



DELIBERA N. 613

8 settembre 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Delta Lavori s.p.a - Gara europea a procedura aperta per l'accordo quadro quadriennale per l'esecuzione dei lavori di risanamento strutturale ed impiantistico delle gallerie" - Lotto 10 Abruzzo-Molise - CIG 8558879263 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: €. 30.000.000,00 euro –S.A.: ANAS S.p.a.

PREC 151/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 105, commi 2 e 5, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 89, comma 11 d.lgs. n. 50/2016

Articolo 1, comma 2, DM n. 248/2016

Parole chiave

SIOS - Subappalto – Limite quantitativo di quota subappaltabile

Massima

Le opere superspecialistiche, c.d. SIOS, in quanto opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, sono soggette a un regime normativo in deroga alle norme generali sotto diversi profili, che si giustifica nelle intenzioni del legislatore con l'esigenza di assicurare alla stazione appaltante che l'esecuzione di tali opere sia effettuata soprattutto dall'appaltatore qualificato. Le sentenze della Corte di giustizia del 26 settembre 2019 (causa C-68/18) e del 27 novembre 2019 (causa C-402/18) non appaiono determinare la disapplicazione del limite percentuale del trenta per cento per le SIOS non risultando in esse alcun riferimento alle opere stesse né tantomeno alla loro natura e al regime normativo speciale che le contraddistingue. Tale limite trova tuttavia applicazione solo qualora le categorie superspecialistiche siano di importo superiore al dieci per cento dell'intero appalto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza dell'8 settembre 2021

DELIBERA



VISTA l'istanza di parere prot. n. 48790 del 18 giugno 2021 presentata da Delta Lavori S.p.A. relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante, che aveva partecipato alla procedura in oggetto al lotto 10 e si era classificato secondo in graduatoria, chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità del provvedimento di aggiudicazione disposto nei confronti della Sveco S.p.A., evidenziando due diversi profili di contestazione: il primo inerente l'avvenuta violazione degli articoli 89 e 105 del d.lgs. n. 50/2016, in quanto l'aggiudicataria, priva del requisito di qualificazione richiesto aveva dichiarato di voler subappaltare al 100%, non rispettando i limiti dettati dall'articolo 105 del d.lgs. n. 50/2016, una categoria SIOS (OG11) e, correlatamente, non aveva dichiarato l'intenzione di utilizzare il cd. subappalto qualificante in quanto privo delle relative qualificazioni SOA prescritte dalla *lex specialis* di gara; il secondo concernente la mancata esclusione nonostante l'offerta economica formulata fosse assolutamente incerta nel suo contenuto e la contraddittorietà dei documenti relativi al costo della manodopera, anche ad esito del procedimento di verifica di congruità espletato;

CONSIDERATO che con nota del 23 giugno 2021, prot. n. 49709 l'istante comunicava l'avvenuta notificazione di un ricorso giurisdizionale dinnanzi al TAR Lazio, Roma, da parte del RTI Cogema S.r.l., riguardante «*la congruità complessiva dell'offerta economica proposta dai concorrenti e le valutazioni discrezionali compiute dalla Commissione di gara in sede di attribuzione del punteggio all'offerta tecnica dei partecipanti*»;

VISTO il ricorso depositato e rilevata la coincidenza dei motivi di ricorso con il secondo degli elementi di contestazione sopra richiamati;

RITENUTA pertanto ammissibile l'istanza *in parte qua*, con esclusivo riferimento al primo profilo di contestazione inerente la legittimità dell'aggiudicazione per presunta violazione degli articoli 105 e 89 del d.lgs. n. 50/2016 e ritenuto conseguentemente non ammissibile l'altro profilo di contestazione, stante la pendenza del ricorso dinnanzi al TAR Lazio, il quale, nelle more del presente procedimento con ordinanza cautelare n. 3916/2021, respingeva l'istanza cautelare formulata dal ricorrente;

CONSIDERATO che con specifico riferimento a tale profilo di contestazione l'istante rappresentava che la società aggiudicataria, in possesso della qualificazione SOA OG11, classifica II, «*non sufficiente per qualificarsi in proprio (neppure mediante le misure premiali previste dall'art. 61 del d.P.R. n. 205/10) - dichiarava di subappaltare il 100% della categoria OG11, violando la normativa di settore che ammette l'istituto del subappalto delle opere superspecialistiche entro il rigoroso limite del 30% dell'importo delle lavorazioni*», in considerazione del disposto dell'articolo 105, comma 5 e della giurisprudenza sul punto, doveva essere esclusa dalla gara perché priva dei requisiti richiesti e non avente dato espressa indicazione della volontà di ricorrere al subappalto cd. qualificante;

