

REPUBBLICA ITALIANA



P FESR
SICILIA 2014-2020

REGIONE SICILIANA
ASSESSORATO DELLE ATTIVITA' PRODUTTIVE

Partita Iva 02711070827
Codice Fiscale 80012000826

Dipartimento Regionale delle Attività Produttive

90135 Palermo – via degli Emiri, 45

Tel. 0917079439

dipartimento.attivita.produttive@certmail.regione.sicilia.it

Dirigente Generale

90135 Palermo – via degli Emiri, 45

dirigente.attivitaproduttive@regione.sicilia.it

tel. 091 7079402-732 -fax 091 7079478

Palermo, Prot. n. 9964/DIR del 02/03/2021

Rif. prot. n. _____ del ____/____/____

Allegati n. _____

Oggetto: Regolamentazione dell'istituto del subappalto negli atti di gara di procedure ad evidenza pubblica sopra soglia alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sez. V, causa C-63/18, del 26 settembre 2019, di quanto previsto dall'Anac nell'Atto di segnalazione n. 8 al Governo e Parlamento "Concernente la disciplina del subappalto di cui all'art. 105 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50" e della giurisprudenza conseguente. Istruzioni per i Beneficiari.

A tutte le Strutture intermedie del
Dipartimento preposte alla gestione ed
al monitoraggio/certificazione del PO
FESR 2014/20 OO.TT. 1 e 3

A tutti i Beneficiari di Azioni degli
OO.TT. 1 e 3 del PO FESR 2014/20
di cui è CDR il Dipartimento delle
Attività Produttive

e, p.c. All'Assessore delle Attività Produttive

La sentenza della Corte di Giustizia Europea (causa C-63/18, del 26 settembre 2019) ha accolto la questione pregiudiziale sollevata dal TAR Lombardia, con ordinanza 148 del 19 gennaio 2018, con cui si chiedeva alla Corte di Giustizia di accertare se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea), l'assenza di limitazioni quantitative al subappalto di cui all'art. 71 della Direttiva, nonché il principio di proporzionalità ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 105, comma 2, terzo periodo, del citato D. Lgs. n. 50/2016, in base alla quale il subappalto non può superare la quota del 30% [ora 40%] dell'importo complessivo del contratto. Nell'esaminare la questione, la Corte di Giustizia ha richiamato le regole europee in materia di subaffidamenti (che consentono agli operatori economici, per partecipare alle gare, di affidarsi alle capacità di altri soggetti) per poi stabilire che il limite quantitativo al subappalto, all'epoca dei fatti pari al 30% (ma oggi pari al 40% con le modifiche

introdotte dall'art. 1, comma 18, del d.l. n. 32/2019, come convertito dalla legge n. 55/2019)¹, imponendo in maniera astratta e in una determinata percentuale la possibilità di ricorrervi, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, si pone in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici².

In sostanza, tale sentenza, pur non sancendo la possibilità per gli operatori economici di ricorrere illimitatamente al subappalto, ha confermato che la limitazione percentuale della quota subappaltabile dovrebbe discendere da una scelta discrezionale della stazione appaltante congruamente motivata in ragione della natura delle prestazioni dedotte in contratto, e non da un vincolo normativo fissato astrattamente dal legislatore.

Nello stesso senso, è d'obbligo segnalare anche la sentenza della Corte di Giustizia, sez. V, del 27 novembre 2019 che sull'art. 118, D. Lgs 163/2006 (subappalto) ha statuito che *“la direttiva 2004/18 dev'essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita al 30% la quota parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi” e che “la direttiva 2004/18 deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione”*.

Anche l'ANAC è intervenuta sulla questione, con l'Atto di segnalazione n. 8 al Governo e Parlamento *“Concernente la disciplina del subappalto di cui all'art. 105 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50”* (delibera n. 1035 del 13 novembre 2019), formulando talune proposte di modifica normativa inerente la disciplina del subappalto di cui all'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016, anche in considerazione di quanto statuito dalla Corte di Giustizia, sollecitando un'urgente modifica della disciplina di riferimento al Parlamento e al Governo.

In particolare, l'ANAC, da un lato, ha segnalato che occorre fornire alle stazioni appaltanti indicazioni normative chiare sul punto, così da scongiurare il pericolo di contenziosi, dall'altro, ferma la regola generale circa l'ammissibilità del subappalto, ritiene che la stazione appaltante debba motivare adeguatamente un eventuale limite al subappalto in relazione allo specifico contesto di gara, evitando di restringere ingiustificatamente la concorrenza (così come avviene per altri istituti, quali ad esempio in caso di suddivisione in lotti ovvero in caso di introduzione nella *lex specialis* di limiti di accesso legati al fatturato per i quali occorre una specifica motivazione negli atti di gara).

