

Il Subappalto. Una possibile, temporanea, soluzione

di Marco Terrei

1. Premessa.

Il subappalto è sempre stato, nella materia degli appalti, una vicenda assai controversa e problematica per via del contrasto delle stesse esigenze poste alla base dello strumento; da un lato il principio del *favor* che si concretizza attraverso la possibilità di lasciare che un operatore economico possa far eseguire parte della commessa che gli è stata aggiudicata ad altro operatore e dall'altro quella della correttezza dell'agire della PA che nella fattispecie ha l'obiettivo di evitare infiltrazioni criminose nell'esecuzione di dette commesse.

Il presente documento prende le mosse dalla recente sentenza del TAR Lazio, Roma, 24 aprile 2020 la quale, apparentemente in contrasto con la sentenza della Corte di Giustizia Europea C-63/2019, ritiene possibile inserire nella *lex Specialis* un limite al subappalto ma in determinate circostanze ed a certe condizioni.

2. La vicenda.

Il ricorso aveva ad oggetto l'esclusione di uno dei concorrenti per l'affidamento, da parte della Camera dei Deputati, di un servizio di monitoraggio di contratti ICT pari ad euro 560.000,00 a base di gara.

L'oggetto principale della commessa, oltre ad altre specifiche figure professionali e servizi, riguardava il servizio affidato ad un *Direttore tecnico di monitoraggio* (DTM). L'intera offerta dell'aggiudicatario, provvisorio, è risultata affetta da anomalia per cui allo stesso sono stati chiesti una lunga serie di chiarimenti come previsti all'art. 97 del Codice dei Contratti vigente all'epoca dei fatti; successivamente all'approvazione della legge di conversione del decreto legge 32/2019, a mezzo della legge di n.55/2019.

Nella documentazione di gara nulla veniva previsto per il subappalto ma era stabilito che, ai sensi dell'art. 3, dell'art. 105 del Codice, i lavoratori autonomi non potessero essere impiegati nell'esecuzione dell'oggetto principale dell'appalto, ma solo in *attività accessorie o strumentali*.

Tra gli altri, uno dei motivi di ricorso ha avuto ad oggetto il fatto che l'insieme dei servizi che l'aggiudicatario ha dichiarato, in sede di gara, di voler affidare in subappalto, era superiore al 60% dell'intera commessa e gran parte di questi rientravano nell'oggetto principale della gara relativi appunto alla mansione del *Direttore tecnico di monitoraggio*.

Tralasciando la vicenda del rapporto di lavoro autonomo configurabile come subappalto, superata a mezzo di una corretta interpretazione dei commi 2 e 3 dell'articolo 105 del Codice, viene in rilievo l'analisi dei giudici di prime cure, in merito all'istituto del subappalto; a tal proposito sostengono questi ultimi che *“Secondo i principi affermati dalla giurisprudenza in materia con tale disposizione, e già con il precedente art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, il legislatore ha inteso ampliare quanto più possibile il concetto di subappalto al fine di evitare ogni possibile elusione della disciplina in materia di evidenza pubblica, dettando una serie di cautele funzionali a garantire la qualità della prestazione del subappaltatore e a prevenire fenomeni di infiltrazione delinquenziale nei contratti pubblici”*.

Viene inoltre precisato che *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 ad eccezione delle sole fattispecie indicate al comma 3 del medesimo articolo 105.*

Essendo, dunque, l'insieme dei servizi affidati in subappalto superiori alla soglia indicata dalla norma i giudici non hanno accolto il ricorso del ricorrente, per violazione dell'articolo 105 del Codice, nonostante quest'ultimo abbia posto, alla base della sua difesa, la sentenza della Corte di Giustizia Europea C-63/2019 e le indicazioni ivi inserite dai giudici del massimo grado perché ritenute non rilevanti al caso di specie.

Pur avendo anticipato l'esito della controversia la sentenza dei giudici del TAR contiene interessanti spunti di riflessione ed applicativi che di seguito si riportano.

3. Il subappalto nella Direttiva 2014/24/CE.

Il considerando n.1 della Direttiva 2014/24/UE stabilisce che *L'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. L'aver posto tali elementi nella parte iniziale della Direttiva trasmette all'intera comunità il senso della loro importanza e tratteggia, seppur in modo non del tutto definito, i Principi fondamentali posti alla base dell'intero settore degli appalti pubblici.*

Premesso che la massima partecipazione delle imprese agli appalti rappresenta una priorità, il legislatore comunitario, al fine di rendere questo principio maggiormente operativo prevede, all'art. 63, che per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.

Nessuna indicazione in termini quantitativi viene prevista dalla norma in merito al subappalto in riferimento al quale il legislatore comunitario, all'interno dell'art.71, si è preoccupato, piuttosto di inserire delle garanzie per la stazione appaltante in merito al possesso dei requisiti da parte del subappaltatore e della qualità delle prestazioni svolte da quest'ultimo; inoltre a garanzia e tutela dell'esecutore viene prevista la facoltà, da parte dell'ente di effettuare i pagamenti direttamente a quest'ultimo.

In verità il comma 2 dell'art. 71 concede all'amministrazione aggiudicatrice di prevedere nella documentazione di gara, ma tale indicazione può anche essere prevista da una norma statale, di chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi. Giova ricordare che le medesime indicazioni erano previste dagli articoli 25 e 60 della Direttiva 2004/18/CE avente ad oggetto lavori, servizi e forniture abrogata con l'entrata in vigore della Direttiva 2014/24/UE.

4. Il subappalto nel Codice dei Contratti.

La nuova Direttiva appalti è stata recepita con l'emanazione del D.lgs 50/2016 all'interno del quale, come anche nel precedente Codice dei Contratti D.lgs 163/2006, il legislatore nazionale ha confermato la limitazione al 30% presente già nel vecchio Codice anche se con l'approvazione della legge 55/2019 tale limite è stato esteso al 40%, ma solo fino al 31 dicembre 2020. I dettagli dell'istituto hanno subito diversi "ritocchi" dal 2016 ad oggi ma la questione della limitazione posta *erga omnes* dal legislatore italiano nella normativa non trova nessun fondamento nella normativa comunitaria.

A tal proposito, la Corte di Giustizia europea ha ripetutamente censurato i limiti imposti dagli Stati membri al subappalto, chiarendo che le uniche restrizioni sono possibili per l'esecuzione di parti essenziali del contratto, quando l'amministrazione aggiudicatrice non è stata in grado di controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori al momento della valutazione delle offerte e della selezione del miglior offerente; a tal proposito si vedano i commi 6, 7 e 8 dell'articolo 71 della Direttiva 2014/24/CE

Secondo il supremo concesso le clausole contrattuali che impongono limitazioni al ricorso a tale istituto sono in contrasto con lo spirito della Direttiva.

Il Codice dei Contratti sembra infatti creare un clima in cui il subappalto è in linea generale vietato prova ne è il fatto che l'art. 105, comma 4 stabilisce 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.* Il contrasto con la normativa comunitaria sembra palese ed ha creato non pochi problemi alle stazioni appaltanti e agli operatori economici.

5. Una possibile e temporanea soluzione.

Tutto ciò premesso ci si può ora concentrare sulla sentenza oggetto del presente scritto nella quale il giudice, per fortuna a parere dello scrivente, propone una soluzione alla questione subappalto; ovviamente in attesa che il legislatore nazionale trovi, all'interno della naturale sede ove scrivere le regole dei contratti, una soluzione al problema.

A distanza di pochi mesi la quinta sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, interpellata in merito alla limitazione imposta dal legislatore italiano al subappalto e alla sua aderenza al dettato normativo europeo, ha emesso due sentenze¹ contenenti il medesimo responso; *la Direttiva 2014/24/CE [...] deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.*

Nella causa C-63/18 precisa il giudice *che secondo una giurisprudenza costante, e come risulta dal considerando 78 della direttiva 2014/24, in materia di appalti pubblici, è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile. Il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo il che evidentemente traduce il subappalto in uno strumento di ampliamento della partecipazione e non di una limitazione agli operatori economici.*

Il governo italiano, in merito alla scelta operata in proposito, sostiene che quest'ultima è giustificata alla luce delle particolari circostanze presenti in Italia, dove il subappalto ha da sempre costituito uno degli strumenti di attuazione di intenti criminosi. *Limitando la parte dell'appalto che può essere subappaltata, la normativa nazionale renderebbe il coinvolgimento nelle commesse pubbliche meno appetibile per le associazioni criminali, il che consentirebbe di prevenire il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nelle commesse pubbliche e di tutelare così l'ordine pubblico.*

Tale obiettivo appare legittimo nella materia degli appalti e può giustificare una restrizione delle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE ciò nonostante appare evidente che la norma nazionale, posta in questi termini, vieta in modo generale ed astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto 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. Per le ragioni su esposte ritiene il giudice che *una restrizione al ricorso del subappalto come quella di cui*

¹ Nella causa C-63/18 del 26 settembre 2019 e nella causa C-402/18 del 27 novembre 2019;

trattasi nel procedimento principale non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24.

Medesimo percorso argomentativo lo si rinviene nella sentenza C-402/18 all'interno della quale il giudice, in riferimento alla lotta alla criminalità attraverso l'introduzione di un siffatto limite, aggiunge che *anche supponendo che una limitazione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella oggetto del presente procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo.*

Entrambe le sentenze pongono l'attenzione, dunque, sull'aver previsto una limitazione generalizzata del subappalto lasciando intendere che, viceversa, una sua limitazione riferita a determinate e precise fattispecie possa essere ammessa.

Sulla scorta delle suddette osservazioni, conclude, il giudice di prime cure che *la pronuncia richiamata, pur avendo censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno nella soglia del 30% dei lavori, non esclude la sua compatibilità con il diritto dell'Unione di limiti superiori.*

Dalla lettura delle diverse sentenze che hanno avuto ad oggetto il subappalto negli ultimi mesi emerge che un cambio di rotta stava maturando senza tuttavia che il giudice facesse proprio questa nuova interpretazione; ci si riferisce alla sentenza n.1938 del TAR Puglia il quale in una vicenda nella quale il ricorso riguarda il subappalto in una procedura avente ad oggetto servizi di laboratorio. Il giudice pur prendendo atto del fatto che la sentenza della CGUE relativa alla causa C-402/18 fa espresso riferimento alla circostanza che il subappalto non può essere *tout cour* vietato e ove autorizzato può essere concesso nella misura del 30% massimo, per qualunque tipologia di appalto, sceglie di non accogliere il ricorso per superamento del limite imposto dalla normativa nazionale.

Sorprende infatti che il giudice sostenga che *Orbene, ritiene il Collegio, in applicazione dei principi dettati dalla CGUE, che non possa ritenersi applicabile "a priori" il limite del 30% al subappalto, ma che debba comunque essere valutato in concreto se il ricorso al subappalto abbia effettivamente violato i principi di trasparenza, di concorrenza e di proporzionalità senza tuttavia effettuare tale valutazione.*

In chiusura, corre l'obbligo segnalare che l'ANAC ha più volte² posto l'attenzione sul fatto che la disposizione non può essere letta come espressione di un potere indiscriminato di esclusione del subappalto. Rispettando quindi lo spirito della norma e la sua ratio, si è voluto sottolineare, conformemente a numerosi pareri già espressi dalla stessa Autorità, come la luce dei principi comunitari deve ispirare le azioni della stazione appaltante, secondo i quali è necessario garantire la massima partecipazione e incentivazione di nuovi operatori economici. La limitazione dell'istituto e il relativo ampliamento dei poteri di esclusione del subappalto

² Parere n. 1024 dell'11 ottobre 2017 e Parere n. 609 del 27 giugno 2018;

necessitano un'adeguata motivazione in sede di redazione del bando, in ossequio al principio di proporzionalità.

Inoltre segnala che una limitazione al subappalto, invece, *trovi giusta applicazione qualora sia necessario garantire esigenze di natura tecnica-organizzativa o legate alla tipologia del servizio oggetto dell'affidamento.*