CONSIDERATO che il bando è stato inviato alla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea in data 17 dicembre 2020 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana – Serie Speciale – n. 150 del 23 dicembre 2020, interessato da rettifica pubblicata sulla GURI n. 8 del 22 gennaio 2021 e sulla GUUE n. 2021/S 015-030279 del 22 gennaio 2021;

CONSIDERATO che la disciplina di gara prevedeva le seguenti categorie di lavori a base di gara: «*CATEGORIA PREVALENTE: OG 4 € 18.000.000,00 Classifica VIII a qualificazione obbligatoria, subappaltabile entro il limite del 40% dell'importo complessivo del contratto. ULTERIORI CATEGORIE: OG 10 € 4.500.000,00 Classifica V scorporabile a qualificazione obbligatoria, soggetta ad avvalimento, subappaltabile entro il limite del 40% dell'importo complessivo del contratto. OG 3 € 3.000.000,00*



Classifica IV-BIS scorporabile a qualificazione obbligatoria, soggetta ad avvalimento, subappaltabile entro il limite del 40% dell'importo complessivo del contratto. OS 3 € 1.800.000,00 Classifica IV scorporabile a qualificazione obbligatoria, soggetta ad avvalimento, subappaltabile entro il limite del 40% dell'importo complessivo del contratto. OG 11 € 900.000,00 Classifica III scorporabile a qualificazione obbligatoria, soggetta ad avvalimento, subappaltabile entro il limite del 40% dell'importo complessivo del contratto. OS 9 € 900.000,00 Classifica III scorporabile a qualificazione NON obbligatoria, soggetta ad avvalimento, subappaltabile entro il limite del 40% dell'importo complessivo del contratto. OS 19 € 900.000,00 Classifica III scorporabile a qualificazione NON obbligatoria, soggetta ad avvalimento, subappaltabile entro il limite del 40% dell'importo complessivo del contratto»;

VISTA la documentazione di gara e in particolare per i profili contestati, l'articolo 7.3 del disciplinare di gara che richiedeva quale requisito di partecipazione il possesso della qualificazione, tra le altre, nella categoria SIOS OG11, classifica III – Impianti tecnologici, per un importo pari ad € 900.000,00;

VISTA altresì la disposizione di cui all'articolo 9 del disciplinare di gara, recante: «*SUBAPPALTO - Il concorrente indica all'atto dell'offerta le categorie di lavori previste dal bando di gara che intende subappaltare o concedere in cottimo nei limiti del 40% dell'importo complessivo del contratto, in conformità a quanto previsto dall'art. 105 del Codice; in mancanza di tale indicazione il subappalto è vietato. In caso di opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica di importo singolarmente superiore al 10% dell'importo totale dei lavori (SIOS), ai sensi dell'art. 105, comma 5, del Codice, l'eventuale subappalto non può superare il 30% dell'importo della categoria dei lavori SIOS. Tale ultimo limite non è computato ai fini del raggiungimento della percentuale di subappalto dell'importo complessivo dell'appalto. Per le opere rientranti nelle categorie scorporabili catalogate dalla normativa vigente come "a qualificazione obbligatoria" di cui all'art. 12 comma 2 lett. b) della Legge 80/2014, come integrato dal DM n. 248 del 10 novembre 2016, il concorrente sprovvisto di idonee qualificazioni dovrà dichiarare che intende affidarle in subappalto»;*

VISTO inoltre l'articolo 15.2 - DOCUMENTO DI GARA UNICO EUROPEO, parte II, che con riferimento al caso del ricorso al subappalto dispone «*Il concorrente, pena l'impossibilità di ricorrere al subappalto, indica l'elenco delle opere o parti delle opere che intende subappaltare con l'indicazione delle categorie alle quali dette opere sono riconducibili e con la relativa quota percentuale, che non deve superare il 40 % dell'importo complessivo del contratto, oltre all'eventuale ulteriore percentuale non superiore al 30% per ogni categoria SIOS»;*

VISTA la determinazione di aggiudicazione, comunicata in data 19 maggio 2021;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 24 giugno 2021 con nota prot. n. 50098;

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

VISTA in particolare la memoria della Sveco S.p.A. depositata in data 28 giugno 2021, prot. n. 50879, tesa a rigettare tutti i profili di contestazione sollevati dall'istante, evidenziando in particolare il fatto che l'importo della categoria in questione «*è inferiore al 10% del totale dei lavori e, in tale ipotesi non opera il limite del 30% al subappalto della categoria»* e sottolineando il delineato indirizzo interpretativo della giurisprudenza comunitaria in merito alle limitazioni al subappalto, ritenute contrarie alla direttiva direttiva 2014/24/UE, che consente dunque «*la possibilità di partecipare alle procedure di gara ricorrendo al subappalto, senza limiti quantitativi»;*



VISTA altresì la memoria di replica depositata da Delta Lavori S.p.A. in data 30 giugno 2021, prot. n. 51167, volta a confermare i profili di illegittimità sollevati;

VISTA inoltre la memoria della stazione appaltante depositata in data 30 giugno 2021, prot. n. 51390, nella quale ANAS ha confermato la legittimità del proprio operato, rappresentando il fatto che *«la categoria in argomento, risultando posta a base di gara per l'importo di € 900.000,00 e, pertanto, in misura inferiore al 10% dei lavori da appaltare (€ 30.000.000,00) non può in alcun modo soggiacere, per espressa previsione del dall'art. 1, comma 2, del D.M. 248/2016, ai limiti di subappaltabilità adottati dall'istante.»* Inoltre l'amministrazione evidenziava che anche la contestazione relativa alla mancata dichiarazione di utilizzare il subappalto qualificante è priva di fondamento, in quanto *«la dichiarazione di subappalto resa dall'impresa nel DGUE agli atti di gara la quale in modo tutt'altro che generico individua espressamente le categorie di lavori nelle quali la stessa difetta, anche se solo parzialmente, di relativa qualificazione è stata interpretata dal Seggio di Gara in modo congruente rispetto alla qualificazione effettivamente posseduta dall'impresa. Fermo quanto sopra, a voler diversamente opinare, vista l'articolazione della dichiarazione resa dall'impresa, la conseguenza non potrebbe, di certo, essere quella della espulsione dalla procedura per difetto di qualificazione ma la formulazione di una mera richiesta di chiarimento specularmente a quanto consentito nel soccorso istruttorio c.d. procedimentale»*, applicabile *«nel caso di specie in cui il chiarimento del concorrente non avrebbe lo scopo di integrare la dichiarazione di subappalto agli atti di gara con un quid novi lesivo della par condicio, ma avrebbe, semplicemente, lo scopo di individuare con indiscutibile esattezza quale tra le categorie indicate come subappaltabili risulti effettivamente interessata da subappalto qualificante»;*

VISTA ancora l'ulteriore memoria di replica della Sveco S.p.A., depositata in data 6 luglio 2021, prot. n. 52489, nonché le ulteriori memorie depositate dalla Delta Lavori S.p.A. in data 7 luglio 2021, prot. n. 52802 e in data 16 luglio 2021, prot. n. 55732;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità di un provvedimento di aggiudicazione disposto nei confronti di un concorrente che abbia dichiarato di subappaltare per intero una categoria superspecialistica, in presunta violazione dei limiti previsti;

CONSIDERATO che con specifico riferimento alle categorie superspecialistiche, la cui disciplina è definita nell'articolo 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016 e nel decreto attuativo n. 248/2016 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, l'ordinamento ascrive a tale fattispecie le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, per la cui esecuzione sono richiesti particolari requisiti di specializzazione. Le opere ascrivibili a dette categorie che superino il dieci per cento del valore dell'appalto sono scorponabili e sono indicate nei bandi di gara, negli avvisi o negli inviti a partecipare.

VISTO il contenuto dispositivo dell'articolo 105, comma 2, terzo periodo del d.lgs. n. 50/2016, che stabilisce *«Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del trenta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture»;*

TENUTO conto che l'articolo 1, comma 18, D.L. n. 32/2019 convertito con modifiche con l. n. 55/2019, ai sensi del quale *«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 quaranta 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», ha innalzato tale percentuale al quaranta per cento;

TENUTO altresì conto che, ai sensi dell'articolo 49, comma 1, del D.L. n. 77 del 31 maggio 2021, in vigore dal 1 giugno 2021, è stato stabilito che «Dalla data di entrata in vigore del presente decreto: a) 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 cinquanta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. È pertanto abrogato l'articolo 1, comma 18, primo periodo, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55», innalzando ulteriormente tale percentuale;

VISTO il comma 5 del medesimo articolo 105 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 trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso»;

VISTO l'articolo 89, comma 11 che dispone: «Non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. È considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori»

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

CONSIDERATO dunque che per le categorie superspecialistiche l'ordinamento con l'articolo 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016, non ammette l'avvalimento quando il valore delle stesse superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori, mentre l'articolo 105, comma 5 prevede che l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e, non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. Il valore percentuale suindicato non è computato ai fini del raggiungimento del limite di cui all'articolo 105, comma 2 del Codice;

