



DELIBERA N. 694

20 ottobre 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Leonardo Edilizia di Addabbo Leonardo – Interventi infrastrutturali vari di manutenzione straordinaria per le esigenze della Legione Allievi Bari - Importo a base di gara: € 178.290,90 - S.A.: Guardia di Finanza Legione Allievi Bari

PREC 194/2021/L

Riferimenti normativi

Articolo 105 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Divieto di subappalto

Massima

Subappalto – Divieto assoluto - Illegittimità

Non è conforme alla normativa di settore la clausola della *lex specialis* di gara che vieta indiscriminatamente il ricorso all'istituto del subappalto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 ottobre 2021

Vista l'istanza, acquisita al prot. n. 60482 del 4 agosto 2021, nella quale l'operatore economico Leonardo Edilizia di Addabbo Leonardo ha lamentato di essere stato illegittimamente escluso dalla gara in oggetto, esperita tramite MEPA, per avere presentato un'offerta non conforme a quanto indicato nel disciplinare di gara, avendo indicato nell'offerta economica l'intenzione di affidare eventualmente in subappalto nella misura non superiore del 40% le opere edili e/o impiantistiche, in violazione del divieto di subappalto sancito nel disciplinare di gara. L'istante rappresentava di non avere inserito volontariamente l'intenzione di subappaltare nell'offerta economica, avendo seguito la procedura MEPA, la quale prevede che l'informazione circa l'intenzione di ricorrere o meno al subappalto sia inserita nel secondo step dell'iter procedimentale, denominato "Scelta dei lotti", e non nel quinto step dedicato alla compilazione della scheda di offerta, salvo poi generare automaticamente un documento finale denominato "Offerta economica" recante, oltre ai dati dell'offerta economica propriamente detta (percentuale di ribasso offerto e costi della sicurezza), anche altri dati, ivi inclusa l'intenzione di subappalto. Inoltre, precisava di avere già dichiarato di non volere usufruire del subappalto in sede di soccorso istruttorio, in risposta ad una richiesta di chiarimenti rivoltagli dalla stazione



appaltante a fronte del contenuto ambiguo di una dichiarazione resa nella domanda di ammissione alla gara, laddove, nel punto "O", aveva indicato come percentuale di subappalto il 40%, senza tuttavia obliterare la voce "intende/non intende" avvalersi di tale istituto;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 17 settembre 2021 con nota prot. n. 68219 del 21 settembre 2021;

Visto quanto controdedotto dalla stazione appaltante, con nota acquisita al prot. n. 69279 del 24 settembre 2021, a conferma della legittimità del provvedimento di esclusione, e segnatamente che la procedura MEPA richiede espressamente al concorrente di esprimere la propria posizione in ordine al subappalto al punto 2, "scelta lotti", e che la dichiarazione contenuta nell'offerta economica, difforme rispetto alla prescrizione della legge di gara, non può essere emendata, in ragione dei principi di immutabilità dell'offerta, della concorrenza e di parità di trattamento;

Visto quanto ribadito dall'istante con nota acquisita al prot. n. 69482 del 27 settembre 2021 a sostegno della propria doglianza, ivi incluso che la discrasia tra prescrizione della *lex specialis* e dichiarazione di subappalto, non trattandosi di subappalto necessario, non potrebbe comunque essere sanzionata con l'esclusione

Vista la documentazione acquisita agli atti;

Considerato che il *punctum dolens* della controversia non è tanto la soccorribilità della dichiarazione di subappalto inserita nell'offerta generata dal MEPA quanto piuttosto la assorbente questione della conformità alla normativa di settore della clausola del disciplinare di gara che vieta il subappalto («ART. 16: SUBAPPALTO Il subappalto è vietato»);

Considerato che l'art. 105, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 sancisce l'ammissibilità del subappalto, secondo le disposizioni recate dai successivi commi dello stesso articolo, prima fra tutte il limite percentuale massimo della quota subappaltabile stabilito nel comma 2 (che, in deroga temporanea fino al 31 ottobre 2021, è stato fissato nella misura del 50% dall'art. 49 del d.l. n. 77/2021) e le condizioni indicate nel comma 4. Tra queste, nella formulazione antecedente alle correzioni apportate con il decreto correttivo (d. lgs. n. 56/2017), la lettera a) prevedeva che la facoltà di subappaltare fosse espressamente prevista nel bando di gara. Con riguardo ai problemi applicativi ingenerati da tale clausola, l'Autorità aveva ritenuto che non potesse essere letta, a *contrario*, come facoltizzante il divieto indiscriminato di subappalto, tenuto anche conto che nella legge delega non è contemplata l'introduzione di limiti alle possibilità di subappalto, ma che dovesse essere interpretata coerentemente con i principi comunitari di massima partecipazione e di incentivazione dell'ingresso nel mercato di nuovi operatori economici, alla stregua di quanto già affermato nella delibera n. 1024 dell'11 ottobre 2017, nonché nel Parere sulla Normativa AG 25 del 20 dicembre 2012 e ribadito nel Parere di Precontenzioso n.60 del 23 aprile 2013, ovvero che «l'introduzione nei bandi (...) di limiti o divieti al subappalto dovrà essere adeguatamente motivata e rispettosa del principio di proporzionalità e dei suoi corollari, e, in particolare, essere giustificata da esigenze specifiche di natura tecnica, organizzativa, ovvero legate alla tipologia del servizio oggetto di affidamento, tali da rendere detti limiti o divieti proporzionati in relazione al principio di massima partecipazione e al sacrificio della libertà imprenditoriale degli operatori economici che da essi consegue» (Parere di precontenzioso n. 609 del 27 giugno 2018). La successiva rimozione da parte del decreto correttivo n. 56/2017 di tale previsione ha confermato la necessità di interpretare la disciplina nazionale del subappalto come escludente la possibilità per la stazione appaltante di vietare indiscriminatamente il ricorso all'istituto (Parere di precontenzioso n. 1024 dell'11 ottobre 2017);

Considerato che tale approccio interpretativo è avvalorato dalla pronuncia della Corte di Giustizia del 26 settembre 2019 (causa C-63/18), che ha addirittura censurato il limite quantitativo al subappalto di cui al comma 2 dell'art. 105, in quanto, imponendo una limitazione alla facoltà di ricorrervi per una parte del



contratto fissata in maniera astratta e in una determinata percentuale dello stesso, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, si pone in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici. Non può pertanto sfuggire come, a *fortiori*, il divieto assoluto di subappalto si ponga in contrasto con l'obiettivo di facilitare l'accesso al mercato delle imprese, soprattutto di quelle di piccole e medie dimensioni, ostacolando l'esercizio della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi e precludendo agli stessi committenti pubblici di ottenere un numero più alto e diversificato di offerte;

Considerato che dello stesso avviso è anche la giurisprudenza nazionale, la quale ha ritenuto illegittima la previsione di assoluto divieto di subappalto, «*essendo un tale divieto escluso dall'art. 105, comma 4, del D. Lgs. 50/2016, nel testo sostituito dal D. Lgs. 56 del 2017, ferme le limitazioni ivi previste e ferma restando la possibilità dell'amministrazione di non autorizzarlo motivatamente*» (Consiglio di Stato, V, n. 8088/2019);

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che l'art. 16 del disciplinare che, nel caso di specie, vieta indiscriminatamente il subappalto non è conforme alla vigente disciplina in materia;

Considerato che tale clausola se, interpretata come clausola avente una portata escludente nei confronti dell'operatore economico che abbia dichiarato l'intenzione di subappaltare, sarebbe nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in forza del quale i bandi e le lettere d'invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal Codice e da altre previsioni di legge e dette prescrizioni sono comunque nulle (art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016), e come tale avrebbe dovuto essere disapplicata dalla stazione appaltante;

Considerato che, ad una rapida lettura del Disciplinare, emergono altri elementi - e.g. divieto di partecipazione degli RTI e mancato ricorso al sistema unico di qualificazione SOA nonostante l'importo dei lavori superiore a 150.000, 00 euro - che inducono ritenere opportuna la trasmissione del fascicolo all'Ufficio di vigilanza per le valutazioni di competenza;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- non conforme alla normativa di settore la clausola del disciplinare che vieta indiscriminatamente il subappalto;
- non conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara dell'operatore economico Leonardo Edilizia di Addabbo Leonardo,

dispone la trasmissione del fascicolo all'Ufficio Vigilanza Lavori per le valutazioni di competenza.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

Per Il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco