS) il legislatore ha voluto introdurre un regime derogatorio rispetto alle norme generali, giustificato dall'esigenza di assicurare alla stazione appaltante che l'esecuzione di tali opere sia effettuata soprattutto dall'appaltatore qualificato;

CONSIDERATO che la giurisprudenza interna ha recepito le indicazioni della Corte di Giustizia UE, (sentenze del 26 settembre 2019 nella causa C-63/18 e 27 novembre 2019, nella causa C-402/18) affermando che, alla luce delle predette sentenze, è considerata contraria al diritto comunitario la previsione di un limite generale all'utilizzo di questo istituto che prescindendo dal settore economico interessato, dalla natura delle prestazioni e dall'identità dei subappaltatori. L'affermazione di tale principio però non esclude che in casi specifici, con riferimento a determinate tipologie di appalto come quelle riguardanti le opere superspecialistiche, non possa essere giustificato un limite percentuale all'esperibilità del subappalto in relazione alla natura particolare delle prestazioni da svolgere (T.A.R. Lazio Roma Sez. III ter, 8 febbraio 2021, n. 1575);

CONSIDERATO che, nel caso di specie, non è accoglibile la doglianza dell'istante di essere stato indotto in errore in quanto, alla luce del regime vigente fino al 31 ottobre 2021 e della *lex specialis*, che ammetteva espressamente il subappalto delle categorie cd. SIOS fino al limite del 50 per cento, non era possibile desumere l'ammissibilità del subappalto per intero della categoria (SIOS) OS4 di importo superiore al 10 per cento dell'importo del contratto;

RITENUTO pertanto che l'esclusione è conforme alla normativa di settore;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- nel caso di specie, l'esclusione è conforme alla normativa di settore, non essendo accoglibile la doglianza dell'istante di essere stato indotto in errore in quanto, alla luce del regime transitorio vigente fino al 31 ottobre 2021 e della *lex specialis*, che ammetteva espressamente il subappalto delle categorie cd. SIOS fino al limite del 50 per cento, non era possibile desumere l'ammissibilità del



subappalto per intero della categoria (SIOS) OS4 di importo superiore al 10 per cento dell'importo del contratto.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 novembre 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco