

DELIBERA N. 704

Del 4 Agosto 2020

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da SIPIE Sas di U. Ghinelli e C. – Affidamento dei lavori di realizzazione nuova scuola secondaria di primo grado in Via San Giacomo – Lotto 1. Gara 54/2020 - Importo a base di gara: euro 4.978.937,57 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: SUA Provincia di Lecco – Comune di Casatenovo

PREC 131/2020/L

Riferimenti normativi

Art. 105, comma 5, d.lgs. n. 50/2016

Art. 71, direttiva 2014/24/UE

Parole chiave

SIOS - Subappalto – Limite quantitativo di quota subappaltabile

Massima

SIOS – Quota subappaltabile non superiore al 30%

Le opere superspecialistiche, c.d. SIOS, in quanto opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, sono soggette a un regime normativo in deroga alle norme generali sotto diversi profili, che si giustifica nelle intenzioni del legislatore con l'esigenza di assicurare alla stazione appaltante che l'esecuzione di tali opere sia effettuata soprattutto dall'appaltatore qualificato.

Le sentenze della Corte di giustizia del 26/09/2019 (causa C-68/18) e del 27/11/2019 (causa C-402/18) non appaiono determinare la disapplicazione del limite percentuale del 30% per le SIOS non risultando in esse alcun riferimento alle opere stesse né tantomeno alla loro natura e al regime normativo speciale che le contraddistingue.

Art. 105, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 – Art. 1, comma 2, DM n. 248/2016

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 4 agosto 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza prot. n. 43792 del 12/06/2020 con la quale la SIPIE Sas di U. Ghinelli e C. contesta la legittimità del disciplinare di gara indetta dalla SUA Provincia di Lecco ai fini dell'affidamento di lavori di realizzazione della nuova scuola secondaria di primo grado in Via San Giacomo, per mancata applicazione del divieto di subappalto/avvalimento nella misura superiore al 30% per le categorie SIOS OS30 e OS3 con eventuale obbligo di costituzione di ATI; in particolare, l'istante sostiene l'illegittimità manifesta, la carenza di motivazione e l'eccesso di potere per la disapplicazione del divieto di subappalto nella misura superiore al 30% prevista dalla normativa di settore in ragione della sentenza della Corte di giustizia del 26/09/2019 (causa C-63/18);

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. 47278 del 23/06/2020;

VISTE le memorie e la documentazione trasmesse in atti dalle parti interessate;

VISTO l'art. 105, comma 2, terzo periodo, d.lgs. n. 50/2016 ai sensi del quale «Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture» e l'art. 105, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 ai sensi del quale «Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso»;

VISTO l'art. 1, comma 18, d.l. n. 32/2019 convertito con modifiche con l. n. 55/2019, ai sensi del quale «Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2020, in deroga all'articolo 105, comma 2, del medesimo 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 superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.. Fino alla medesima data di cui al periodo precedente, sono altresì sospese l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 e del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174, nonché le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 del medesimo codice, riferite al subappaltatore»;

VISTO il disciplinare di gara al punto 4.2) che ammette il subappalto qualificante senza distinzione tra tipologie di lavorazioni, richiamando la sentenza della Corte di giustizia del 26/09/2019 (causa C-63/18), precisando che gli operatori economici che intendono subappaltare alcune lavorazioni «dovranno possedere l'iscrizione SOA nella categoria prevalente per un importo che copra anche le lavorazioni che si intendono subappaltare e dovranno produrre in sede di gara la seguente documentazione: a) indicazione dei lavori che si intendono subappaltare, indicandone il loro importo e la categoria SOA di riferimento; b) Obbligo di indicare in sede di offerta il/i nominativo/i del/i subappaltatore/i al fine di consentire alla stazione appaltante di conoscere preventivamente i soggetti incaricati e di effettuare le opportune verifiche, ferme restando le verifiche ulteriori in fase esecutiva propedeutiche all'autorizzazione al subappalto (ANAC – Atto di segnalazione n. 8 del 13 novembre 2019); c) Dichiarazione del/i subappaltatore/i circa l'insussistenza di cause di esclusione di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 ed il possesso dei requisiti per l'esecuzione dei lavori che intendono assumere, mediante produzione del modello DGUE e dell'attestazione SOA (..)»;

VISTO il chiarimento (R5) reso in gara dalla stazione appaltate con il quale è stato indicato agli operatori economici che «Non vi sono le condizioni per trattare in modo difforme il subappalto delle c.d. SIOS rispetto alle altre categorie di lavorazioni, così come tali distinzioni non vengono poste dalla sentenza della Corte Giustizia Unione Europea (CGUE) del 26 settembre 2019 (causa C-63/18). Infatti il divieto di subappalto nella misura superiore al 30% previsto dal D.M. n. 248 del 10.11.2016 viene superato dalla citata sentenza»;



CONSIDERATO che nella memoria trasmessa in atti la Provincia di Lecco ha precisato di aver fatto applicazione del quadro ordinamentale vigente alla luce della sentenza della Corte di giustizia UE del 26/09/2019 (causa C-68/18), valutando, in assenza di un intervento del legislatore, di non poter porre alcuna limitazione in termini di subappalto anche con riferimento alla categoria di lavori superspecialistici; in particolare, al fine di garantire la massima partecipazione e concorrenza alla procedura di gara ha ammesso la subappaltabilità anche delle c.d. SIOS richiamando il punto 10 delle premesse in sentenza che avrebbe evidenziato la stortura della normativa italiana anche per tali lavorazioni e indicando al contempo di aver «cercato di garantire la partecipazione di operatori economici che fossero in possesso di tutti i requisiti richiesti per l'esecuzione dei servizi, anche mediante l'utilizzo del subappalto qualificante, imponendo l'obbligo di indicare il nominativo di ciascun subappaltatore e provare il possesso dei requisiti per l'esecuzione dei lavori di propria competenza»;

CONSIDERATO che l'art. 105, commi 2 e 5, del Codice sono oggetto di procedura di infrazione n. 2018/2273 e che il legislatore italiano, con d.l. 18/04/2019, n. 32, conv. con modifiche con l. n. 55/2019, introduceva un regime transitorio rispetto all'art. 105, d.lgs. n. 50/2016, prevedendo come regola generale la possibilità di subappaltare sino al 40% l'importo del contratto di appalto, ma mantenendo il limite del 30% per le SIOS previsto dall'art. 105, comma 5, d.lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO che nella sentenza 26/09/2019, causa C-63/18 (*Vitali*), la Corte ha richiamato al punto 10 delle premesse l'art. 105, commi 2 e 5, d.lgs. n. 50/2016, ma si è espressa su rinvio pregiudiziale sollevato dal giudice nazionale (TAR Lombardia, ordinanza n. 148 del 19/01/2018) e formulato in relazione al solo comma 2 dell'art. 105 del Codice; infatti, la sentenza riporta la questione pregiudiziale così formulata: «Se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 [TFUE], l'articolo 71 della direttiva [2014/24], il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio [di diritto dell'Unione europea] di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'articolo 105, comma 2, terzo periodo, del [decreto legislativo n. 50/2016], secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture»;

CONSIDERATO che la Corte statuiva sulla non conformità al diritto UE del limite al subappalto formulato come percentuale astratta nella misura del 30% e con riferimento alla disciplina generale previgente il quadro normativo transitorio introdotto con l'art. 1, comma 18, d.l. n. 32/2019 conv. con l. n. 55/2019, ritenendo la fissazione della percentuale astratta non proporzionata rispetto agli obiettivi di ordine pubblico perseguiti, motivando in particolare ai punti nn. 37 e 38: «Più specificamente, la Corte ha già dichiarato che il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (v. in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punti 27 e 28). Tuttavia, anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo»; sulla questione pregiudiziale la Corte si pronunciava conclusivamente dichiarando che «La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi»;

CONSIDERATO che l'Autorità, nell'Atto di segnalazione n. 8 del 13/11/2019, approvato con Delibera del Consiglio n. 1035 del 13/11/2019, ha approfondito l'impatto della sentenza della Corte di giustizia evidenziando, da una parte, che «*Se ne ricava un quadro normativo in cui la regola generale dovrebbe essere quella del subappalto senza limitazioni quantitative a priori, al chiaro fine di favorire l'ingresso negli appalti pubblici delle piccole e medie imprese, promuovere l'apertura del mercato e la concorrenza in gara*»; dall'altra parte, però, l'Autorità ha segnalato al Governo e al Parlamento la «*necessità di un intervento normativo urgente al fine di allineare la disciplina interna in materia di subappalto di cui all'art. 105 con le indicazioni provenienti dalla sentenza della Corte di giustizia*»;

CONSIDERATO che, con specifico riferimento al limite del 30% previsto per le SIOS, nell'Atto di segnalazione citato, l'Autorità ha evidenziato che «*l'intervento della Corte di giustizia si riferisce al comma 2, tuttavia, non è chiaro se la pronuncia coinvolga anche il comma 5 che anche per i casi di cui all'art. 89, comma 11 – riguardanti le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico di rilevante complessità tecnica (categorie c.d. "superspecialistiche") – prevede che l'eventuale subappalto non possa superare il 30% dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso*»;

CONSIDERATO che sempre la Corte di giustizia UE, nella successiva sentenza del 27/11/2019 resa nella causa C-402/18, ha confermato quanto statuito nella precedente sentenza del 26/09/2019, enunciando al punto 38 il principio per cui non rientra nelle facoltà previste dal diritto dell'Unione europea «una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che impone un limite al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità degli eventuali subappaltatori e il carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe (...)»; ancora, al punto 47 la Corte di giustizia ha censurato la normativa nazionale in quanto: «vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto per una quota parte che superi una percentuale fissa dell'importo dell'appalto pubblico di cui trattasi, sicché 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 tale divieto generale non lascia spazio alcuno a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore (v., per analogia, sentenza del 26 settembre 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, punto 40 e giurisprudenza ivi citata)»;

RITENUTO che sussistono profili di oggettiva incertezza applicativa delle norme sul subappalto all'indomani delle pronunce della Corte di giustizia, come evidenziata nell'Atto di segnalazione n. 8/2019 (il T.A.R. Lazio, sez. I, 24/04/2020, n. 4183 non ha ritenuto contrastante 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»);

RITENUTO che, con specifico riferimento alle SIOS, anche se in relazione al diverso tema del divieto di frazionamento nel subappalto, il Cons. Stato, sez. V, 10/06/2020, n. 3702 ha avuto modo di evidenziare la natura speciale della previsione riferita a tale specifica categoria di lavori, considerando che «l'art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 introduce un espresso divieto di suddivisione del subappalto – peraltro suscettibile di deroga in presenza di "ragioni obiettive" – applicabile alle sole opere c.d. superspecialistiche (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*»;



RITENUTO che è dubbio che i principi espressi nelle sentenze della Corte di giustizia UE del 26/09/2019 e del 27/11/2019 in ordine al limite del 30% per il subappalto possano ritenersi estendibili anche alle opere superspecialistiche, soggette a un regime normativo speciale in quanto opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, per le quali il limite al subappalto ex art. 105, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 si giustifica nelle intenzioni del legislatore con l'esigenza di assicurare alla stazione appaltante che l'esecuzione di tali opere sia effettuata soprattutto dall'appaltatore qualificato, coerentemente tra l'altro con la disciplina dettante il divieto di avvalimento di cui all'art. 89, comma 11, del Codice; in tal senso, il TAR Toscana, sez. II, 09/07/2020, n. 898, in ordine alla sentenza della Corte del 26 settembre 2019 ha ritenuto che: «Questa [abbia] statuito che il *divieto generalizzato* di ricorrere al subappalto oltre una certa percentuale del contratto affidato integra violazione delle direttive comunitarie in materia di appalti e non rispetta il canone di proporzionalità. È cioè considerata contraria al diritto comunitario la previsione di un limite generale all'utilizzo di questo istituto che prescindendo dal settore economico interessato, dalla natura delle prestazioni e dall'identità dei subappaltatori. L'affermazione di tale principio però non esclude che in casi specifici, con riferimento a determinate tipologie di appalto come quelle riguardanti le opere superspecialistiche, 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»;

RITENUTO che, fermi restando i profili di oggettiva incertezza applicativa delle norme sul subappalto all'indomani delle pronunce della Corte di giustizia, come evidenziata nell'Atto di segnalazione n. 8/2019, la giurisprudenza citata dalla stazione appaltante non appare giustificare *sic et simpliciter* la disapplicazione del limite percentuale del 30% per le SIOS non risultando in essa alcun riferimento alla specificità delle opere superspecialistiche e al regime normativo speciale che le contraddistingue, censurando il divieto predisposto dalla normativa nazionale al comma 2 dell'art. 105, d.lgs. n. 50/2016 in quanto "si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori";

Pertanto, sulla base delle considerazioni sopra esposte,

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che i principi espressi dalla Corte di giustizia UE nella sentenza del 26 settembre 2019 (causa C-63/18) non comportino la disapplicazione dei limiti in materia di subappalto previsti dal Codice dei contratti pubblici per la categoria di opere superspecialistiche (cd. SIOS).

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 7 agosto 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente