



PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO

Reg. delib. n. 220

Prot. n.

VERBALE DI DELIBERAZIONE DELLA GIUNTA PROVINCIALE

OGGETTO:

Adozione delle linee guida sull'applicazione dell'articolo 26, comma 1, della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2 in seguito alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 26 settembre 2019.

Il giorno **21 Febbraio 2020** ad ore **10:40** nella sala delle Sedute
in seguito a convocazione disposta con avviso agli assessori, si è riunita

LA GIUNTA PROVINCIALE

sotto la presidenza del

PRESIDENTE

MAURIZIO FUGATTI

Presenti:

VICEPRESIDENTE
ASSESSORE

MARIO TONINA
MIRKO BISESTI
ROBERTO FAILONI
MATTIA GOTTARDI
STEFANIA SEGNANA
ACHILLE SPINELLI
GIULIA ZANOTELLI

Assiste:

IL DIRIGENTE

LUCA COMPER

Il Presidente, constatato il numero legale degli intervenuti, dichiara aperta la seduta

Il Relatore comunica:

Con sentenza di data 26 settembre 2019, la Quinta Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sulla conformità della disciplina nazionale in materia di subappalto, rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria. Nella pronuncia la Corte di Giustizia ha dichiarato: *“La 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, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve 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”*.

La sentenza dichiara l'illegittimità dell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui limita in modo generale ed astratto il ricorso al subappalto, stabilendo una percentuale massima rispetto all'importo complessivo del contratto, *“cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori”*, nonché in quanto *“un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore”*.

Le pronunce della Corte di Giustizia Europea hanno efficacia ultra partes e comportano l'obbligo, non solo da parte del giudice del rinvio, ma anche dell'amministrazione, di disapplicare il diritto interno in contrasto con il diritto europeo. La violazione dell'obbligo di disapplicazione della norma dichiarata non conforme alla disciplina europea espone l'amministrazione al rischio di responsabilità per i danni che ne possono derivare.

L'articolo 26 *“Disposizioni organizzative per il ricorso al subappalto”* della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2 contiene, al comma 1, un rimando all'articolo 105 del Codice dei Contratti pubblici laddove prevede: *“Per l'individuazione della quota parte subappaltabile si applica la normativa statale in materia”*.

In conseguenza della censura della Corte ed in attesa di un intervento chiarificatore da parte del legislatore nazionale, si ritiene opportuno fornire prime indicazioni per l'uniforme interpretazione di quanto stabilito dall'articolo 26, comma 1, della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2.

Sono stati acquisiti i pareri da parte del Consiglio delle Autonomie Locali e della Commissione consiliare competente, ai sensi della normativa vigente.

Tutto ciò premesso,

LA GIUNTA PROVINCIALE

- udita la relazione;
- viste le norme Statutarie;
- visti gli atti citati in premessa;
- visto l'art. 105 del D.lgs. n. 50/2016;
- visto l'art. 26 della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2;
- tenuto conto del parere rilasciato dal Consiglio delle Autonomie Locali in data 04 dicembre 2019;
- tenuto conto del parere rilasciato dalla Terza Commissione permanente del Consiglio provinciale in data 04 febbraio 2020;
- a voti unanimi, legalmente espressi,

d e l i b e r a

1. di adottare, per le motivazioni riportate in premessa, le allegate Linee guida che costituiscono parte integrante e sostanziale della presente deliberazione;
2. di dare atto che il presente provvedimento non comporta spese.

Adunanza chiusa ad ore 11:20

Verbale letto, approvato e sottoscritto.

Elenco degli allegati parte integrante

001 Prime indicazioni per l'uniforme interpretazione dell'art. 26, c.1, della LP N. 2/2016 - Limitazioni al subappalto

IL PRESIDENTE
Maurizio Fugatti

IL DIRIGENTE
Luca Comper

PRIME INDICAZIONI PER L'UNIFORME INTERPRETAZIONE DELL'ART. 26, COMMA 1, DELLA LEGGE PROVINCIALE 9 MARZO 2016, N. 2 - LIMITAZIONI AL SUBAPPALTO

Premessa

L'articolo 4 della l.p. 9 marzo 2016, n. 2 attribuisce alla Provincia il compito di promuovere *“l'uniforme applicazione della normativa provinciale in materia di contratti pubblici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e degli altri soggetti che applicano tale normativa”* attraverso l'adozione di linee guida.

Alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 26 settembre 2019, C-63/18, le presenti linee guida forniscono indicazioni operative alle amministrazioni aggiudicatrici in merito alla corretta applicazione dell'art. 26, comma 1, ultimo periodo, della legge 9 marzo 2016, n. 2, ed, in particolare, in relazione alla possibilità di introdurre limitazioni alla quota parte subappaltabile.

L'applicazione del presente atto ha carattere vincolante per le amministrazioni aggiudicatrici del territorio provinciale e il suo rispetto costituisce, ai sensi dell'art. 4, comma 2, della l.p. n. 2/2016, condizione per il finanziamento degli interventi e delle prestazioni oggetto di affidamento.

1. Ambito oggettivo di applicazione

Le indicazioni contenute nelle presenti linee guida trovano applicazione a tutte le procedure di affidamento di contratti pubblici, sia di importo inferiore, che di importo superiore alle soglie di rilevanza europea.

2. Ambito soggettivo di applicazione

Le indicazioni contenute nelle presenti linee guida si applicano a tutte le amministrazioni aggiudicatrici individuate dall'articolo 5 della l.p. n. 2/2016:

“a) la Provincia autonoma di Trento;

b) i comuni, le comunità e le loro forme associative o collaborative;

c) gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico e tutti gli altri soggetti aggiudicatori individuati ai sensi della normativa statale, aventi sede legale nella provincia di Trento, e le associazioni, le unioni, i consorzi, comunque denominati, costituiti dai soggetti indicati da questo comma”.

3. Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 26 settembre 2016, C-63/18

La Quinta Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, con sentenza di data 26 settembre 2019, ha dichiarato:

“La 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, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve 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”.

Con la sentenza sopra riportata è stata dichiarata l'incompatibilità dell'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 con la Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, nella parte in cui stabilisce, in modo generale ed astratto, la possibilità di ricorrere al subappalto nei limiti di una percentuale fissa, pari al trenta per cento (ora, quaranta per cento in forza del decreto c.d. "sbloccacantieri").

Dalle argomentazioni della sentenza del 26 settembre 2019 della Corte di Giustizia, si ricava che, ad ogni modo, resta ferma la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di limitare il ricorso al subappalto nel contesto delle diverse procedure di affidamento, fornendo adeguata motivazione in relazione al *"settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, [d]alla natura dei lavori o [d]all'identità dei subappaltatori"*.

La portata di tale pronuncia rileva anche in ambito provinciale dal momento in cui l'articolo 26 rubricato *"Disposizioni organizzative per il ricorso al subappalto"* della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2, al comma 1, ultimo periodo, rinvia all'articolo 105 del Codice dei Contratti pubblici prevedendo che: *"Per l'individuazione della quota parte subappaltabile si applica la normativa statale in materia"*.

Le pronunce della Corte di Giustizia Europea hanno efficacia *ultra partes* e comportano l'obbligo, non solo per il giudice del rinvio, ma anche per la singola amministrazione di disapplicare il diritto interno in contrasto con il diritto europeo. La violazione dell'obbligo di disapplicazione della norma dichiarata non conforme alla disciplina europea espone l'amministrazione al rischio di responsabilità per i danni che ne possono derivare.

Pertanto, nelle more delle modifiche normative necessarie all'adeguamento della disciplina nazionale al diritto europeo, **è necessario disapplicare l'art. 105, comma 2 del d.lgs. 50/2016 in quanto richiamato dall'articolo 26, comma 1, ultimo periodo della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2**, nella parte in cui stabilisce che l'eventuale subappalto non può superare il 40% del contratto.

Peraltro, come indicato anche da ANAC con Atto di segnalazione n. 8 del 13 novembre 2019 rivolgendosi al Governo e al Parlamento, *"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"*.

Premesso quanto sopra, si forniscono di seguito le prime indicazioni per supportare le valutazioni delle amministrazioni in ordine al ricorso al subappalto **in relazione alla specificità del settore economico interessato dall'appalto o alla natura dei lavori o della prestazione da subaffidare nonché all'identità dei subappaltatori**.

4. Limitazione del subappalto

In via generale, va sottolineato che **la limitazione del subappalto non deve comportare un restringimento ingiustificato della concorrenza**, ostacolando l'accesso delle piccole e medie imprese alle procedure di affidamento. Ne consegue che tale principio, di evidente derivazione comunitaria, appare meno pregnante negli appalti di modesta entità. Analogo discorso può essere fatto per i lavori sequenziali, previsti dall'art. 3 bis della l.p. n. 26/1993. Trattandosi di lotti

qualitativi nell'esecuzione di lavori pubblici, essi dovrebbero corrispondere a categorie omogenee di lavorazioni.