Poi, l'ANAC, sempre sulla base di quanto già enunciato nella sentenza della Corte di Giustizia, ha individuato alcuni elementi su cui poggiare una motivazione di limitazione quantitativa e di cui la stazione appaltante può tener conto, quali:

1 1 L'art. 1, comma 18, del d.l. n. 32/2019, come convertito dalla legge n. 55/2019 prevede attualmente che, nelle more di una complessiva revisione del Codice dei contratti pubblici, fino al 31 dicembre 2020, in deroga all'articolo 105, comma 2 del 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 comunque superare la quota del quaranta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

2 2 Sul punto, la sentenza espressamente statuisce: *“La normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché 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 siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore”*.

- il settore economico o merceologico di riferimento, ad esempio nel caso vi sia un limitato numero di operatori economici qualificati o dei possibili partecipanti, proprio al fine di promuovere la più ampia concorrenza,
- la natura della prestazione (ad esempio principale/prevalente o accessoria),
- specifiche esigenze che richiedono di non parcellizzare l'appalto: finalità di carattere preventivo rispetto a fenomeni di corruzione, spartizioni o di rischio di infiltrazioni criminali e mafiose, ma anche esigenze di carattere organizzativo, ovvero per una più efficiente e veloce esecuzione delle prestazioni,
- eventuali ragioni di sicurezza negli appalti di lavori alla luce delle specificità del cantiere, laddove la presenza di molteplici addetti appartenenti a più operatori potrebbe aumentare i rischi di scarso coordinamento e attuazione delle misure di tutela del lavoro.

La motivazione circa la limitazione del subappalto potrebbe anche fondarsi sul valore e sulla complessità del contratto, al fine di consentire maggiore libertà per appalti di particolare rilevanza che suggeriscono di accordare più flessibilità nella fase realizzativa.

Nello stesso senso anche la giurisprudenza nazionale, o quanto meno l'orientamento maggioritario e, in particolare, il Consiglio di Stato (Sez. V), che nella recentissima sentenza n. 8101 del 17/12/2020, ha confermato che *“la norma del codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l'ordinamento euro-unitario, come affermato dalla Corte di Giustizia (Corte di Giustizia U.E., Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18)”*.

La suddetta pronuncia conferma quanto già enunciato, in precedenza, dalla medesima sezione del Supremo Consesso, secondo il quale *“il richiamo all'istituto del subappalto previsto dall'art. 105 del codice dei contratti pubblici ed ai limiti ad esso relativi [...] secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata [...] deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 389/2020 e n. 8535/2019).

L'orientamento del Consiglio di Stato, peraltro, fa seguito ad alcune sentenze dei giudici di primo grado, tra cui si cita quella del TAR Valle d'Aosta (n. 34/2020), in cui il Collegio ha chiarito che *“ai fini della compatibilità con il diritto eurolunitario, non è rilevante la misura del limite posto alla facoltà di subappaltare – sia esso il 30 per cento dell'importo complessivo del contratto, come nell'art. 105, co. 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, oppure il 40 per cento stabilito dall'art. 1, co. 18, del d.l. n. 32 del 2019 – quanto la natura “quantitativa” del limite stesso, nonché la sua applicabilità «in modo generale e astratto» e senza una «valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore”*.

Come evidenziato in ulteriori pronunce del giudice di prime cure, dunque, in applicazione dei principi dettati dalla CGUE, non può più ritenersi applicabile ‘a priori’ il limite del 30% al subappalto, bensì deve *“comunque essere valutato in concreto se il ricorso al subappalto abbia effettivamente violato i principi di trasparenza, di concorrenza e di proporzionalità”* (cfr. T.A.R. Puglia - Lecce, sentenza n. 1938/2019; nonché, sulla stessa scia, TAR Marche, sentenza n. 252/2020 e T.A.R. Lazio - Roma, sentenza n. 14796/2019: quest'ultima con riferimento alla nuova soglia del 40% introdotta dalla legge n. 55/2019 di conversione del d.l. n. 32/2019).

Altro aspetto non meno importante da valutare riguarda l'eventuale applicazione di quanto disposto dalla Corte di Giustizia anche agli appalti sotto soglia. Sul punto l'ANAC – di fronte alla non certezza che la sentenza della Corte di Giustizia abbia effetto anche sugli appalti sotto soglia (esclusi ovviamente quelli di interesse transfrontaliero a cui certamente si applica) – auspica in una disciplina omogenea tra gli appalti sopra e sotto soglia non sussistendo – a suo avviso - ragioni per giustificare differenti discipline, e rimettendo al legislatore la valutazione sull'eventuale previsione di un limite al subappalto per i contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie non aventi interesse transfrontaliero.

Specificamente in relazione ad appalti aventi importo inferiore alla soglia comunitaria, l'Avvocatura di Stato con il parere del 09.10.2020 (indirizzato alla Ragioneria Generale dello Stato - Ispettorato generale per i rapporti finanziari con l'Unione europea - IGRUE - Ufficio X, trasmesso

alle Autorità di Gestione e alle Autorità di Audit, con nota AICT-IGRUE prot. n. 0013519.02-11-2020, di cui in allegato) ritiene invece che con riguardo agli appalti "sotto soglia" "non può invece ravvisarsi alcuna incompatibilità diretta rispetto alle direttive, non essendo queste applicabili a tali contratti. Alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, saranno invece applicabili le ben più generali regole del diritto primario, e in particolare quelle sulla libertà di prestazione transfrontaliera dei servizi e sulla libertà di stabilimento e, più in generale, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità. Pertanto, nell'ambito degli appalti "sotto soglia" dovranno enuclearsi quelli che presentino un interesse transfrontaliero certo, e solo rispetto a questi si dovrà valutare l'eventuale incompatibilità di limiti quantitativi preventivi alla facoltà di subappaltare" (cfr. Corte di giustizia del 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06).

Pertanto, per l'Avvocatura dello Stato, *"dovranno quindi escludersi senz'altro dalla portata del rilievo della Commissione tutte le spese per appalti che, alla stregua dei criteri indicati dalla Corte di giustizia, non presentino un interesse transfrontaliero certo per il loro valore, o per il loro contenuto tecnico, o per l'ubicazione dei lavori in luogo di confine, o, infine, per il numero e la provenienza degli offerenti"*.

Tale orientamento è stato suffragato altresì dal TAR Sicilia nella sentenza n. 3204/2020 in cui, relativamente al rapporto tra le direttive eurounitarie e i limiti al subappalto posti dalla normativa italiana e, nello specifico, dal D.Lgs. n. 50/2016, il Collegio ha stabilito che le sentenze della Corte di Giustizia Europea ("Te. Srl" del 27 novembre 2019, causa C-402/18 e "Vitali" del 26 settembre 2019, causa C-63/18), *"che assumono come parametro normativo comunitario violato le direttive 2004/18/CE e 2014/24/CE, il cui ambito di applicazione è espressamente limitato ai contratti sopra soglia comunitaria"*, non esplicano effetto diretto nel caso di appalti sotto soglia non aventi interesse transfrontaliero.

Posto quanto sopra, si invitano i Beneficiari degli interventi finanziati con risorse del PO FESR gestite dallo scrivente Dipartimento e le stazioni appaltanti nell'ambito del Programma Operativo Regionale FESR Sicilia 2014-2020, nelle more dell'intervento legislativo sollecitato dall'ANAC, a tener conto di quanto disposto dalla Corte di Giustizia nelle citate sentenze.

Pertanto - per tutte le procedure sopra soglia e per le procedure sotto soglia aventi interesse transfrontaliero - si raccomanda di:

A) prevedere negli atti di gara l'ammissibilità del subappalto senza indicare alcuna percentuale (soglia quantitativa) e richiamando quindi l'art. 105 D. Lgs. 50/2016 solo per la procedura di autorizzazione. Al tempo stesso si dovrà prevedere, sempre nella *lex specialis* di gara, l'obbligo per gli operatori di indicare in offerta, oltre alle parti di attività eventualmente da subappaltare, anche la soglia percentuale quantitativa massima delle stesse;

B) in alternativa, valutare, caso per caso, se e quando limitare quantitativamente il subappalto: in tal caso, oltre ad indicare nella *lex specialis* la soglia quantitativa massima di ammissibilità, le stazioni appaltanti dovranno dettagliare anche le ragioni che in concreto hanno imposto tale limitazione, tenuto conto della natura delle prestazioni dedotte in contratto e del contesto di riferimento.

Per le procedure sotto soglia "non" di interesse transfrontaliero, considerata la quasi assenza di precedenti giurisprudenziali sul punto e fermo restando una valutazione propria della stazione appaltante circa la posizione da adottare, si potranno in via cautelativa rispettare le raccomandazioni di cui ai sopra indicati punti A) e B).

Il Dirigente Generale

Carmelo Frittitta

