

Pierluigi Mantini

Il subappalto “italiano” rinviato alla Corte di giustizia europea

1. L’istituto del subappalto nel codice del 2016; 2.1 La definizione; 2.2 Le esclusioni; 2.3 Le condizioni e i limiti; 2.4. L’obbligo della terna; 2.5 Il procedimento; 2.6 Le responsabilità, la solidarietà; 2.7 Il pagamento diretto del subappaltatore; 2.8 Vigilanza e controlli; 3. Il “decreto correttivo” del 2017 in tema di subappalto; 4. L’avvio della procedura europea d’infrazione; 5. Il rinvio pregiudiziale da parte del giudice amministrativo alla Corte Europea: cautele antimafia e limiti alla concorrenza; 5.1 I pareri del Consiglio di Stato il tema di subappalto; 5.2 La giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea; 5.3 Le motivazioni del rinvio pregiudiziale; 6. Rilevi finali

1. L'istituto del subappalto nel Codice del 2016

In Italia il subappalto è visto con particolare sospetto perché ritenuto occasione per le infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici. I dati storici dimostrano che questi sospetti sono più che fondati e le misure di prevenzione, nel tempo adottate dal legislatore, sono state numerose.

Si tratta ora di valutare se la disciplina di particolare rigore del nuovo codice dei contratti pubblici, certamente figlia della legge delega ove è prevalso un approccio decisamente ostile nei confronti dell'istituto, sia utile al contrasto del fenomeno mafioso o non costituisca un classico *gold plating*, un appesantimento burocratico delle regole europee, più figlio

dell'incomprensione dei modelli organizzativi delle imprese che della ricerca di nuovi risultati utili nel contrasto delle mafie. La questione, già sollevata dalle associazioni dei costruttori che hanno reagito con fermezza alla soluzione del nuovo codice, è ora all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione europea, in forza di un rinvio, come vedremo, da parte del Tribunale amministrativo della Lombardia.

In via generale, occorre premettere che il codice della riforma del 2016 ha confermato i limiti normativi dell'istituto, già previsti dal Codice del 2006, e ne ha aggiunti di nuovi, con un'impostazione "rigorista" che, appunto, ha suscitato e suscita numerose polemiche e contrasti nelle imprese e tra gli operatori. Sul tema è intervenuto il decreto "correttivo" d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

In sintesi, sono stati confermati i seguenti principi: 1) l'obbligo della preventiva autorizzazione da parte della stazione appaltante ai fini del ricorso al subappalto; 2) il divieto del subappalto a cascata; 3) l'obbligo dell'appaltatore di praticare gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione con un ribasso non superiore al 20 per cento; 4) l'osservanza dei trattamenti economici e normativi stabiliti dalla contrattazione collettiva nonché dei piani di sicurezza; 5) la responsabilità solidale dell'appaltatore nei confronti dei dipendenti dei subappaltatori.

Tuttavia la disciplina del nuovo codice è più articolata e restrittiva, sulla spinta di un approccio piuttosto "ostile" emergente dalla legge delega.¹

¹ Per la dottrina più recente si rinvia a TROPEA G., *La controversa disciplina del subappalto nel nuovo codice dei contratti pubblici, anche alla luce del decreto correttivo*, in *L'Amministrativista*, 8 gennaio 2018; BALOCCO G., *La riforma del subappalto e principio di concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 5, 621; BARATTA A., *Il subappalto (art. 105 d.lgs. n. 50/20)*, in *Amministrativamente*, fasc. 7/8 2017; DEODATO C., *Il Subappalto: un problema o un'opportunità?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 13 ottobre 2017; GIUFFRÈ A.G., *Subappalto*, in *L'amministrativista*, 1 agosto 2017; LATOUR G., *Limiti al subappalto, nuova lettera di Bruxelles: dopo il decreto subito i chiarimenti del governo*, in *Edilizia e Territorio – Quotidiano del Sole 24 Ore*, 8 maggio 2017; SAVELLI L., *Subappalto più rigido con il correttivo, restano i dubbi di compatibilità con le regole Ue*, in *Edilizia e Territorio – Quotidiano del Sole 24 Ore*, 12

