Appalti pubblici: focus sui nuovi limiti al subappalto

25 Febbraio 2020

Negli ultimi mesi, **il subappalto** – istituto fondamentale nell'esecuzione degli appalti pubblici – è stato **oggetto di numerosi interventi legislativi e modifiche normative**, tra cui quelle riguardanti la variazione del limite quantitativo ammesso e la sospensione dell'indicazione della terna di subappaltatori in gara.

Tali modifiche sono state **apportate con l'approvazione del cd. decreto "Sblocca cantieri"**, che ha sospeso – fino al 31 dicembre 2020 – anche i commi 2 e 6 dell'art. 105 del Codice dei contratti pubblici (di seguito semplicemente "Codice"), D.Lgs. 50/2016 (*cfr.* art. 1, co. 18 del D.L. n. 32/2019, convertito con modificazioni dalla legge n. 55/2019).

Ciò, per dare **una risposta, transitoria e non esaustiva, alla lettera di costituzione in mora della Commissione europea**, inviata al Ministro degli Affari esteri e della Cooperazione Internazionale il 24 gennaio 2019 (rif. proc. infrazione n. 2018/2273).

Successivamente a tali modifiche, sono **intervenute anche tre nuove pronunce della Corte di Giustizia europea**, che hanno stabilito nel dettaglio su quali aspetti la normativa nazionale del subappalto deve ritenersi in contrasto con la direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014.

Tali sentenze hanno avuto (e stanno avendo) un grande impatto su stazioni appaltanti, giudice nazionale e ANAC.

In mancanza di chiare indicazioni normative, i soggetti di volta in volta interessati hanno quindi affrontato la problematica del subappalto, con esiti alterni, confermando la difficoltà di raggiungere una coerenza tra la disciplina nazionale ed quella europea.

1. **LIMITI QUANTITATIVI E ULTERIORI VINCOLI DELLA DISCIPLINA NAZIONALE**

Le **censure alla disciplina italiana**, contenute nella citata lettera di messa in mora inviata dalla Commissione Europea e **relative al subappalto, riguardavano**:

a. il divieto di subappaltare più del 30% di un contratto pubblico;
b. l'obbligo di indicare la terna di subappaltatori proposti;
c. il divieto per un subappaltatore di fare a sua volta ricorso a un altro subappaltatore
d. i divieti per diversi offerenti in una determinata gara di fare affidamento sulle capacità dello stesso soggetto, per un potenziale subappaltatore indicato di presentare a sua volta offerta e per lo stesso soggetto di essere offerente e subappaltatore di un altro offerente.

Tali censure hanno portato la Corte di giustizia a ribadire che molte delle relative disposizioni contenute nel Codice dei contratti non sono in linea con il diritto europeo in tema di appalti pubblici

A. ***IL LIMITE QUANTITATIVO:***

1. *Le sentenze "Vitali" e "Tedeschi" della CGUE*

Successivamente alla lettera di costituzione in mora, la Corte di Giustizia Europea si è pronunciata, in tema di limiti al subappalto, nelle sentenze "Vitali", del 26 settembre 2019 (causa C-63/18), e "Tedeschi", del 27 novembre 2019 (causa C-402/18, ma vedi anche sentenza CGUE del 14 luglio 2016, Wroclaw – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, , richiamata in entrambe le sentenze).

In particolare, a fronte di tale disallineamento, nella **prima sentenza "Vitali" di settembre**, la Corte europea si è concentrata sul limite del 30% al subappalto, sul presupposto che siffatto limite «*può rendere **più difficoltoso l'accesso delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimension**i, agli appalti pubblici, così ostacolando l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi*».

Nella stessa sentenza, la CGUE evidenzia altresì che «*le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano … i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità*».

Conseguentemente, la direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale «*vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico … indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, … non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore*» (*cfr.* C-63/18 *cit.*).

Nella **seconda sentenza "Tedeschi" di novembre**, la CGUE conferma al stessa posizione sui limiti al subappalto previsti dal Codice (*cfr*. art. 105, co. 14 del Codice), aggiungendo un'ulteriore considerazione in merito al rapporto tra limite percentuale del 30% della commessa e il legittimo

obiettivo del contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici.

In particolare, nella sentenza si evidenzia che «*anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una* ***restrizione come quella oggetto del procedimento principale eccede quanto necessario*** *al raggiungimento di tale obiettivo*».

Con ciò evidenziando non l'astratta possibilità di porre un limite quantitativo, ma l'eccessività del Codice dei contratti «*che limita al 30% la quota parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi*».

Nella stessa sentenza la Corte ha, altresì, dichiarato l'illegittimità della predetta disciplina laddove «*limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione*», in quanto si tratta di strumento che eccede rispetto alla necessità di assicurare la tutela salariale dei lavoratori impiegati nel subappalto.

2. *Le sentenze del Giudice nazionale*

Nonostante tali chiare indicazioni della Unione europea, il Legislatore italiano non ha rimosso i limiti al subappalto; sul tema è quindi intervenuto in due distinte occasioni il Consiglio di Stato.

In particolare, in un prima sentenza, il Collegio ha chiarito che il **30%** «*dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture*», nella formulazione dell'art. 105, co. 2 del Codice, applicabile *ratione temporis*, ossia quella anteriore al decreto "sblocca cantieri", **deve ritenersi superato per effetto delle citate sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea** (*cfr.* Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389 e, id., 17 dicembre 2019, n. 8535).

L'orientamento del Consiglio di Stato segue ad una prima pronuncia del TAR, in cui era stato evidenziato che il limite del 30% non può più ritenersi applicabile "a priori" al subappalto, ma **deve** «*comunque* ***essere valutato in concreto se il ricorso al subappalto abbia*** *effettivamente* ***violato i principi di trasparenza, di concorrenza e di proporzionalità***» *(cfr.* TAR Lecce, 5 dicembre 2019, n. 1938, in cui veniva dichiarato illegittimo il subappalto per il solo elemento "quantitativo" di aver superato il 90% delle prestazioni oggetto dell'appalto).

In tal caso, **l'amministrazione sembrerebbe chiamata all'assunzione di una rilevante responsabilità**, laddove deve valutare caso per caso l'ammissibilità in concreto del subappalto

richiesto, **a prescindere da ogni automatismo e dal mero richiamo al superamento di un certo valore-soglia**, motivando l'eventuale necessario mantenimento di una certa quota del contratto in capo all'appaltatore.

A tale proposito, come sopra accennato, è altresì da considerate che **il cd. decreto "Sblocca cantieri", nell'intento di superare le censure della Ue sui suddetti limiti al subappalto, ha sospeso per tutto il 2020 il limite del 30%**, sancendo che questo **è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40%** dell'importo complessivo del contratto.

Rimane, quindi, dubbio se anche questo limite, così imposto in via generale, debba **ritenersi superato in seguito alle citate sentenze del CGUE**, «*alla luce della peculiare efficacia erga omnes delle pronunce della Corte di Giustizia*» (*cfr.* TAR Lazio, sez. II-bis, 23 dicembre 2019, n. 14796, che tuttavia non ha approfondito tale possibilità).

Su tale ricostruzione, estensiva della portata della censura della UE, apparentemente coerente con l'obbligo di disapplicazione delle norme interne in contrasto con i principi e le direttive comunitarie, non sembra concordare l'ANAC.

Nel comunicato del Presidente dell'Autorità del 23 ottobre 2019 (ossia a cavallo delle due sentenze della CGUE), **l'ANAC ha ritenuto tuttora applicabile il limite generale del subappalto di cui alla legge n. 55/2019, pari al 40% dell'importo complessivo del contratto** (*cfr.* "*Prime indicazioni per l'aggiornamento del Bando-tipo n. 1*", paragrafo 9 "*Subappalto*", pag. 22).

Secondo tale ricostruzione, **la disciplina del subappalto non può essere considerata materia regolamentabile attraverso la *lex specialis*** da ciascuna stazione appaltante, ma deve essere il Legislatore a definire una giusta e adeguata compensazione tra le "libertà" comunitarie e le esigenze nazionali di prevenzione e contrasto al fenomeno criminoso (*cfr.* Atto di Segnalazione del 13 novembre 2019).

Ne consegue, secondo l'ANAC, che **occorre una urgente modifica normativa inerente la disciplina del subappalto** affinché la disciplina nazionale sia riportata in sintonia con i principi stabiliti dal legislatore e dal Giudice europeo, e, in tal senso, potrebbero arrivare novità con la prossima Legge di delegazione Europea.

B. ***OFFERENTE E SUBAPPALTO***

1. *La sentenza "TIM SpA" della CGUE – Esclusione terna*

Come accennato, **fino al 31 dicembre 2020 è sospesa** l'applicazione del comma 6 dell'art. 105 e del terzo periodo del comma 2 dell'art. 174, ossia **l'indicazione della terna di subappaltatori,** rispettivamente negli appalti e nelle concessioni.

Assieme a tale sospensione, sono altresì sospese le verifiche, in fase di gara, sui requisiti generali dei soggetti indicati nella terna di subappaltatori (art. 80, commi 1, 2 e 5). Conseguentemente, **l'amministrazione aggiudicatrice non è nelle condizioni di escludere dal procedimento l'offerente** che abbia espresso la propria intenzione di avvalersi di un subappaltatore nei cui confronti sussiste **un motivo di esclusione**.

Tale disposizione è stata oggetto di interesse da parte della Corte di Giustizia Europea, che ne ha valutato la compatibilità con il diritto dell'Unione nella **sentenza "Tim SpA", del 30 gennaio 2020 (causa C-395/18)**.

Secondo la CGUE, in linea di principio, l'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione "*abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata*".

Per contro, tale disposizione, "*letta in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità,* ***ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione***" del concorrente a causa della violazione commessa da un subappaltatore.

Infatti, **tale automatismo priva**, da un lato, **l'operatore economico della possibilità di dimostrare la propria affidabilità** malgrado l'esistenza di una violazione compiuta da uno dei suoi subappaltatori e, dall'altro, **l'amministrazione aggiudicatrice della possibilità di disporre di un margine di discrezionalità** al riguardo.

La CGUE ha quindi confermato, in modo indiretto, le perplessità espresse già nel 2016 dal Consiglio di Stato, secondo cui occorreva dare un'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 80, commi 1 e 5, del D.Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 (*cfr.* parere n. 2286/2016, fatto proprio dall'ANAC nella delibera n. 487 del 3 maggio 2017).

2. *Le sentenze del Giudice nazionale – Esclusione dell'offerente e terna*

Antecedente alla suddetta sentenza "TIM SpA" della CGUE, il giudice nazionale aveva già ritenuto, in più occasioni, che il riscontro di **una causa di esclusione in capo ad uno dei subappaltatori nell'ambito di una terna non** potesse integrare, di per sé, **un valido motivo di immediata esclusione dalla procedura** (*cfr.*, da ultimo, TAR Lazio Roma, sez. III, 27 gennaio 2020, n. 1084, che richiama T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, n. 1122/2018).

L'**esclusione dalla gara** viene, infatti, considerata dal legislatore come provvedimento di ***extrema ratio***, da adottarsi solo in quelle ipotesi in cui la causa di esclusione non risulti altrimenti rimuovibile mediante il ricorso a differenti strumenti, quale, ad es., la sostituzione dell'impresa subappaltatrice.

Ciò, in ragione di una **interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 80, comma 5**, del Codice, secondo cui "*quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni*" (*cfr.* Consiglio di Stato, parere del 3 novembre 2016, n. 2286, fatto proprio dall'ANAC nella delibera del 3 maggio 2017, n. 487, nonché T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, n. 1096/2018).

Da notare che **tale problematica sembrerebbe trovare definitiva soluzione con la Legge di delegazione Europea**, ove, **nelle prime bozze,** sono modificati gli articoli 105 e 174 del Codice Appalti, eliminando l'obbligo di indicazione anticipata della terna di subappaltatori, rispettivamente nei contratti di appalto e di concessione.

2. **ALTRE LIMITAZIONI – SUBAPPALTO AUSILIARIA**

La giurisprudenza è recentemente intervenuta anche su altri aspetti riguardanti il limite quantitativo al subappalto, escludendo che questo possa applicarsi in caso di sub-affidamento all'impresa ausiliaria e meglio definendo l'eccezione prevista per i contratti continuativi di cooperazione.

a. *Le sentenze del Giudice nazionale – Il subappalto dell'ausiliaria*

Il Codice chiarisce che, anche nell'avvalimento, l'appalto «*è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione*» (art. 89, co. 8 del Codice).

Coerentemente, è stato osservato che l'**impresa appaltatrice è**, infatti, **l'unica responsabile dell'esecuzione del contratto**, mentre le prestazioni in concreto svolte dall'ausiliaria sono comunque riconducibili all'organizzazione predisposta dalla prima (vedi anche Cons. St., Sez. V, 16 marzo 2018, n. 1698).

Ne consegue che, secondo il Consiglio di Stato, «*l'**impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore** nei limiti dei requisiti prestati*», **indipendentemente dalla permanenza nel nostro ordinamento di eventuali limiti** quantitativi al subappalto (Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389, con riferimento all' art. 89, co. 8 *cit.*).

A confermare tale interpretazione, vi è la **diversità implicita tra l'istituto del subappalto e quello avvalimento**, che impedisce di operare una commistione tra i due istituti; tanto che non può dirsi applicabile in via analogica altro limite, che si aggiunga a quello dei citati «requisiti prestati», diretto a **garantire che all'impresa ausiliaria non siano in concreto affidate prestazioni eccedenti la propria capacità tecnica** (Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8535).

Con il suddetto orientamento trova riconoscimento, seppure a distanza di anni, **la lettura dell'ANCE** in merito alla disciplina dell'avvalimento di cui agli allora vigenti artt. 49 e 50 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*cfr.* consultazione dell'AVCP, ora ANAC, on line del 16 gennaio 2012, poi confluita nella Determinazione ANAC n. 2 del 1° agosto 2012).

b. *Le sentenze del Giudice nazionale – I contratti di cooperazione*

I **Contratti Continuativi di Cooperazione** o "co.co.co", di cui all'art. 105 comma 3, lett. *c- bis)* del Codice, sono stati spesso affrontati in giurisprudenza come un **potenziale mezzo per l'affidamento di prestazione a terzi fuori dai limiti del subappalto.**

Infatti, il Codice stabilisce che non si configurano come attività affidate in subappalto, e quindi **non sono soggette agli stessi limiti, «*le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione*, *servizio e/o fornitura, sottoscritti in epoca anteriore all'indizione della procedura, finalizzata all'aggiudicazione dell'appalto*»** (art. 105, comma 3 *cit.*).

A fronte di una aperto contrasto giurisprudenziale sulla portata di tale eccezione, sembrerebbe tuttavia divenuta prevalente un'interpretazione restrittiva di tale istituto, che esclude qualsiasi sovrapposizione con le prestazioni rese in regime di subappalto (*cfr.* Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2020, n. 607, id., 27 dicembre 2018, n. 7256; *contra*, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 18

luglio 2019, n. 5068).

Infatti, secondo tale orientamento, i contratti continuativi di cooperazione si distinguono dal subappalto, per due caratteristiche:

- la **direzione soggettiva delle prestazioni affidate**, che sono "rese in favore" dei soggetti affidatari che restano pur sempre gli unici responsabili nei confronti della stazione dell'appaltante per l'esecuzione delle prestazioni loro affidate;
- l'**oggetto del contratto**, che non riguarda l'affidamento da parte dell'appaltatore a terzi di parte delle medesime prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, ma prestazioni che, pur comprese nel complessivo oggetto del contratto e pur necessarie per la corretta esecuzione della prestazione principale, **appaiono rispetto a questa di carattere complementare ed aggiuntivo**, avendo natura residuale ed accessoria.

Applicando le citate coordinate ermeneutiche alla fattispecie dei contratti continuativi di cooperazione, sembrerebbe, quindi, essersi **chiusa qualsiasi possibilità di aggiramento dei limiti quantitativi al subappalto attraverso tale istituto**.

Sarà quindi determinante la scelta del Legislatore italiano in merito ai futuri ed eventuali limiti al subappalto.

Riferimenti esterni

- Sentenza "Vitali", Corte di Giustizia della UE , 26 settembre 2019, causa C-63/18
- Sentenza "Tedeschi", Corte di Giustizia della UE, 27 novembre 2019, causa C-402/18
- Sentenza "Tim SpA", Corte di Giustizia della UE, 30 gennaio 2020, causa C-395/18
- Sentenza "Wroclaw", Corte di Giustizia della UE, 14 luglio 2016, causa C-406/14

- Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2020, n. 607
- Consiglio di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389
- Consiglio di Stato, Sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8535
- Consiglio di Stato, Sez. III, 18 luglio 2019, n. 5068
- Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2018, n. 1698
- Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere del 26 ottobre 2016, n. 2286
- TAR Lazio, Roma, Sez. III, 27 gennaio 2020, n. 1084
- TAR Puglia, Lecce, 5 dicembre 2019, n. 1938
- TAR Lazio, Sez. II-bis, 23 dicembre 2019, n. 14796

- ANAC – Comunicato del Presidente del 23 ottobre 2019
- ANAC – Atto di segnalazione del 13 novembre 2019, n.8
- ANAC – Delibera del 3 maggio 2017, n. 487
- ANAC – Determinazione n. 2 del 1° agosto 2012