



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 118 d.lgs. 163/2006 e art. 105 d.lgs. 50/2016 – realizzazione della nuovaOMISSIS..... - richiesta di parere.

FUNZ CONS 13/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 11 gennaio 2023 acquisita al prot. Aut. n. 2167, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 28 marzo 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa 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 approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nell'istanza.

Il quesito proposto attiene al contratto per la realizzazione dei lavori indicati in oggetto, sottoscritto in data 12 ottobre 2006, in esito a procedura di gara indetta nell'anno 2005. L'istante chiede, in particolare, se in relazione ai sub affidamenti posti in essere dal Contraente generale affidatario, trovi applicazione la disciplina in materia di subappalto dettata dal d.lgs. 50/2016 o se continui ad applicarsi quella dettata dal d.lgs. 163/2006.

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno osservare in primo luogo che l'affidamento in oggetto è stato indetto ai sensi del d.lgs. n. 190/2002, attuativo della l. 21/12/2001, n. 443 e della direttiva 93/37/CEE. Secondo la disciplina dettata da tali fonti normative, il contraente generale può eseguire i lavori affidati direttamente, nei limiti della qualificazione posseduta ex d.p.r. 34/2000, ovvero mediante affidamento a terzi. I terzi affidatari possono subaffidare i lavori nei limiti ed alle condizioni previste per gli appaltatori di lavori pubblici; l'articolo 18 della l. n. 55/1990, si applica ai predetti subaffidamenti (art. 9, co.7 d.lgs. 190/2022).

Le previsioni in tema di subappalto, vigenti *ratione temporis*, dettate dal citato art. 18 della l. 55/1990, sono state successivamente riprese dal d.lgs. 163/2006 (all'art. 118).

Sulla base di tali premesse, con riguardo alla possibilità di applicare ad un appalto indetto ai sensi delle fonti sopra citate, le disposizioni dell'art. 105 del d.lgs. 50/2016, in tema di subappalto, secondo quanto richiesto dall'istante, occorre richiamare l'art. 216, comma 1, d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale, fatte salve le eccezioni previste dal nuovo Codice, quest'ultimo trova applicazione «alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati *successivamente* alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali,

alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte».

Come chiarito con Comunicato del Presidente dell'11 maggio 2016, le disposizioni del d.lgs. 163/2016 si applicano a tutti gli avvisi pubblicati entro il 19 aprile 2016, con una delle forme di pubblicità obbligatorie, e secondo le modalità indicate dall'art. 66 del d.lgs. 163/06 in combinato disposto degli artt. 122 e ss. Inoltre, «continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti anche nei seguenti casi: 1. affidamenti aggiudicati prima della data di entrata in vigore del nuovo Codice, per i quali siano disposti, fermo restando il divieto generale di rinnovo tacito e di proroga del contratto: il rinnovo del contratto o modifiche contrattuali derivanti da rinnovi già previsti nei bandi di gara; consegne, lavori e servizi complementari; ripetizione di servizi analoghi; proroghe tecniche – purché limitate al tempo strettamente necessario per l'aggiudicazione della nuova gara; varianti per le quali non sia prevista l'indizione di una nuova gara. (...). 2. procedure negoziate indette, a partire dal 20.4.2016, in applicazione degli artt. 56, comma 1, lett. a) e 57, comma 2, lett. a) del d.lgs. 163/06, nei casi, rispettivamente, di precedenti gare bandite in vigore del d.lgs. 163/06 andate deserte a causa della presentazione di offerte irregolari o inammissibili e della mancanza assoluta di offerte, purché la procedura negoziata sia tempestivamente avviata. 3. (...); 4. Affidamenti diretti o procedure negoziate in attuazione di accordi quadro aggiudicati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice; 4. Adesioni a convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice».

Deriva da quanto sopra che i contratti relativi a gare avviate prima del 19 aprile 2016, sono regolati in fase esecutiva dalle norme del d.lgs. 163/2006, secondo le indicazioni fornite dal Comunicato citato.

Sembra utile richiamare al riguardo l'avviso dell'Autorità a tenore del quale il principio *tempus regit actum* nelle procedure di gara ha carattere generale e «deve intendersi nel senso che la procedura è disciplinata dalla normativa vigente al tempo della pubblicazione del bando o dell'atto di avvio della procedura, la *lex specialis* di gara non potendo essere modificata da sopravvenienze normative, nel rispetto dei principi di certezza, trasparenza e *par condicio* tra i concorrenti (sul principio *tempus regit actum* nelle procedure di gara, si vedano: Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 25/02/2014, n. 9; Cons. Stato, sez. V, 23/06/2010, n. 3964; Cons. Stato, sez. V, 12/05/2017, n. 2222; Cons. Stato, sez. V, 31/07/2019, n. 5431; TAR Lazio, sez. II, 30/04/2020, n. 4529)» (delibera n. 882/2020, Prec 201/2020/L e Parere Funz Cons 18/2022).

Si richiama altresì il «consolidato orientamento che, in materia di contratti pubblici afferma l'irrelevanza dello *ius superveniens* (Cons. St., Ad. Plen., 9/2011; più di recente Cons. St., V, 31/07/2019, n.5436; Cons. Stato, V, 7.6.2016, n. 2433; Cons. St., III, 1.9.2014, n. 4449), *anche per quanto attiene la fase esecutiva dell'affidamento*, ribadito anche dalla normativa transitoria che si è succeduta nel tempo: - l'art. 253 co. 1 D.Lgs. 163/2006 e l'art. 216 co. 1 D.Lgs. 50/2016 (recanti una disciplina transitoria) stabiliscono che le disposizioni contenute nei rispettivi decreti si applicano solo ai bandi e agli avvisi pubblicati successivamente all'entrata in vigore dei decreti stessi; (...)» (Delibera numero 1147 del 27 novembre 2019 - Fascicolo 2620/2019; in termini delibera n. 504/2022-parere AG9/2022).

Pertanto, in linea generale, in assenza di specifiche indicazioni del legislatore, le novelle intervenute in tema di contratti pubblici, non possono trovare applicazione con riguardo alle gare già bandite alla data di entrata in vigore delle stesse o ai contratti in corso di esecuzione.

Per quanto sopra, un contratto d'appalto stipulato a seguito di gara pubblica indetta ai sensi del d.lgs. 163/2006 o della disciplina anteriore ad esso, resta disciplinato da tali fonti normative anche con riguardo alla fase esecutiva. A tale regola soggiace altresì il contratto di subappalto,

disciplinato dall'art. 118 del predetto Codice e, anteriormente, dall'art. 18 della l. 55/1990 (contenenti disposizioni sostanzialmente sovrapponibili).

Occorre considerare, infatti, che il contratto di subappalto costituisce un contratto derivato e accessorio al contratto d'appalto. Con il subappalto, infatti, l'appaltatore incarica un terzo di eseguire parte delle opere, forniture o servizi che lo stesso ha precedentemente assunto. Pertanto le vicende del contratto d'appalto incidono su quelle del subappalto (in tal senso delibera n. 87 dell'8 febbraio 2017 –AG 4/2017/AP).

Stante la sostanziale continuità tra le norme in tema di subappalto, sopra indicate (art. 18 l. 55/1990 e l'art. 118 del d.lgs. 163/2006), si ritiene opportuno aggiungere a quanto sopra che con specifico riguardo alla disposizione dell'art. 118 del d.lgs. 163/2006, come noto, è intervenuta la decisione della Corte di Giustizia del 27 novembre 2019, resa nella causa C- 402/18 (e già CGUE, Sez. V, 26 settembre 2019, in causa C-63/18), che si è pronunciata sulle questioni pregiudiziali sollevate dal Consiglio di Stato con Ordinanza n. 3553/2018, formulate come segue: «se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), gli artt. 25 della Direttiva 2004/18 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 e 71 della Direttiva 2014//24 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, che non contemplano limitazioni per quanto concerne la quota subappaltatrice ed il ribasso da applicare ai subappaltatori, nonché il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 118 commi 2 e 4 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del trenta per cento dell'importo complessivo del contratto e l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al venti per cento».

All'esito del giudizio europeo, con la sentenza sopra citata, la Corte di Giustizia ha affermato che la direttiva 2004/18/CE «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; essa osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione».