RILEVATO che tale disciplina speciale delle categorie superspecialistiche trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di tutelare le imprese esecutrici che hanno investito e si sono specializzate nell'esecuzione di opere di particolare complessità, sottraendo le stesse all'applicazione distorta di alcuni meccanismi propri del subappalto: il legislatore ha infatti ritenuto che la particolare complessità tecnica di tali opere richiedesse una tutela dedicata, volta ad assicurare l'esecuzione da parte di soggetti altamente specializzati e a scongiurare ribassi eccessivi che rischiano di pregiudicare la corretta esecuzione delle lavorazioni;

CONSIDERATO che l'Autorità, già con delibera n. 704 del 4 agosto 2020, facendo riferimento alle disposizioni sopra richiamate, esplicitava che l'articolo 105, commi 2 e 5, del d.lgs. n. 50/2016 sono oggetto di procedura di infrazione n. 2018/2273 e che il legislatore italiano, con D.L. 18/04/2019, n. 32, convertito con modifiche con l. n. 55/2019, introduceva un regime transitorio rispetto all'articolo 105, d.lgs. n. 50/2016, prevedendo come regola generale la possibilità di subappaltare sino al quaranta per



cento l'importo del contratto di appalto, ma mantenendo il limite del trenta per cento per le SIOS previsto dall'articolo 105, comma 5, d.lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO che nella sentenza 26 settembre 2019, causa C-63/18 (Vitali), come evidenziato nella menzionata delibera ANAC n. 704/2020, la Corte statuiva sulla non conformità al diritto UE del limite al subappalto formulato come percentuale astratta nella misura del trenta per cento e con riferimento alla disciplina generale previgente il quadro normativo transitorio introdotto con l'articolo 1, comma 18, D.L. n. 32/2019 conv. con l. n. 55/2019, ritenendo la fissazione della percentuale astratta non proporzionata rispetto agli obiettivi di ordine pubblico perseguiti, motivando in particolare ai punti nn. 37 e 38: «Più specificamente, la Corte ha già dichiarato che il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (v. in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punti 27 e 28). Tuttavia, anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo»; sulla questione pregiudiziale la Corte si pronunciava conclusivamente dichiarando che «La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi»;

CONSIDERATO altresì che l'Autorità, nell'Atto di segnalazione n. 8 del 13 novembre 2019, approvato con delibera del Consiglio n. 1035 del 13 novembre 2019, ha approfondito l'impatto della sentenza della Corte di giustizia evidenziando, da una parte, che «Se ne ricava un quadro normativo in cui la regola generale dovrebbe essere quella del subappalto senza limitazioni quantitative a priori, al chiaro fine di favorire l'ingresso negli appalti pubblici delle piccole e medie imprese, promuovere l'apertura del mercato e la concorrenza in gara»; dall'altra parte, però, l'Autorità ha segnalato al Governo e al Parlamento la «necessità di un intervento normativo urgente al fine di allineare la disciplina interna in materia di subappalto di cui all'articolo 105 con le indicazioni provenienti dalla sentenza della Corte di giustizia»;

CONSIDERATO che, con specifico riferimento al limite del trenta per cento previsto per le SIOS, nell'Atto di segnalazione citato, l'Autorità ha evidenziato che «l'intervento della Corte di giustizia si riferisce al comma 2, tuttavia, non è chiaro se la pronuncia coinvolga anche il comma 5 che anche per i casi di cui all'articolo 89, comma 11 – riguardanti le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico di rilevante complessità tecnica (categorie c.d. "superspecialistiche") – prevede che l'eventuale subappalto non possa superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso»;

CONSIDERATO che la stessa Autorità nella sopra richiamata delibera n. 704/2020 ha altresì chiarito che sempre la Corte di giustizia UE, nella successiva sentenza del 27 novembre 2019 resa nella causa C - 402/18, ha confermato quanto statuito nella precedente sentenza del 26 settembre 2019, enunciando al punto 38 il principio per cui non rientra nelle facoltà previste dal diritto dell'Unione europea «una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che impone un limite al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità degli eventuali subappaltatori e il carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe (...)»; ancora, al punto 47 la Corte di giustizia ha



censurato la normativa nazionale in quanto: «vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto per una quota parte che superi una percentuale fissa dell'importo dell'appalto pubblico di cui trattasi, sicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un tale divieto generale non lascia spazio alcuno a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore (v., per analogia, sentenza del 26 settembre 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, punto 40 e giurisprudenza ivi citata)»;

RILEVATO che già nella delibera n. 704/2020 l'Autorità evidenziava la sussistenza di profili di oggettiva incertezza applicativa delle norme sul subappalto all'indomani delle pronunce della Corte di giustizia, come rappresentata nell'Atto di segnalazione n. 8/2019 e, nel ritenere che i principi espressi dalla Corte di giustizia non comportino la disapplicazione dei limiti in materia di subappalto previsti dal d.lgs. n. 50/2016 per la categoria di opere superspecialistiche (cd. SIOS), richiamava la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sez. V, 10 giugno 2020, n. 3702) che aveva evidenziato la natura speciale della previsione riferita a tale specifica categoria di lavori, considerando che «l'articolo 105, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 introduce un espresso divieto di suddivisione del subappalto – peraltro suscettibile di deroga in presenza di "ragioni obiettive" – applicabile alle sole opere c.d. superspecialistiche (o SIOS) di importo superiore al dieci per cento dell'intero appalto. Si tratta, con tutta evidenza, di una norma di carattere speciale che, a contrario, consente di inferire l'insussistenza di una restrizione analoga per le opere non SIOS e/o che per importo non superino la soglia fissata ex lege»;

VISTE le considerazioni espresse dal Presidente dell'Autorità nell'audizione presso le Commissioni congiunte 8^a e 14^a Politiche dell'Unione europea Camera dei Deputati del 10 novembre 2020, recante "*Ipotesi di modifiche alla normativa nazionale in materia di subappalto conseguenti a recenti sentenze e procedure di infrazione promosse dalla Commissione Europea*", che confermavano tale orientamento;

TENUTO CONTO anche degli orientamenti giurisprudenziali allineati in tal senso, secondo cui l'articolo 105, comma 5, «nella parte in cui stabilisce che il subappalto delle opere, per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali», elencate nell'art. 2 D.M. n. 248/2016 [...] non può superare il 30% dell'importo di tali opere, non viola il diritto europeo, come interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con le suddette Sentenze del 26.9.2019 nella causa n. 63/2018 e del 27.11.2019 nella causa n. 402/2018, in quanto non costituisce un divieto generalizzato di ricorrere al subappalto oltre una certa percentuale, ma si riferisce a determinate tipologie di lavori speciali, che giustificano la determinazione di una soglia di esperibilità del subappalto» (TAR Potenza, 15.03.2021 n. 240);

RITENUTO altresì che un recente approdo interpretativo del Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 20 luglio 2021, n. 5447, ha precisato, con specifico riferimento alla norma sul subappalto necessario (o qualificante) di cui all'articolo 89, comma 11, che la stessa non è comunque applicabile in mancanza del «presupposto costituito da un valore delle opere rientranti in ciascuna di dette categorie SIOS superiore (per ciascuna) al dieci per cento dell'importo totale dei lavori (articolo 89, comma 11, secondo periodo). A nulla rilevando, inoltre, che la somma delle opere qualificate come SIOS superi comunque l'importo del trenta per cento delle opere specialistiche, che l'articolo 105, comma 5, individua come soglia massima di subappalto, posto che anche l'applicabilità di detto limite presuppone il superamento del valore pari al dieci per cento dell'importo totale dei lavori per ciascuna categoria SIOS»;

RITENUTO opportuno confermare tali orientamenti già espressi e, in particolare da un lato il fatto che, le opere superspecialistiche siano soggette a un regime normativo speciale in quanto opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica,



per le quali il limite del trenta per cento previsto per il subappalto ex articolo 105, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 si giustifica nelle intenzioni del legislatore con l'esigenza di assicurare alla stazione appaltante che l'esecuzione di tali opere sia effettuata soprattutto dall'appaltatore qualificato, coerentemente tra l'altro con la disciplina dettante il divieto di avvalimento di cui all'articolo 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016, e dall'altro il fatto che tale limite trovi applicazione nel solo caso in cui il valore delle categorie SIOS sia superiore al dieci per cento dell'importo totale dei lavori;

RITENUTO pertanto che, nel caso di specie, in considerazione del fatto che l'importo della categoria oggetto di contestazione non raggiunge la soglia di valore del dieci per cento dell'importo dei lavori tale da rendere applicabile il limite al subappalto del trenta per cento, non possa ritenersi applicabile il limite percentuale previsto per le categorie superspecialistiche;

RITENUTE pertanto infondate le contestazioni sollevate dall'odierno istante;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il provvedimento di aggiudicazione sia conforme ai principi generali dell'ordinamento in materia di contratti pubblici e al combinato disposto dell'articolo 105, commi 2 e 5, e dell'articolo 89, comma 11 del d.lgs. n. 50/2016, in ragione degli orientamenti interpretativi elaborati con riferimento alle categorie superspecialistiche e al relativo limite di subappaltabilità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 settembre 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco