

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1707 - NORMATIVA SUI LIMITI DI UTILIZZO DEL SUBAPPALTO

Roma, 3 novembre 2020

Senato della Repubblica Italiana
Camera dei Deputati
Presidenza del Consiglio dei Ministri

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 27 ottobre 2020, ha inteso svolgere alcune considerazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, in merito alla normativa relativa all'istituto del subappalto e, in particolare, alle disposizioni che ne disciplinano i limiti di utilizzo (articolo 105 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, anche Codice dei Contratti Pubblici o "CCP" e articolo 1, comma 18, del decreto-legge 18 aprile 2019 n. 32, convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019 n. 55).

Nel dettaglio, l'articolo 105, comma 2, del CCP, dispone che l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture, fatto salvo quanto previsto dal comma 5¹. Tale soglia massima è stata temporaneamente (fino al 31 dicembre 2020) innalzata al 40% dal decreto-legge n. 32/2019, per far fronte ad alcune delle contestazioni mosse dalla Commissione europea nella procedura di infrazione avviata nel gennaio 2019 contro lo Stato italiano². In particolare, la Commissione ha ritenuto che la normativa nazionale di cui all'articolo 105, commi 2 e 5, del CCP fosse in contrasto con il diritto UE, nella misura in cui limita in tutti i casi il ricorso al subappalto e non soltanto in quelli nei quali la restrizione sia oggettivamente giustificata dalla natura delle prestazioni dedotte in contratto.

Considerata la prossima scadenza delle soluzioni temporaneamente apprestate dal legislatore³, l'Autorità osserva di aver già sottolineato, in alcune recenti occasioni, la valenza pro-concorrenziale

¹ L'articolo 105, comma 5, prevede che, per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, l'eventuale subappalto non può superare il 30% dell'importo delle opere. Si tratta di "opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali".

² Cfr. lettera di costituzione in mora della Commissione europea, inviata al Ministro degli Affari esteri e della Cooperazione Internazionale il 24 gennaio 2019, avente ad oggetto anche altre disposizioni del CCP, <https://www.cisl.it/attachments/article/11887/Lettera-UE-Infrazione.pdf>.

³ Sono stati altresì sospesi gli obblighi di indicare la terna dei subappaltatori in gara (art. 105, comma 6) e la terna dei subappaltatori in caso di concessioni (art. 174, comma 2, terzo periodo), nonché le verifiche in sede di gara riferite al subappaltatore (art. 80).

dell'istituto del subappalto, anche ipotizzando un ampliamento dei limiti al suo utilizzo, al fine di aumentare le possibilità per le piccole e medie imprese di operare sui mercati⁴.

Si è evidenziato come, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE del 26 settembre 2019 nel caso C-63/18 *Vitali*, una normativa nazionale come quella italiana, che vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto oltre una percentuale fissa dell'affidamento, indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori, non può essere ritenuta compatibile con la Direttiva 2014/24/UE. È stato pertanto auspicato di modificare le norme limitative del subappalto per il concessionario pubblico, che risultano in contrasto con la normativa europea⁵.

In termini generali, l'Autorità ritiene che eventuali limiti all'utilizzo del subappalto dovrebbero essere proporzionati all'obiettivo di interesse generale che si intende perseguire e giustificarsi in relazione al caso concreto, sulla base di criteri ben definiti e motivati dalla stazione appaltante in sede di gara.

Ad esempio, le caratteristiche strutturali del mercato di riferimento potrebbero giustificare un limite al ricorso al subappalto laddove, in presenza di un limitato numero di possibili imprese partecipanti alla gara, il suo utilizzo potrebbe favorire l'attuazione di intese spartitorie. Ulteriori restrizioni potrebbero derivare dalla particolare natura delle prestazioni dedotte in contratto o da esigenze di sicurezza nella fase di esecuzione. In casi eccezionali la stazione appaltante potrebbe motivatamente imporre il divieto di subappalto dell'intera commessa, in considerazione delle particolari specificità dell'appalto.

Inoltre, l'obbligo di indicare, già in sede di offerta, la quota parte dell'appalto e i lavori che si intendono subappaltare, oltre all'identità degli eventuali subappaltatori, potrebbe consentire alle stazioni appaltanti di individuare preventivamente i soggetti incaricati e di effettuare le opportune verifiche circa la loro capacità e affidabilità, al fine di prevenire rischi di corruzione e collusione nelle fasi di affidamento ed esecuzione dell'appalto.

In conclusione, considerata la giurisprudenza euro-unitaria intervenuta sul punto, l'Autorità ritiene opportuna una modifica normativa volta a: (i) eliminare la previsione generale e astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile; (ii) prevedere l'obbligo in capo agli offerenti, che intendano ricorrere al subappalto, di indicare in sede di gara la tipologia e la quota parte di lavori in subappalto, oltre all'identità dei subappaltatori; (iii) consentire alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all'utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati in considerazione della struttura del mercato interessato, della natura delle prestazioni o dell'identità dei subappaltatori.

⁴ Segnalazione AS1683 *Criticità in merito allo sviluppo delle infrastrutture di telecomunicazione fissa e mobile a banda ultralarga* del 1° luglio 2020, inviata al Senato della Repubblica, alla Camera dei Deputati, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, al Ministero dello Sviluppo Economico, all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e all'Associazione Nazionale Comuni Italiani; cfr. altresì segnalazione AS1592 - *Decreto Crescita - Incentivi fiscali riconosciuti in ipotesi di interventi di riqualificazione energetica e di adozione di misure antisismiche*, del 12 giugno 2019, inviata al Presidente della Camera dei Deputati, al Presidente del Senato della Repubblica e al Presidente del Consiglio dei Ministri.

⁵ Segnalazione AS1683, cit. Cfr. altresì sentenza della Corte di Giustizia UE del 27 novembre 2019, causa C-402/18 *Tedeschi*, § 38.