Circolare n°88/C/2022: Subappalto: nessuna eccezione per le categorie super specialistiche.

1 Marzo 2022

Anche prima della riformulazione dell'art. 105 del Codice dei contratti, **doveva essere disapplicato il tetto massimo del 30% per il subappalto delle categorie "*super specialistiche*"**, perché connotato di astrattezza e genericità (*cfr.* D.Lgs. n. 50/2016, come modificato dal D.L. n. 77/2021, convertito con modificazioni dalla L. n. 108/2021).

E' quanto stabilito dal Consiglio di Stato (sez. V, sent. 1° febbraio 2022, n. 689), chiamato a decidere sulla legittimità di un bando di gara (pubblicato il 1° luglio 2020), che disponeva: «***non vi sono limitazioni al subappalto dei lavori oggetto del presente intervento***», senza fare distinzioni o eccezioni per le categorie "super specialistiche", motivando tale scelta con la necessaria coerenza con l'articolo 71 della Direttiva 2014/24/UE, sugli appalti pubblici.

Ciò veniva confermato, anche nelle FAQ della stessa stazione appaltante, in cui veniva chiarito che era possibile partecipare alla gara, subappaltando le categorie "super specialistiche" OS28 – OS30 e OS6 per intero, coprendole con la prevalente.

1. **Limiti al subappalto delle SIOS**

Nei contratti pubblici, è operata una distinzione per i "*lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali*" o, più semplicemente, "SIOS" (art. 89, comma 11, del Codice). A tali lavori, elencati nelle declaratorie delle categorie SOA cd. "super specialistiche" (*cfr.* allegato A del D.P.R. 207/2010 e dec. MIT n. 248/2016), è riservata una disciplina specifica, qualora di importo superiore al 10% dell'intero appalto (art. 89, comma 11, del Codice). In particolare, con riferimento al subappalto delle SIOS, l'abrogato art. 105, comma 5 del Codice prevedeva, fino al 31 ottobre 2021, che «*l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso*» (*cfr.* art. 49, comma 2, lettera b), della legge n. 108 del 2021).

Tale limite era distinto da quello generale al subappalto, anch'esso calcolato su una percentuale massima (che nel tempo era salita dal 30% al 50%), ma rapportata all'importo totale dei lavori (*cfr.* il previgente art. 105, comma 2 del codice). La disciplina nazionale è stata tuttavia censurata dall'Unione europea, contraria all'apposizione di un limite generale ed astratto, che non teneva conto del settore economico interessato dall'appalto, della natura dei lavori o dell'identità dei subappaltatori (*cfr.* Commissione UE con la procedura di infrazione 2018/2273 e Corte di giustizia con le sentenze del 26 settembre 2019, causa C-68/18, e del 27 novembre 2019, causa C-402/18).

Conseguentemente, a far data dal 1° novembre 2021 dal D.L. n. 77/2021, il Codice è stato riformulato e ora prevede che il subappalto:

1. deve vertere su "*parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto*" (105, comma 1), escludendo, dunque, che si possa subappaltare la totalità delle prestazioni oggetto dell'appalto (*cfr.* Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 24 febbraio 2022, n. 1300);
2. può essere limitato «*in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11, dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare*» (art. 105, comma 2), riconoscendo quindi la discrezionalità della stazione appaltante chiamata a decidere e motivare l'eventuale limitazione del subappalto.

Tuttavia, in mancanza di un intervento da parte del legislatore, non era chiaro se erano **legittimi di quei bandi che**, anticipando la riformulazione del Codice, **avevano disapplicato il limite generale e astratto al subappalto**, e, come nel caso specifico in esame, se tale disapplicazione potesse interessare le SIOS.

2 . La posizione dell'ANAC

L'ANAC si era espressa favorevolmente alla **permanenza fino al 31 ottobre 2021 del limite quantitativo al subappalto delle categorie super specialistiche**, e, a supporto di tale affermazione, aveva osservato, che era lo stesso legislatore a voler assicurare all'amministrazione un appaltatore qualificato (*cfr.* Massima N. 213 – 2021 e Parere di Precontenzioso n. 771 del 24 novembre 2021).

Inoltre, come evidenziava sempre l'ANAC, le stesse pronunce della Ue non facevano alcun riferimento a tali opere o al regime normativo speciale previsto dal Codice (*cfr.* anche ANAC parere n. 704/2020 e delibera n. 613 dell'8 settembre 2021).

La stessa ANAC era giunta ad affermare che il limite generale al subappalto allora vigente (pari al 50% dell'importo del contratto e operante fino al 31 ottobre 2021), doveva «*essere calcolato con riferimento al valore complessivo del contratto, senza poter distinguere (come era precedentemente) tra categorie super specialistiche e altre categorie di lavorazion*i» (*cfr.* Comunicato 15 ottobre 2021, in chiarimenti sulla normativa).

3. La posizione del Consiglio di Stato

Secondo il Consiglio di Stato, a differenza di quanto valutato dal giudice di primo grado (TAR Basilicata, sez. I, sent. n. 240/2021), l'art. 105, comma 5, del Codice era incompatibile col diritto euro-unitario, non essendo sufficiente che la norma nazionale si riferisse *«a determinate tipologie di lavori speciali, che giustificano la determinazione di una soglia di esperibilità del subappalto".*

In realtà, come evidenzia il Consiglio di Stato, la disposizione sottraeva all'amministrazione aggiudicatrice la discrezionalità necessaria alla **valutazione** sul subappalto**, da farsi**, secondo la giurisprudenza sopranazionale, **caso per caso** *«tenuto conto, non della tipologia di lavori astrattamente considerata, bensì delle prestazioni e delle lavorazioni oggetto dello specifico affidamento, nonché delle caratteristiche di quest'ultimo».*

Ne consegue che **la censura della CGUE ricadente sulla generalità e astrattezza del citato art. 105, comma 2** del Codice, **doveva travolgere anche il successivo comma 5**, poiché il mero riferimento alle sole opere super specialistiche, prescindeva dalla natura delle lavorazioni richieste nel caso concreto. Infatti, come osserva il Consiglio di Stato, verificata la condizione di lavorazioni superiori al 10% dell'importo totale dei lavori, **l'amministrazione non poteva «*optare per la totale assenza di vincoli* *al subappalto o per l'imposizione di un limite inferiore al 30% delle opere subappaltabili, anche quando, nel contesto del singolo affidamento, esse siano scarsamente significative rispetto alla finalità del divieto di subappalto*».

Emblematico, secondo il Consiglio di Stato, è proprio il caso di specie, in cui, a parere della stazione appaltante, la categoria OS30 non prevedeva interventi di elevato contenuto tecnologico né di particolare complessità, bensì soltanto opere impiantistiche, a carattere accessorio rispetto alle opere edili, di ordinaria esecuzione.

Inoltre, secondo il Collegio, **la previsione della direttiva n. 24/2014**, secondo cui "*le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente*" (art. 63, comma 2, valorizzato anche nella sentenza di primo grado seppure riferita all'avvalimento), deve essere letta nel senso di **rimettere alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice l'eventuale fissazione di un limite** al subappalto nel singolo affidamento.

Nel riformare la sentenza e confermare l'aggiudicazione, la sentenza in esame va quindi ad arricchire la già consolidata giurisprudenza che legittima le stazioni appalti a disapplicare la norma interna contrastante con il diritto euro–unitario (*cfr.* da ultimo TAR Lombardia, Brescia, sez. I, sent. 8 febbraio 2022, n. 112 e sentenze ivi richiamate nonché il commento dell'ANCE in NEWS 12 febbraio 2022).

47769-Circolare n 88_C_2022.pdfApri