In relazione al **settore economico o merceologico dell'appalto**, la limitazione del subappalto potrebbe giustificarsi in ragione del limitato numero di operatori economici qualificati nello specifico settore per evitare pratiche elusive.

In relazione alla **natura dei lavori o della prestazione** da subaffidare, si indicano, a titolo esemplificativo, i seguenti criteri motivazionali:

- a) le forniture, i servizi e i lavori oggetto di affidamento presentano caratteristiche di alta specializzazione, al fine di evitare che operatori economici non verificati in gara si sostituiscano all'appaltatore principale;
- b) sussistono specifiche esigenze di economicità nell'esecuzione del contratto, relative all'organizzazione del cantiere/luogo di esecuzione della prestazione, per una più veloce esecuzione delle prestazioni e per contenere gli adempimenti dichiarativi e di controllo per gli operatori e per le amministrazioni aggiudicatrici;
- c) sussistono specifiche esigenze di coordinamento dei lavori e delle prestazioni oggetto di affidamento;
- d) sussistono ragioni di sicurezza nell'esecuzione dei lavori e della prestazione, tali per cui alla luce delle specificità del cantiere/luogo di esecuzione della prestazione, la presenza di più esecutori potrebbe portare ad un rischio elevato nella tutela del lavoro;
- e) lavori in somma urgenza.

Negli affidamenti di servizi l'amministrazione aggiudicatrice può motivare altresì una limitazione delle prestazioni subappaltabili al fine di garantire che l'attività principale oggetto di contratto venga svolta direttamente dall'operatore valutato nel corso della procedura di gara assicurando il livello qualitativo richiesto.

Quanto alla verifica dell'**identità dei subappaltatori**, si ritiene necessario regolamentare la disciplina attraverso uno specifico intervento normativo.

Anche la facoltà di non ammettere il ricorso al subappalto ai sensi dell'art. 52 della l.p. n. 26/1993 va motivata nel senso anzidetto.

È opportuno che, anche al ricorrere della fattispecie di cui all'art. 105, comma 5 del d.lgs. 50/2016, la stazione appaltante fornisca adeguata motivazione nella determina a contrarre circa l'eventuale limitazione del subappalto, tenendo conto della natura e delle specificità delle prestazioni oggetto dell'appalto.

5. Lavorazioni omogenee

Si consiglia di individuare nel progetto, ai fini del subappalto, **le lavorazioni/prestazioni omogenee**, anche tramite lo strumento delle WBS. A dette lavorazioni/prestazioni omogenee si applica l'eventuale limitazione/divieto al subappalto.

Si consiglia di stabilire negli atti di gara il **divieto di frazionare il subappalto** della medesima lavorazione/prestazione omogenea fra più operatori economici, al fine di evitare aggravi organizzativi sul cantiere e pratiche elusive della normativa antimafia.

6. Disciplina degli incarichi tecnici

In ragione della natura intellettuale della prestazione e dell'elevata specializzazione dei servizi tecnici, continua a trovare applicazione l'**art. 20, comma 12 bis, della l.p. n. 26/1993** che prevede limitazioni al subappalto negli incarichi professionali.

7. Disciplina dei servizi socio-assistenziali

Nell'ambito dei servizi socio-assistenziali possono sussistere particolari **ragioni, legate alla natura del servizio offerto, alla necessità di assicurare la continuità assistenziale oppure alla situazione di svantaggio in cui versano i beneficiari/utenti**, che giustificano una limitazione del ricorso al subappalto. Pertanto, l'amministrazione aggiudicatrice, in applicazione parziale di quanto stabilito dall'art. 22, comma 5, della l.p. n. 13/2007, può motivare una limitazione delle prestazioni oggetto di subappalto al fine di garantire che l'attività principale oggetto di contratto venga svolta dall'operatore valutato nel corso della procedura di gara.

8. Applicazione temporale

Le indicazioni contenute nelle presenti linee guida trovano applicazione alle procedure di affidamento di nuova indizione.

Per le procedure il cui termine di presentazione delle offerte non sia ancora scaduto, le amministrazioni aggiudicatrici apportano eventuali rettifiche ai documenti di gara (es. bando o lettera di invito, disciplinare, capitolato speciale, etc.) secondo le indicazioni fornite da queste linee guida, concedendo eventualmente una proroga del termine di presentazione delle offerte.

Si ricorda infine, a margine dell'argomento specificato in oggetto, che negli appalti di lavori, servizi e forniture l'affidatario deve corrispondere alle imprese subappaltatrici i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, senza alcun ribasso rispetto agli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto.