



Autorità Nazionale Anticorruzione

Atto di segnalazione n. 8 del 13 novembre 2019

Concernente la disciplina del subappalto di cui all'art. 105 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1035 del 13 novembre 2019



Autorità Nazionale Anticorruzione

1. Premessa

Nell'esercizio del potere di segnalazione di cui all'art. 213, comma 3, lett. d), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante il codice dei contratti pubblici (di seguito, anche "Codice") l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) intende formulare alcune proposte per una urgente modifica normativa inerente la disciplina del subappalto di cui all'art. 105 del Codice alla luce della sentenza Corte di Giustizia della UE (CGUE) del 26 settembre 2019 (causa C-63/18) che, nell'esaminare una domanda di pronuncia pregiudiziale del TAR Lombardia, ha statuito la non conformità al diritto UE della norma nazionale che prevede un limite quantitativo al subappalto.

2. Il quadro normativo di riferimento

I limiti al subappalto sono per la prima volta inseriti nell'ordinamento giuridico italiano con l'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55. Tale norma è confluita successivamente nell'art. 34 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, poi nell'art. 118 del previgente codice dei contratti pubblici di cui al del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e infine nell'art. 105 del vigente Codice.

In particolare, il comma 2 dell'art. 105 prevede che *"Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. [...] 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."*

Il limite quantitativo del 30% è stato innalzato al 40% dal decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. "sblocca-cantieri"), in sede di conversione con la legge 14 giugno 2019, n. 55, verosimilmente con l'intento di superare i problemi avanzati dall'Unione europea con l'apertura della procedura di infrazione n. 2018/2273 riguardante varie disposizioni del Codice, tra cui anche talune inerenti il subappalto.

Lo stesso decreto sblocca-cantieri ha poi inciso su un'altra previsione dell'art. 105, ovvero il comma 6, disponendo la sospensione fino al 31 dicembre 2020 dell'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori per gli appalti di importo superiore alle soglie di cui all'art. 35.

La finalità della più stringente norma nazionale rispetto a quella prevista dal legislatore comunitario è sempre stata, come è noto e come risulta dalla riproposizione del limite quantitativo nelle normative sugli appalti che si sono succedute dal 1990 fino al nuovo Codice del 2016, quella della tutela degli interessi generali di primaria importanza della sostenibilità sociale, dell'ordine e della sicurezza pubblica, in un contesto – quello del subappalto – in cui i maggiori rischi di infiltrazione criminale e di condizionamento dell'appalto si associano a minori capacità di controllo e verifica dei soggetti effettivamente coinvolti nell'esecuzione delle commesse.

Le ragioni di tutela dei richiamati interessi generali sono peraltro contemplati nei Considerando n. 40 e 41 della direttiva 2014/24/UE (nel seguito, "Direttiva"). Ad esempio, il



Autorità Nazionale Anticorruzione

Considerando 41 stabilisce che “[...] Nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell’ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali o altre misure ambientali in particolare nell’ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE”.

Sulla scorta di questi principi, anche il Consiglio di Stato, nel parere n. 855/2016 reso sullo schema di Codice del 2016, segnalava la possibilità per il legislatore nazionale di porre, in tema di subappalto, norme di maggior rigore rispetto alle direttive europee, motivate da pregnanti ragioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro, e pertanto non tali da rappresentare un ingiustificato *goldplating*.

In sede di adozione del richiamato decreto sblocca-cantieri, l’Autorità, tramite un documento pubblicato sul proprio sito il 17 maggio 2019 a fini conoscitivi, aveva svolto un primo approfondimento sulle principali novità introdotte dal decreto stesso, tra cui anche le modifiche che qui interessano inerenti la disciplina del subappalto.

