ANAC: nelle SIOS vige ancora il limite del 30% a subappalto

25 Settembre 2020

Considerato l'incerto quadro normativo sul subappalto, determinato dalle ultime sentenze della Corte di giustizia UE, **non appare giustificabile *sic et simpliciter* la disapplicazione del limite percentuale del 30% previsto dal Codice dei contatti** per le categorie super-specialistiche (o SIOS).

E' quanto affermato dall'ANAC che – approfondendo la portata delle sentenze della Corte di giustizia del 26/09/2019 (causa C-68/18) e del 27/11/2019 (causa C-402/18) – **ha ritenuto ancora vigente il suddetto regime speciale** riservato alle suddette categorie (*cfr.* deliberazione 4 agosto 2020, n. 704 adottata all'esito di una istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, relativa ad un affidamento di lavori per la realizzazione di una scuola).

La ragione di tale soluzione, secondo l'ANAC va **ricercata proprio nella *ratio* del Codice dei contratti**, d.lgs. 50/2016 (art. 89, co. 11) che prevede una disciplina speciale laddove sono «*necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali*» (ossia SIOS o super-specialistiche).

Infatti, per tali lavorazioni il legislatore ha voluto prevede a un regime normativo speciale, atto a **rafforzare l'esigenza di assicurare che l'esecuzione di tali opere sia effettuata da un appaltatore qualificato**.

Ciò trova conferma, nel divieto di avvalimento (art. 89, comma 11 *cit.*) e, specificatamente, nel divieto al superamento del limite percentuale del 30% al subappalto, oltre il quale l'appaltatore deve costituire un raggruppamento con impresa specificatamente qualificata per l'esecuzione di tali categorie (art. 105, comma 5).

Inoltre, nelle citate sentenze della Corte UE **neppure viene esplicitata la necessaria disapplicazione di queste ultime disposizioni**, non presentando alcun riferimento a tali tipologie di opere né tantomeno alla loro natura e al regime normativo speciale che le contraddistingue.

A fronte di un profilo di oggettiva incertezza applicativa delle norme sul subappalto, l'ANAC richiama:

- il **T.A.R. Lazio**, **secondo il quale** non contrasta con il diritto comunitario la disciplina in vigore sul subappalto dettata dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 32/2019 conv. con modifiche con l. n. 55/2019 in quanto «*La Corte ha considerato in contrasto con le direttive comunitarie in materia il limite fissato, non escludendo invece che **il legislatore nazionale possa individuare comunque**, al fine di evitare ostacoli al controllo dei soggetti aggiudicatari, **un limite al subappalto proporzionato rispetto a tale obiettivo***» (sez. I, sent. 24 aprile 2020, n. 4183);
- il **Consiglio di Stato**, **che ha evidenziato la natura speciale della previsione** riferita a tali categorie di lavori, considerando che «*l'art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 introduce un espresso divieto di suddivisione del subappalto applicabile alle sole opere c.d. super-specialistiche (o SIOS) di importo superiore al 10% dell'intero appalto. Si tratta, con tutta*

evidenza, di una norma di carattere speciale ***che, a contrario, consente di inferire l'insussistenza di una restrizione analoga per le opere non SIOS e/o che per importo non superino la soglia fissata ex lege***» (sez. III, ord. coll. 10 giugno 2020, n. 3702);

- il **T.A.R. Toscana**, **secondo cui la sentenza della Corte di Giustizia ha** statuito il divieto generalizzato di ricorrere al subappalto, senza escludere « *che in casi specifici, con riferimento a determinate tipologie di appalto come quelle riguardanti le opere super-specialistiche, non possa essere* ***giustificato un limite percentuale all'esperibilità del subappalto in relazione alla natura particolare delle prestazioni da svolgere, come prevede l'art. 63, paragrafo 2, della direttiva UE n. 2014/24****. Quest'ultimo stabilisce infatti che (anche) nel caso di appalti di lavori le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che alcuni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente*» (sez. II, sent. 9 luglio 2020, n. 898).

