



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO  
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA  
DELLA REGIONE SICILIANA

**PALERMO – 7 maggio 2021**  
Dipartimento della Funzione Pubblica

FOCUS GROUP

# **Il codice dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi (D.lgs. n. 50/2016)**

Limiti percentuali del subappalto

Relatore: Avv. Salvatore Capezzuto



Unione Europea  
Fondo Sociale Europeo



Repubblica Italiana



Regione Siciliana  
Assessorato dell'Istruzione e  
della Formazione Professionale



Fondo Sociale Europeo

FSE FONDO SOCIALE EUROPEO  
**SICILIA 2020**  
PROGRAMMA OPERATIVO



FormezPA

# LIMITI PERCENTUALI SUBAPPALTO

L'art. 105, comma 2, terzo periodo, del D.Lgs. 50/2016 stabilisce che : *«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».*

L'art. 105, comma 5, del D.Lgs. 50/2016 dispone che : *«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».*

Le opere previste dall'art. 89, comma 11, del D.Lgs. 50/2016, cui si applica il limite percentuale del subappalto (e non può applicarsi l'avvalimento) sono *« ... opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali».*

# OPERE CONTENUTO TECNOLOGICO E COMPLESSITA' TECNICA

L'elenco delle opere di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica di cui all'art. 89, comma 11, del D.Lgs. 50/2016, è stato definito dal **DECRETO MINISTERIALE** emanato dal Ministero Infrastrutture e Trasporti 10 novembre 2016, n. 248 - Regolamento recante individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.



# ELENCO OPERE CONTENUTO TECNOLOGICO E COMPLESSITA' TECNICA

Il DECRETO MINISTERIALE 10 novembre 2016, n. 248, all'art. 2, individua le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione :

- a) OG 11 Impianti tecnologici;
- b) OS 2-A Superfici decorate di beni immobili del patrimonio culturale e beni culturali mobili di interesse storico, artistico, archeologico;
- c) OS 2-B Beni culturali mobili di interesse archivistico e librario;
- d) OS 4 Impianti elettromeccanici trasportatori;
- e) OS 11 Apparecchiature strutturali speciali;
- f) OS 12-A Barriere stradali di sicurezza;
- g) OS 12-B Barriere paramassi, fermaneve e simili;
- h) OS 13 Strutture prefabbricate in cemento armato;
- i) OS 14 Impianti di smaltimento e recupero di rifiuti;
- l) OS 18-A Componenti strutturali in acciaio;
- m) OS 18-B Componenti per facciate continue;
- n) OS 21 Opere strutturali speciali;
- o) OS 25 Scavi archeologici;
- p) OS 30 Impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi;
- q) OS 32 Strutture in legno.



# AUMENTO TEMPORANEO LIMITI PERCENTUALI SUBAPPALTO

- Con l' art. 1, comma 18, D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 giugno 2019, n. 55, viene dettata una disciplina transitoria del subappalto fino al 31 dicembre 2020, eliminando alcuni vincoli e limiti previsti.
- Le più rilevanti novità sono costituite dall'innalzamento della quota massima delle prestazioni subappaltabili : *«Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 30 giugno 2020, in deroga all'articolo 105, comma 2, del medesimo codice, fatto salvo quanto previsto dal comma 5 del medesimo articolo 105, il subappalto ..... non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture»*.
- L'art. 13, comma 2, lett. c) del D.L. 31/12/2020 n. 183, convertito in L. 26/02/2021 n. 21, ha prorogato fino al 30 giugno 2021 l'aumento della quota del 40% di subappalto.

# PROCEDURA DI INFRAZIONE LIMITI PERCENTUALI SUBAPPALTO

L'art. 105 commi 2 e 5 del Codice dei Contratti è stato oggetto della procedura di infrazione 2018/2273, avviata dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia con atto di costituzione in mora del 24 gennaio 2019.

La Commissione, al punto 1.3, ha rilevato che nelle direttive appalti non vi sono disposizioni che consentano un siffatto limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato. Al contrario, le direttive si basano sul principio secondo cui occorre favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici, e il subappalto è uno dei modi in cui tale obiettivo può essere raggiunto.

Conformemente a tale approccio, l'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offerenti di ricorrere al subappalto, ma solo ove siffatta restrizione sia giustificata dalla particolare natura delle prestazioni da svolgere.

# GIURISPRUDENZA CORTE GIUSTIZIA UNIONE EUROPEA

- La Corte di Giustizia, sez. V, con la sentenza del 26 settembre 2019 nella causa C-63/18, ha affermato che:
- (40) "la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché 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 siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore";
  - (45) "... occorre rispondere alla questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 2014/24 dev'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."

# GIURISPRUDENZA CONSIGLIO DI STATO

Con specifico riferimento alla violazione dei limiti al subappalto il Consiglio di Stato ha chiarito – ribadendo quanto già espresso con precedente sentenza - che la norma del codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l'ordinamento Euro-unitario, come affermato dalla Corte di Giustizia (Corte di Giustizia U.E., Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18; Id., 27 novembre 2019, C-402/18; in termini Cons. St., V, 16 gennaio 2020, n. 389, che ha puntualmente rilevato come "i limiti ad esso relativi, 30% per cento "dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture", secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata applicabile *ratione temporis*, ... deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea") (Cons. Stato Sez. V, Sent., 17-12-2020, n. 8101).



# SUBAPPALTO NEGLI APPALTI SOTTO SOGLIA

## IL CASO

Il TAR del Lazio ha esaminato un caso relativo a lavori di installazione di n. 12 impianti ascensori da eseguirsi nei 6 edifici di proprietà di un'Agenzia del Comune di Roma, per un importo a base d'asta di Euro 1.718.887,01, oltre IVA, così ripartito:

- Categoria OG1 - Prevalente, nella classifica III bis, Euro 1.239.367,71;
- Categoria OS4 - Scorporabile, nella classifica II, Euro 479.519,30.

La ditta che si è aggiudicata la gara ha dichiarato di voler subappaltare tutti i lavori della categoria OS4, per i quali non è qualificata, in applicazione della clausola del disciplinare di gara (art. 18), la quale disponeva che : *"Ai sensi ed in conformità dell'articolo 71 della 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, non vi sono limitazioni al subappalto delle prestazioni oggetto del presente intervento"*.

Tale clausola, secondo la ditta ricorrente, sarebbe tuttavia illegittima in quanto, sebbene la Corte di Giustizia abbia rilevato il contrasto con il diritto comunitario delle disposizioni nazionali che prevedono limiti generali al subappalto, dovrebbe ritenersi ancora vigente la previsione dell'art. 105 comma 5 del D.Lgs. n. 50 del 2016, che vieta di subappaltare in misura superiore al 30 % le opere super-specialistiche (SIOS), tra cui rientra la OS4.



# SUBAPPALTO NEGLI APPALTI SOTTO SOGLIA LA SENTENZA

*Secondo il TAR del Lazio : «Le norme della direttiva 2014/24 - rispetto alle quali la Corte UE ha affermato il contrasto dell'art. 105 D.Lgs. n. 50 del 2016 - trovano infatti applicazione, come stabilito dall'art. 4 della stessa, esclusivamente agli appalti che abbiano un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie dallo stesso individuate, come periodicamente revisionate ai sensi dell'art. 6 della stessa direttiva».*

Nel caso di specie, invece, non solo la S.A. ha disposto la diretta applicazione della direttiva 2014/24, in luogo della norma nazionale, ad una procedura di gara sotto soglia ma neppure ha speso alcuna motivazione a sostegno della sussistenza, con riferimento all'appalto bandito, di un interesse transfrontaliero, così che, sotto tale profilo deve essere ritenuta fondata la censura di violazione dell'art. 105 comma 5 D.Lgs. n. 50 del 2016, alla quale consegue l'annullamento dei provvedimenti impugnati. (T.A.R. Lazio Roma Sez. III ter, Sent., 08-02-2021, n. 1575).



# MOTIVAZIONE SENTENZA TAR LAZIO

- A sostegno delle proprie conclusioni, Il TAR ha affermato che la stessa Corte di Giustizia ha peraltro precisato (sez. V, 5 aprile 2017, C-298/15 ("Borta") – par. 36) che, con riferimento all'aggiudicazione di un appalto che, in considerazione del suo valore, non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive, la valutazione della compatibilità del diritto interno con quello comunitario può essere condotta con riferimento alle norme fondamentali ed ai principi generali del TFUE "in particolare, degli articoli 49 e 56 dello stesso e dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché dell'obbligo di trasparenza che ne derivano, purché l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo. Infatti, sebbene non siano disciplinati dalla direttiva 2004/17, siffatti appalti restano soggetti al rispetto di tali regole e di detti principi.
- Un appalto può presentare un siffatto interesse in considerazione, in particolare, dell'importo di una certa consistenza, in combinazione con le sue caratteristiche specifiche o ancora con il luogo di esecuzione dei lavori. Può altresì essere preso in considerazione l'interesse di operatori ubicati in altri Stati membri a partecipare alla procedura per l'aggiudicazione di tale appalto (v., in tal senso, sentenza del 16 aprile 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punto 20 e giurisprudenza ivi citata).

# SENTENZA CORTE GIUSTIZIA UNIONE EUROPEA

## SEZ. 05-04-2017, n. 298/15

La sentenza della Corte di Giustizia citata dal TAR Lazio, però, ai par. 33 e 34 ha affermato che :

33 A tale riguardo, va ricordato che, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che apporta a situazioni non disciplinate dall'atto dell'Unione considerato, a quelle adottate da tale atto, sussiste un interesse certo dell'Unione a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni riprese dallo stesso atto ricevano un'interpretazione uniforme (v., in tal senso, sentenze del 18 ottobre 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, punto 46, e del 7 novembre 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, punto 22).

34 L'interpretazione delle disposizioni di un atto dell'Unione in situazioni non rientranti nell'ambito di applicazione di quest'ultimo si giustifica quando tali disposizioni sono state rese applicabili a siffatte situazioni dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato, al fine di assicurare un trattamento identico a dette situazioni.

# CASO DI CONFORMAZIONE AL DIRITTO COMUNITARIO

Ebbene, ad esempio, l'art. 36 del Codice dei contratti prevede il ricorso alla procedura di cui all'art. 60 per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a € 1.000.000 e fino alle soglie di rilevanza.

In altri termini, per la normativa italiana, gli appalti rientranti nel suddetto range economico devono seguire le regole di affidamento della procedura aperta prevista per gli affidamenti sopra-soglia (salvo che per le gare indette entro il 31 dicembre 2021, in relazione alle quali il D.L. n. 76/2020 – “Semplificazioni”, convertito in L. n. 120/2020, ha previsto la possibilità per le stazioni appaltanti di esperire la procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del Codice, tra gli altri, per i lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di rilevanza, previa consultazione di almeno 15 operatori).



# CASO DI CONFORMAZIONE AL DIRITTO COMUNITARIO

Ne deriva che, applicando le coordinate ermeneutiche della CGUE, tali affidamenti non sarebbero esenti dal rispetto dei principi enucleati nella direttiva 2014/24 e dal relativo giudizio di compatibilità, con la conseguenza che la disapplicazione dei limiti al subappalto dovrebbe ritenersi operante anche per questi. Infatti, come detto, quando la normativa nazionale si conforma alle regole dettate dalle direttive anche per la disciplina di situazioni non direttamente regolate dalle stesse (come lo sono gli appalti sotto-soglia), sussiste un interesse certo dell'Unione a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni riprese dalle direttive medesime ricevano un'interpretazione uniforme, con conseguente estensione degli effetti del giudicato della Corte di Giustizia.



# SENTENZA CORTE GIUSTIZIA UNIONE EUROPEA SEZ. 05-04-2017, n. 298/15

Inoltre, al par. 48, la stessa sentenza della Corte di Giustizia citata dal TAR Lazio afferma che : *«Per quanto riguarda gli appalti pubblici, è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile, incluso per gli appalti che non sono disciplinati dalla direttiva 2004/17 (v., in tal senso, sentenze del 10 luglio 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punto 29, nonché del 28 gennaio 2016, CASTA e a., C-50/14, EU:C:2016:56, punto 55). Il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo».*

Tale indicazione era stata portata dalla Commissione Europea a sostegno della procedura di infrazione 2018/2273. E' fondato, quindi, il dubbio che secondo la Commissione Europea i principi di massima partecipazione delle pmi ostino ad una siffatta applicazione limitativa per gli appalti sotto soglia.



# SUBAPPALTO NECESSARIO

L'articolo 12, comma 2, lett. b), del D.L. n. 47/2014 (convertito con legge n. 80/2014) stabilisce che :

“b) non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del d.P.R. 5 maggio 2010, n. 207 (€ 150.000), relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni.



# SUBAPPALTO NECESSARIO

Nell'ipotesi dell'art. 12, comma 2, lett. b), del D.L. n. 47/2014, convertito in legge n. 80/2014, 2 si è in presenza di un subappalto cosiddetto "necessario", in quanto le opere superspecialistiche scorporabili rientranti nella categoria SIOS (a qualificazione obbligatoria) non possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario se privo della relativa qualificazione, per cui, ai fini della partecipazione alla gara, devono essere necessariamente subappaltate ad un soggetto qualificato all'esecuzione delle stesse.

il Consiglio di Stato osserva che, sebbene l'istituto non sia espressamente previsto nel vigente codice dei contratti pubblici, esso è compatibile con l'assetto delineato dall'art. 105 in tema di subappalto, non è smentito dalle norme del Codice concernenti il possesso dei requisiti da parte degli esecutori dei lavori pubblici ed è tuttora praticabile per la confermata vigenza dell'art. 12,, comma 2, del d.l. n. 47/2014, convertito dalla legge n. 80/2014.

# SUBAPPALTO NECESSARIO

Infatti, l'art. 217, lett. nn), del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'abrogare i commi 3, 5, 8, 9 e 11 dell'art. 12 del d.l. n. 47 del 2014, convertito dalla legge n. 80 del 2014, ha, per quanto qui rileva, lasciato vigente l'art. 12, comma 2.

Secondo il Consiglio di Stato, l'art. 105 del D.Lgs. 50/2016 non contiene un divieto di subappalto finalizzato a conseguire i requisiti di qualificazione per i lavori appartenenti alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria. Non appare decisiva la circostanza che la disposizione ponga il limite del subappalto del 30% per inferirne un divieto implicito di così rilevante portata: il testo dell'art. 105 comporta, quindi, solo un limite più stringente, ma non incompatibile con il subappalto "necessario" dei lavori di categoria scorporabile (Cons. Stato Sez. V, Sent. 15-02-2021, n. 1308).

# CRITICITA' APPLICAZIONE SUBAPPALTO NECESSARIO APPALTI SOTTO SOGLIA

L'applicazione al caso concreto di subappalto necessario esaminato dalla sentenza del Consiglio di Stato 1308/2021 non pone particolari problemi, atteso che si trattava di un appalto di lavori sopra soglia. Il problema è stabilire se il subappalto necessario di lavori possa trovare applicazione anche negli appalti sotto soglia comunitaria.

In realtà, la problematica sarebbe potuta scaturire anche dal caso esaminato dal TAR Lazio nella sentenza n. 1575/2021, posto che la categoria di lavori oggetto di subappalto era la OS4, vale a dire una categoria rientrante nell'art. 12, comma 2, lett. b), del D.L. 47/2014.

In casi del genere, è possibile applicare la regola del subappalto necessario anche negli appalti sotto soglia e subappaltare anche il 100% dell'importo di quella categoria SIOS?



# CRITICITA' APPLICAZIONE SUBAPPALTO NECESSARIO APPALTI SOTTO SOGLIA

La criticità è rafforzata dal fatto che la categoria OS4, come le altre categorie OS, rientra nel decreto del Ministero delle Infrastrutture 10 novembre 2016, n. 248, rispetto al quale vige il limite percentuale del subappalto di cui all'art. 105, comma 5, per effetto del rinvio all'art. 89, comma 11, del codice appalti.

A tale proposito, l'art. 63, comma 2, della Direttiva 24/2014, stabilisce : *«Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso».*

E quindi, per gli appalti sotto soglia, nel caso di subappalto delle categorie OS si applica il limite percentuale del 30% (40% fino al 30/06/2021) previsto dall'art. 105, comma 5, del D.Lgs. 50/2016, oppure la regola del subappalto necessario di cui all'art. 12, comma 2, lett. b), del D.L. 47/2014?



# SOLUZIONE NEI BANDI

Cosa può fare quindi un'Amministrazione per tutelarsi? Le stazioni appaltanti, per gli appalti sopra soglia, potrebbero, al fine di prevenire i rischi di contestazione ex post da parte di operatori economici, inserire all'interno dei futuri bandi una premessa che – nel richiamare le sentenze della Corte di Giustizia, Sez. V, 26 settembre 2019, causa C-63/18 e 7 novembre 2019, causa C-402/18 – giustifichi la disapplicazione dell'articolo 105, commi 2 e 5, nella parte in cui prevede il limite del 30% alla quota subappaltabile, alla luce della prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale.

Per gli appalti sotto soglia, appare allo stato preferibile applicare il limite percentuale previsto dall'art. 105, a meno che non si tratti di appalto transfrontaliero, secondo l'interpretazione del TAR Lazio nella sentenza 1575/2021.

