Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 462 DEL 27 MAGGIO 2020

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dal Comune di Scano di Montiferro e dalle [redacted]. e dalla costituenda [redacted] — Lavori e forniture arredi "Scuole del nuovo millennio – Piano straordinario di edilizia scolastica iscol@, programma asse I "Scuole del nuovo millennio" - Nuovo polo scolastico diffuso Montiferru - Planargia "Raighinas e Alas" -Riqualificazione dei complessi scolastici siti in Scano di Montiferro Corso V. Emanuele e Tresnuraghes via Cesare Battisti - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta: euro 1.690.000,00 - S.A.: Comune di Scano di Montiferro
PREC 73/2020/L-F

Contratti misti – Qualificazione dell'operatore economico – Ricorso al Subappalto facoltativo e al subappalto qualificante – Ammissibilità – Limiti
L'operatore economico che partecipa alla gara per l'affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal Codice per ciascuna prestazione prevista nel contratto. Dal combinato disposto degli artt. 28 e 105 del Codice, si deve ritenere che nei contratti misti sia consentito il ricorso al subappalto facoltativo; inoltre, non sembra potersi escludere che in relazione a ciascuna categoria di prestazione che costituisce 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.
Artt. 28, 105 D.lgs. 50/2016

Rilevato in fatto
Con istanze congiunte di parere acquisite al prot. n. 26048 del 3 aprile 2020, integrate con nota prot. n. 27834 del 14 aprile 2020, il Comune di Scano di Montiferro, le [redacted]. e la costituenda [redacted] con mandataria la [redacted] hanno chiesto il parere dell'Autorità in merito alla legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara in oggetto disposta nei confronti delle istanti per mancanza dei requisiti di qualificazione fissati dalla *lex specialis,* relativamente alla categoria fornitura di arredi e attrezzature.
In punto di fatto, va rilevato che con bando pubblicato sulla GURI il 3 gennaio 2020, il Comune di Scano di Montiferro indiceva una gara finalizzata all'affidamento di un contratto misto di lavori e forniture, per un importo pari ad euro 1.662.450, di cui euro 1.335.757,20 per lavori ed euro 306.692,80 per forniture.
Il disciplinare di gara, ai punti 3.2.2. e 3.2.3., individuava chiaramente i requisiti di qualificazione che le Imprese erano tenute a possedere ai fini della partecipazione alla gara: relativamente ai lavori era richiesta

l'attestazione SOA nelle categorie OG1 class. III-bis e OS30 class. II (con riduzione del quinto); quanto alle forniture, erano richiesti un fatturato globale minimo annuo (ultimi 10 anni) pari ad euro 307.942,60, un fatturato minimo nelle forniture di arredi e attrezzature (ultimi 5 esercizi) pari ad euro 150.000,00, e l'avvenuta esecuzione di almeno una fornitura di arredi e attrezzature dell'importo minimo pari ad euro 245.000,00.

In data 13 gennaio 2020, un operatore economico inoltrava, attraverso la piattaforma telematica per l'espletamento della gara, la seguente richiesta di chiarimenti: "*si chiede con la presente se le forniture possono essere totalmente affidate a terzi e cioè se un'impresa qualificata per i lavori e in possesso di iscrizione SOA OG1 V e OG11 I possa partecipare come concorrente singolo dichiarando il subappalto dell'intera voce "forniture"*. La Stazione appaltante, il 16 gennaio 2020, pubblicava la seguente risposta: "*Nelle Condizioni descritte è possibile partecipare singolarmente e subappaltare per intero le forniture (SUBAPPALTO NECESSARIO QUALIFICANTE)*".

Alla scadenza dei termini fissati dal bando di gara, pervenivano 4 offerte.

Durante la prima seduta pubblica, la Commissione aggiudicatrice rilevava che le tre Società odierne istanti [redacted] con mandataria la [redacted]l. erano carenti dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa fissati dal disciplinare per la componente forniture; le tre imprese, dichiaravano, infatti, di volerle subappaltare per intero, conformemente al contenuto del chiarimento pubblicato dalla Stazione Appaltante sulla piattaforma. La Commissione, pertanto, decideva di chiedere al RUP se la faq pubblicata sulla piattaforma dovesse intendersi come sostituiva ed integrativa degli atti di gara e tale da consentire l'ammissione di operatori economici qualificati solo per i lavori ovvero se gli unici atti vincolanti di una gara siano il bando e il disciplinare con la conseguenza che le imprese, non regolarmente qualificate secondo la *lex specialis,* dovevano essere escluse, previa attivazione del soccorso istruttorio.

Nella successiva seduta del 28 febbraio 2020, la Commissione, acquisita la risposta del RUP ed effettuato un ulteriore approfondimento, concludeva per la non ammissibilità del ricorso al subappalto qualificante per la componente forniture ed attivava il soccorso istruttorio, all'esito del quale proponeva l'esclusione delle tre società, confermata dal Comune di Scano di Montiferro con provvedimento del 18 marzo 2020.

Nelle memorie trasmesse in sede procedimentale, le società istanti contestano la legittimità dell'esclusione in quanto la stessa Stazione appaltante, con il chiarimento pubblicato, aveva ingenerato l'errato convincimento circa l'ammissibilità del ricorso al subappalto qualificante per la componente forniture; richiamano, peraltro, le pagine 5-6 del disciplinare di gara ove viene espressamente attribuito valore integrativo e/o correttivo degli Atti di Gara alle risposte alle richieste di chiarimento pubblicate sulla piattaforma di gara. Chiedono, pertanto, la riammissione in gara ovvero l'annullamento della procedura.

La Stazione appaltante difende il proprio operato, affermando che la risposta fornita dal RUP alla richiesta di chiarimenti doveva necessariamente intendersi "*fatti salvi i requisiti di capacità economico-finanziaria*"; diversamente, infatti, il chiarimento avrebbe comportato una modifica sostanziale degli atti di gara, con contestuale necessità di procedere alla ripubblicazione degli atti stessi e all'assegnazione di ulteriori termini per la presentazione delle offerte. Pertanto, le tre imprese, non possedendo i requisiti di qualificazione fissati dal disciplinare per la componente forniture, sono state legittimamente escluse dalla gara.

Con nota prot. n. 29925 del 22 aprile 2020 è stato comunicato l'avvio del procedimento.

Considerato in diritto

Sull'ammissibilità del ricorso al subappalto qualificante nei contratti misti

La vicenda sottoposta all'attenzione dell'Autorità richiede di svolgere un preliminare studio sull'ammissibilità del ricorso al cd. subappalto necessario o qualificante nei contratti misti.

Come noto, il cd. subappalto qualificante era originariamente disciplinato dall'articolo 109 del D.P.R. n. 207/2010, abrogato e sostituito dall'articolo 12 del D.L. n. 47/2014, i cui commi 1 e 2 consentono l'ammissione alla gara anche al concorrente carente dei requisiti relativi a ciascuna delle categorie a qualificazione obbligatoria, purché qualificato, per la categoria prevalente, con una classificazione corrispondente all'importo totale dei lavori e purché si sia impegnato, per l'esecuzione dei lavori, a subappaltare le opere scorporabili ad un'impresa in possesso della relativa qualificazione.

A differenza del subappalto ordinario o facoltativo dove l'operatore economico che concorre alla gara possiede in proprio tutti i requisiti richiesti per l'esecuzione delle lavorazioni di cui si compone l'opera e la scelta di affidare l'esecuzione di una parte ad un'impresa terza risponde a mere ragioni di opportunità o di convenienza economica, in quello qualificante od obbligatorio il concorrente fa affidamento sui requisiti di un'altra impresa ai fini della partecipazione alla gara dalla quale, altrimenti, verrebbe escluso.

In tal senso, parte della giurisprudenza ha sottolineato le forti analogie che intercorrono con l'avvalimento, trattandosi in entrambi i casi di strumenti di qualificazione ed è giunta, in tal senso, ad affermare l'obbligo del concorrente di indicare, già in fase di partecipazione, il nominativo del subappaltatore. Tuttavia, il Consiglio di Stato, nella Adunanza Plenaria n. 9 del 2015, ha chiarito che nonostante le evidenti similitudini tra subappalto qualificante e avvalimento, il primo riguarda l'esecuzione della prestazione, sicché l'impresa che ne usufruisce non deve indicare il nome del subappaltatore in sede di presentazione dell'offerta.

Anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 e del decreto ministeriale 248/2016 – che, abrogando la disciplina contenuta nell'art. 12 del D.L. 47/2014, ha individuato il nuovo elenco delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione – il subappalto qualificante continua ad essere un istituto contemplato da specifiche disposizioni legislative e quindi di sicura applicabilità, anche a prescindere da un espresso richiamo nel bando di gara (cfr. sul punto TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 6 marzo 2019, n. 3023; TAR Piemonte, Torino, sez. II, 17 gennaio 2018 n. 94; TAR Campania, Napoli, sez. I, 1° marzo 2018, n. 1336).

Sebbene l'istituto sia stato disciplinato dal legislatore con riferimento agli appalti di lavori, è stata riconosciuta la possibilità di farvi ricorso anche negli appalti di servizi e forniture. L'Autorità, nel parere rilasciato il 4 febbraio 2015 AG/1/2015/AP, ha dato atto dell'orientamento giurisprudenziale che ha «*ritenuto applicabile*» il subappalto qualificante «*oltre che nel settore dei lavori pubblici… anche nel settore dei servizi e delle forniture*» (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900; più di recente, Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 03 giugno 2019, n. 144).

Anche nella relazione AIR al Bando tipo n. 1/2017 per l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, l'Autorità, pur non ritenendo opportuno inserire la clausola del subappalto qualificante, ha chiarito che una tale previsione in una procedura relativa a forniture o servizi non costituirebbe motivo di illegittimità del bando. Se ne desume, pertanto, che, a differenza degli appalti di lavori, ove il ricorso al subappalto qualificante è consentito a prescindere da un'espressa previsione negli atti di gara, negli affidamenti di servizi e forniture è facoltà delle singole Stazioni appaltanti inserire nella *lex specialis* clausole che ne consentano l'utilizzo agli operatori economici. Tuttavia, vi è da notare come proprio in relazione agli appalti di servizi e forniture, 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 possieda, con riferimento alla prestazione principale, requisiti di qualificazione relativi al complessivo importo contrattuale.

Con riferimento ai contratti misti, il ricorso al subappalto qualificante deve ritenersi consentito entro certi limiti. Invero, l'art. 28, comma 1, del d.lgs. 50/2016 stabilisce che "*L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto.*". In altri termini, in caso di contratti misti, l'operatore economico concorrente in gara deve possedere tutti i requisiti e le capacità correlate ad ogni singola prestazione, quale oggetto del contratto, nessuna esclusa. Siffatta disciplina normativa, che ricalca quella già prevista dall'art. 15 del precedente Codice, è stata confermata nel suo pieno significato precettivo dalla giurisprudenza. In tal senso, molto chiaro è il Cons. Stato Sez. V, 7 agosto 2017, n. 3918, ove statuisce che: "*... la scelta legislativa si è mossa su una diversa linea, di rigore applicativo, superando le perplessità manifestate dall'orientamento giurisprudenziale secondo cui si poteva ammettere la partecipazione dell'operatore in possesso delle sole qualificazioni inerenti le lavorazioni prevalenti, laddove le ulteriori lavorazioni presentassero carattere soltanto secondario e accessorio. Inoltre, il rigore che caratterizza la richiamata opzione normativa si riflette nel fatto che, ai sensi dell'articolo 15 (cui oggi corrisponde la previsione dell'articolo 28, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016), il possesso dei requisiti di qualificazione e capacità per lo svolgimento di ogni singola prestazione costituente l'appalto misto è condizione per la partecipazione alla gara e non solo per l'esecuzione dell'appalto*". In altri termini, come ben evidenzia sempre il giudice amministrativo di appello, "*... la speciale previsione .....impone all'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto, di possedere i requisiti di qualificazione e capacità per ciascuna prestazione prevista dal contratto*" (in senso analogo, cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 dicembre 2013, n. 5917; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 17 ottobre 2018, n. 2322). Anche l'Autorità ha confermato siffatta inequivoca lettura dell'indicata norma, stabilendo che "*...nei contratti misti di servizi e lavori occorre prevedere, a titolo di requisiti di partecipazione, sia la dimostrazione della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale per l'erogazione dei servizi, in base agli articoli 41 e 42 del d.lgs. 163/2006, sia il possesso della qualificazione SOA nella categoria e classifica corrispondenti alla natura e all'importo dei lavori da eseguire; ciò in quanto, ai sensi dell'articolo 15 del d.lgs. 163/2006, l'operatore economico che concorre all'affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti*

di qualificazione e capacità prescritti dallo stesso codice per ogni singola prestazione contrattuale, secondo il c.d. principio della combinazione delle differenti discipline, in base al quale, in materia di qualificazione, l'operatore economico deve essere qualificato per tutte le prestazioni di lavori, servizi e forniture secondo le norme previste per ciascuna di tali prestazioni." (ANAC, delibera n. 332/2016).

In sostanza, l'operatore economico che partecipa alla gara per l'affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal Codice per ciascuna prestazione prevista nel contratto. Ciò non comporta, tuttavia, un divieto assoluto di ricorso al subappalto: dal combinato disposto degli artt. 28 e 105 del Codice, si deve ritenere che nei contratti misti sia consentito il ricorso al subappalto facoltativo; inoltre, 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.

Nel caso di specie, il disciplinare di gara individuava puntualmente i requisiti di qualificazione che i concorrenti erano tenuti a possedere sia per i lavori sia per le forniture. Con il successivo chiarimento pubblicato sulla piattaforma, la Stazione appaltante, ha tuttavia avallato la partecipazione in gara di operatori economici in possesso della qualificazione solo per la componente lavori che dichiarassero, al contempo, la volontà di subappaltare per intero le forniture (cd. subappalto necessario o qualificante).

Si condivide quanto affermato dall'Amministrazione in merito alla natura dei chiarimenti che, se non accompagnati dalla ripubblicazione degli atti di gara e da una proroga dei termini per la presentazione delle offerte, non possono modificare la disciplina di gara ma solo specificarne il contenuto precettivo, qualora di significato equivoco.

Tuttavia, va rilevato che il chiarimento reso non ha modificato la *lex specialis*, introducendo nuovi requisiti di qualificazione o disposizioni in contrasto con le regole già fissate dal bando di gara. Il RUP, invero, rispondendo alla richiesta avanzata dall'operatore economico, si è limitato a consentire una specifica modalità di qualificazione, rispetto alla quale non si rinviene nel bando e nel disciplinare alcuna disposizioni che, al contrario, ne vietasse il ricorso.

Con il suddetto intervento, l'Amministrazione ha, pertanto, ingenerato nei concorrenti l'erroneo convincimento circa l'ammissibilità del ricorso al subappalto necessario ai fini della qualificazione per le prestazioni relative alle forniture; il tenore letterale del chiarimento esclude che possa farsi ricorso ad interpretazioni diverse da quella evincibile in modo immediato dalle parole utilizzate, ovvero che, come sostenuto della Stazione appaltante, l'autorizzazione al ricorso al subappalto qualificante dovesse intendersi "*fatti salvi i requisiti di capacità economico-finanziaria*". La domanda e la conseguente risposta conducevano inequivocabilmente a ritenere che gli unici requisiti che i concorrenti erano tenuti a possedere ai fini della legittima partecipazione alla gara fossero quelli relativi alle lavorazioni da eseguire.

La stessa circostanza che tre dei quattro operatori economici concorrenti alla gara abbiano dichiarato di subappaltare per intero la voce forniture, invocando a sostegno della scelta effettuata la faq pubblicata, sembra ulteriormente escludere ogni diversa interpretazione del chiarimento fornito.

Ebbene, secondo un principio ormai pacifico e consolidato, nel caso in cui il comportamento dell'Amministrazione abbia indotto in errore taluni partecipanti alla gara, è suo onere porvi rimedio. La tutela dell'affidamento e la correttezza dell'azione amministrativa impediscono, infatti, che le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante, idonea a generare convincimenti non esatti e a dare indicazioni o avvertenze fuorvianti, possano essere traslate a carico del soggetto partecipante. Ciò in quanto un corretto rapporto tra Amministrazione e privato deve essere rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità, nonché di quello specifico enunciato nell'art. 1337 del cod. civ., secondo il quale nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto le parti devono comportarsi secondo buona fede, lealtà e correttezza. (Deliberazione ANAC n. 166 del 23/05/2007; Parere di Precontenzioso n. 139 del 20/07/2011; Parere di Precontenzioso n. 255 del 10/12/2008; Cons. Stato, V, 5 luglio 2011, n. 4029; Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2015, n. 5454).

Non appare, pertanto, legittima l'esclusione dalla gara delle imprese istanti, indotte in errore dal chiarimento pubblicato sulla piattaforma.

In particolare, se la Commissione aggiudicatrice, tenuta all'applicazione della *lex specialis* e non vincolata ai chiarimenti resi dal RUP, ha correttamente rilevato un difetto di qualificazione delle imprese in relazione alla componente forniture, la Stazione appaltante, consapevole di aver reso indicazioni fuorvianti, è tenuta ad adottare ogni provvedimento idoneo a tutelare il legittimo affidamento ingenerato, evitando che le conseguenze della propria condotta colposa ricadano in danno delle imprese istanti.

In tale contesto, i principi della *par condicio competitorum*, della segretezza delle offerte, nonché gli stessi limiti in cui è consentito il ricorso al soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, escludono che le imprese istanti, carenti di un requisito sostanziale, possano essere *sic et simpliciter* riammesse in gara, ovvero che sia loro consentita una modificazione soggettiva postuma atta a colmare il difetto di qualificazione originale.

Nel contemperamento tra l'esigenza di assicurare la legittimità dell'azione amministrativa ed, in particolare, il rispetto della normativa codicistica in tema di qualificazione degli operatori economici, e quella di offrire adeguata tutela al legittimo affidamento delle imprese istanti, anche a garanzia della massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, si ritiene necessario che la Stazione appaltante proceda alla ripetizione della procedura di gara, secondo le indicazioni fornite nella presente delibera sulla qualificazione nei contratti misti.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che il bilanciamento tra l'interesse alla corretta qualificazione degli operatori economici e quello di evitare che un'illegittima individuazione degli stessi – anche alla luce di chiarimenti forniti rispetto alla documentazione di gara – produca effetti lesivi della concorrenza e imponga la ripetizione della procedura di gara.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 giugno 2020
Per il segretario Maria Esposito
Rosetta Greco