In primo luogo, viene ribadito il principio secondo cui i soggetti affidatari dei contratti “di norma eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità, salvo che in caso di legittimo subentro di un nuovo contraente, ai sensi dall'articolo 106, comma 1, lettera d).” Con il decreto “correttivo” del 2017 si è stabilito che “è ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo” e sono state introdotte diverse modifiche.²

2.1 La definizione.

Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il

maggio 2017; SCOCA S.S., *Commento all'art. 105, Codice dei contratti pubblici*, in Esposito G.M. (a cura di), *Commentario di dottrina e di giurisprudenza*, 2017, 1417; GALLI D., CAVINA A., *Subappalto necessario e funzione nomofilattica*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 365; GENTILE M., *Il subappalto nel «nuovo» codice: aumentano limiti, vincoli e dubbi applicativi*, in *Appalti e Contratti*, 2016, 6, 43; PISELLI P., GASPARUTTI C.G., *Il subappalto nel nuovo codice appalti e le categorie super specialistiche (SIOS)*, in *www.piselliandpartners.com*, 16 giugno, 2016;

² Si rinvia, per l'approfondimento, al paragrafo che segue.

nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto.

L'art. 105 fa obbligo di acquisire una nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato nonché siano variati i requisiti soggettivi di qualificazione e di insussistenza dei motivi di elusione dalle gare.

2.2 Le esclusioni.

Il codice del 2016 specifica che le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto:

- a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;
- b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
- c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ovvero ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993,³ nonché nei comuni delle isole minori⁴;
- c-bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

³ Pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993.

⁴ Si veda allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448.

2.3 Le condizioni e i limiti.

I soggetti affidatari dei contratti di appalto possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché:

- a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;
- b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria;
- c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;
- d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione dalle gare per “indegnità professionale o morale”. (v. art. 80)

Per le opere di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, di valore superiore al dieci per cento dell'importo totale dei lavori, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.

Ma, inoltre, l'art105, comma 2, terzo periodo, ha stabilito che “fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto *non può superare la quota del 30 per cento dell'importo delle opere* (corsivo nostro, ndr) e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso”.

Questa soluzione, adottata con il d.lgs. 56 del 2017, è stata accompagnata da un acceso dibattito, come si avrà modo di approfondire nelle pagine che seguono.

2.4 L'obbligo della terna.

Secondo l'art 105, comma 6 del codice dei contratti pubblici “è *obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta* (corsivo nostro,*ndr*), qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate dal codice antimafia. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, per gli appalti sotto le soglie di valore di cui all'articolo 35: le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione, di cui all'articolo 80, prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori; l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali.

Anche questo approdo ha determinato numerose critiche e motivi di tensione con la Commissione europea (*v. infra*) essendo considerata la presentazione della “terna” in sede di offerta irrealistica sul piano operativo e fortemente limitativa dell'istituto del subappalto.

2.5 Il procedimento.

L'affidatario deposita il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmette altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei

requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.

Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici.

2.6 Le responsabilità, la solidarietà.

Il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi.

L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni. E', inoltre responsabile in solido dell'osservanza degli obblighi normativi da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, ove presente, assicurativi e antinfortunistici, nonché una copia del piano di sicurezza del cantiere. Ai fini del pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la stazione appaltante acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori.

In ogni caso, l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto.

L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.

2.7 Il pagamento diretto del subappaltatore.

La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei casi seguenti:

- a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa;
- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;
- c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente (espressione normativa in sé problematica).

In ogni caso l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso. La stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica del rispetto di questi obblighi, purtroppo spesso elusi nella prassi. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

2.8 Vigilanza e controlli.

Per i lavori, nei cartelli esposti all'esterno del cantiere devono essere indicati anche i nominativi di tutte le imprese subappaltatrici.

Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare, il documento unico di regolarità contributiva deve essere comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato, verificata dalla Cassa edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

I piani di sicurezza devono essere messi a disposizione delle autorità competenti preposte alle verifiche ispettive di controllo dei cantieri. L'affidatario è tenuto a curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti nel cantiere, al fine di rendere gli specifici piani redatti dai singoli subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario. Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o di consorzio, questo obbligo incombe al mandatario. Il direttore tecnico di cantiere è responsabile del rispetto del piano da parte di tutte le imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori.

E' rilevante evidenziare che, ai fini del controllo, l'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento, ai sensi dell'articolo 2359 codice civile, con il titolare del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti nel caso di raggruppamento temporaneo,

società o consorzio, cui la disciplina del subappalto, in sintesi esaminata, è estesa.

3. Il decreto correttivo in tema di subappalto

Il decreto correttivo del 2017, nella sua prima versione ma non in quella definitiva, aveva modificato alcuni elementi della disciplina del subappalto in particolare prevedendo che il limite del 30 per cento fosse riferito alla categoria prevalente dei lavori (mentre restava inalterato il limite per i contratti di servizi e forniture) e consentendo in via discrezionale alle stazioni appaltanti l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori in sede di offerta.

Tuttavia il testo approvato è stato caratterizzato da un *revirement* dell'ultima ora.

Sul delicato tema il Consiglio di Stato ha espresso rilievi critici sulla misura indicata dal decreto correttivo arrivando ad ipotizzare che la normativa *post correctionem* non garantirebbe neppure la facoltà del subappalto per le opere scorporabili o comunque al di fuori della categoria prevalente.

Una tale impostazione non sarebbe però condivisibile poiché il diritto eurounitario è assai chiaro nell'ammettere il subappalto come forma di esecuzione ordinaria dei lavori formulando addirittura rilievi critici sullo stesso art. 105 del Codice che sembra esprimere un sistema in cui il subappalto è, in linea generale, vietato⁵.

Il testo finale approvato dal decreto correttivo accoglie, solo in parte, questi rilievi critici ma non soddisfa le modifiche richieste dagli operatori in

⁵ Vedi art. 101, comma 1, secondo cui «i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto». Il subappalto è infatti consentito unicamente dietro espressa autorizzazione della stazione appaltante (comma 4) e, in ogni caso nel limite massimo del trenta per cento, dell'importo dell'opera (comma 2)

sede di consultazione nell'intento di avere un regime stabile e chiaro dell'organizzazione di impresa, coerente con quello del mercato europeo (per il vero, la discrezionalità sulla "terna" affidato alle stazioni appaltanti non corrisponde neppure a questo fine).

L'art. 105 "novellato" stabilisce infatti che «i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché:

- a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;
- b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria;
- c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;
- d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.

Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.

Come abbiamo già visto, resta obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta

In sostanza, resta per i lavori un doppio limite, generale e speciale: il primo del trenta per cento del valore complessivo del contratto ed il secondo, analogo, per le opere superspecialistiche mentre viene soppressa l'indicazione obbligatoria della terna dei subappaltatori come facoltà, bando per bando, delle stazioni appaltanti, con una previsione che è ora generale nel sopra soglia e nelle opere «a più alto rischio di infiltrazione mafiosa».

Tale approdo legislativo non sembra del tutto coerente con il diritto eurounitario e determina numerosi problemi pratici.

Mentre il limite del trenta per cento al subappalto delle “opere superspecialistiche” (secondo la definizione ormai in uso) risultava comprensibile su piano tecnico ed operativo, le imprese hanno vissuto un serio ed inaccettabile limite alla libertà di organizzazione, peraltro non previsto dalla direttiva europea e dunque tale da alterare la concorrenza, il limite quantitativo generale del trenta per cento applicato a tutti i lavori previsti dall'appalto. Peraltro, nella prassi, le stazioni appaltanti applicano in modo rigido tale limite senza alcuna distinzione tra “appalti a rischio di infiltrazione mafiosa” o meno.

La questione della dichiarazione della “terna” di subappaltatori già in sede di offerta ha inoltre assunto risvolti persino grotteschi poiché si rischiano turbative di gara facendo “circolare” i nomi di subappaltatori talvolta inevitabilmente dichiarati anche da altre imprese concorrenti. Nella prassi, le stazioni appaltanti stanno inoltre estendendo tale obbligo anche per i fornitori, con ulteriori problemi pratici, poiché tali soggetti non sono spesso attrezzati per la dimostrazione dei requisiti richiesti dal DGUE. Accade inoltre che, a causa di un difetto di requisito emerso in capo ad un subappaltatore, risulti esclusa dalla gara anche l'impresa che ha formulato l'offerta.

Le serie criticità evidenziate vanno ora considerate, in modo più approfondito, alla luce del diritto europeo e della più recente giurisprudenza.

4. L'avvio della procedura europea di infrazione in tema di subappalto.

Occorre riscontrare la nota della Commissione europea all'Italia del 23 marzo 2017 con cui si chiede alle autorità italiane di correggere più decisamente l'attuale disciplina del subappalto in modo da garantirne la piena rispondenza con i principi del diritto dell'unione europea. Nella nota della direzione generale del mercato interno, dell'industria, dell'imprenditoria e delle PMI si ricorda che «a livello europeo il subappalto è regolato principalmente dall'articolo 71 della Direttiva 2014/24/UE e dalle pronunce della Corte di Giustizia e che la norma ha, essenzialmente, l'obiettivo di garantire la trasparenza e la parità di trattamento, imponendo o consentendo di richiedere al contraente principale la comunicazione di informazioni concernenti il subappalto, e di permettere l'introduzione di norme nazionali che facilitino il pagamento diretto dei subappaltanti. La Direttiva, pertanto, consente espressamente il subappalto ma non si esprime circa i limiti applicabili a tale istituto. La Corte di Giustizia, poi, interpretando le disposizioni appena descritte, ha ripetutamente censurato i limiti imposti dagli Stati Membri al subappalto. La Corte ha chiarito che le restrizioni al subappalto per l'esecuzione di parti essenziali del contratto sono consentite soltanto *"quando l'amministrazione aggiudicatrice non è stata in grado di controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del miglior offerente."* (caso Siemens C-314/01, paragrafo 45).

In particolare, chiamata a decidere della legittimità di una clausola che obbligava il contraente principale a eseguire con mezzi propri almeno il 25% dell'appalto, la Corte ha statuito che una clausola che "impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe. Sotto tutti tali profili, una clausola del genere risulta incompatibile con la direttiva 2004/18

(...)” (caso Wrocław C-406/14, paragrafo 35). Anzi secondo la Corte il ricorso al subappalto ai sensi della stessa Direttiva è, “in linea di principio (...) illimitato” (*Wrocław*, paragrafo 33). L’attuale quadro normativo europeo, recentemente aggiornato dalle Direttive adottate nel 2014, non pare giustificare un diverso orientamento in materia (...).

Ricordo peraltro che la normativa UE sugli appalti pubblici ha come principale obiettivo quello di rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione delle merci, alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi. Inoltre, le nuove Direttive in materia hanno anche l’esplicita finalità di facilitare la partecipazione delle PMI nelle procedure di appalto (considerando 2 della Direttiva 2014/24/UE). Norme di recepimento dichiaratamente restrittive in materia di subappalto, come quelle adottate dall’Italia, sono in contraddizione con tali obiettivi. Esse potrebbero infatti risultare fortemente penalizzanti nei confronti di molte imprese, le quali vedrebbero ridotte le loro possibilità di partecipazione e accesso alle procedure di appalto come potenziali aggiudicatari o subappaltatori. Gli stessi acquirenti pubblici potrebbero inoltre precludersi l’opportunità di ricevere offerte più numerose e diversificate».

Il tema resta assai controverso e suscettibile di nuovi sviluppi.

Le argomentazioni della Commissione, ampiamente e testualmente riferite, evidenziano un potenziale conflitto tra il diritto eurounitario ed il modello “italiano” di subappalto.

In particolare, la presentazione della “terna” di subappaltatori già in sede di offerta rischia di costituire un aggravio procedurale ed un onere contrari al principio di divieto di *gold plating* nel recepimento delle direttive ed anche, in certa misura, al buon senso comune.

5. Il rinvio pregiudiziale da parte del giudice amministrativo alla Corte Europea: cautele antimafia e limiti alla concorrenza.

Occorre dar conto della recente ordinanza di rimessione da parte del giudice amministrativo⁶ alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione pregiudiziale relativa alla compatibilità dell'art. 105, comma 2, terzo periodo, del codice dei contratti pubblici, secondo cui il subappalto non può superare la quota del trenta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture, con gli artt. 49, 56 TFUE e con l'art. 71 della direttiva 2014/41/UE.

Nell'occasione, il giudice amministrativo ha ricostruito puntualmente la materia e l'ordinanza, per la sua chiarezza, merita un ampio riferimento testuale.

Afferma il giudice di primo grado che, nel caso di specie, la ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara per aver superato la percentuale del 30% prevista come limite al subappalto dalla normativa nazionale.

Nella specie vengono in rilievo, pertanto, le seguenti disposizioni del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016:

- art. 105, comma 2, terzo periodo, ai sensi del quale *“Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, 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 5, a tenore del quale *“Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso”*.

⁶ V. Tar Lombardia, Milano, sez. I, n.148/2018, pubblicato il 19 gennaio 2018.

A fini di chiarezza è precisato che l'art. 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016 fa riferimento alle “*opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere specialì*”.

Le limitazioni quantitative al subappalto sono state introdotte per la prima volta nell'ordinamento dall'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55, recante “*Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*”, ossia nell'ambito di una disciplina molto rigorosa con la quale, come affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 218 del 5 maggio 1993, si intendeva perseguire, tra l'altro, la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, allo scopo di fronteggiare una situazione di grave emergenza, coinvolgente interessi ed esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo; ed effettivamente, il particolare rigore che ha caratterizzato fin dall'origine la disciplina nazionale del subappalto trova origine nella consapevolezza che tale strumento, soprattutto laddove resti confinato alla fase esecutiva dell'appalto e sfugga a ogni controllo amministrativo, può ben prestarsi ad essere utilizzato fraudolentemente, per eludere le regole di gara e acquisire commesse pubbliche indebitamente, nell'ambito di contesti criminali.

La citata previsione dell'art. 18 della l. n. 55/1990 è poi confluita nelle varie leggi che si sono succedute in materia di appalti pubblici⁷ ed infine nell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016, nella formulazione attuale sopra riportata.

⁷ Prima nell'art. 34 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, poi nell'art. 118 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

5.1 I pareri del Consiglio di Stato in tema di subappalto.

Il Consiglio di Stato, in relazione alla disposizione di cui all'art. 105, comma 2, si è pronunciato in sede consultiva con i pareri della Commissione speciale n. 855 dell'1 aprile 2016, sullo Schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", e n. 782 del 30 marzo 2017, avente ad oggetto le "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50".

Nel parere n. 855/2016 il Consiglio di Stato ha osservato che il legislatore nazionale potrebbe porre, in tema di subappalto, limiti di maggior rigore rispetto alle direttive europee, che non costituirebbero un ingiustificato *goldplating*, ma sarebbero giustificati da pregnanti ragioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro.

Nello stesso parere il Consiglio di Stato ha anche affermato, in termini più generali, che *"il maggior rigore nel recepimento delle direttive deve, da un lato, ritenersi consentito nella misura in cui non si traduce in un ostacolo ingiustificato alla concorrenza; dall'altro lato ritenersi giustificato (quando non imposto) dalla salvaguardia di interessi e valori costituzionali, ovvero enunciati nell'art. 36 del TFUE"*. E' importante evidenziare l'inciso "nella misura in cui non si traduce in ostacolo ingiustificato alla concorrenza", che costituisce il vero *punctum dolens* della materia.

Nel parere n. 782/2017 il Consiglio di Stato, dopo aver dato atto della giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui il diritto europeo non consente agli Stati membri di porre limiti quantitativi al subappalto, e chiarito

che tale giurisprudenza eurounitaria si è formata in relazione alla previgente direttiva 2004/18, si è espresso nei seguenti termini:

“La nuova direttiva 2014/24 consente agli Stati membri di dettare una più restrittiva disciplina del subappalto, rispetto alla maggiore libertà del subappalto nella previgente direttiva.

Le direttive del 2014, rispetto alle precedenti del 2004, per la prima volta includono nella disciplina del subappalto finalità che finora erano state specifiche della legislazione italiana, ossia una maggiore trasparenza e la tutela giuslavoristica.

È vero che nemmeno le nuove direttive, al pari delle previgenti, contemplano espressamente limiti quantitativi al subappalto, salva la possibilità per la stazione appaltante di esigere di conoscere preventivamente i nomi dei subappaltatori e la facoltà per gli Stati membri di imporre norme di tutela giuslavoristica.

Tuttavia, 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 dal 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”.

Un parere in sostanza aperto a possibili e diverse interpretazioni.

La disciplina eurounitaria del subappalto è contenuta nell'art. 71 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, di cui abbiamo dato conto nelle pagine precedenti⁸:

5.2 La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Come è agevole constatare dalla semplice lettura della norma, secondo il giudice del rinvio, l'art. 71 consente "l'introduzione di previsioni più restrittive sotto diversi aspetti, ma non contempla alcun limite quantitativo al subappalto".

Sono stati ritenuti rilevanti, nel caso, anche gli artt. 49 e 56 del TFUE.

L'art. 49 stabilisce: *"Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.*

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali".

L'art. 56 prevede: *"Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli*

⁸ V., ante, paragrafo 2.

Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione”.

In materia di limiti al subappalto, in relazione a normative di altri Stati, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è già pronunciata, anche recentemente, sebbene con riferimento alle previgenti direttive 2004/17 e 2004/18, che parimenti ammettevano il ricorso al subappalto senza prevedere limitazioni sotto il profilo dimensionale.

Da ultimo, con la sentenza del 5 aprile 2017 della Quinta sezione, causa C-298/15, Borta UAB, la Corte di Giustizia ha dichiarato che *“gli articoli 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a una disposizione di una normativa nazionale, come l'articolo 24, paragrafo 5, della Lietuvos Respublikos viešuju pirkimu istatymas (legge lituana relativa agli appalti pubblici), che prevede che, in caso di ricorso a subappaltatori per l'esecuzione di un appalto di lavori, l'aggiudicatario è tenuto a realizzare esso stesso l'opera principale, definita come tale dall'ente aggiudicatore”.*

In tale occasione, la Corte ha chiarito, ai punti 47-50, che:

- *“gli articoli 49 e 56 TFUE ostano a ogni misura nazionale che, pur se applicabile senza discriminazioni in base alla nazionalità, sia in grado di vietare, di ostacolare o di rendere meno attraente l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (sentenze del 27 ottobre 2005, Contse e a., C-234/03, EU:C:2005:644, punto 25; del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 41, e dell'8 settembre 2016, Politanò, C-225/15, EU:C:2016:645, punto 37)”;*

- *“per quanto riguarda gli appalti pubblici, è interesse dell’Unione che l’apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile” e “il ricorso al subappalto, che può favorire l’accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo”;*

- *“una disposizione nazionale, come l’articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici, può ostacolare, scoraggiare o rendere meno attraente la partecipazione di operatori economici con sede in altri Stati membri alla procedura di gara o all’esecuzione di un appalto pubblico come quello di cui trattasi nel procedimento principale, poiché essa impedisce a tali operatori sia di subappaltare a terzi tutto o parte delle opere qualificate come «principali» dall’ente aggiudicatore, sia di proporre i loro servizi in quanto subappaltatori per tale parte dei lavori”; tale disposizione, pertanto, “costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi”.*

In precedenza, con la sentenza del 14 luglio 2016 della Terza sezione, C-406/14, Wroclaw, la Corte di Giustizia ha dichiarato che *“la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (CE) n. 2083/2005 della Commissione, del 19 dicembre 2005, deve essere interpretata nel senso che un’amministrazione aggiudicatrice non è autorizzata ad imporre, mediante una clausola del capitolato d’oneri di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori oggetto di detto appalto avvalendosi di risorse proprie”.*

Ai punti 33-36 della sentenza in questione la Corte ha precisato che:

- *“l’articolo 48, paragrafo 3, di tale direttiva – prevedendo la facoltà per gli offerenti di provare che, facendo affidamento sulle capacità di soggetti terzi, essi soddisfano i livelli minimi di capacità tecniche e professionali stabiliti dall’amministrazione aggiudicatrice, a*

condizione di dimostrare che, qualora l'appalto venga loro aggiudicato, disporranno effettivamente delle risorse necessarie per la sua esecuzione, risorse che non appartengono loro personalmente – sancisce la possibilità per gli offerenti di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, e ciò, in linea di principio, in modo illimitato”;

- “tuttavia, qualora i documenti dell'appalto impongano agli offerenti di indicare, nelle offerte, le parti dell'appalto che essi hanno eventualmente l'intenzione di subappaltare e i subappaltatori proposti, conformemente all'articolo 25, primo comma, della direttiva 2004/18, l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, per quanto riguarda l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori quando non sia stata in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario (v., in tal senso, sentenza del 18 marzo 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, punto 45)”;

- una clausola “che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe” “risulta incompatibile con la direttiva 2004/18”;

- “una clausola del genere, anche supponendo che costituisca una condizione di esecuzione dell'appalto ai sensi dell'articolo 26 della direttiva 2004/18, non può essere ammessa ai sensi di detto articolo, in forza della formulazione stessa di quest'ultimo, giacché essa è contraria all'articolo 48, paragrafo 3, di tale direttiva, e quindi al diritto dell'Unione”.

5.3 Le motivazioni del rinvio pregiudiziale.

Il raffronto tra le sopra richiamate disposizioni nazionali in materia di subappalto e il diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha indotto il TAR Lombardia a dubitare della compatibilità dell'art. 105, comma 2, terzo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, rispetto ai principi e alle regole ricavabili dagli articoli 49 e 56 TFUE e dall'art. 71 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014. Secondo il giudice del rinvio, "la previsione di un limite generale del 30 % per il subappalto, con riferimento all'importo complessivo del contratto, sia per il contratto di lavori, sia per quello di servizi e forniture, impedendo agli operatori economici di subappaltare a terzi una parte cospicua delle opere (70 %), 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 dall'art. 71 della direttiva 2014/24, impone una restrizione alla facoltà di ricorrere al subappalto per una parte del contratto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò 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".

Il Consiglio di Stato, come si è rilevato, nel parere n. 782/2017 ha osservato che le limitazioni quantitative al subappalto, previste dal legislatore

nazionale, vanno 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.

In quest'ottica, "l'obiettivo di assicurare l'integrità dei contratti pubblici e la loro immunità da infiltrazioni della criminalità potrebbe giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi".

Occorre tuttavia considerare che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi *"può essere giustificata qualora essa persegua un obiettivo legittimo di interesse pubblico e purché rispetti il principio di proporzionalità, vale a dire, sia idonea a garantire la realizzazione di tale obiettivo e non vada oltre quanto è necessario a tal fine"* (sentenza del 5 aprile 2017, causa C-298/15, cit., al punto 51, che richiama le sentenze del 27 ottobre 2005, Contse e a., C-234/03, EU:C:2005:644, punto 25, nonché del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 44)".

Ed invero, "proprio alla luce della rilevanza che la Corte di Giustizia attribuisce al requisito della proporzionalità della misura restrittiva in questione, il Collegio dubita che il limite quantitativo di cui all'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 possa ritenersi giustificato, tenuto conto dell'evoluzione che ha interessato la disciplina del subappalto, a livello sia eurounitario sia nazionale".

Al riguardo, infatti, occorre evidenziare che l'art. 71 della direttiva 2014/24 e l'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 prevedono "una serie di obblighi informativi e

di adempimenti procedurali, per effetto dei quali l'impresa subappaltatrice può oggi ritenersi assoggettata a controlli analoghi a quelli svolti nei confronti dell'impresa aggiudicataria; in particolare, la stazione appaltante è posta in condizione di conoscere, in anticipo, le parti dell'appalto che si intende subappaltare a terzi e l'identità dei subappaltatori proposti, nonché di verificare, in capo al subappaltatore, il possesso della qualificazione, l'assenza di motivi di esclusione, la posizione di regolarità contributiva e il rispetto degli obblighi di sicurezza.

Orbene, nel descritto contesto normativo, la misura drastica della limitazione quantitativa del subappalto al 30 % dell'importo complessivo del contratto non sembra rappresentare lo strumento più efficace ed utile (che *“non vada oltre quanto è necessario a tal fine”*) al soddisfacimento dell'obiettivo di assicurare l'integrità del mercato dei contratti pubblici; tale obiettivo, infatti, pare potersi ritenere già adeguatamente soddisfatto per mezzo delle nuove previsioni che consentono (purché correttamente applicate) di effettuare verifiche e controlli più pregnanti rispetto al passato, finalizzate a garantire che il subappalto venga affidato, in condizioni di trasparenza, ad operatori capaci e immuni da controindicazioni”.

Un'ulteriore riflessione è stata ritenuta necessaria, a parere del Collegio, con riguardo alle finalità che il legislatore nazionale ha direttamente correlato alla norma che limita il ricorso al subappalto, quali sono quelle evidenziate dal Consiglio di Stato nel parere soprariportato attraverso il riferimento a *“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”*.

A questi valori secondo il giudice amministrativo, può certamente essere ricondotta la funzione di deterrenza, rispetto al fenomeno criminoso e corruttivo, rinvenibile negli interventi legislativi succedutisi a partire dalla legge 19 marzo 1990, n. 55, cui la norma in questione si ispira.

Orbene, per il giudice del rinvio va evidenziato “che le disposizioni nazionali già prevedono una serie di attività interdittive affidate ai Prefetti, espressamente finalizzate ad impedire l’accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel Paese.

Anche questo profilo, quindi, può rilevare, ad avviso del Collegio, ai fini della valutazione circa il rispetto del principio di proporzionalità sopraevidenziato, nella misura in cui la previsione restrittiva del subappalto introduce ulteriori limiti e quindi aggrava le conseguenze della restrizione imposta al mercato, poiché colpisce, come effetto riflesso, anche le imprese estranee a quel fenomeno, che non hanno alcuna ragione di essere penalizzate dalla norma della cui compatibilità eurounitaria si dubita”.

6. Rilievi finali

Come si vede, le motivazioni dell’ordinanza del rinvio vanno, comprensibilmente, anche oltre lo stretto merito della disciplina del subappalto giustamente volgendo lo sguardo al più vasto orizzonte delle relazioni tra misure antimafia ed appalti, tra esigenze di prevenzione e di valori dell’efficienza di imprese e della concorrenza.

Anche a prescindere dagli esiti, certamente rilevanti, le questioni sollevate meritano una riflessione ed un adeguamento legislativo.

La ripresa dell'attività nella nuova legislatura non potrà eludere alcune modifiche dettate dall'esperienza dei primi due anni di sperimentazione del codice del 2016.

Più in generale, il codice dei contratti dovrebbe assumere, attraverso interventi correttivi e linee guida, una fisionomia più “europea” ed attenta alla semplificazione amministrativa e all’efficienza in un settore di decisivo rilievo per l’economia e la crescita infrastrutturale.