

La disciplina del subappalto dopo la “sentenza tedeschi”: illegittima anche la disposizione che limita al 20% la possibilità di ribassare i prezzi

di Carmine Podda

Title: Subcontracting after the "Tedeschi ruling": illegitimate also the provision that limits to 20% the possibility to lower the prices

Keywords: Public procurement; Subcontracting; Jurisdictional provision.

1. – A poche settimane dalla sentenza del 26 settembre 2019 (causa C-63/18), la Corte di Giustizia Europea si è nuovamente espressa in materia di subappalto con la pronuncia del 27 novembre 2019, causa C-402/18: ancora una volta i giudici comunitari hanno contestato la lettera eccessivamente restrittiva dell'art. 118 del D.Lgs. 163/2006, nei fatti sostanzialmente trasfusa nel nuovo Codice dei Contratti all'art. 105 del D.Lgs. 50/2016.

Nella pronuncia di settembre, cd “sentenza Vitali”, la Corte aveva avuto modo di chiarire come anche la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici - abrogatoria della direttiva 2004/18/CE - osta ad una normativa nazionale che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

Sulla scia di tale inequivocabile principio direttivo si pone anche la pronuncia di novembre, cd “sentenza Tedeschi”, che arriva a minare ancor di più la stabilità della disciplina italiana sul subappalto in quanto dichiara la stessa non in linea con le direttive comunitarie nella misura in cui limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione.

2. – Il tutto trae origine da un ricorso proposto dinanzi al TAR Lazio da una società risultata seconda in graduatoria all'esito di una procedura di gara sopra soglia comunitaria: la ricorrente deduceva al riguardo la duplice violazione della normativa nazionale in materia di subappalto nella misura in cui la quota parte dell'appalto che l'aggiudicatario intendeva subappaltare rappresentava oltre il 30% dell'importo complessivo, ed anche in considerazione del fatto che la stazione appaltante aveva accettato un ribasso della remunerazione corrisposta alle imprese subappaltanti superiore al 20% rispetto ai prezzi unitari di cui all'aggiudicazione.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio accoglieva tale ricorso che veniva appellato dall'aggiudicatario soccombente innanzi al Consiglio di Stato, il quale si vedeva altresì destinatario di appello incidentale da parte del ricorrente vittorioso relativamente alle censure non accolte in primo grado, tra cui quella vertente la

violazione della disposizione del diritto italiano relativa al divieto di subappalto superiore alla soglia del 30%.

I Giudici di Palazzo Spada - nutrendo dubbi sulla compatibilità della normativa italiana con il diritto dell'Unione nella misura in cui la medesima, consentendo un ricorso limitato al subappalto, non sarebbe in linea anzitutto con la direttiva 2004/18 e si porrebbe in contrasto con l'obiettivo di apertura alla concorrenza e con quello teso a favorire l'accesso agli appalti pubblici delle piccole e medie imprese – decidevano di sospendere il procedimento e di rinviare alla Corte di Giustizia.

Nello specifico il Giudice del rinvio, con Ordinanza Sez.VI, 11/ 06/ 2018, n.3553, richiedeva se i principi comunitari di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi impedissero l'applicazione di una normativa nazionale secondo la quale il subappalto non potesse superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto e, allo stesso tempo, obbligassero l'affidatario a praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al 20%.

3. – La sentenza comunitaria in questione era particolarmente attesa tra gli addetti ai lavori tenuto conto che la giurisprudenza nazionale, a fronte dello specifico incerto articolato in materia contenuto nel D.Lgs. 163/2006, aveva sollevato diverse criticità e molteplici indirizzi interpretativi poi amplificati dalla CGUE (*infra* sentenza del 14.07.2016 /causa C-406/14, nonché sentenza del 5.04.2017 /causa C-298/15)

Proprio per questo, nel tentativo di chiarire le suddette criticità, il legislatore nazionale ha cercato di dare una prima risposta concreta con il D.L. n. 32/2019 “Decreto Sblocca Cantieri”, che ha aumentato il limite di ricorso al subappalto dal 30% al 50% dell'importo contrattuale, ha eliminato l'obbligo di indicazione in sede di offerta della terna a dei subappaltatori e ha finanche eliminato il divieto di subappalto nei confronti dei concorrenti non risultati aggiudicatari nella medesima procedura di gara.

Tali modifiche normative non sono tuttavia state integralmente convertite: la Legge n. 55/2019 non ha confermato quanto stabilito dal Decreto avendo ridotto dal 50% al 40% la quota subappaltabile (disciplina peraltro transitoria in quanto dichiarata in vigore fino al 31.12.2020) e reintrodotta il divieto di subappalto nei confronti dei concorrenti non aggiudicatari della medesima gara.

All'esito delle ultime - ancora una volta discutibili - integrazioni normative, e tenuto altresì conto della sopraggiunta “*sentenza Vitali*” (26 settembre 2019, causa C-63/18) che nuovamente ha posto l'accento sui perseveranti profili di illegittimità della disciplina nazionale in materia di subappalto, è intervenuta nel complessivo dibattito anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Dapprima, con Comunicato del Presidente del 23 ottobre 2019, Anac, nel fornire indicazioni per l'aggiornamento del “Bando-tipo n.1” in virtù delle modifiche al Codice apportate dalla legge di conversione del Decreto Sblocca Cantieri, ha individuato le specifiche clausole ivi contenute non conformi alla nuova norma sul subappalto o la cui applicazione è da ritenersi sospesa.

Più di recente, con Atto di Segnalazione del 13 novembre 2019, l'Autorità ha segnalato al Legislatore l'urgenza di intervenire nuovamente alla modifica della disciplina dell'istituto non conforme al diritto UE provvedendo ad una complessiva «compensazione tra i diritti di libertà riconosciuti a livello comunitario e le esigenze nazionali di sostenibilità sociale, ordine e sicurezza pubblica, che sono sempre stati alla base della limitazione all'utilizzo dell'istituto».

Con specifico riferimento al limite percentuale di ricorso al subappalto, Anac ha inoltre rilevato come la Corte di Giustizia, pur ribadendo la non conformità dello stesso al diritto UE, pare non abbia sancito la possibilità per i concorrenti di ricorrere illimitatamente all'istituto.

E ciò sarebbe testimoniato dal fatto che in uno specifico passaggio della “sentenza Vitali” (rimarcato altresì nella successiva “sentenza Tedeschi”), il Giudice comunitario abbia evidenziato come il contrasto al fenomeno dell’infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisca un obiettivo legittimo per il legislatore nazionale giustificante una restrizione alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE.

Tuttavia, va allo stesso modo riconosciuto che, anche ritenendo che una limitazione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione eccessiva è da considerarsi contraria ai principi di libera concorrenza e non discriminazione.

4. – In tale complesso quadro si innesta la sentenza del 27 novembre 2019, causa C-402/18 che rappresenta l’ennesimo richiamo della Corte nei confronti del legislatore nazionale al rispetto delle direttive comunitarie in materia e dunque a sottolineare la illegittimità anche della nuova formulazione dell’articolato in materia di subappalto, come da integrazioni in ultimo apportate al D.Lgs. 50/2016 dalla Legge di Conversione del Decreto Sblocca Cantieri.

Nello specifico, a fronte della domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato, la Corte ha in prima battuta argomentato sulla corretta interpretazione delle direttive 2004/18 e 2014/24 e sulla eventualità che esse ostino a una normativa nazionale che limiti al 30% la quota parte dell’appalto che l’offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

Secondo i giudici comunitari, obiettivo della direttiva 2004/18 (applicabile nel caso specifico in considerazione della data – 24 dicembre 2015 – del bando di gara) è che l’aggiudicazione degli appalti pubblici avvenga nel rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione.

La medesima direttiva riconosce ai concorrenti la facoltà di ricorrere al subappalto: nell’ipotesi in cui i documenti di gara impongano agli offerenti di indicare le parti dell’appalto che essi hanno intenzione di subappaltare nonché il nominativo dei subappaltatori, la stazione appaltante ha il diritto, per quanto riguarda l’esecuzione di parti essenziali dell’appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori dei quali non sia stata in grado di verificare le capacità in occasione della valutazione delle offerte (sentenza del 14 luglio 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562).

Tuttavia non risulta conforme a tale dettame una normativa nazionale che imponesse un rigido quanto astratto limite di ricorso al subappalto: la soglia del 30% risulta dunque incompatibile con la direttiva 2004/18 e con l’obiettivo, ivi contenuto, di garantire nella misura più ampia il principio della concorrenza nonché l’accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

Su tale aspetto le argomentazioni della Corte risultano ancora una volta trancianti: la suddetta interpretazione, già affermata in diverse precedenti pronunce, non può essere rimessa in discussione dall’argomentazione avanzata dal legislatore italiano secondo cui il limite del 30%, nella sostanza un chiaro tentativo di depotenziamento del ricorso all’istituto del subappalto, sarebbe giustificato dall’intento di scongiurare infiltrazioni criminose.

E ciò in quanto, se è vero che il contrasto al fenomeno dell’infiltrazione mafiosa nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE (v., in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punti 27 e 28), è altrettanto vero che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare nel corso di tutta la procedura i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all’articolo 2 della direttiva 2004/18, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità (v., in tal senso,

sentenza del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 23).

Non può dunque ritenersi ammissibile una previsione normativa che vieti in modo generale e astratto il ricorso al subappalto per una quota parte che superi una percentuale fissa dell'importo dell'appalto pubblico di cui trattasi, e ciò, peraltro, indipendentemente dal settore economico interessato dalla commessa o dall'identità dei subappaltatori.

Inoltre, un tale divieto generale non lascia spazio alcuno a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore (v., per analogia, sentenza del 26 settembre 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).

La Corte suggerisce a tal riguardo misure alternative in linea con le direttive comunitarie: obbligare l'offerente a fornire nella fase dell'offerta le identità degli eventuali subappaltatori, in modo da consentire alla stazione appaltante di effettuare le opportune verifiche nei confronti dei soggetti proposti.

Quanto alla seconda parte della questione rimessa, il Consiglio di Stato chiede se la direttiva 2004/18 nonché la direttiva 2014/24 debbano essere interpretati nel senso che esse ostano a una normativa nazionale che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione.

A tal riguardo il Codice dei Contratti italiano impone di limitare, per tutti gli appalti, i prezzi che possono essere corrisposti ai subappaltatori incaricati di svolgere prestazioni oggetto di una commessa pubblica, non essendo ammesso nei confronti di tali prestazioni un ribasso superiore al 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione.

Anche in questo caso la Corte osserva come il limite percentuale nazionale sia definito in modo generale e astratto applicandosi a prescindere dal settore economico della commessa ed indipendentemente da qualsiasi valutazione della normativa di settore o dei contratti collettivi in vigore in materia di condizioni di lavoro.

Se è vero che l'obiettivo della tutela dei lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto può, in linea di principio, giustificare limitazioni al ricorso al subappalto, è altrettanto indubbio che siffatte restrizioni possono essere imposte solo purché siano compatibili con il diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 18 settembre 2014, Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, punto 28 e 31).

Il limite di cui sopra eccede quanto necessario al fine di assicurare ai lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto una tutela salariale: la soglia del 20% non lascia spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dal momento che si applica indistintamente ed indipendentemente dalla normativa di settore e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati.

Peraltro, aggiunge la Corte, il limite in esame non può essere giustificato neppure dall'obiettivo consistente nel voler garantire la redditività dell'offerta e la corretta esecuzione dell'appalto: trattasi ancora una volta di limite generale, astratto e comunque sproporzionato.

Potrebbe essere a tal riguardo ancora una volta valutata una misura alternativa consistente nel richiedere nella documentazione di gara agli offerenti di indicare la quota parte di appalto che intendono subappaltare prevedendo altresì la possibilità, per l'ente aggiudicatore, di vietare agli offerenti di sostituire subappaltatori qualora lo stesso ente non sia stato in grado di verificare previamente l'identità e l'affidabilità dei nuovi subappaltatori eventualmente proposti (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punto 57).

Ragion per cui la direttiva 2004/18/CE osta a una normativa nazionale che limita al 30% la quota parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi, ovvero che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione.

5. – Lo scenario che a questo punto si prospetta lascia dunque perplessi: se è vero che la sentenza in esame si è pronunciata sull'art. 118 del D.Lgs. 163/2006, è altrettanto vero che la stessa riflette i suoi diretti effetti anche sull'articolo 105 del D.Lgs. 50/2016, a sua volta non conforme alla disciplina comunitaria per gli aspetti appena analizzati.

E se le statuizioni della Corte di Giustizia hanno immediata operatività negli ordinamenti interni con il valore di *ius superveniens* (*infra* Cons. Stato Sez. IV, n. 1020/2014 e Cass. civ. Sez. V, n. 22577/2012), si pone dunque la questione della disapplicazione della previsione normativa nazionale non conforme.

A rendere il quadro complessivo ancora più complesso, la giurisprudenza nazionale più recente che, come testimoniato ad esempio dal TAR Lecce, 05.12.2019 n. 1938, che ha interpretato i principi dettati dalla CGUE nel senso che non possa più ritenersi applicabile “a priori” il limite del 30% al subappalto, ma che debba invece essere valutato in concreto se il ricorso al subappalto dichiarato in gara (nel caso specifico più del 90% delle prestazioni oggetto dell'appalto) possa violare i principi di trasparenza, di concorrenza e di proporzionalità.

Una interpretazione giurisprudenziale che non può che confermare la nebulosità generale che avvolge oggi la applicazione della disciplina del subappalto alla luce dei chiari dettami della Corte nei confronti di una previsione normativa ancora una volta fragile e che dunque necessita di un risolutorio intervento del Legislatore nazionale.

Carmine Podda
Avvocato in Firenze
podda2003@libero.it