



.....OMISSIS.....

Oggetto

Servizi di Facility Management, manutenzione immobili e impianti, guardiana e vigilanza di immobili di amministrazioni/enti non sanitari del territorio dellaOMISSIS..... – subappalto – art. 105 d.lgs. 50/2016 – richiesta di parere – vs rif.OMISSIS.....

UPREC-PRE-0082-2024

FUNZ CONS 31/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 7 marzo 2024, acquisita al prot. Aut. n. 32030, 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 17 giugno 2024, 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. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

La richiesta di parere riguarda l’appalto in oggetto, aggiudicato dal soggetto aggregatore dellaOMISSIS..... con provvedimento del 21 novembre 2019 e disciplinato dal d.lgs. 50/2016. L’amministrazione istante con provvedimento del 29 luglio 2020 ha disposto l’adesione alla relativa convenzione. Tale convenzione, all’art. 23, prevede che il subappalto è ammesso in conformità all’art. 105 del d.lgs. 50/2016 e che il fornitore affida in subappalto, in misura non superiore al 30% dell’importo di ogni singolo ordinativo di fornitura, l’esecuzione delle prestazioni indicate in sede di offerta.

Con riguardo a tale previsione contrattuale, la richiedente evidenzia che la Corte di Giustizia dell’Unione Europea e il Consiglio di Stato hanno affermato che il predetto limite al subappalto è in contrasto con l’ordinamento comunitario (sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sez V, del 26 settembre 2019 – C 63/18 e del 27.11.2019 C 402/18; Consiglio di Stato, sez V, 16.01.2020 n. 389, 17.12.2020 n. 8101, 31.05.2021 n. 4150; TAR Lazio 18.05.2021 n. 5837) e che, pertanto, con l.n. 108/2021 è stato modificato il citato art. 105; disposizione successivamente sostituita dall’art. 119, del d.lgs. 36/2023.

Alla luce di quanto sopra, quindi, è stato chiesto all’Autorità se, tenuto conto del dichiarato contrasto con l’ordinamento comunitario del limite del 30% del subappalto, dell’abrogazione dell’articolo 105 del d.lgs. 50/2016 e della sopravvenuta disposizione dell’articolo 119 del d.lgs. 36/2023, sia consentito alla stazione appaltante autorizzare contratti di subappalto anche in percentuale superiore al limite del 30% (stabilito contrattualmente), in applicazione della norma vigente al momento in cui si perfeziona la fattispecie concreta di richiesta di subappalto e quindi del citato articolo 119 del nuovo Codice.

In relazione al quesito posto, occorre premettere che le disposizioni dettate dal d.lgs. 36/2023, in forza del combinato disposto degli articoli 226 e 229 dello stesso decreto legislativo, sono entrate in vigore il 1° aprile 2023 e divenute efficaci dal 1° luglio 2023, quindi applicabili alle procedure e agli affidamenti disposti a decorrere da tale ultima data.

Come stabilito dall'art. 226 del nuovo Codice, «1. Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, è abrogato dal 1° luglio 2023. 2. A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2 [1 luglio 2023], le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso (...)» secondo le indicazioni contenute alle lettere da a) a d) della disposizione medesima.

Pertanto, ad un affidamento disposto in vigenza del d.lgs. 50/2016, non può trovare applicazione il d.lgs. 36/2023.

Come già osservato dall'Autorità in diverse pronunce, infatti, 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 (...)» (delibera n. 882/2020, Prec 201/2020/L, Pareri Funz Cons 18/2022, 13/2023).

È inoltre consolidato l'orientamento giurisprudenziale che afferma, in materia di contratti pubblici, «l'irrelevanza dello *ius superveniens*(...), 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; (...)» (ex multis parere Funz Cons 13/2023 e delibera n. 504/2022-parere AG9/2022).

Dunque, 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. 50/2016, resta disciplinato da tale fonte normative *anche con riguardo alla fase esecutiva*.

A tale regola soggiace altresì, in via generale, il contratto di subappalto che 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. 87/2017 –AG 4/2017/AP).

Occorre osservare al riguardo, come pure evidenziato nell'istanza di parere, che sulla disciplina del subappalto, con riguardo ai limiti del ricorso allo stesso sanciti dal previgente art. 118 del d.lgs. 163/2006, è intervenuta la Corte di Giustizia (decisione del 27 novembre 2019, causa C-402/18 e decisione 26 settembre 2019, causa C-63/18), che ha ritenuto (tra l'altro) detti limiti non conformi alla direttiva 2004/18/CE.

Conseguentemente il Consiglio di Stato, con decisione n. 4832/2020, conformandosi all'avviso del giudice comunitario ha affermato 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. 118 cit., [...]*».

Sulla base di tale avviso, quindi, il giudice amministrativo ha ritenuto disapplicabile il limite legislativo al subappalto previsto da tale ultima norma (Consiglio di Stato n. 4832/2020 cit.).

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, (tra l'altro) modifiche idonee a rendere il testo della disposizione conforme alle direttive europee e alle indicazioni del giudice comunitario sopra richiamate.

Pertanto, ai fini dell'applicazione della disciplina sopra indicata, contemplante (prima delle indicate modifiche normative) specifici limiti per il ricorso al subappalto, occorre considerare l'avviso giurisprudenziale citato, che ha ritenuto disapplicabile detto limite legislativo al subappalto.

Più in dettaglio, secondo tale avviso, le sentenze della Corte di Giustizia (sopra richiamate in tema di subappalto) hanno efficacia immediata e diretta nell'ordinamento e comportano «il dovere-potere del giudice nazionale di disapplicare la norma interna contrastante con l'ordinamento comunitario (cfr., tra le altre, Cons. Stato, VI, 11 novembre 2019, n. 7874), anche in riferimento ai rapporti giuridici sorti prima della pronuncia della Corte di Giustizia, poiché questa esplica i propri effetti *ex tunc*, cioè sin dall'entrata in vigore della norma oggetto del rinvio pregiudiziale. In correlazione a tale potere-dovere vige l'obbligo per tutte le articolazioni dello Stato membro, quindi anche per gli apparati amministrativi, di non applicare la disposizione interna contrastante con il diritto euro-unitario, anche quando il contrasto si realizzi con una direttiva *self executing* (Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18), ed in specie se esso sia già stato affermato da una fonte univoca quale una sentenza della Corte di Giustizia, organo deputato ad assicurare l'uniformità di interpretazione e di applicazione delle norme comunitarie da parte degli Stati membri (cfr., da ultimo, Corte di Giustizia, 6 ottobre 2021, C-569/19)» (Consiglio di Stato, sez. V, n. 6857/2022; anche Consiglio di Stato n. 4150/2021, n. 8101/2020, n. 389/2020).

Dunque, la disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario, va disapplicata dall'autorità giudiziaria e tale «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 (...)» (TAR Lombardia, Brescia, n. 112/2022).

Sulla base di tali principi, quindi, il giudice amministrativo ha affermato che l'amministrazione aggiudicatrice, nel dare corso all'autorizzazione al subappalto, deve fare applicazione della relativa disciplina quale risultante all'esito della citata pronuncia della Corte di Giustizia (Cons. di Stato n. 6875/2022).

Per quanto sopra, in risposta al quesito sollevato nell'istanza di parere, si ribadisce che ai contratti di subappalto relativi ad un affidamento disposto in regime di d.lgs. 50/2016 non può trovare applicazione il d.lgs. 36/2023, dovendosi invece fare riferimento alla disciplina vigente al momento dell'indizione della gara a monte, contenuta nel citato d.lgs. 50/2016.

In relazione al subappalto e alle disposizioni dell'art.105 del citato d.lgs. 50//2016, si rimette all'attenzione della richiedente l'avviso giurisprudenziale richiamato, che ha ritenuto disapplicabile dall'amministrazione aggiudicatrice il limite legislativo al subappalto previsto da tale ultima norma.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette dunque a codesta Amministrazione comunale 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

Firmato digitalmente