

La Corte di Giustizia UE boccia i limiti al subappalto

Con sentenza del 26 settembre 2019, causa C-63/18, la Corte di Giustizia europea ha rilevato la contrarietà della normativa italiana che limita il ricorso al subappalto rispetto ai principi del diritto europeo. La pronuncia apre pertanto alla possibilità di procedere ad affidamenti in subappalto anche per percentuali superiori a quelle attualmente previste dal Codice dei Contratti Pubblici.

La normativa italiana in tema di subappalto

Le PMI hanno sempre guardato con favore al subappalto quale mezzo con cui partecipare all'esecuzione di importanti commesse pubbliche, laddove le ridotte dimensioni impedirebbero l'accesso al bando di gara per possibile mancanza di requisiti, in termini di capacità produttiva e di fatturato. Al contempo, il fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici impone una particolare attenzione verso i soggetti esecutori e richiede efficaci misure di contrasto.

Di conseguenza, alla luce della sempre maggior rilevanza assunta dal fenomeno in questione, il Legislatore ha disciplinato in modo capillare i limiti entro cui l'aggiudicatario può procedere ad affidamenti in subappalto. In particolare, il Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. n. 50/2016), dopo aver precisato che *"i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto"* (art. 105, comma 1), prevede che *"l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture"* (art. 105, comma 2; la quota del 30% è stata elevata al 40% dalla L. n. 55/2019 in vigore dal 18.6 u.s. fino al 31.12.2020), diversamente da quanto accadeva nel previgente D. Lgs. n. 163/2006 ove tale limite, nei lavori, si applicava al solo valore della categoria prevalente.

Tale opzione normativa ha da subito sollevato perplessità: infatti, se, da un lato, limitare la possibilità di ricorrere al subappalto consente di ridurre il rischio di infiltrazione, dall'altro una tale misura colpisce indifferentemente tutte le imprese, finendo per penalizzare, in particolare, le aziende di medio-piccole dimensioni, che per partecipare all'esecuzione dei lavori devono costituirsi in raggruppamenti di imprese, e ridurre la loro capacità competitiva.

I principi del diritto dell'Unione Europea

Le restrizioni del diritto interno, generali ed indifferenziate, sono parse in evidente contrasto con i principi sanciti dal diritto europeo, volto a promuovere l'attuazione delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi in ambito comunitario (rispettivamente artt. 49 e 56 TFUE). Invero, benché la Direttiva 2014/24 consenta agli Stati membri di introdurre previsioni più stringenti in tema di subappalto (artt. 63, comma 2, e 71, comma 7), le amministrazioni devono rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 18 della medesima direttiva, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità (sentenza del 20 settembre 2018, Montte, C-546/16, EU:C:2018:752, punti 38 e 39). Al contempo, nella disciplina europea non si ravvisano norme che contemplino limitazioni quantitative, com'è quella introdotta dal Legislatore nazionale.

Sollecitato sul tema, il Consiglio di Stato aveva precisato che *"la complessiva disciplina delle nuove direttive, più attente, in tema di subappalto, ai temi della trasparenza e della tutela del lavoro, in una con l'ulteriore obiettivo, complessivamente perseguito dalle direttive, della tutela delle micro, piccole e medie imprese, può indurre alla ragionevole interpretazione che le limitazioni quantitative al subappalto, previste da legislatore nazionale, non sono in frontale contrasto con il diritto europeo. Esse vanno infatti vagliate, e possono essere giustificate, da un lato alla luce dei principi di sostenibilità sociale che sono alla base delle stesse direttive, e dall'altro lato alla luce di quei valori superiori, declinati dall'art. 36 TFUE, che possono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui, espressamente, l'ordine e la sicurezza pubblici"* (parere n. 827/2017).

Ciò nonostante, con lettera del 24 gennaio 2019 di costituzione in mora indirizzata al Governo Italiano, la Commissione Europea segnalava che *"nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE 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"*, concludendo che *"l'articolo 105, comma 2,*

terza frase, e l'articolo 105, comma 5, del decreto legislativo 50/2016 violano l'articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, l'articolo 63, paragrafo 2, e l'articolo 71 della direttiva 2014/24/UE".

L'ordinanza di rimessione del TAR Lombardia e la decisione della CGUE

È in questo contesto che, con ordinanza n. 148/2019, il TAR Lombardia aveva rimesso alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale in merito alla contrarietà o meno della normativa interna relativa ai limiti del subappalto, previsti indifferentemente per lavori, servizi e forniture, rispetto alla relativa legislazione europea.

La CGUE, dopo un'esauritiva disamina della normativa comunitaria e nazionale e il richiamo a propri precedenti sul punto (causa C-298/15, Borta; causa C-406/14, Wroclaw), ha ravvisato come la limitazione quantitativa del subappalto di cui all'art. 105, comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016 *"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 [...] Ne consegue che, nell'ambito di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, per tutti gli appalti, una parte rilevante dei lavori, delle forniture o dei servizi interessati dev'essere realizzata dall'offerente stesso, sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione"*.

Pertanto la Corte, considerato che il diritto interno prevede già numerose disposizioni interdittive volte a precludere l'accesso alle gare pubbliche ad imprese sospettate di condizionamento mafioso o di collegamento con attività illecite e che l'obiettivo potrebbe essere raggiunto con misure meno restrittive, ha concluso affermando 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"*.

Conclusioni

La recentissima sentenza della Corte di Giustizia UE segna un'importante svolta per quanto riguarda la possibilità dell'aggiudicatario di procedere ad affidamenti in subappalto superando le strette limitazioni quantitative imposte dalla normativa nazionale.

In particolare, laddove il bando di gara non giustificasse – con riferimento a dettagliate e concrete esigenze di contrasto alla criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione, dipendenti dal caso specifico e dal settore economico interessato – la limitazione per i partecipanti al ricorso al subappalto, l'esclusione del concorrente per mera violazione dei limiti previsti dall'art. 105, comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016 sarebbe illegittima e, pertanto, il Giudice chiamato a pronunciarsi dovrebbe disapplicarla per contrasto con la normativa comunitaria.