

# 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 contratti** 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 (*cf.* 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 prevedere 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 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 alcuna 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, *cf.*, 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 \(causa C-63/18\)](#)
- [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\*](#)