Tanto evidenziato, secondo l'Autorità, l'incerto quadro normativo non appare giustificare *sic et simpliciter* la disapplicazione del limite percentuale del 30% per le SIOS, in ragione dei principi espressi dalla Corte di giustizia UE.

Ad avviso dell'ANCE, la **soluzione dell'ANAC presenta elementi di criticità**.

Infatti, se da un lato, l'esecuzione di lavorazioni super-specialistiche può rappresentare senz'altro quelle "prestazioni essenziali" dell'appalto, rispetto alle quali, secondo la normativa comunitaria, la stazione appaltante potrebbe valutare l'esigenza di richiedere l'esecuzione diretta dell'appaltatore; d'altro lato, l'apposizione *tout court* di un il limite invalicabile del 30% per l'esecuzione delle SIOS non appare però idonea a **rispondere alle contestazioni della Corte di giustizia, avversa all'apposizione un limite "generale ed astratto".**

A conclusioni simili è giunto anche il Supremo Consesso, il quale ha riconosciuto che il limite quantitativo posto al subappalto «*deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia*» (Cons. St., sez. V, sent. n. 389 del 2020, da ultimo richiamata da TAR Aosta, Sez. unica, 3 agosto 2020, n. 34, in cui si ritiene che per tale motivazione sia superato anche il limite del 40% al subappalto previsto dalla L. n. 55/2019 di conversione al decreto "sblocca cantieri").

Giova inoltre ricordare che contro la sentenza del TAR Toscana, citata dall'ANAC, è stato proposto appello (n. 202006544/2020) e che nella stessa pronuncia viene peraltro osservato che il limite del 30% sussiste senza alcune riferimento alla percentuale che le stesse rivestono nell'economia generale del contratto da affidare, anche al di sotto del 10%.

Ciò con l'effetto di determinarne l'applicazione del suddetto limite anche per importi irrisori, laddove appare ancor più difficile identificare tali lavori con i *"compiti essenziali"* previsti – ai fini di giustificare l'eccezione al generale libertà di subappalto – dalla disciplina europea.

Da notare, infine, che strettamente connessa a tale problematica è quella dell'interpretazione dell'ulteriore limite previsto dall'art. 105, comma 5 del Codice, secondo cui il subappalto «*non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso*».

Infatti, è stato oggetto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE, da parte della sopracitata ordinanza Consiglio di Stato n. 3702/2020, **l'ammissibilità del subappalto "necessario" o "qualificante" nel caso in cui l'appaltatore**, in possesso della sola qualificazione per la categoria "prevalente" e non anche di quella scorporabile, ne **abbia frazionato i requisiti di partecipazione** tra più imprese subappaltatrici cumulando i relativi importi qualificazione (sulla ammissibilità del subappalto qualificante, *cfr.*, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2330).

Non si dubita, ad avviso dell'ANCE, che una eventuale risposta negativa della Corte Ue complicherebbe ulteriormente una già complessa disciplina del subappalto.

Link esterni

- Autorità nazionale anticorruzione – delibera n. 704 del 4 agosto 2020
- Corte di giustizia UE, sentenza del 26 settembre 2019 (causaC-63/18)
- Corte di giustizia UE, sentenza del 27 novembre 2019 (C-402/18)
- Consiglio di Stato, sez. V, ord. coll. 10 giugno 2020, n. 3702
- Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2330
- Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389
- T.A.R. Val d'Aosta, Sez. unica, 3 agosto 2020, n. 34
- T.A.R. Toscana, sez. II, 9 luglio 2020, n. 898
- T.A.R. Lazio, sez. I, 24 aprile 2020, n. 4183

Link interni

- NEWS ID 41196 DEL 30 luglio 2020

Appalti pubblici: nuova bocciatura per i limiti al subappalto

- NEWS ANCE ID n. 40070 del 15 maggio 2020

Sentenze "a confronto" su subappalto

- NEWS ANCE ID n. 38646 del 25 febbraio 2020

Appalti pubblici: focus sui nuovi limiti al subappalto