È stato evidenziato, in particolare, che l’innalzamento della quota di affidamento subappaltabile (dal 30% al 50%, poi scesa al 40% in sede di conversione del decreto legge) e la completa eliminazione della verifica dei requisiti del subappaltatore in gara non rispondevano alle osservazioni avanzate in sede di procedura di infrazione. L’assenza di un limite al subappalto, sosteneva l’Autorità, viene a livello europeo strettamente correlata alla necessità che i documenti di gara impongano ai concorrenti di indicare l’intenzione di subappaltare e i subappaltatori proposti, di modo che l’amministrazione sia posta in condizioni di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell’aggiudicatario. Per contro, le modifiche introdotte dal decreto legge tendevano a ridurre i limiti per il subappalto senza adottare accorgimenti per la verifica in sede di gara dei subappaltatori, mantenendo i controlli e l’individuazione degli stessi in fase esecutiva.

Con specifico riferimento all’affidamento di lavori pubblici, veniva altresì segnalato l’effetto della nuova previsione – in combinato disposto con l’art. 1, comma 2, del d.m. 248 del 10.11.2016¹ (ancora in vigore anche ai sensi del nuovo art. 216, comma 27-*octies*, del Codice) e con l’art. 105, comma 5, del Codice – di rendere di fatto subappaltabile una parte consistente dell’esecuzione, ben superiore alla metà del valore dell’appalto. Ciò in conseguenza della somma, allo stato possibile, tra il limite generale dell’attuale 40% e l’ulteriore 30% che, se relativo ad opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, non sembra computarsi ai fini del raggiungimento del limite generale.

Nello stesso documento veniva evidenziato che la criticità può aggravarsi in ragione dell’ulteriore sconto del 20% che l’appaltatore può ottenere dal subappaltatore, anche in relazione

¹ Trattasi del “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”.



Autorità Nazionale Anticorruzione

ai ribassi di aggiudicazione registrati negli anni (pari a circa il 18-20%), idonei a vanificare l'intento di limitare il contrasto a lavoro in nero e di tutelare la sicurezza del lavoro, fortemente perseguiti dal legislatore.

2. La sentenza della CGUE

La sentenza in esame scaturisce da una domanda di pronuncia pregiudiziale con cui il TAR Lombardia, con ordinanza 148 del 19 gennaio 2018, chiedeva alla Corte di accertare se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), l'art. 71 della Direttiva, il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 105, comma 2, terzo periodo, del Codice, in base alla quale il subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto.

Nell'ordinanza di rimessione, il TAR Lombardia² segnalava che la previsione di un limite generale del 30% per il subappalto, tanto per i contratti di lavori quanto per quelli di servizi e forniture, impedisce agli operatori economici di subappaltare ad altri soggetti una parte consistente delle opere, rendendo così più difficoltoso l'accesso al mercato delle imprese, soprattutto quelle di piccole e medie dimensioni, ostacolando l'esercizio della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi e precludendo agli stessi committenti pubblici di ottenere un numero più alto e diversificato di offerte.

Nella richiamata ordinanza veniva precisato che le ragioni di ordine pubblico e di contrasto alla criminalità, che sono a fondamento del limite al subappalto, potevano essere adeguatamente tutelate qualora i documenti dell'appalto avessero richiesto agli offerenti di indicare in sede di offerta le parti da subappaltare e i subappaltatori incaricati, in conformità all'art. 71 della Direttiva secondo cui, analogamente alla precedente disposizione comunitaria (art. 25 della direttiva 2004/18/CE), l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, per l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori quando non sia stata in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario.

La CGUE ha accolto la questione pregiudiziale sollevata.

Anzitutto, la stessa ha rilevato che il summenzionato art. 71 prevede la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di chiedere o di essere obbligata dallo Stato membro a chiedere all'offerente di informarla sulle intenzioni di quest'ultimo in materia di subappalto e a verificare se sussistano motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'art. 57 della Direttiva stessa che fa

² Si noti che anche il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 3553 dell'11 giugno 2018, ha proposto innanzi alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale (causa C-402/18-1) in tema di limiti quantitativi al subappalto, che allo stato risulta non ancora decisa.



Autorità Nazionale Anticorruzione

riferimento, in particolare, alla partecipazione a un'organizzazione criminale, alla corruzione o alla frode.

Secondo la Corte, in sostanza, in virtù dell'art. 71 della Direttiva, ma anche dello stesso art. 105 del Codice, in presenza di obblighi informativi e di adempimenti procedurali per i quali l'impresa subappaltatrice può essere assoggettata a controlli analoghi a quelli che ricadono sull'impresa aggiudicataria, il limite al subappalto non costituisce lo strumento più efficace e utile per assicurare l'integrità del mercato dei contratti pubblici. In particolare, si afferma che se la stazione appaltante è in condizione di conoscere in anticipo le parti dell'appalto che si intendono subappaltare nonché l'identità dei subappaltatori proposti, e di verificare in capo a questi il possesso dei requisiti di qualificazione e l'assenza dei motivi di esclusione, non vi è ragione per introdurre un limite generalizzato e astratto per il ricorso al subappalto.

La CGUE ha in definitiva stabilito che il limite quantitativo al subappalto, pari al 30% nel momento in cui è stata posta la domanda pregiudiziale, imponendo una limitazione alla facoltà di ricorrervi per una parte del contratto fissata in maniera astratta e in una determinata percentuale dello stesso, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, si pone in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

Deve al contempo segnalarsi che la Corte ha rilevato come la criticità del limite quantitativo del ricorso al subappalto si ricollega alla sua applicazione indipendentemente dal settore economico interessato, dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori, e al fatto che la disciplina italiana non lascia spazi a valutazioni caso per caso da parte della stazione appaltante, e ciò anche qualora questa sia in grado di verificare l'identità dei subappaltatori interessati e ove accerti che il limite non sia necessario al fine di contrastare le infiltrazioni criminali nell'ambito dell'appalto in questione.

3. Proposte di modifica normativa

Il recente pronunciamento della CGUE³ richiede una urgente modifica della disciplina di riferimento affinché la normativa nazionale sia riportata in sintonia con i principi stabiliti dal legislatore e dal Giudice europeo.

³ La sentenza dovrebbe ritenersi a carattere immediatamente obbligatorio ed *erga omnes*. In merito all'efficacia, secondo la Corte costituzionale «le statuizioni interpretative della Corte di giustizia delle comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni» (Cfr. sentenze 113/1985 e 389/1989). La Cassazione ha più di recente e in varie occasioni ribadito che l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia ha efficacia *ultra partes*, sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali sia emesse in sede di verifica della validità di una disposizione UE, va attribuito «il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes* nell'ambito della Comunità» (Cfr. Cass. Sez. 5, Sentenza dell'11 dicembre 2012, 22577; Cass. 2 marzo 2005, n. 4466; Cass. 30 agosto 2004, n. 17350).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Occorre inoltre fornire alle stazioni appaltanti indicazioni normative chiare, così da scongiurare eventuali contenziosi, prevedendo una rivisitazione dei meccanismi di regolazione del subappalto mediante una opportuna “compensazione” tra i diritti di libertà riconosciuti a livello europeo e le esigenze nazionali di sostenibilità sociale, ordine e sicurezza pubblica, che sono sempre stati alla base della limitazione all’utilizzo dell’istituto.

Tale modifica urgente si rende altresì necessaria per garantire il corretto svolgimento dell’attività istituzionale dell’Autorità, soprattutto consultiva e di vigilanza, che, specie nella verifica preventiva degli atti di gara in sede di alta sorveglianza del Presidente ex art. 30 del d.l. 90/2014 e di vigilanza collaborativa ex art. 213, comma 3, lett. h), del Codice, è chiamata a valutare in tempi piuttosto stringenti la conformità al Codice degli atti di gara adottati dalle stazioni appaltanti.

3.1. Sul limite quantitativo al subappalto

Nel contesto sopra descritto, appare preliminarmente utile evidenziare come la Corte di Giustizia, pur stabilendo la non conformità al diritto UE del limite quantitativo al subappalto, non sembra aver sancito la possibilità per gli offerenti di ricorrere illimitatamente al subappalto.

Partendo da tale premessa, come già sopra evidenziato, la Corte ha segnalato che il problema del limite quantitativo derivi da un’applicazione indiscriminata rispetto al settore economico interessato, alla natura dei lavori o all’identità dei subappaltatori e al fatto che la disciplina interna non lascia alcuno spazio a valutazioni caso per caso da parte della stazione appaltante circa l’effettiva necessità di una restrizione al subappalto stesso.

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.

Nell’adeguare la disciplina nazionale in senso conformativo all’orientamento della Corte si dovrebbero prevedere alcuni accorgimenti e “contrappesi”.

Anzitutto, viene in rilievo la questione di un eventuale subappalto del 100% delle prestazioni oggetto del contratto, ovvero di una parte talmente rilevante di esse che, di fatto, la commessa viene svolta sostanzialmente da terzi e non dal soggetto aggiudicatario.

In merito, si ricorda la disposizione dell’art. 105, comma 1, del Codice, secondo cui *“I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice di norma eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall’articolo 106, comma 1, lettera d).”* Con tale norma, chiaramente finalizzata a consentire una ordinata esecuzione delle commesse, il legislatore ha inteso stabilire la regola generale secondo cui l’operatore economico deve eseguire in proprio l’appalto, anche al fine di evitare che una impresa partecipi alla gara al solo fine di aggiudicarsi il contratto per delegarne poi la sostanziale esecuzione a soggetti terzi non verificati in gara.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Al riguardo, come accennato, se da un lato il Giudice europeo ha censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno, dall'altro non sembra aver stabilito la possibilità per gli offerenti di ricorrervi in via illimitata. Infatti, in un passaggio della sentenza si legge che *“Tuttavia(...) una restrizione come quella di che trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo”*. Con ciò il Giudice lascerebbe in qualche modo intendere che la limitazione non è in sé inammissibile quanto, piuttosto, che l'entità del limite in essere (pari 30% al momento della decisione) appare eccessiva rispetto allo scopo da perseguire.

Sul punto, è di tutta evidenza che il subappalto dell'intera prestazione o quasi, specie se necessario al fine di ottenere la qualificazione in gara (c.d. “subappalto necessario”), snaturerebbe il senso dell'affidamento al contraente principale, dovendosi in tal caso favorire - a fronte di un massiccio coinvolgimento di soggetti terzi - la partecipazione diretta alla gara da parte di tali soggetti, con assunzione della responsabilità solidale verso la stazione appaltante, analogamente a quanto avviene in altri istituti (ad esempio, nei raggruppamenti temporanei di impresa e nei consorzi ordinari, cfr. art. 48, comma 5, del Codice), atteso che il subappaltatore non ha alcun obbligo nei confronti della stazione appaltante. Ai sensi del comma 8 dell'art. 105, infatti, *“Il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante”*.

Tra l'altro, si osservi che l'art. 71 della Direttiva, così come il previgente art. 25 della direttiva 2004/18/CE, prevede che nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice possa chiedere o possa essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare nell'offerta *“le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi”*, nonché i subappaltatori proposti.

Anche la Direttiva parla, dunque, di *“parti”* dell'appalto da subappaltare a terzi, lasciando quindi intravedere che la regola generale cui attenersi è quella del subappalto di una porzione e non dell'intera commessa.

Un primo aspetto che si segnala al legislatore è dunque quello di valutare il mantenimento del divieto (formale o sostanziale) di subappalto dell'intera commessa o di una sua parte rilevante.

Per gli altri casi, una possibile soluzione per superare i rilievi della Corte di Giustizia potrebbe essere quella di prevedere la regola generale dell'ammissibilità del subappalto, richiedendo alla stazione appaltante l'obbligo, alla stregua di fattispecie con finalità simili, come la mancata suddivisione in lotti dell'appalto di cui all'art. 51, comma 1, del Codice, di motivare adeguatamente un eventuale limite al subappalto in relazione allo specifico contesto di gara, evitando di restringere ingiustificatamente la concorrenza.

In tal senso, alcuni dei criteri, da fissare in via esemplificativa, potrebbero individuarsi a partire da quelli indicati dalla Corte nella sentenza, cioè il settore economico o merceologico di riferimento, la natura (ad esempio principale/prevalente o accessoria) della prestazione, ma anche specifiche esigenze che richiedono di non parcellizzare l'appalto, con finalità di carattere preventivo rispetto a fenomeni di corruzione, spartizioni o di rischio di infiltrazioni criminali e mafiose, ma anche di carattere organizzativo, per una più efficiente e veloce esecuzione delle prestazioni. Altro



Autorità Nazionale Anticorruzione

criterio che potrebbe essere oggetto di valutazione è quello inerente il valore e la complessità del contratto, al fine di consentire maggiore libertà per appalti di particolare rilevanza che suggeriscono di accordare più flessibilità nella fase realizzativa.

Riguardo al criterio del settore economico menzionato dalla Corte di Giustizia, delle restrizioni potrebbero essere motivate, ad esempio, in ragione del limitato numero di operatori economici qualificati o dei possibili partecipanti, proprio al fine di promuovere la più ampia concorrenza, atteso che la presenza di uno o più subappaltatori potrebbe favorire accordi spartitori in fase di gara. Altra possibilità, nell'affidamento dei lavori pubblici, è quella di far valere eventuali ragioni di sicurezza alla luce delle specificità del cantiere, laddove la presenza di molteplici addetti appartenenti a più operatori potrebbe aumentare i rischi di scarso coordinamento e attuazione delle misure di tutela del lavoro.

Il legislatore, inoltre, al fine di bilanciare la maggiore libertà di subappalto con le esigenze di trasparenza e di garanzia di affidabilità, in particolare al superamento di determinate soglie, potrebbe stabilire l'obbligo di indicare i subappaltatori già in fase di gara al fine di consentire alla stazione appaltante di conoscere preventivamente i soggetti incaricati e di effettuare le opportune verifiche che, naturalmente, non si sostituirebbero a quelle ulteriori in fase esecutiva propedeutiche all'autorizzazione al subappalto di cui all'art. 105, comma 4, del Codice. In sostanza, in caso di limiti al subappalto adeguatamente motivati ma entro determinate soglie, si potrebbe confermare l'attuale sistema della mera indicazione della intenzione di subappaltare alcune parti del contratto e di verificare il subappaltatore in fase di autorizzazione. Oltre determinate soglie, invece, si potrebbe prevedere la verifica obbligatoria dei subappaltatori anche in fase di gara.

In tale secondo caso, potrebbe altresì considerarsi la possibilità di concedere al concorrente la facoltà (non l'obbligo) di indicare un elenco di subappaltatori potenziali entro un determinato (e limitato) numero; tale limitazione, oltre a ridurre i rischi poc'anzi evidenziati, consentirebbe di contenere adempimenti e oneri dichiarativi per imprese e stazioni appaltanti.

Al tale riguardo, occorre anche evidenziare la necessità che un più ampio ricorso al subappalto non si traduca in maggiori incentivi all'elusione della disciplina antimafia.

Poiché l'informazione antimafia è richiesta per i subcontratti, cessioni o cottimi di importo superiore a 150.000 euro [cfr. art. 91, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159], un massiccio ricorso al subappalto, in astratto finalizzato a promuovere l'efficienza esecutiva anche tramite il coinvolgimento delle PMI, potrebbe nascondere finalità elusive della normativa antimafia (ancorché vietate si sensi del comma 2 del citato art. 91), ad esempio mediante l'impiego di molteplici subappaltatori con quote di attività inferiori alla soglia prevista per i controlli antimafia.

Si tratta, in conclusione, di individuare nuovi equilibri nel bilanciare le esigenze di flessibilità organizzativa ed esecutiva per gli operatori incaricati della commessa con una adeguata, irrinunciabile, prevenzione di rischi corruttivi, collusivi, e di turbative in fase di affidamento ed esecuzione.



Autorità Nazionale Anticorruzione

A tale ultimo riguardo, si osservi che le possibilità di verifica e controllo dei subappaltatori e la bontà dei controlli stessi dipendono dalle effettive capacità, risorse e mezzi della stazione appaltante, non sempre adeguati soprattutto per i committenti di minori dimensioni. Sarebbe pertanto opportuna l'introduzione di misure che promuovano un'adeguata capacità amministrativa nelle attività di verifica e di autorizzazione dei subappalti da parte delle stazioni appaltanti.

3.2. Sugli appalti sotto soglia comunitaria

Altro punto che occorre segnalare al legislatore attiene all'ambito di efficacia della sentenza della Corte, che scaturisce da una controversia relativa un affidamento di lavori di importo superiore alla soglia comunitaria. Al tale riguardo, non è chiaro se la pronuncia abbia effetto sugli appalti al di sotto delle soglie di rilevanza comunitaria, tuttavia questo profilo andrebbe verificato soprattutto in relazione alle procedure di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice che presentano carattere c.d. "transfrontaliero".

D'altro canto, si osservi che l'art. 105 – collocato nella Parte II (Contratti di appalto per lavori servizi e forniture), Titolo IV (Esecuzione), del Codice – non opera alcuna distinzione tra contratti sopra e sotto soglia; in tal modo il legislatore nazionale ha voluto prevedere una disciplina uniforme del subappalto a prescindere dall'importo del contratto, applicando all'ambito del sotto soglia lo stesso regime applicato al sopra soglia.

Pur riconoscendo, in linea di principio, come sopra anche accennato, che le esigenze di flessibilità organizzativa e imprenditoriale e quindi eventualmente di operare attraverso lo strumento del subappalto, possano ragionevolmente crescere in funzione dell'importo e della complessità del contratto, non vi sono a priori sufficienti ragioni per ritenere che sussistano differenze tra appalti sotto e sopra soglia tali da giustificare un diverso trattamento per i due casi.

Ad ogni modo, occorrerebbe valutare la scelta in ragione dei principi generali di proporzionalità e di promozione concorrenza e salvaguardando gli interessi generali di prevenzione della corruzione e di tutela del lavoro e della sicurezza nei luoghi di esecuzione delle commesse.

Sul punto, si rimette al legislatore di valutare, alla luce della piena compatibilità con il diritto europeo e di quanto stabilito dalla Corte nella sentenza, l'eventuale previsione di un limite al subappalto per i contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie, anche se tale limite non sembrerebbe potersi imporre per i casi di appalti aventi interesse transfrontaliero.

3.3. Sulle opere ad alto contenuto tecnologico

Altro aspetto riguarda l'eventuale applicazione della sentenza al comma 5 dell'art. 105, che è anche oggetto della procedura di infrazione 2018/2273, assieme ad altre disposizioni del medesimo



Autorità Nazionale Anticorruzione

art. 105⁴. Come è noto, 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 o 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, suddiviso⁵.

4. Conclusioni

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, si segnala a Governo e 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, valutando le proposte sopra illustrate, formulate dall'Autorità nell'ottica della leale collaborazione istituzionale.

Si auspica, altresì, un intervento normativo a carattere organico, che affronti cioè anche le altre problematiche sollevate sul subappalto in sede di procedura di infrazione, pervenendo così a una disciplina coerente in materia.

Approvato dal Consiglio nella seduta 13 novembre 2019

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il

Il Segretario Maria Esposito

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

⁴ Si tratta del comma 6, relativo all'obbligo di indicare in gara la terna dei subappaltatori, tuttavia sospeso del decreto sbloccacantieri, il comma 19, concernente il divieto di ulteriore subappalto per il subappaltatore (subappalto “a cascata”) e di alcune previsioni del comma 4.

⁵ Peraltro, lo stesso comma 11 dell'art. 89 vieta l'avvalimento ed è oggetto di contestazione nell'ambito della procedura di infrazione 2018/2273.