



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 49 d.l. 77/2021 – subappalto - Richiesta parere.

In esito a quanto richiesto con nota acquisita al prot. n. 59909 del 3 agosto 2021, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 6 ottobre 2021 ha approvato le seguenti considerazioni.

In via preliminare, si evidenzia che esula dalla sfera di competenza dell'Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento del 28 giugno 2017.

Con riferimento all'oggetto dell'istanza di parere, riferito alla disciplina del subappalto introdotta dall'art. 49, comma 1, lett. a) del d.l. 77/2021 ("*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*") conv. dalla l. n. 108/2021, nel periodo transitorio 1° giugno 2021-31 ottobre 2021, si rappresenta in linea generale che ai sensi della norma citata «*Dalla data di entrata in vigore del presente decreto: a) fino al 31 ottobre 2021, in deroga all'articolo 105, commi 2 e 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il subappalto non può superare la quota del 50 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. E' soppresso l'articolo 1, comma 18, primo periodo, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55*».

Come indicato nella Relazione Illustrativa del decreto «La proposta è volta ad apportare delle modifiche all'articolo 105 del codice dei contratti pubblici in materia di subappalto al fine di risolvere alcune criticità evidenziate dalla Commissione UE con la procedura di infrazione n. 2018/ 2273, in particolare con riferimento alla criticità della disposizione contenuta nell'articolo 105 che pone un limite percentuale al subappalto prestabilito per legge su tutti gli appalti. Al riguardo, con la modifica al comma 1, lettera a) si stabilisce che, fino al 31 ottobre 2021, in deroga all'articolo 105, commi 2 e 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il subappalto non può superare la quota del 50% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Di conseguenza viene abrogato l'articolo 1, comma 18, primo periodo, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 che prevede l'innalzamento del limite del subappalto dal 30 al 40 per cento fino al 31 dicembre 2021».

Secondo una interpretazione letterale della norma richiamata (di non chiara formulazione), nel periodo transitorio ivi indicato, è introdotto l'innalzamento al 50% della quota massima subappaltabile dell'importo complessivo del contratto, in deroga quindi al limite generale del 30% (poi innalzato al 40% dal d.l. n. 32/2019) e a quello specifico del 30% previsto per le opere superspecialistiche (SIOS) e cioè

per le opere per le quali "sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali".

Per effetto della novella in esame, il limite massimo di opere subappaltabili sarà calcolato con riferimento al valore complessivo del contratto (ex art. 49, comma 1, lett. a), senza distinzione tra le categorie superspecialistiche e le altre categorie di lavorazioni. Pertanto, pur essendo innalzato al 50% il limite generale di subappaltabilità, appare nel contempo esclusa la possibilità di affidare in subappalto una percentuale ulteriore delle lavorazioni rientranti nelle categorie superspecialistiche.

La disposizione dell'art. 49, comma 1, lett. a) del d.l. 77/2021 trova applicazione con riguardo alle procedure selettive indette nel periodo transitorio ivi previsto (1° giugno 2021-31 ottobre 2021) e non anche con riguardo ai lavori in corso di esecuzione. Ciò in quanto, come noto, è la *lex specialis* di gara che indica le categorie di lavorazioni oggetto d'appalto, con la correlata disciplina del subappalto. Pertanto, in linea generale, in assenza di specifiche indicazioni del legislatore, le novelle intervenute in tema di subappalto, non possono trovare applicazione con riguardo alle gare già espletate. Le novità introdotte da tale disposizione normativa sono quindi applicabili alle procedure i cui bandi o avvisi risultano pubblicati dal 1° giugno 2021.

Si aggiunga a quanto sopra che il comma 2 dell'art. 49 del d.l. 77/2021, a decorrere dal 1° novembre 2021, dispone altresì l'abrogazione del comma 5 dell'art. 105 del Codice (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») e l'introduzione della previsione per cui (nuovo comma 2, terzo periodo, art. 105) «Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11, (...)».

All'esito degli interventi normativi sopra indicati, pertanto, si assisterà alla rimozione, a partire dall'1 novembre 2021, di ogni limite quantitativo generale e predeterminato al subappalto, e le stazioni appaltanti potranno indicare nei documenti di gara - previa adeguata motivazione nella determina a contrarre - le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario e, quindi, che non possono essere oggetto di subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto. Tra le caratteristiche che la stazione appaltante può valutare a tal fine, sono espressamente menzionate quelle indicate all'articolo 89, comma 11, del codice dei contratti pubblici, quindi la presenza di lavorazioni particolarmente complesse che richiedano, ai fini dell'esecuzione, una specifica qualificazione.

Per tutto quanto sopra, dunque, l'efficacia delle previsioni dell'art. 105, comma 5, del d.lgs. 50/2016 è sospesa fino al 31 ottobre 2021, per effetto della deroga prevista dall'art. 49, comma 1, lett. a) del d.l. 77/2021 e, successivamente, a decorrere dal 1° novembre 2021, le medesime previsioni saranno abrogate per effetto di quanto previsto dal citato art. 49, comma 2, sopra richiamato.

Alla luce di quanto sopra, si rimette quindi a codesto ente ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

12 ottobre 2021

Atto firmato digitalmente