Subappalti: alla UE nuovi dubbi sui limiti al subappalto

18 Giugno 2018
Dopo il rinvio alla Corte di Giustizia europea della decisione in merito alla coerenza con i principi comunitari dei limiti al subappalto posti dal Codice dei contratti vigente, il Consiglio di Stato pone al vaglio della stessa Corte anche la conformità dei limiti al subappalto già previsti nei contratti pubblici ai sensi del previgente art. 118, d.lgs. n. 163 del 2006.

È quanto deciso con Ordinanza dal Consiglio di Stato, che rimette alla Corte di giustizia la questione di compatibilità della norma italiana con 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), gli artt. 25 della Direttiva 2004/18 e 71 della Direttiva 2014/24 (Cons. St., sez. VI, ord., 11 giugno 2018, n. 3553).

Infatti, tali principi, che non contemplano limitazioni per quanto concerne la quota subappaltatrice ed il ribasso da applicare ai subappaltatori, nonché il principio eurounitario di proporzionalità, possono essere considerati potenzialmente ostativi all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 118, commi 2 e 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Infatti, secondo il Consiglio di Stato, la previsione di un limite al subappalto può rendere più difficoltoso l'accesso delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, agli appalti pubblici, così ostacolando l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi e precludendo, peraltro, agli stessi acquirenti pubblici l'opportunità di ricevere offerte più numerose e diversificate.

Tale limite, non previsto dalla direttiva 2004/18, sussiste a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favore per l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

A tale proposito, si ricorda che il TAR Lombardia ha rimesso nel gennaio scorso alla Corte di Giustizia U.E. la questione della compatibilità o meno con il diritto comunitario del divieto di subappalto oltre il 30 per cento dei lavori, previsto dall'art. 105, comma 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/216 (*cfr.* sentenza non definitiva n. 28 del 5 gennaio 2018 e ordinanza n. 148 del 19 gennaio 2018).

In particolare, il Collegio ha ritenuto di sollevare, con separata ordinanza, questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario, per verificare se quest'ultimo osti all'applicazione delle regole nazionali che, nel settore degli appalti pubblici, impongono che il subappalto non possa superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori.

Ciò conferma i dubbi espressi dell'ANCE nell'esposto presentato alla Commissione Europea l'8 febbraio dello scorso anno, ritenendo che la previsione di cui all'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 non sia in linea con la normativa comunitaria, in quanto quest'ultima, in materia di subappalto, non prevede alcuna limitazione quantitativa.

I giudici quindi hanno disposto la sospensione del giudizio, in attesa della decisione della Corte di

Giustizia UE sulla questione pregiudiziale ad essa sottoposta con separata ordinanza, secondo quanto in quest'ultima stabilito.

Peraltro, si evidenzia che nella sentenza non definitiva alla base dell'ordinanza di rinvio è evidenziato che il limite quantitativo del 30% alla possibilità di ricorrere al subappalto di lavori si riferisce all'importo a base di gara, e non all'importo del contratto.

Diversamente opinando, infatti, per un verso, si favorirebbero situazioni di incertezza (fino al momento dell'aggiudicazione) circa l'effettivo rispetto del limite in questione da parte dei concorrenti e, per altro, si legittimerebbero irragionevoli trattamenti differenziati tra gli operatori economici.

33025-Cds 3553_2018.pdfApri