



DELIBERA N. 341

20 luglio 2023.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da I.GE.CO. – Impresa Generali Costruzioni S.r.l. Unipersonale – Accordo quadro per i lavori di manutenzione ordinaria e il servizio di sorveglianza e il pronto intervento delle strade, dei manufatti e delle reti di fognatura stradali, ricompresi nel territorio del Municipio II - Importo a base di gara: Euro 4.950.000,00 - S.A.: Roma Capitale.

UPREC - PREC 0501/2023

Riferimenti normativi

Artt. 28, 105 del D.lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Subappalto, subappalto necessario, contratti misti.

Massima

Appalto pubblico – Appalto misto – Lavori e Servizi – Scelta del contraente – Subappalto – Subappalto qualificante o necessario – Servizi – Requisiti di capacità tecnico – organizzativa - Ammissibilità – Ragioni.

In un appalto misto di lavori e servizi, è ammissibile il ricorso al subappalto qualificante o necessario di servizi (sorveglianza) accessori e strumentali rispetto alla realizzazione dell'oggetto principale dell'appalto (manutenzione ordinaria delle strade), in base al principio del favor participationis nonché ai precedenti dell'Autorità e della giurisprudenza che consentono il subappalto necessario anche nei contratti misti e ai più recenti approdi della giurisprudenza, che ammettono il subappalto necessario per prestazioni accessorie (nel caso di specie, l'operatore era qualificato in proprio nella categoria prevalente OG3, all'interno della quale la legge di gara aveva anche inglobato i servizi).



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 luglio 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 19269 del 9 marzo 2023, con la quale la Società I.GE.CO. – Impresa Generali Costruzioni S.r.l. Unipersonale ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere in relazione alla legittimità di clausole della lettera di invito limitative della partecipazione e in particolare sul diniego della possibilità di ricorrere al subappalto qualificante per la categoria prevalente. È stato chiesto se il concorrente in possesso di qualificazione per la categoria prevalente può subappaltare le opere riconducibili a categoria di opere generali a qualificazione obbligatoria e di cui non abbia la qualificazione (purché a concorrente qualificato) e se, considerata la natura residuale del servizio di sorveglianza, il concorrente qualificato per la categoria generale prevalente possa ricorrere al subappalto qualificante nei confronti di un'impresa in possesso del requisito specifico richiesto per la sorveglianza;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 27188 del 5 aprile 2023;

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

PREMESSO, in punto di fatto, che:

- la procedura negoziata in oggetto è finalizzata alla stipula di un accordo quadro suddiviso in tre lotti funzionali, ciascuno del valore di Euro 1.336.307,59 da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo mediante ribasso su prezzi unitari;
- l'art. 1 della lettera di invito prevede che gli interventi dell'accordo quadro *"riguardano tutti i lavori di manutenzione ordinaria e il servizio di sorveglianza e il pronto intervento delle strade, dei manufatti e delle reti di fognatura stradali, programmata e a chiamata, ordinati dalla direzione dei lavori, atti a garantire la pubblica incolumità"*;
- gli interventi consistono in: - *"attività necessarie per garantire la manutenzione ordinaria, su tutti i manufatti stradali oggetto del presente intervento, compresi i marciapiedi e le altre pertinenze (...)";*
- *servizio di sorveglianza: continua ricognizione del patrimonio stradale, eseguendo sopralluoghi sulle vie di manutenzione, (...) con periodicità idonea ad individuare prontamente eventuali stati di pericolo che dovranno essere tempestivamente segnalati al Pronto Intervento H24;* - *pronto intervento: tutti quei lavori non programmabili ma urgenti e necessari per eliminare situazioni di pericolo sul patrimonio oggetto di affidamento"*;
- dal quadro economico si evince che, per singolo lotto, l'importo dei lavori soggetto a ribasso è di € 1.026.284,00, mentre l'importo dei servizi soggetto a ribasso è di € 236.615,94;
- sempre l'art. 1 della lettera di invito prevede che l'intervento si compone delle seguenti categorie di lavori per ciascun lotto: manutenzione ordinaria strade – sorveglianza – pronto intervento delle strade, dei manufatti e delle reti di fognatura stradali – Categoria OG 3 classifica III-bis come categoria prevalente;
- l'art. 14 della lettera di invito richiede, come requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali: *i) il possesso dell'attestazione SOA nella categoria OG3 – cl. III-bis, ii) lo svolgimento, nell'ultimo triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, dei servizi di sorveglianza delle strade, per*



un importo complessivo non inferiore a € 236.615,94, *iii*) il possesso da parte del Responsabile del servizio di sorveglianza e monitoraggio dell'iscrizione nell'albo professionale (ingegneri, architetti, geometri) da almeno tre anni e di avere svolto servizi di sorveglianza stradale per amministrazioni aggiudicatrici per almeno tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando;

- in relazione al subappalto, l'art. 9 della lettera di invito prevede che *"la facoltà di avvalersi del subappalto non deroga al possesso dei requisiti di partecipazione con particolare riferimento alla categoria prevalente. Pertanto si ribadisce che l'operatore economico DEVE essere in possesso dei requisiti di partecipazione indicati nella lettera di invito relativi alla categoria prevalente e scorporabile. Il concorrente deve indicare all'atto dell'offerta i lavori o le parti di opere che intende subappaltare nei limiti consentiti dalla legge, in conformità a quanto previsto dall'art. 105 co. 2, lettera c) del Codice. In mancanza di tali indicazioni il successivo subappalto è vietato"*;
- il ricorso all'avvalimento è vietato per tutti i requisiti, prevedendo che *"Non sarà consentito l'avvalimento per il soddisfacimento del requisito del possesso della qualificazione nella categoria OG3 classifica III bis (commisurata sull'importo di ogni singolo lotto al fine di favorire la partecipazione di piccole e medie imprese) e per il requisito della sorveglianza. L'eventuale ricorso a tale istituto costituisce causa di esclusione"* (art. 10 lettera di invito);

RILEVATO che la Società istante ha rappresentato:

- di essere titolare di attestazione SOA per la categoria prevalente OG3 adeguata per classifica all'intero importo dell'appalto, idoneo a coprire anche la parte dei servizi di sorveglianza;
- di avere dichiarato, in sede di gara, di volere ricorrere al subappalto qualificante, subappaltando il servizio di sorveglianza ad una impresa, già individuata, in possesso dei requisiti previsti nella lettera di invito, per avere svolto, nell'ultimo triennio, servizi di sorveglianza delle strade per un importo non inferiore a € 236.615,94;
- che in sede di esame della documentazione amministrativa, il Seggio di gara ha attivato il soccorso istruttorio per verificare se il concorrente era in possesso in proprio del requisito relativo al servizio di sorveglianza;
- in risposta a tale richiesta, l'istante insisteva per l'applicabilità dell'istituto del subappalto qualificante, sottolineando che si tratterebbe di servizi accessori (inglobati dalla *lex specialis* nella categoria prevalente) e che l'esclusione del subappalto necessario in relazione ad un servizio marginale ridurrebbe sensibilmente il numero dei concorrenti, con il rischio di non aggiudicare la gara;

VISTA la nota del 28 febbraio 2023 (prot. n. 30525) con la quale il RUP ha comunicato alla Società che *"il requisito temporale dell'ultimo triennio per la sorveglianza è richiesto nel bando come requisito soggettivo a pena di esclusione, e pur considerando che la sorveglianza nella gara rientra nel 100% dell'importo contrattuale [...], non si ravvisa nel caso di specie l'operatività del ricorso al subappalto fosse stato indicato per una delle categorie OG 3 [...]. Il fare ricorso a ditta in possesso del requisito temporale richiesto dal bando, altro non certifica che uno dei requisiti soggettivi per la partecipazione alla gara, non sarebbe soddisfatto sin dalla presentazione dell'offerta, il che renderebbe quindi la vostra posizione definita con la mancata presentazione in soccorso istruttorio della documentazione attestante il requisito richiesto"*;

CONSIDERATO che, in riscontro alla richiesta di informazioni dell'Autorità (con nota prot. n. 22538 del 21 marzo 2023), il RUP ha rappresentato che *"le valutazioni relative al soccorso istruttorio sono ancora in corso e ad oggi non è stato adottato alcun provvedimento. Si precisa infine che l'operatore economico"*



I.GE.CO non risulta avere tutti i requisiti richiesti dal bando a differenza degli altri nove partecipanti alla procedura di gara";

RITENUTO che spetti alla Stazione appaltante valutare la sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo all'operatore istante. Tuttavia, nell'ottica di dirimere la questione controversa insorta tra le parti e al fine di fornire indicazioni utili per le valutazioni di competenza della Stazione appaltante, si ritiene dirimente trattare il quesito relativo all'ammissibilità del c.d. subappalto qualificante per soddisfare il possesso del requisito di capacità tecnico-professionale richiesto per il servizio di sorveglianza (*sub art. 14, punto ii) della lettera di invito*);

RITENUTO che la disciplina di gara sia particolarmente restrittiva della concorrenza, in quanto viene vietato *tout court* il ricorso all'avvalimento con riferimento a tutti i requisiti di partecipazione. Per quanto riguarda, invece, il subappalto la clausola di cui all'art. 9 della lettera di invito (*"la facoltà di avvalersi del subappalto non deroga al possesso dei requisiti di partecipazione con particolare riferimento alla categoria prevalente. Pertanto si ribadisce che l'operatore economico DEVE essere in possesso dei requisiti di partecipazione indicati nella lettera di invito relativi alla categoria prevalente e scorporabile"*) non appare chiara. Dalla sua lettura sembra ricavarsi che: il subappalto facoltativo è ammesso; è escluso il subappalto qualificante o necessario per la categoria prevalente OG3 (istituto non utilizzato dall'istante); viene escluso il subappalto necessario anche per la categoria scorporabile (non richiesta nella *lex specialis*; quindi, si desume sia un *lapsus calami*). Nulla viene detto in relazione al subappalto, facoltativo o necessario, dei servizi di sorveglianza (per i quali è anche vietato l'avvalimento);

CONSIDERATO che il subappalto c.d. necessario o qualificante consente l'ammissione alla gara anche ai concorrenti privi delle qualificazioni in ciascuna delle categorie a qualificazione obbligatoria, purché qualificati, per la categoria prevalente, con una classificazione corrispondente all'importo dei lavori e purché si siano impegnati a subappaltare le opere scorporabili ad un'impresa in possesso della relativa qualificazione. La *ratio* perseguita da tale istituto è quella di favorire la concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma anche delle stesse amministrazioni aggiudicatrici. Tale tipo di subappalto è stato considerato compatibile con la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 50/2016 (che regola *ratione temporis* la presente procedura) ed è disciplinato dai primi due commi dell'art. 12 del D.L. 28 marzo 2014 n. 47, convertito in L. 23 maggio 2014, n. 80, tutt'ora vigenti e non abrogati né dall'art. 217 del d.lgs. n. 50/2016 né dal d.lgs. n. 36/2023 (nella relazione illustrativa del Consiglio di Stato viene, peraltro, sottolineato che l'art. 119 del nuovo Codice non affronta il tema del subappalto necessario);

CONSIDERATO che tale istituto, pur essendo stato tipizzato dal legislatore negli appalti di lavori, è stato applicato estensivamente anche agli appalti di servizi e forniture (cfr. *ex multis* Delibera ANAC n. 59 del 23 febbraio 2023, relativa al subappalto necessario dei requisiti di idoneità professionale; Delibera ANAC 4 febbraio 2015 AG/1/2015/AP; Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2020, n. 3504; TAR Lombardia, Milano, IV, 30 novembre 2021, n. 2641; Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2022, n. 8223). Esso, inoltre, si applica anche a prescindere da un espresso richiamo nel bando di gara (di recente cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2023, n. 2873). Con riferimento agli appalti di servizi e forniture, l'Autorità ha sottolineato come *"l'applicazione dell'istituto incontri degli evidenti limiti riconducibili alla difficoltà di stabilire la quota parte di requisiti afferenti alla singola tipologia di prestazioni e quella relativa all'appalto nel suo complesso. La regola generale del ricorso al subappalto necessario è di consentirlo quando il bando di gara individui la prestazione principale e quella/e secondaria/e, ammetta in relazione alle seconde la possibilità di ricorrere al subappalto qualificante, e l'impresa dimostri di soddisfare la specifica disciplina di cui all'art.*



12, comma 2, del d.l. 47/2014, ovvero possiede, con riferimento alla prestazione principale, requisiti di qualificazione relativi al complesso importo contrattuale" (Delibera ANAC n. 462 del 27 maggio 2020);

RITENUTO che il subappalto necessario sia ammissibile anche in caso di **appalto misto** (come quello in esame, che ha ad oggetto l'affidamento sia di lavori che di servizi), sia pure con le limitazioni poste dall'Autorità e dalla giurisprudenza. Al riguardo, è stato chiarito che l'art. 28 del d.lgs. n. 50/2016 – il quale, in caso di contratti misti, prevede che l'operatore economico deve possedere tutti i requisiti e le capacità correlate a ciascuna prestazione di lavori, servizi o forniture, secondo il criterio della c.d. combinazione dei regimi giuridici – non vieta il subappalto, ma *"esigendo il possesso della qualifica per ogni tipologia di prestazioni, implica che, per partecipare alla gara, il concorrente sia in grado di svolgere in proprio almeno la quota non subappaltabile (di ciascuna) delle prestazioni medesime"* (TAR Toscana, sez. I, 30 gennaio 2018, n. 146, in relazione ad una gara a cui si applicava il limite massimo del 30% della quota di lavori subappaltabile). L'Autorità ha precisato che *"non sembra potersi escludere che in relazione a ciascuna categoria di prestazione oggetto dell'affidamento, il concorrente possa ricorrere al cd. subappalto qualificante purché risulti in possesso dei requisiti atti a garantire lo svolgimento in proprio della percentuale di prestazione che, ex lege per i lavori o, secondo la specifica disciplina di gara per le forniture e i servizi, non è subappaltabile e, in ogni caso, nel rispetto dell'art. 12, comma 2, del d.l. 47/2014"* (Delibera n. 462 del 27 maggio 2020). Inoltre, il Consiglio di Stato ha affermato che non è corretto ricavare dall'art. 28, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 *"la conclusione che, nel caso di contratti misti di appalto non sia consentito il subappalto necessario; si tratterebbe di una limitazione priva di collegamento con la specialità di quella tipologia di contratto, l'appalto misto, appunto, e, per questo, sostanzialmente irragionevole. L'indicazione legislativa va, piuttosto, intesa nel senso che, nel caso di appalto misto, non è consentito concorrere per una sola delle prestazioni in affidamento, ma l'operatore economico deve offrirsi di realizzare tutte le prestazioni"* (Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2021, n. 3367);

CONSIDERATO che il Consiglio di Stato ha reputato legittimo il ricorso al subappalto qualificante di requisiti relativi a prestazioni accessorie e strumentali rispetto all'oggetto principale dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 2022, n. 10387, in relazione al carattere accessorio della prestazione di fornitura di arredi rispetto ai lavori; Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308, che, in un appalto di lavori, ammette il subappalto del requisito di iscrizione all'A.N.G.A.). Anche di recente il Consiglio di Stato ha ammesso il subappalto necessario del requisito di idoneità professionale (iscrizione all'A.N.G.A.) relativo ad attività meramente accessorie rispetto alle lavorazioni oggetto dell'appalto ed avente un valore economico marginale rispetto all'intervento complessivo (Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2023, n. 2873);

RITENUTO che, nel caso di specie, la legge di gara non sancisce (quantomeno con una previsione chiara e di univoca interpretazione, come dovrebbe essere per le clausole che impattano sulla partecipazione alla gara) un divieto di subappalto qualificante dei servizi di sorveglianza;

CONSIDERATO che l'operatore istante è qualificato in proprio nella categoria prevalente OG3, all'interno della quale – secondo quanto dichiarato dallo stesso RUP nella nota del 28.02.2023, prot. CB 30525 – sarebbero "attratti" anche i servizi di sorveglianza. Infatti, la tabella riportata a pag. 6 della lettera di invito prevede che l'intero importo del singolo lotto di gara (€ 1.336.307,59) è composto dall'unica categoria di lavorazione prevalente OG3, c. III-bis, al cui interno viene inglobata anche la sorveglianza delle strade (il cui importo è stimato in € 236.615,94). Tale servizio, per come è stata configurata la gara da Roma Capitale, appare funzionale alla realizzazione dell'oggetto principale dell'appalto, costituito dalla manutenzione ordinaria delle strade; l'impresa aggiudicataria dovrà, infatti, eseguire sopralluoghi periodici sulle strade e sui marciapiedi rientranti nell'accordo quadro, al fine di individuare eventuali



anomalie o stati di pericolo che dovranno essere tempestivamente eliminati mediante richieste di pronto intervento;

RITENUTO, pertanto, che nel caso in esame va essere considerato ammissibile il subappalto qualificante in relazione ai servizi di sorveglianza: - alla luce del principio del *favor participationis*, ed a fronte di una disciplina di gara che, escludendo *in toto* l'avvalimento di tutti i requisiti, limita la concorrenza; - secondo i precedenti dell'Autorità e della giurisprudenza che ammettono il subappalto necessario anche nei contratti misti; - alla luce dei più recenti approdi della giurisprudenza, che ammettono il subappalto necessario per prestazioni accessorie e lo consentono anche per i requisiti di idoneità professionale, di natura soggettiva; - in mancanza di una legge di gara chiara che espressamente vieta tale istituto per i servizi accessori all'esecuzione di lavorazioni rientranti nella categoria prevalente (ma che, al contrario, sembra includerli nella categoria OG3, posseduta in proprio dall'istante); - in considerazione della natura accessoria e strumentale dei servizi di sorveglianza delle strade e dei marciapiedi rispetto alla realizzazione dell'oggetto principale dell'appalto, costituito dalla manutenzione ordinaria delle strade;

RITENUTO in conclusione che spetti alla Stazione appaltante valutare la sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo all'operatore istante, in base alle coordinate ermeneutiche sopra tracciate, nonché verificare se quest'ultimo, in fase di gara, ha effettivamente dichiarato la volontà di ricorrere al subappalto necessario per supplire al requisito di partecipazione mancante (cfr. *ex multis* Delibera ANAC n. 185 del 3 maggio 2023; Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2022, n. 2365, nonché Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491).

Il Consiglio

Ritiene che, come precisato in motivazione, la valutazione sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo alla Società istante spetti alla Stazione appaltante, in linea con le coordinate ermeneutiche sopra enunciate in ordine all'ammissibilità del subappalto qualificante o necessario dei servizi di sorveglianza nel caso in esame.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 luglio 2023

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente