Circolare n°615/C/2020: Subappalto: ulteriori approfondimenti da parte delle giurisprudenza.

29 Dicembre 2020

Negli ultimi anni, **il subappalto** – istituto fondamentale nell'esecuzione delle opere pubbliche – è stato **oggetto di numerosi interventi legislativi e modifiche normative**, che hanno lasciato irrisolte importanti criticità.

Di seguito, una sintesi delle pronunce più recenti, di maggiore interesse.

1. Legittimità del limite del 30% al subappalto

Limiti al subappalto necessario – Corte di giustizia dell'Unione europea – Differenze delle percentuali del 30% e 40% – Primo gennaio del 2021

*Come noto, il **decreto cd. "sblocca cantieri"** – dopo aver previsto la sospensione dell'art. 105, co. 2 del Codice* degli *appalti laddove prevede che l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto – ha stabilito in sede di conversione che, nelle more di una complessiva revisione dello stesso Codice, "**fino al 31 dicembre 2020** … **il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento**" (art. 1, co. 18, del D.L. 18/04/2019 n. 32, conv. in L. 14.06.2019 n. 55).*

A tale riguardo, il Consiglio di Stato **con sentenza n. 8101 del 2020** ha osservato che la **norma del codice dei contratti pubblici – di prossimo ritorno – deve essere disapplicata**, in quanto **ponendo limiti al subappalto è** incompatibile con l'ordinamento euro-unitario (*cfr.,* in ultimo, Corte di Giustizia C-63/18; e, negli stessi in termini sent. Cons. St, n. 389/2020, in cui si legge che «*30 per cento … deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea*»).

- Consiglio di Stato, sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101

2. OS32: super-specialistica a qualificazione non obbligatoria

Subappalto necessario – Qualificazione eccedente la categoria prevalente – Incremento del quinto – SIOS – OS32 – Categorie a qualificazione non obbligatoria

L'ineseguibilità dell'appalto, e conseguente necessità di ricorrere al subappalto, da parte di **operatori privi della qualifica obbligatoria**, **non è predicabile nei confronti della** categoria super-specialistica **OS32**, relativa alle strutture in legno. Pertanto, secondo quanto sancito nella sentenza n. 8096 del 2020 del Consiglio di Stato, è **legittima la partecipazione dell'impresa** alla gara, in cui sia prevista la categoria la OS32, anche **laddove sia qualificata SOA nella sola categoria prevalente** per una classifica che copre l'intero importo dei lavori oggetto dell'appalto, ciò tenuto conto anche dell'**aumento del quinto**. Infatti, la qualificazione dell'aggiudicataria per una **classifica superiore all'importo globale dei lavori** consente di applicare l'art. 92, co. 1, del Regolamento, secondo cui **gli eventuali requisiti relativi alle categorie scorporabili**, non posseduti dall'impresa, devono essere inputati **con riferimento alla categoria prevalente**.

Ciò posto, **la categoria OS32**, benché elencata dal decreto MIT n. 248/2016 tra le c.d. "super-specialistiche" o SIOS, nei confronti delle quali l'avvalimento non è consentito ed il subappaltò è limitato al 30% del relativo valore, nondimeno tale categoria **non rientra tra quelle "a qualificazione obbligatoria"** ossia tra le categorie che «*non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la*

sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni» (vedi, da ultimo, art. 12, co. 2, lett. *"b"* del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito dalla l. n. 80/2014).

Ne consegue che seppure **di natura super-specialistica, i lavori concernenti le strutture in legno di cui alla categoria OS32 non sono a qualificazione obbligatoria**, per cui in base all'art. 92 citato (tuttora vigente in base alla norma transitoria prevista dall'art. 216, co. 14, del Codice) l'operatore economico privo della qualificazione in tale categoria scorporabile può eseguire tali lavori, se qualificato nella categoria prevalente per l'intero importo dell'appalto.

- Consiglio di Stato, Sezione V, 17 dicembre 2020, n. 8096

3. OG12: il trasporto a discarica non è subappalto

Esclusione dalla gara – Dichiarazione di subappalto – Servizio di trasporto alla discarica – OG12 – Subcontratto – Comunicazioni alla Stazione appaltante

In un appalto, concernente opere di bonifica, **non può essere disposta l'esclusione dalla gara per l'aggiudicatario che non abbia dichiarato il ricorso al subappalto per il trasporto dei rifiuti** alla discarica. Infatti, la designazione di un'altra impresa per tale attività, non attenendo alle prestazioni oggetto di gara, **non può rappresentare un subappalto non dichiarato.**

A tale riguardo, come confermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 8027 del 2020, ai fini della partecipazione **è sufficiente che l'impresa sia in possesso di una qualificazione in OG12 sufficiente a coprire l'importo dell'appalto** – oltreché degli altri requisiti previsti dal bando (iscrizione all'ANGA e autorizzazione per i mezzi) – **e perciò possa** "in astratto" **svolgere in proprio il servizio di trasporto** alla discarica del materiale di risulta.

Infatti, il servizio di trasposto e conferimento in discarica **non configura un segmento delle prestazioni oggetto del contratto di lavori, ma un servizio collaterale prestato dal terzo** in una fase ormai finale delle opere di cui all'appalto (avente ad oggetto lavori di realizzazione e bonifica della discarica comunale).

L'affidamento a terzi di tale servizio, inerendo a prestazioni che, seppur necessarie, esulano dalla gara, **viene dunque a configurare un'ipotesi di subcontratto, dal quale sorge unicamente l'obbligo di comunicazione alla Stazione appaltante** ai sensi dell'art. 105, co. 2, del Codice, in base al quale *"L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono sub-appalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati"*.

- Consiglio di Stato, Sezione V, 15 dicembre 2020, n. 8027

4. I contratti continuativi di cooperazione

Contratto di cooperazione – Subappalto – Prestazioni residuali ed accessorie – Attività eseguite dall'aggiudicatario – Deformalizzazione e obbligo di documentazione.

I contratti continuati di cooperazione sono strumenti attraverso i quali i soggetti affidatari della gara possono porre in essere nella fase dell'esecuzione del contratto le **prestazioni che hanno natura residuale ed accessoria** e non possono essere utilizzati per soddisfare i requisiti di partecipazione.

Infatti, secondo quanto espresso nella sentenza n. 7142 del 2020 dal Consiglio di Stato, l'art. 105 comma 3, lett. *c-bis)* del Codice, riguardante l'utilizzo in esecuzione di soggetti sotto contratto di cooperazione, deve essere coordinato con il principio in base secondo cui **le attività oggetto di appalto devono essere** di regola **eseguite dall'aggiudicatario** (vedi il testo ove si riferisce alle **sole "*prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari*"** e non anche l'apporto di qualifiche e requisiti soggettivi mancanti). Secondo tale orientamento, il rapporto di cooperazione **viene** quindi **ad incidere sulla sola fase esecutiva dell'appalto** – ossia in un momento che presuppone come già risolta l'individuazione, a monte, di un appaltatore munito dei

necessari requisiti – e **non può riguardare l'affidamento delle medesime prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto.** Al più, in questo contratto, possono esservi ricomprese **prestazioni che**, pur connesse al complessivo oggetto dell'appalto e pur necessarie per la corretta esecuzione della prestazione principale, **appaiono**, rispetto a quest'ultima, **di carattere complementare ed aggiuntiva**, avendo natura residuale ed accessoria.

In generale, le restrizioni entro le quali può dirsi consentito il ricorso ai contratti di cooperazione traggono argomento dalla **sostanziale deformalizzazione** che assiste siffatta tipologia negoziale, **soggetta al solo obbligo della documentazione** *"prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto*" e, per il resto, **sottratta a tutta quella di serie di prescrizioni procedurali che invece si impongono in caso di subappalto** (dall'autorizzazione preventiva da parte della stazione appaltante; alla comunicazione all'atto dell'offerta delle prestazioni che il concorrente intende subappaltare; all'eventuale verifica delle cause di esclusione e dei requisiti di qualificazione in capo ai subappaltatori; ai criteri di limitazione qualitativa e quantitativa del possibile ricorso al subappalto).

- Consiglio di Stato, sez. III, 17 novembre 2020, n. 7142

42949-Circolare n 615_C_2020.pdfApri