Conseguentemente il Consiglio di Stato, con decisione n. 4832/2020, conformandosi all'avviso del giudice comunitario ha osservato che «la direttiva n. 2004/18/CE, in materia di appalti pubblici, deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale – quale l'art. 118 del codice del 2006 - che limita al trenta per cento la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi e al venti per cento la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione. 3.2 Di conseguenza, *non risulta applicabile, in quanto contraria al diritto europeo, la disciplina di cui all'art. 118cit., [...]*».

Successivamente, con riferimento alla disciplina recata dal d.lgs. 50/2016, la legge del 23 dicembre 2021, n. 108 e la legge del 23 dicembre 2021, n. 238, hanno introdotto, all'art. 105 del predetto decreto legislativo, modifiche idonee a rendere il testo della disposizione conforme alle direttive europee e alle indicazioni del giudice comunitario.

Fermo quanto sopra, occorre evidenziare che l'appalto in oggetto, come osservato, è disciplinato dalle fonti normative indicate in premessa e, con riguardo al subappalto, dalla l. 55/1990, contenente una disciplina conforme all'art. 118 del d.lgs. 163/2006, oggetto della decisione della giurisprudenza sopra richiamata.

Pertanto, ai fini dell'applicazione della disciplina sopra indicata, si rimette all'attenzione della stazione appaltante l'avviso giurisprudenziale richiamato, che ha ritenuto (tra l'altro) disapplicabile il limite legislativo al subappalto previsto da tale ultima norma (Consiglio di Stato n. 4832/2020 cit.).

Sembra utile richiamare al riguardo l'orientamento del giudice amministrativo, riferito anch'esso alla disciplina in tema di subappalto, a tenore del quale «...le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea hanno il valore di fonte del diritto comunitario nella interpretazione delle norme comunitarie e nella individuazione degli ambiti di applicazione delle stesse, con efficacia immediata e diretta nel nostro ordinamento. 4.2.2 Ciò, anzitutto, comporta che la non applicazione della disposizione interna, contrastante con l'ordinamento comunitario, costituisce un poterdovere anzitutto per il giudice (conf. C.d.S. VI, 11 novembre 2019, n.7874; conf. ex multis, id. 3 maggio 2019, n. 2890; V, 28 febbraio 2018, n. 1219), così da realizzare la piena applicazione delle norme comunitarie, di rango preminente rispetto a quelle dei singoli Stati membri [...] 4.2.3. Inoltre, sempre la condivisibile giurisprudenza maggioritaria stabilisce che non è solo l'autorità giudiziaria a dover così operare, poiché la disapplicazione è un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per gli apparati amministrativi che, attraverso i suoi funzionari, siano chiamati ad applicare la norma interna contrastante con il diritto euro – unitario, in particolare qualora tale conflitto sia stabilito da una fonte univoca, quale appunto le sentenze della Corte (si tratta di una conclusione risalente, in sede europea, già a Corte di Giustizia delle Comunità europee, 22 giugno 1989, C-103/88 e poi a Corte di Giustizia dell'Unione europea 24 maggio 2012, C-97/11; per la Corte costituzionale alla sentenza 21 aprile 1989 n. 232, e, quanto alla giurisprudenza amministrativa, sino almeno a C.d.S., VI, 23 maggio 2006 n. 3072; tra le ultime, C.d.S. VI, 7874/2019 cit.; id. V, 5 marzo 2018, n. 1342)» (TAR Lombardia, Brescia, n. 112/2022).

Per quanto sopra, in risposta al quesito sollevato nell'istanza di parere, si ribadisce che alla luce delle disposizioni dell'art. 216 del d.lgs. 50/2016 e dei chiarimenti offerti con il Comunicato dell'11 maggio 2016, ai contratti di subappalto relativi all'appalto in oggetto, non può trovare applicazione la disciplina dettata da tale decreto legislativo, dovendosi invece fare riferimento, in materia, alla disciplina vigente al momento dell'indizione della gara (come chiarito dal giudice amministrativo nelle decisioni sopra richiamate), contenuta nella l.55/1990 e confermata dal d.lgs. 163/2006, nei termini sopra indicati.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente