



Presidente

Provincia di Biella
c.a. Dirigente responsabile
[... OMISSIS ...],
PEC:
[... OMISSIS ...],
[... OMISSIS ...],

Fasc. Anac n. 4593/2023 (da citare nella corrispondenza)

Oggetto

Interventi di ristrutturazione edilizia finalizzati anche al risparmio energetico degli edifici destinati a residenza sociale pubblica per il comune di Ivrea finanziati con Fondi PNRR - CIG A007B5BCA0, 9991383E12, A008D2283C – S.A. Provincia di Biella – Nota di definizione dell'istruttoria a firma del Presidente ai sensi del combinato disposto dell'art. 18 e dell'art. 20 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici - Delibera n. 270 del 20 giugno 2023.

Con segnalazione pervenuta all'Autorità al prot. n. 70766 del 08.09.2023, supportata da correlata documentazione, venivano rappresentate presunte irregolarità ricorrenti nell'ambito degli appalti promossi dalla stazione appaltante Provincia di Biella, individuati dai CIG A007B5BCA0 (importo euro 957.200,00 oltre IVA), 9991383E12 (importo euro 548.600 oltre IVA) e A008D2283C (importo euro 202.462,93 oltre IVA), con particolare riferimento all'esclusione della possibilità di avvalersi del subappalto.

Alla luce di quanto segnalato, con nota prot. n. 86237 del 06/10/2023 l'Autorità disponeva l'avvio dell'istruttoria finalizzata ad approfondire, nella sostanza, la legittimità del divieto di subappalto, pena la non ammissione alla procedura negoziata, presente nei documenti di gara di cui agli appalti riconducibili ai CIG indicati in premessa.

La stazione appaltante riscontrava l'avvio del procedimento con nota acquisita al prot. n. 95560 del 26/10/2023 con la quale veniva da ultimo ribadita " *la legittimità e la ragionevolezza del proprio operato, in relazione all'esigenza di superare il divieto di sorteggio sancito dal D.lgs. 36/2023, individuando criteri finalizzati all'invito di operatori economici che garantiscano efficienza e celerità nell'espletamento dei lavori*".

Alla luce di quanto emerso, si osserva che negli avvisi per manifestazione d'interesse, propedeutici all'attivazione delle procedure negoziate su piattaforma SINTEL per l'affidamento dei lavori in oggetto, da indire ai sensi dell'art. 48 del D.L. 77/2021 come convertito in legge n. 108/2021, nella descrizione dei requisiti di partecipazione, risultava precisato che " *Gli operatori economici devono possedere tutti i requisiti di seguito indicati oppure non saranno invitati alla successiva procedura*", ricomprendendo il " *non utilizzo dell'istituto del subappalto*".

Relativamente a tale aspetto, in sede di avvio dell'istruttoria è stato richiesto alla stazione appaltante di fornire contro deduzioni riguardo alle contestazioni formulate in merito al possibile venire in rilievo di un divieto di subappalto, alla luce dei principi nazionali e comunitari vigenti.



Al riguardo la stazione appaltante - nel richiamare le nuove previsioni sui criteri per la selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate, che escludono la possibilità di utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale delle imprese, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate – ha precisato *"come l'impegno al non utilizzo dell'istituto del subappalto non abbia caratterizzato la fase di SCELTA dell'operatore aggiudicatario, ma bensì quella dell'individuazione degli operatori economici da consultare per la procedura negoziata"*, richiamando i criteri di selezione adottati per effettuare un'indagine di mercato, che comprendevano appunto l'impegno a non utilizzare l'istituto del subappalto.

Riguardo alla motivazione di tali criteri, inseriti all'interno degli avvisi per manifestazione di interesse la S.A. ha fatto ulteriormente presente che *"Il non utilizzo dell'istituto del subappalto è infine stato inserito in applicazione dell'art. 119 del D.lgs. 36/2023, il quale al primo comma specifica che i soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, e le forniture compresi nel contratto"* e che *"La SUA ha appositamente motivato il ricorso a tale criterio, sempre all'interno dell'avviso per manifestazione di interesse, specificando che, in ragione dell'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere, si riteneva di ricorrere alla limitazione del suddetto istituto; ciò anche al fine di ridurre il potenziale rischio di frammentazione dei lavori e di coordinare in modo più efficace le attività fra gli attori coinvolti"*.

Sul punto, la S.A. ulteriormente significava che *"E' da ritenersi pertanto assolutamente rientrante nel novero della discrezionalità amministrativa, la scelta di apporre dei criteri motivati che consentano alla Centrale di Committenza, in assenza di ricorso al meccanismo del sorteggio, di individuare le imprese che possano garantire al meglio il corretto espletamento dei lavori appaltati. Infatti, dovendo scegliere delle imprese con cui avviare la procedura negoziata senza bando, la SUA deve poter individuare operatori che garantiscano la piena realizzazione dell'opera e la gestione del cantiere, godendo della totale capacità tecnica e organizzativa"*.

Nella sostanza, la Provincia di Biella ribadiva conclusivamente *"la legittimità e la ragionevolezza del proprio operato, in relazione all'esigenza di superare il divieto di sorteggio sancito dal D.lgs. 36/2023, individuando criteri finalizzati all'invito di operatori economici che garantiscano efficienza e celerità nell'espletamento dei lavori"*.

In riferimento a tali deduzioni, si osserva preliminarmente l'irrelevanza delle argomentazioni della stazione appaltante nel ritenere non sussistente la violazione della disciplina in termini di subappalto, attesa l'asserita esigenza di individuare criteri finalizzati alla selezione degli operatori economici da invitare, ritenuti di per sé non preclusivi nella fase di scelta degli operatori economici.

Sul punto, va rilevato che tali considerazioni non appaiono condivisibili, atteso che la previsione contenuta nelle manifestazioni d'interesse non risulta finalizzata a premiare chi subappalta la minor quota di lavorazioni, piuttosto contiene l'assunzione dell'impegno a non subappaltare le opere, ai fini dell'ammissione alla procedura negoziata. Ne è riprova la circostanza secondo cui non è previsto alcun punteggio premiale in caso di mancato subappalto delle opere, configurandosi piuttosto una preclusione ad utilizzare il subappalto, inserita a monte nella fase di individuazione dei soggetti da invitare alla procedura negoziata e tale da consentire la non ammissione dei soggetti che intendono avvalersi del subappalto.

Riguardo alla possibilità di escludere in linea generale il ricorso al subappalto, si evidenzia in primo luogo che la vigente disciplina del subappalto nella contrattualistica pubblica è contenuta in primis nell'art. 104, comma 11 del d.lgs. 36/2023, il quale stabilisce che *"Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese 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, siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento"*.



Coerentemente, il successivo art. 119, comma 2 del medesimo decreto, che richiama la formulazione del previgente Codice, di cui all'art 105 del d.lgs. 50/2016, prevede che *"Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali"*, precisando ulteriormente che *"Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, oppure nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contrattante, l'importo del subcontratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati"*.

Tale articolo, pertanto, conferisce la legittimazione all'impresa esecutrice ad avvalersi dell'istituto in esame, pur nel rispetto dei limiti ivi riportati, anche tenuto conto di quanto specificato nel Parere MIT n. 2158/2023, secondo cui *"... la stazione appaltante non può vietare il subappalto in termini generali, bensì deve specificare, nella documentazione di gara, le lavorazioni oggetto del contratto, la cui esecuzione debba avvenire a cura dell'affidatario. Conseguentemente, le motivazioni da porre a fondamento di tale scelta, devono essere correlate alle prestazioni/lavorazioni, ovvero all'unica tipologia di prestazione/lavorazione oggetto del contratto..."*

Nel merito, l'Autorità ha più volte avuto modo di pronunciarsi riguardo alla non conformità delle clausole contenute in un bando di gara che vietano indiscriminatamente il ricorso al subappalto, precisando altresì che l'eventuale previsione di limitazioni o divieti al subappalto deve comunque essere motivata da specifiche esigenze di natura tecnico-organizzativa, nonché rispettare i principi di proporzionalità e di massima partecipazione.

Tale posizione risulta chiarita con Parere n. 1024 dell'11 ottobre 2017 (sulla scorta di quanto già affermato nel Parere sulla Normativa AG 25 del 20 dicembre 2012 e nel Parere di Precontenzioso n. 60 del 23 marzo 2013).

Nel caso di specie, tale esclusione del subappalto risulta motivata, in linea generale, in riferimento alla principale esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e di ridurre il potenziale rischio di frammentazione dei lavori, al fine anche di poter coordinare in modo più efficace le attività fra gli attori coinvolti, con un generico richiamo alle caratteristiche dell'appalto, senza tuttavia alcun riferimento alle specifiche lavorazioni/prestazioni che si ritiene debbano essere svolte necessariamente dal soggetto affidatario.

In tale contesto, inconferenti appaiono i richiami operati dalla S.A. a taluna giurisprudenza, segnatamente richiamando la sentenza del Tar Piemonte n. 578/2018, posto che tale sentenza si riferisce ad una gara d'appalto laddove, diversamente al caso in esame, non era vietato il subappalto, bensì venivano incoraggiati i concorrenti a ricorrervi il meno possibile, premiando con punteggio aggiuntivo le offerte tecniche delle imprese che affidavano la minor quota dell'appalto, richiamandosi, tra l'altro, come profilo problematico di allora, la mancanza di una responsabilità diretta del subappaltatore nei confronti della stazione appaltante, ad oggi prevista nel codice dei contratti.

Parimenti, non pare adeguato il richiamo, da parte della stessa stazione appaltante, a taluni pronunciamenti sovranazionali, che si riferiscono a possibili restrizioni del subappalto che perseguono



" un obiettivo legittimo di interesse pubblico e purché rispetti il principio di proporzionalità, vale a dire, sia idonea a garantire la realizzazione di tale obiettivo e non vada oltre quanto è necessario a tal fine" , la cui ratio non risulterebbe riscontrabile nel caso di specie.

Sul punto va tenuto presente, come chiarito dalla giurisprudenza, che *" La figura del c.d. subappalto necessario o qualificante – che consente ai concorrenti privi di taluni requisiti di partecipare in ogni modo alle procedure – persegue l'obiettivo dell'apertura del mercato dei contratti pubblici e della massima partecipazione alle gare, nell'interesse non solo degli operatori economici ma anche delle stazioni appaltanti"* (cfr. TAR Lombardia, sentenza n. 2641/2021).

Inoltre, non parimenti condivisibile risulta in linea generale la considerazione della Stazione appaltante di avere scelto criteri *" in grado di garantire la massima capacità di realizzazione dei lavori, al fine di giungere in tempi celeri all'ultimazione delle opere secondo le regole dell'arte"*, atteso che il subappalto non può identificarsi di per sé come strumento che svilisce la qualità delle prestazioni, a prescindere dalla tipologia delle prestazioni, attesa la necessità di esigere nei confronti del subappaltatore il possesso dei requisiti di qualificazione e tenuto conto della previsione del nuovo codice di cui all'art. 119, comma 6, secondo cui il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto.

Peraltro, si tenga presente che il divieto di subappalto, non giustificato dalla natura delle prestazioni, limita anche la libertà organizzativa ed imprenditoriale delle imprese, in quanto obbligate a sostenere in proprio tutti gli oneri delle lavorazioni, alcune dei quali, qualificate non essenziali, potrebbero invece essere utilmente demandate ad altri soggetti in possesso dei requisiti di legge, in assenza di specifiche esigenze da motivare esplicitamente nella decisione di contrarre. Va infatti osservato che la corretta attuazione della normativa in materia di subappalto risulta in grado di contemperare l'interesse pubblico alla corretta esecuzione dell'appalto con l'esigenza di non limitare eccessivamente la libertà di organizzazione e gestione dell'appalto da parte dell'affidatario, consentendo all'appaltatore di avvalersi, per ragioni tecniche e/o organizzative, di soggetti terzi in possesso dei necessari requisiti generali e speciali.

Al riguardo, si tenga ulteriormente presente che l'allegato II.1 del nuovo codice, in merito ai criteri di scelta degli offerenti, prevede espressamente che *" La scelta degli operatori da invitare alla procedura negoziata deve essere effettuata secondo criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza ..."*, essendo evidente che l'esigenza di evitare il sorteggio non può comunque comportare la violazione dei principi generali su richiamati.

Alla luce di quanto sopra, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 10 aprile 2024 ha disposto la trasmissione della presente nota, ritenendo di non condividere il criterio di selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate in oggetto, adottato dalla Stazione appaltante Provincia di Biella, correlato all'impegno a non subappaltare le opere.

Sul punto si precisa che - rilevato che la motivazione addotta dalla stazione appaltante è da correlare a questioni (controllo del cantiere e mancata frammentazione delle lavorazioni) da ritenersi di carattere generale e non riferite alla specificità di lavorazioni ritenute non subappaltabili – attraverso tale criterio si introduce surrettiziamente un generale divieto indiscriminato di subappalto, non coerentemente con il disposto di legge di cui all'art. 119 del d.lgs. 36/2023, nonché con i principi di proporzionalità e di massima partecipazione, con possibile limitazione anche della libertà organizzativa ed imprenditoriale delle imprese, sottesa alla corretta attuazione della normativa in tema di subappalto.

A tal fine, si raccomanda, per il futuro, l'adozione di criteri selettivi maggiormente coerenti con le previsioni codicistiche, in attuazione della normativa di cui all'art. 50 e all'allegato II.1 del d.lgs. 36/2023, nonché dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.



Per completezza, si evidenzia, infine, che la presente nota è finalizzata a prevenire, per il prosieguo dell'appalto, l'insorgenza di criticità ostative al regolare avanzamento dei lavori, contenziosi, sospensioni dei lavori o rischi di perdita di finanziamenti europei. Ciò anche nell'intento di promuovere, per il futuro, un maggior rigore nell'applicazione delle norme sopra richiamate.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente