

L'evoluzione dei limiti quantitativi del subappalto alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia: una comparazione tra Italia e Spagna

di Giulia Gualco

Abstract: Critical modifications of Kenya – This paper aims to retrace the evolution of the quantitative limits of subcontracting in the Italian legal system in light of the rulings of the Court of Justice of the European Union. The Decree-Law 31 maggio 2021, n. 77 (or better Simplification Decree Bis), in fact, has recently intervened on the institution of subcontracting by making changes that have led Italy to align itself with the requirements recommended by the European Union. In order to be able to conduct a global and conscious analysis on the "liberalization" of subcontracting carried out by the Italian legislator, it is useful to analyze the path taken in another legal system, namely the Spanish one, which, while originally admitting quantitative limits with respect to subcontracting works in the public sector, has recently eliminated the percentage limits on subcontracting. The analysis, therefore, has the objective of verifying whether the liberalization of subcontracting constitutes a true adaptation to European legislation.

3485

Keywords: Public procurement. Subcontract. Quantitative limitations. Proportionality principle. Freedom to provide services.

1. Introduzione

L'Unione Europea regola il subappalto attraverso una disciplina organica che valorizza tale istituto quale strumento di espressione e di applicazione dei principi di proporzionalità, libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi¹ nell'ambito dei contratti pubblici.

¹ Con le sentenze «*Vitali*» (causa C-63/18) e «*Tedeschi*» (causa C-402/2018), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha evidenziato come la previsione per il ricorso al subappalto di un limite quantitativo astratto e predeterminato fosse in contrasto con i principi di proporzionalità, libertà di stabilimento (art. 49 TFUE), libera prestazione di servizi (art. 56 TFUE), diretti, invece, a favorire la più ampia accessibilità al mercato di imprenditori e professionisti. In particolare, la Corte si soffermò sulla disciplina contenuta ai sensi dell'art. 71 della Direttiva 2014/24/UE, dalla quale si evince chiaramente che la *ratio* del subappalto trova fondamento nel favorire, nelle procedure di gara, la partecipazione delle piccole e delle medie imprese, avvalorando così il principio del *favor participationis* che regola l'intera procedura di evidenza pubblica. Per un approfondimento sui principi europei di proporzionalità, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi si veda M. Cozzio, *La limitazione del subappalto nella normativa nazionale non è conforme al diritto europeo, chiare le indicazioni della corte di giustizia, meno le conseguenze sul diritto interno*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2019, fasc. 4, 1465-1472.

In particolare, l'art. 71 della Direttiva 2014/24/UE ha implicitamente (e coerentemente) escluso la possibilità di predeterminare limiti percentuali astratti per il ricorso al subappalto, rimettendo a ciascun Stato Membro il dovere di conformarsi alla disciplina europea assicurando l'accesso al mercato alle piccole e medie imprese.

L'Italia, prima ancora che il legislatore europeo intervenisse con la Direttiva 2004/18/CE, prevedeva una disciplina del ricorso all'istituto del subappalto fissando un limite quantitativo astratto e predeterminato *ex lege*.

Negli anni, il (noto) limite del 30 % di subappaltabilità delle opere è stato emendato da innumerevoli riforme, che hanno creato un sistema essenzialmente confuso e ben poco chiaro, soprattutto tenendo in considerazione le graduali modifiche che sono state apportate alla predetta quota².

Il rapporto intercorso tra la disciplina dell'Unione Europea e la normativa nazionale in tema di subappalto, dunque, non verrà sicuramente ricordato come uno dei più limpidi e lineari all'interno del panorama giuridico nazionale.

L'art. 105 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, infatti, è stato reiteratamente censurato sia dalla Commissione, sia dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, le quali, a più riprese, non hanno mancato di evidenziare come l'espedito di modificare, eliminare ed infine reintrodurre un limite quantitativo massimo non fosse, in ogni caso, idonea ad assicurare quegli obiettivi di accesso al libero mercato e di libera concorrenza.

Il presente elaborato, pertanto, considerato il percorso giuridico intrapreso dall'Italia rispetto al tema in oggetto, intende ripercorrere l'evoluzione del ricorso al subappalto analizzando nel dettaglio le riforme e le pronunce giurisprudenziali che hanno condotto il nostro ordinamento giuridico alla più recente riforma dello scorso maggio 2021.

Come noto, infatti, con il *Decreto Semplificazioni Bis*³, il Legislatore è intervenuto direttamente sull'istituto, eliminando definitivamente qualunque limite percentuale massimo che potesse ostacolare l'accesso al mercato alle piccole e medie imprese, nonché demandando alle stazioni appaltanti il compito di individuare i limiti delle quote di opere subappaltabili.

La scelta assunta dal nostro ordinamento se, da un lato, parrebbe porsi come una decisione fondamentalmente obbligata dalle reiterate censure provenienti dall'Unione Europea, dall'altro lato, induce a chiedersi se quella adottata fosse effettivamente l'unica soluzione idonea a superare le criticità evidenziate dalla Corte di Giustizia, ovvero se non fosse possibile individuare

² Originariamente, l'art. 105 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevedeva che il subappalto non potesse superare la quota del 30% dell'importo complessivo dei contratti di lavori, servizi o forniture: tale limite, tuttavia, è stato successivamente innalzato al 40 %, fino al 31 maggio 2021 dall'art. 1, comma 18 (secondo periodo), della legge 14 giugno 2019, n. 55 e dall'art. 13, comma 2, lett. c), della legge 26 febbraio 2021, n. 21.

³ V. Decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108.

diverse modalità, capaci di salvaguardare al contempo anche l'obiettivo di prevenzione dalle infiltrazioni della criminalità organizzata; esigenza che, anche in vista dell'arrivo delle risorse del PNRR, appare quanto mai centrale.

A questo fine l'indagine, essendo diretta ad analizzare le ragioni e le effettive conseguenze che la recentissima riforma ha delineato rispetto all'istituto del subappalto, verrà condotta alla stregua delle pronunce più rilevanti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e, in una prospettiva comparata, sulla base dell'evoluzione conosciuta dall'istituto del subappalto nell'ordinamento spagnolo.

La scelta di concentrare l'analisi su questo ordinamento, in particolare, deriva dal fatto che, anche in Spagna, così come in Italia, l'istituto del subappalto è stato caratterizzato da un andamento altalenante e da un susseguirsi di riforme incerte.

Infatti, come si dirà, inizialmente l'ordinamento spagnolo si componeva non solo di limiti quantitativi massimi (comunque derogabili), bensì anche di limiti quantitativi minimi che conferivano alle stazioni appaltanti un potere ampio e segnatamente discrezionale.

In seguito tuttavia, l'ordinamento spagnolo ha rimosso qualunque tipo di limite percentuale per il ricorso al subappalto, optando per una vera e propria "liberalizzazione".

Pertanto, considerate le simili radici che hanno connotato il ricorso all'istituto del subappalto in Italia e in Spagna, detta comparazione verrà prevalentemente impiegata al fine di valutare, se la scelta di liberalizzazione dell'istituto operata dal legislatore italiano possa effettivamente considerarsi conforme alle prescrizioni impartite dall'Unione Europea ovvero costituisca un percorso obbligato, ma inadeguato, rispetto agli adeguamenti tanto attesi dall'ordinamento europeo.

2. L'evoluzione dei limiti quantitativi del ricorso al subappalto

Le limitazioni quantitative al subappalto sono state introdotte per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano con la 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*"⁴.

In particolare, la suddetta normativa all'art. 18 disponeva la generale previsione di subappaltabilità di tutte le lavorazioni, «*in misura eventualmente*

⁴ Cfr. 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*".

Con l'art. 34 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, la generale previsione di subappaltabilità di tutte le lavorazioni venne confermata, mentre «*per quanto riguarda la categoria o le categorie prevalenti*» la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, non poteva in ogni caso superare il 30%.

*diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al 30 per cento*⁵».

La *ratio* sottesa alle limitazioni quantitative imposte derivava, come osservato dalla Corte costituzionale⁶, dall'intento di perseguire la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, nella consapevolezza che tale strumento potesse essere impiegato fraudolentemente per eludere le regole di gara e acquisire commesse pubbliche nell'ambito di contesti criminali⁷.

Da lì a poco, intervennero le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, approvate allo scopo di rendere omogenee, a livello europeo, le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Sicché, in attuazione degli artt. 25 e 60 della Direttiva 2004/18/CE, il Legislatore ha introdotto all'art. 118 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163⁸, una disciplina del subappalto⁹ sostanzialmente riproduttiva del contenuto di cui al citato art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55.

Il Codice dei Contratti pubblici, in particolare, disponeva che «*per i lavori, per quanto riguarda la categoria prevalente, con il regolamento, è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al trenta per cento*».

Senonché, l'approvazione della successiva Direttiva 2014/24/UE, a cui si sono aggiunte le Direttive 2014/25/UE e 2014/23/UE, rispettivamente concernenti gli appalti pubblici nei settori speciali e le

⁵ Tuttavia, qualora nell'oggetto di appalto fossero rientrate oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali fossero stati necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, esse, per espressa previsione, non avrebbero potuto essere affidate in subappalto, dovendo essere eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari. Per un commento sulle origini dei limiti del ricorso al subappalto si veda F. D'Alessandri, *Il subappalto alla luce della legge n. 55/2019 e il difficile rapporto con il diritto europeo*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 1, 5; si veda altresì A. Castelli e M. Loche, *L'istituto del subappalto nel sistema normativo italiano: tra dubbi interpretativi e problemi di conformità*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 5, 648. Per un ulteriore approfondimento si veda G.A., *Subappalto*, in *L'Amministrativista - Il portale sugli appalti e i contratti pubblici*, 2017.

⁶ Cfr. Corte costituzionale, sent. 5 maggio 1993, n. 218, reperibile all'indirizzo: www.cortecostituzionale.it.

I pareri del Consiglio di Stato, nn. 855/2016 e 782/2017, a distanza di vent'anni hanno tuttavia confermato lo scopo correlato all'imposizione dei limiti quantitativi del ricorso al subappalto designandolo in «*pregnanti ragioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro*» nonché «*l'obiettivo di assicurare l'integrità dei contratti pubblici e la loro immunità da infiltrazioni della criminalità*».

⁷ Cit. G.Veltri, *Codice dei contratti pubblici: la lettera di messa in mora della commissione UE e la replica del legislatore*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 4, 471.

⁸ Si veda il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

⁹ La disciplina del subappalto all'interno del Codice del 2006, in particolare, si componeva di un insieme di norme di natura civile, amministrativa e penale, frutto dei diversi interventi con cui il legislatore aveva inciso sulla materia, nell'ultimo decennio, con l'intento di arginare il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici.

Per un commento alla disciplina del subappalto all'interno del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e alla luce del successivo Decreto Correttivo D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 si veda L. Manzella, *Il subappalto alla luce del d.lgs. n. 152/2008 c.d. "terzo decreto correttivo" al codice degli appalti*, in *Appalti e Contratti*, 2009, fasc. 3, pag. 25 – 29.

concessioni pubbliche, ha dato avvio ad un complesso processo di riformulazione della materia, sfociato nel nuovo Codice degli Appalti di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50¹⁰.

A ridosso dell'approvazione del D.Lgs. 50/2016, nel pieno dei lavori parlamentari per l'approvazione di quello che sarebbe stato il nuovo Codice, la discussione sul subappalto (insieme al sistema di qualificazione) fu uno dei terreni di scontro e confronto più importanti¹¹. Le ultime bozze di decreto diffuse delineavano addirittura una liberalizzazione assai simile alla previsione introdotta dall'attuale *Decreto Semplificazioni Bis*.

Con l'entrata in vigore della nuova disciplina, tuttavia, i limiti del ricorso al subappalto erano ricalcati sulla previsione contenuta nel vecchio Codice, prevedendo all'art. 105, comma 2, terzo periodo del D.Lgs. 50/2016, che «*fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non [potesse] superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture*»¹². Tale limite percentuale era previsto anche «*per le opere di cui all'articolo 89, comma 11*», ovvero per le opere necessitanti di lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, con l'unica distinzione che il limite del 30% veniva parametrato sull'importo delle singole opere con impossibilità di suddividerle, salva la sussistenza di ragioni obiettive.

Sul punto, il Consiglio di Stato in sede consultiva con il parere 1° aprile 2016, n. 855¹³ non mancò di osservare che, tenuto conto dell'entrata in vigore del nuovo Codice degli Appalti, la previsione da parte del legislatore nazionale di limiti quantitativi al subappalto di maggior rigore rispetto alle Direttive europee, non avrebbe costituito un'ingiustificata violazione del

¹⁰ Per un commento all'introduzione del "nuovo" Codice degli Appalti si veda M. Gentile, *Il subappalto nel nuovo codice: aumentano limiti, vincoli e dubbi applicativi*, in *Appalti e contratti*, 2016, fasc. 6, pp. 43-47; si veda altresì G. Balocco, *La riforma del subappalto e il principio della concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, fasc. 5, pp. 621-625.

¹¹ Cit. A. Giacalone e A. Peloso, *I limiti al subappalto. ovvero ciò che ne rimane*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, fasc. 2, 201.

¹² Accanto al limite percentuale fisso e predeterminato pari al 30% dell'importo contrattuale, il Codice degli Appalti, prima che intervenisse il D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, richiedeva che, laddove ammesso, il subappalto fosse previamente autorizzato dalla stazione appaltante (*ex art. 105, comma 4, lett. a*) del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Con riguardo ai problemi applicativi ingenerati da tale clausola, l'ANAC aveva ritenuto «*che non potesse essere letta, a contrario, come focalizzante il divieto indiscriminato di subappalto, tenuto anche conto che nella Legge delega non [era] contemplata l'introduzione di limiti alle possibilità di subappalto, ma che dovesse essere interpretata coerentemente con i principi comunitari di massima partecipazione e di incentivazione dell'ingresso nel mercato di nuovi operatori economici, alla stregua di quanto già affermato nella delibera n. 1024 dell'11 ottobre 2017, nonché nel Parere sulla Normativa AG 25 del 20 dicembre 2012 e ribadito nel Parere di Precontenzioso n. 60 del 23 aprile 2013*» (ANAC, Delibera 20 ottobre 2021 n. 694).

¹³ Il parere 1° aprile 2016, n. 855 del Consiglio di Stato, è reperibile all'indirizzo: <https://www.giustizia-amministrativa.it>. Per un commento al suddetto parere si veda P. Mantini, *Il subappalto "italiano" rinviato alla corte di giustizia europea*, in *Giust.Amm.it*, 2018, fasc. 3.

divieto del *gold plating*¹⁴, poiché sottesa ad esigenze di ordine pubblico e trasparenza comunque destinate a non arrecare un ingiustificato ostacolo al principio di leale concorrenza¹⁵.

In altri termini, veniva evidenziato che «*il maggior rigore nel recepimento delle direttive [doveva], da un lato, ritenersi consentito nella misura in cui non si traduc[esse] 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*».

La posizione del Consiglio di Stato fu altresì confermata nel successivo parere del 30 marzo 2017, n. 782¹⁶, avente ad oggetto il Testo correttivo al Codice degli Appalti ovvero il D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56¹⁷.

In particolare, richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁸ formatasi rispetto alla Direttiva 2004/18/CE, il Consiglio di Stato aveva disposto che la previsione di una disciplina maggiormente restrittiva del subappalto fosse giustificata, in quanto gli obiettivi di trasparenza, libertà di

¹⁴ In sede di recepimento delle Direttive europee, per *gold plating* si intende «*il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie*». Sul punto, in particolare, si richiama la sentenza della Corte Costituzionale del 27 maggio 2020, n. 100 (reperibile all'indirizzo <https://www.cortecostituzionale.it>) nella quale venne evidenziato come «*il termine gold plating [...] compar[ve] nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, dell'8 ottobre 2010, che reca delle riflessioni e delle proposte per il raggiungimento dell'obiettivo di una legiferazione «intelligente», comunitaria e degli Stati membri, in grado di ridurre gli oneri amministrativi a carico dei cittadini e delle imprese. [...] Nella comunicazione, difatti, si precisa[va] che «[i]l termine gold-plating si riferi[va] alla prassi delle autorità nazionali di regolamentare oltre i requisiti imposti dalla legislazione UE, in sede di recepimento o di attuazione in uno Stato membro*».

Nel nostro ordinamento, quindi, il divieto di *gold plating* oltre ad essere stato formalmente introdotto dall'art. 15, comma 2, lettera b), della legge 12 novembre 2011, n. 183, recante «*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. (Legge di stabilità 2012)*», è stato successivamente assunto quale criterio direttivo nella legge delega n. 11 del 2016, al fine di impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducessero la concorrenza in danno alle imprese e ai cittadini.

Per un commento al divieto di sovraregolamentazione nella normativa interna si veda P. Carbone, *Il rilievo della commissione europea circa le offerte anormalmente basse nella lettera costituzione in mora del 24 gennaio 2019*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2019, fasc. 3; per un approfondimento sul concetto di *gold plating* si veda altresì G. Rivellini, *Il divieto di gold plating e il problema della sua giustificabilità in Italia*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 3, 1, pag. 815.

¹⁵ Per un commento sul parere del Consiglio di Stato, si veda F. Laus, *Il ricorso al subappalto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, fasc. 6, pag. 716 – 725; si veda altresì A. Castelli e M. Loche, *L'istituto del subappalto nel sistema normativo italiano: tra dubbi interpretativi e problemi di conformità*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 5, 648.

¹⁶ Il parere 30 marzo 2017, n. 782 del Consiglio di Stato, è reperibile all'indirizzo: <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

¹⁷ Per un commento al Decreto Correttivo del Codice degli Appalti si veda M. Gentile, *Il correttivo allarga "con moderazione" le maglie del subappalto*, in *Appalti e Contratti*, 2017, fasc. 7-8, pag. 15 - 17; si veda altresì P. Mantini, *Il subappalto "italiano" rinviato alla corte di giustizia europea*, in *GiustAmm.it*, 2018, fasc. 3.

¹⁸ Cfr. Corte di Giustizia UE, Sez. III, sent., 14 luglio 2016, causa C-406/14; Corte di Giustizia UE, Sez. V, sent., 10 ottobre 2013, causa C-94/12; Corte di Giustizia CE, Sez. VI, sent., 18 marzo 2004, causa C-314/01.

stabilimento e libera prestazione di servizi avrebbero dovuto essere temperati da un'ulteriore finalità avente carattere preminente all'interno del nostro ordinamento giuridico, ovvero garantire l'integrità dei contratti pubblici attraverso l'immunità da infiltrazioni della criminalità¹⁹.

I dubbi interpretativi circa i limiti percentuali del ricorso al subappalto, tuttavia, indussero i giudici ad esitare sulla compatibilità della disciplina interna rispetto a quella prevista dall'ordinamento europeo, sollevando alcune questioni pregiudiziali che stimolarono sia la Commissione, sia la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ad intervenire sul tema.

3. I limiti del ricorso al subappalto e il diritto dell'Unione Europea

Le Direttive europee²⁰ non hanno mai posto limiti quantitativi al subappalto, in linea con i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi che presidiano le finalità concorrenziali e di mercato, in quanto strumento volto a consentire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, essendo interesse dell'Unione Europea che il bando di gara sia aperto alla più ampia concorrenza possibile.

La Corte di Giustizia, in particolare, ha affermato che, fermo il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità, le normative nazionali non devono prevedere divieti generali e astratti, poiché anche ammettendo che una restrizione quantitativa alle opere subappaltabili possa teoricamente essere considerata idonea ad ostacolare il fenomeno delle infiltrazioni criminali negli appalti, la previsione di un limite percentuale fisso e predeterminato astrattamente *ex lege* viola, in ogni caso, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità²¹.

L'Unione, difatti, attraverso i propri strumenti coercitivi, ha imposto all'ordinamento giuridico italiano di interrogarsi sulla propria disciplina dei limiti al subappalto, il quale, da ultimo, ha optato per la scelta della liberalizzazione del ricorso a tale istituto.

Ma andiamo con ordine.

¹⁹ Tale declinazione interpretativa costituì uno dei motivi per cui il T.A.R. Lombardia, prima e, il Consiglio di Stato, dopo, decisero di rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la valutazione sulla compatibilità del subappalto con la normativa europea, dal momento che «*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*» (T.A.R. Lombardia, ordinanza del 19 gennaio 2018, n. 148; Consiglio di Stato, ordinanza, 11 giugno 2018, n. 3553).

²⁰ La disciplina del subappalto è contenuta all'interno dell'art. 71 della Direttiva 24/2014/UE (v. art. 25 della Direttiva 2004/18/CE), il cui obiettivo è quello di favorire nelle procedure di gara la partecipazione delle piccole e delle medie imprese, in forza del principio del *favor participationis* che regola l'intera procedura.

²¹ Questo il principio affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con le sentenze *Vitali* (causa C-63/18) e *Tedeschi* (C-402/18). Per un commento alla sentenza *Vitali*, in particolare, si veda F. D'Alessandri, *Il subappalto alla luce della legge n. 55/2019 e il difficile rapporto con il diritto europeo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2020, 1.

Il 24 gennaio del 2019, la Commissione europea ha inviato una lettera di costituzione in mora avente ad oggetto la non conformità di alcune disposizioni del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, rispetto alle Direttive 23/2014/UE, 24/2014/UE e 25/2014/UE²².

Per quanto qui di interesse, particolarmente considerevoli i rilievi mossi in ordine ai limiti quantitativi che il Codice degli Appalti poneva in ordine al subappalto delle opere sia generali, sia specialistiche (nonché sull'obbligo di indicare una terna di subappaltatori ovvero sul divieto di subappalto a favore di un partecipante alla gara e sul cd. subappalto a cascata).

La citata lettera di costituzione in mora, quindi, intervenne in un momento in cui anche i giudici italiani avevano cominciato a dubitare della compatibilità della disciplina interna con il quadro comunitario²³.

In particolare, prima che la Corte di Giustizia intervenisse con le Sentenze «*Vitali*» (C-63/2018) e «*Tedeschi*» (C-402/2018) sotto il versante della nomofilachia europea, l'unica pronuncia che in un certo senso affrontò - laconicamente - il tema dei limiti quantitativi (seppur riferendosi all'avvalimento e non, nello specifico, al subappalto) fu la sentenza del 14 luglio 2016, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu/Minister Infrastruktury i Rozwoju* (C-406/16), avente ad oggetto la Direttiva 2004/18/CE.

La Corte di Giustizia, in quell'occasione, fu chiamata a chiarire se la Direttiva 2004/18/CE dovesse «*essere interpretata nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice è autorizzata ad imporre, mediante una clausola del capitolato d'onere di un appalto pubblico di lavori che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale di lavori oggetto di detto appalto avvalendosi di risorse proprie*».

In particolare, pur rilevando l'inesistenza di disposizioni espresse ed esplicite, la Corte osservò, alla luce dell'art. 48, paragrafo 3 della summenzionata Direttiva, che la previsione di una facoltà in capo agli offerenti di dimostrare, affidandosi alle capacità di soggetti terzi, di essere in grado di soddisfare i livelli minimi di capacità tecniche e professionali stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice, avrebbe sostanzialmente sancito «*la possibilità per gli offerenti di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, e ciò, in linea di principio, in modo illimitato*».

A tal riguardo, dunque, la Corte del Lussemburgo precisò che rientrava nel diritto delle amministrazioni aggiudicatrici il divieto di ricorrere al subappalto, rispetto all'esecuzione di parti essenziali del

²² Per un commento alla lettera di costituzione in mora G. Veltri, *Codice dei contratti pubblici: la lettera di messa in mora della commissione UE e la replica del legislatore*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 4, 471; G. Failla, *La riforma del codice dei contratti pubblici ad un bivio: la lettera dell'unione europea di messa in mora dell'Italia*, in *Appalti e Contratti*, 2019, fasc. 5.

²³ Sul punto, si veda T.A.R. Lombardia, ord., del 19 gennaio 2018, n. 148 e Consiglio di Stato, ord., 11 giugno 2018, n. 3553, reperibili all'indirizzo: <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

contratto, allorquando non fossero state «*in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario*».

Sul punto, tuttavia, l'intervenuta Direttiva 2014/24/UE (successiva alla Direttiva 2004/18/CEE) non ha previsto norme esplicite sulla liberalizzazione del ricorso al subappalto, ma si è limitata ad indicare i poteri di verifica e controllo in capo alla stazione appaltante rispetto ai requisiti dei subappaltatori.

Ed ecco che la citata lettera di costituzione in mora della Commissione europea, osservando che «*la direttiva 2014/24/UE, proprio come la direttiva 2004/18/CE, non prevede[ss]e la possibilità d'introdurre limitazioni quantitative al subappalto*», ammetteva astrattamente che gli offerenti potessero ricorrere al subappalto in modo illimitato, sebbene, come chiarito dalla Corte di Giustizia, l'amministrazione aggiudicatrice ha sempre 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*» (C-406/14).

L'imposizione in via generale e astratta di un limite del 30% per le prestazioni subappaltabili prevista dall'art. 105 del nostro Codice degli Appalti, quindi, contrastava apertamente con i principi di proporzionalità e concorrenzialità anzidetti, suscitando perplessità anche tra i giudici italiani.

Successivamente, infatti, il T.A.R. Lombardia, con ordinanza del 19 gennaio 2018, n. 148²⁴, sollevò ai sensi dell'art. 267 TFUE una questione pregiudiziale volta a chiarire «*se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 [TFUE], l'articolo 71 della direttiva [2014/24], il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio [di diritto dell'Unione europea] di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'articolo 105, comma 2, terzo periodo, del decreto legislativo n. 50/2016, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture*»²⁵.

²⁴ Il T.A.R. Lombardia, aveva anticipato, con sentenza non definitiva del 5 gennaio 2018, n. 28, la proposizione di una questione pregiudiziale relativa ai limiti per il subappalto – previsti indifferentemente per lavori, servizi e forniture all'art. 105, comma 2, d.lgs. n. 50/2016. La questione pregiudiziale era poi stata formalizzata con l'ordinanza del 19 gennaio 2018, n. 148, volta a precisare se lo stringente limite del 30% fosse in contrasto con i principi di libertà di stabilimento (art. 49 TFUE), di libera prestazione di servizi (art. 56 TFUE) e di proporzionalità, nonché con l'art. 71, Direttiva 2014/24/UE, che non prevedeva, e non prevede tutt'oggi, alcun limite per il subappalto. Per un commento dettagliato dell'ordinanza di rimessione, si veda A. Iannotti delle Valle, *I limiti del subappalto alla Corte di Giustizia: l'ordinanza illustra le motivazioni*, in *Appalti e Contratti*, 2019; si veda anche F. Fedrizzi, *I limiti italiani al subappalto (finalmente) al vaglio della corte di giustizia UE*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2018, fasc. 3, pag. 871 – 882.

²⁵ *A fortiori*, l'ANAC, a pochi mesi di distanza, evidenziò altresì come «*l'introduzione nei bandi [...] di limiti o divieti al subappalto dovrà essere adeguatamente motivata e rispettosa del principio di proporzionalità e dei suoi corollari, e, in particolare, essere giustificata da esigenze specifiche di natura tecnica, organizzativa, ovvero legate alla tipologia del servizio*

La pronuncia traeva origine da una gara pubblica, indetta da Autostrade per l'Italia nell'agosto 2016, con la quale venne dato avvio ad una procedura ristretta per l'affidamento dei lavori di ampliamento della quinta corsia dell'autostrada A8, tra la barriera di Milano Nord e l'interconnessione di Lainate.

La ragione da cui scaturì il contenzioso, in altri termini, derivò dal fatto che la Vitali S.p.a., concorrente della gara, venne esclusa per aver superato il limite del 30%, in materia di subappalto, allora previsto dall'art. 105, comma 2 del D.Lgs. 50/2016.

Detta impresa, adito il T.A.R. Lombardia, per impugnare la propria esclusione, sostenne, tra le numerose censure, il contrasto della disciplina nazionale del subappalto con il diritto dell'Unione Europea.

I giudici milanesi, rispetto al caso di specie, pur riconoscendo che la giurisprudenza avesse ammesso la legittimità di limiti quantitativi più restrittivi rispetto a quelli previsti dal diritto europeo, osservarono come la previsione di un limite generale ed astratto del 30% per il subappalto, seppur riferibile all'intero importo contrattuale, rendesse complesso l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, così ostruendo l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi.

La questione pregiudiziale presa in esame dalla Corte di Giustizia ha dunque permesso a quest'ultima di soffermarsi, da un lato, sui principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza alla luce del preminente principio di libera concorrenza e, dall'altro lato, sulla possibilità *ex art. 71 della Direttiva 2014/24/UE*, per le amministrazioni aggiudicatrici di verificare o essere obbligate a verificare la sussistenza di motivi di esclusione dei subappaltatori, a norma dell'art. 57 della suddetta Direttiva, relativi alla partecipazione ad un'organizzazione criminale, alla corruzione, ovvero alla frode.

La tesi assunta dal Governo italiano, secondo cui i limiti quantitativi del ricorso al subappalto sarebbero stati giustificati alla luce delle particolari circostanze presenti in Italia, non convinse tuttavia la Corte del Lussemburgo, la quale, sottolineando il rischio che una previsione così limitativa rischiasse di arrecare un grave pregiudizio alla concorrenza, con la sentenza del 26 settembre 2019, osservò che *«la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi*

oggetto di affidamento, tali da rendere detti limiti o divieti proporzionati in relazione al principio di massima partecipazione e al sacrificio della libertà imprenditoriale degli operatori economici che sa essi conseguue» (Parere di Precontenzioso n. 609 del 27 giugno 2018, in <https://www.anticorruzione.it>).

nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi»²⁶.

La conclusione a cui è giunta la Corte, pertanto, non autorizzava una totale liberalizzazione dell'istituto, ma disponeva che un limite quantitativo generico ed astratto rispetto alle opere subappaltabili si ponesse in aperto contrasto con i principi di proporzionalità e libera concorrenza (Direttiva 2014/24/UE)²⁷.

Secondo i giudici europei, quindi, il legislatore italiano, al fine di garantire la tutela dell'ordine pubblico, avrebbe dovuto adottare misure meno restrittive della concorrenza, come ad esempio la possibilità per la stazione appaltante di chiedere all'offerente di informarla sulle intenzioni in materia di subappalto ovvero, di verificare la sussistenza di motivi di esclusione in capo ai subappaltatori relativi in particolare alla partecipazione a organizzazioni criminali, alla corruzione o alla frode²⁸.

Tuttavia, sebbene la decisione assunta dalla Corte spinse i giudici nazionali ad interpretare la disciplina dei limiti di ricorso al subappalto in conformità alla normativa europea²⁹, qualche perplessità circa la comune

²⁶ Il ricorso al subappalto contribuisce al perseguimento dell'obiettivo di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, fissato nel Considerando 78, Dir. 2014/24/UE, in materia di appalti pubblici. La Corte di Giustizia con la sentenza *Vitali* ha affermato che, nonostante il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisca un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali ed ai principi generali del TFUE in materia di appalti pubblici, una normativa nazionale non debba prevedere divieti generali ed astratti. Anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa teoricamente essere considerata idonea a contrastare il fenomeno delle infiltrazioni criminali negli appalti, quella prevista nella disposizione nazionale viola comunque i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità. Per un commento dettagliato alla sentenza della CGUE del 26 settembre 2019, n. 63, (causa C-63/18), si veda F. D'Alessandri, *Il subappalto alla luce della legge n. 55/2019 e il difficile rapporto con il diritto europeo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2020, 1; si veda altresì A. Giacalone e A. Peloso, *I limiti al subappalto. ovvero ciò che ne rimane*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, fasc. 2, pag. 206 – 213; si veda anche A. Giusti, *Il subappalto nei contratti pubblici fra certezze europee e incertezze nazionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, fasc. 1, pag. 157 – 165; si veda infine A. Castelli, *L'istituto del subappalto nel sistema normativo italiano: tra dubbi interpretativi e problemi di conformità*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, fasc. 5.

²⁷ Per un commento specifico degli interventi di revisione dell'art. 105 ad opera della riforma, cfr. M. Dugato, *Il subappalto*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2019, 6, ove si evidenzia il fallimento, confermato dalla sentenza della Corte di Giustizia UE del 26 settembre 2019 (causa C-63/18), che ha dichiarato incompatibile col diritto dell'Unione la scelta di porre un limite automatico alla quota subappaltabile, della riforma *Sblocca Cantieri* volto a superare la perdurante asimmetria tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea nella disciplina del subappalto. Sul punto, si vedano altresì le osservazioni di G. A. Giuffrè, *L'ennesimo no della CGUE sull'ammissibilità dei limiti al subappalto*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 1446 ss.

²⁸ Per una nota in commento alla sentenza *Vitali* (causa C-63/18), si veda I. Picardi, *Dalla Corte di Giustizia stop a restrizioni che limitano "in modo generale e astratto" il ricorso al subappalto*, in *Appalti e Contratti*, 2019.

²⁹ Il riferimento è alla pronuncia del T.A.R. Puglia, Lecce, 6 novembre 2019, n. 1938 (reperibile all'indirizzo <https://www.giustizia-amministrativa.it>) con cui è stato precisato che «ritiene il Collegio, in applicazione dei principi dettati dalla Corte di Giustizia UE, che non possa più ritenersi applicabile "a priori" il limite del 30% al subappalto, ma che debba

prassi interpretativa fu sollevata e posta al centro dell'attenzione in un intervento dell'ANAC.

In altri termini, con la segnalazione n. 8 del 13 novembre 2019, l'Autorità, raccomandando l'adozione di un intervento legislativo organico nella materia del subappalto “*mediante una opportuna ‘compensazione’ tra i diritti di libertà riconosciuti a livello europeo e le esigenze nazionali di sostenibilità sociale [...]*”, prestò particolare attenzione all'applicabilità del limite percentuale per il ricorso all'istituto con riguardo alle categorie superspecialistiche³⁰.

In quella sede, ANAC osservò come non fosse chiaro se il principio di diritto emerso dalla sentenza della Corte europea (*Vitali*) fosse applicabile anche al comma 5 dell'art. 105 del Codice, «*che anche per i casi di cui all'art. 89, comma 11 – riguardanti le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica (categorie c.d. “superspecialistiche”) – prevede che l'eventuale subappalto non possa superare il 30% dell'importo delle opere e non [possa] essere, senza ragioni obiettive, suddiviso*».

Sul punto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in effetti, non fu chiara nemmeno con la successiva pronuncia del 27 novembre 2019 «*Tedeschi*» (C-402/2018), nella quale oltre ad essere confermata l'incompatibilità del limite del 30%, dichiarò contraria alla normativa eurounitaria la limitazione posta dal medesimo articolo alla possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione³¹.

Contemporaneamente però la Commissione europea, in data 27 novembre 2019, indirizzò all'Esecutivo una lettera di costituzione in mora complementare rilevando non solo problemi di conformità sollevati in precedenza e non ancora risolti, bensì anche ulteriori disposizioni legislative non conformi alle citate Direttive³², tra cui quella relativa al divieto di subappaltare una quota superiore al 30% (poi innalzata al 40%).

comunque essere valutato in concreto se il ricorso al subappalto abbia effettivamente violato i principi di trasparenza, di concorrenza e di proporzionalità».

³⁰ La segnalazione ANAC n. 8 del 13 settembre 2019 è reperibile al seguente indirizzo: <https://www.anticorruzione.it>.

³¹ A poche settimane dalla pronuncia *Vitali*, la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla dichiarazione di non conformità con le Direttive europee della disposizione che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate oltre il 20% rispetto a quelli risultanti dall'aggiudicazione (*ex art. 105, comma 14, d.lgs. n. 50 del 2016*). Per un commento alla sentenza «*Tedeschi*» (27 novembre 2019, causa C-402/18) si veda I. Picardi, *Nuovo vaglio della Corte di Giustizia sul subappalto: fuori gioco anche la disposizione che limita la possibilità di ribassare i prezzi*, in *Appalti e Contratti*, 2019; si veda anche A. Giusti, *Il subappalto nei contratti pubblici fra certezze europee e incertezze nazionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, fasc. 1, pag. 157 – 165.

³² Tra le disposizioni non conformi alle citate direttive si delineavano, altresì, quelle inerenti: a) il divieto generale per i subappaltatori (*ex art. 105, comma 19, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*) di fare ricorso a loro volta ad altri subappaltatori (cd. subappalto a cascata); b) il divieto di sub-avvalimento (per il quale il soggetto delle cui capacità l'operatore intende avvalersi non può affidarsi a sua volta alle capacità di un altro soggetto); c) il divieto per diversi offerenti in una procedura di gara di avvalersi dello stesso soggetto; d) il divieto per il soggetto di cui un offerente intende avvalersi di

L'intervento di questa seconda lettera di costituzione in mora, pertanto, era sicuramente prevedibile, dal momento che, nell'aprile 2019, il *Decreto Sblocca Cantieri*³³ (D.L. 18 aprile 2019, n. 32)³⁴ modificò soltanto provvisoriamente il limite generale del subappalto portandolo dal 30% al 50% dell'importo contrattuale. Tale emendamento, infatti, non fu confermato dal legislatore in sede di conversione, il quale se, da un lato, si limitò ad elevare il limite di subappaltabilità delle opere al 40%, parametrandolo all'intero importo contrattuale, dall'altro lato, mantenne ferma la previsione per le opere di cui all'art. 89, comma 11 del D.Lgs. 50/2016 (c.d. opere superspecialistiche), la cui subappaltabilità non avrebbe potuto «*superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non [avrebbe potuto] essere, senza ragioni obiettive, suddiviso*».

4. La giurisprudenza amministrativa dopo le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Alla luce delle censure mosse dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, i giudici nazionali hanno interpretato il principio di diritto emerso in ordine ai limiti quantitativi del ricorso al subappalto tessendo indirizzi interpretativi relativamente univoci.

In particolare, tra le pronunce più rilevanti si colloca la sentenza del T.A.R. Lazio (Roma) del 24 aprile 2020, n. 4183³⁵, con la quale è stata fornita una lettura piuttosto interessante sulla compatibilità della quota subappaltabile prevista dalla normativa italiana rispetto al diritto europeo.

Con tale pronuncia i giudici amministrativi, infatti, si sono soffermati sulla violazione della quota di subappalto ammessa, considerato che, nel caso di specie, la concorrente esclusa aveva affidato mediante contratti di lavoro autonomo una quota delle attività contrattuali eccedenti, non solo l'originario limite del 30% imposto dal Codice degli Appalti, bensì anche la soglia del 40%, introdotta dall'art. 1, comma 18, della Legge 14 giugno 2019, n. 55³⁶.

presentare un'offerta nella stessa procedura di gara; e) il divieto per l'offerente in una procedura di gara di essere subappaltatore di un altro offerente nella stessa procedura di gara.

³³ Per un commento alla disciplina del subappalto modificata dal *Decreto Sblocca Cantieri* si veda E. Follieri, *Le modifiche al subappalto nei contratti pubblici apportate dal d.l. n. 32/2019, convertito in l. n. 55/2019* - (Relazione al Convegno "Il Codice dei Contratti Pubblici e lo Sblocca Cantieri: criticità e prospettive", Avellino, 18 ottobre 2019), in *GiustAmm.it*, 2019, fasc. 10.

³⁴ Si veda il Decreto Legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55.

³⁵ Cfr. T.A.R. Lazio (Roma) del 24 aprile 2020, n. 4183, reperibile all'indirizzo: <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

³⁶ Per un commento alla sentenza in oggetto si veda A. di Cagno, *Il limite alla quota del subappalto tra ordinamento nazionale ed europeo*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 6, 856. Per completezza si veda altresì G. Ferraro, *Subappalto e lavoro autonomo: la difficile individuazione dei reali confini applicativi*, in *Appalti e Contratti*, 2020, 5, 31 ss.

In altri termini, il T.A.R., considerando il limite al subappalto imposto dal legislatore nazionale come proporzionato rispetto all'obiettivo di contrastare il fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata, ha rigettato il ricorso della concorrente esclusa, poiché essendo stata violata la quota limite di subappalto consentita, il provvedimento di esclusione doveva considerarsi legittimo.

L'indirizzo interpretativo sposato dai giudici capitolini, quindi, si è fondato sul fatto che il Giudice europeo con le pronunce «*Vitali*» e «*Tedeschi*» non ha inteso vietare, sempre e comunque, l'applicazione di una soglia percentuale di contratto subappaltabile ma, più precisamente, ha considerato incompatibile con il diritto europeo la quota di subappalto predeterminata e astratta che ostruisca in modo sproporzionato l'accesso delle piccole e medie imprese al settore degli appalti pubblici³⁷.

Diversamente, con riferimento alle categorie superspecialistiche, si segnala la sentenza del T.A.R. Toscana, 9 luglio 2020, n. 898³⁸, relativa all'impugnazione, da parte dell'impresa ricorrente, dell'esclusione da una procedura di gara indetta dall'Agenzia del Demanio per l'affidamento dei lavori di riqualificazione di una ex caserma, sul presupposto che la concorrente avesse subappaltato integralmente le lavorazioni "superspecialistiche" della categoria OS30, inferiori al 10% dell'importo complessivo del contratto³⁹.

Sicché, mentre la stazione appaltante sosteneva che il subappalto delle opere di cui all'art. 89, comma 11 del Codice degli Appalti, non avrebbe mai dovuto superare il 30% del valore di ciascuna di esse, ai sensi dell'art. 105, comma 5 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la ricorrente riteneva che tale limite potesse operare solo nell'ipotesi in cui il valore delle predette opere fosse stato superiore al 10% dell'importo totale del contratto da affidare.

³⁷ Tra le pronunce che si sono uniformate al dettame della CGUE si rende, altresì, opportuno citare sia la sentenza del T.A.R. Puglia, (Lecce) del 5.12.2019, n. 1938, nella quale venne affermato che «*in applicazione dei principi dettati dalla CGUE, [non potesse] più ritenersi applicabile "a priori" il limite del 30% al subappalto*», sia il Consiglio di Stato che con la sentenza del 16.01.2020 n. 389, venne osservato come non fosse più «*pertinente al riguardo neppure il richiamo all'istituto del subappalto previsto dall'art. 105 del codice dei contratti pubblici ed ai limiti ad esso relativi (...) che peraltro deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 settembre 2019 (C-63/18) e 27 novembre 2019 (C-402/18)*». Per un commento in ordine alla giurisprudenza formatasi successivamente alle pronunce della CGUE, si veda P. Capriotti, *Subappalto libero e nuovi approcci organizzativi per le imprese degli appalti pubblici*, in *Appalti e Contratti*, 2020, fasc. 3, pag. 37 – 40; si veda altresì I. Picardi, *Il subappalto dopo la c.d. sentenza vitali della corte di giustizia (causa c-63/18)*, in *Appalti e Contratti*, 2020, fasc. 1-2, pag. 15 – 16.

³⁸ Cfr. T.A.R. Toscana, 9 luglio 2020, n. 898, reperibile al seguente indirizzo: <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

³⁹ Secondo la ricorrente, inoltre, il provvedimento di esclusione sarebbe stato illegittimo anche perché fondato su una disposizione – ovvero l'art. 105, comma 5 del Codice – non più applicabile per effetto delle sentenze europee «*Vitali*» e «*Tedeschi*». Per un commento alla sentenza si veda I. Picardi, *Limiti quantitativi al subappalto e opere «superspecialistiche»: nuovo giro di giostra per l'art. 105, d.lgs. N. 50 del 2016*, in *Appalti e Contratti*, 2020, fasc. 11, pag. 20 – 24.

Il T.A.R. Toscana, pur assumendo un atteggiamento prudentiale, si spinse a dichiarare che la limitazione quantitativa al subappalto riferita alle c.d. opere superspecialistiche di cui all'art. 105, comma 5, del Codice, non contrastasse con il diritto europeo⁴⁰.

In altri termini, il Collegio fiorentino ha ritenuto che, mentre un limite generale all'utilizzo del subappalto si pone in contrasto alle Direttive comunitarie e al principio di proporzionalità, rispetto a determinate tipologie di appalto – come quelle di cui all'art. 89, comma 11 del Codice – un limite percentuale al subaffidamento può ritenersi invece giustificato alla luce delle particolarità delle prestazioni dedotte in obbligazione⁴¹.

L'importanza delle pronunce poc'anzi descritte, del resto, deriva dal fatto di essere state entrambe richiamate dall'ANAC nella Delibera 4 agosto 2020, n. 704⁴², adottata all'esito di una istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211, comma 1, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, relativa ad un affidamento di lavori per la realizzazione di una scuola, nonché rispetto alla percentuale delle opere subappaltabili.

In sostanza, l'Autorità ha osservato che alla luce dell'incerto quadro normativo sul subappalto, determinato dalle sentenze della Corte di Giustizia, una disapplicazione *sic et simpliciter* del limite del 30% previsto dal Codice degli Appalti per le categorie superspecialistiche non fosse giustificabile, poiché la *ratio* di tale previsione, che prevedeva una specifica disciplina laddove fossero «*necessari lavori o componenti di notevole contenuto*

⁴⁰ Tra le incertezze giurisprudenziali, successive alla pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, si inserisce altresì la sentenza del T.A.R. Toscana, 11 giugno 2020, n. 706, relativa ad una controversia che riguardava l'esclusione di un'impresa da una gara di lavori indetta dall'Amministrazione regionale, per non avere la stessa specificato in modo inequivoco la volontà di ricorrere al subappalto integrale – nel limite massimo complessivo del 30% dell'importo contrattuale, come espressamente previsto dalla *lex specialis* di gara – per prestazioni inerenti talune categorie di lavori. In quell'occasione i giudici fiorentini diedero seguito alla pronuncia della Corte di Giustizia considerando illegittimo il bando di gara che aveva dato applicazione dell'art. 105 del Codice, nella parte in cui limita in modo rigido ed indiscriminato al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato ad affidare a terzi. Per una nota in commento si veda I. Picardi, *I limiti al subappalto e la coerenza del T.a.r. per la Toscana*, in *Appalti e Contratti*, 2020.

⁴¹ A *fortiori*, il TAR Toscana addusse a fondamento delle proprie conclusioni l'art. 63 paragrafo 2, della Direttiva 2014/24/UE, il quale stabilisce che (anche) nel caso di appalti di lavori le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che alcuni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente.

I giudici del TAR, tuttavia, hanno escluso l'applicabilità di quest'ultima interpretazione osservando che:

a) corrisponde all'interesse della stazione appaltante a che le opere oggetto del contratto siano realizzate, prevalentemente, da un soggetto in possesso della relativa qualificazione e, pertanto, la percentuale di quota subappaltabile non può dipendere dal peso che le opere superspecialistiche assumono nell'economia complessiva del contratto da affidare;

b) la disposizione deve interpretarsi conformemente alla propria *ratio*, ovvero quella di limitare la percentuale di subappaltabilità rispetto a quelle opere a contenuto particolarmente specialistico.

⁴² La Delibera resa dall'ANAC il 4 agosto 2020, n. 704, è reperibile all'indirizzo: <https://www.anticorruzione.it>.

tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali», era tesa ad assicurare che l'esecuzione di tali opere fosse effettuata da un appaltatore qualificato.

L'orientamento assunto dai giudici amministrativi successivamente alle pronunce della Corte di Giustizia, pertanto, se, da un lato, sposava la contrarietà della disciplina nazionale del subappalto rispetto ai principi di proporzionalità e di libera concorrenza, dall'altro lato, giustificava una restrizione quantitativa predeterminata *ex lege* in base a quelle tipologie di lavori afferenti alle categorie superspecialistiche, attesa la necessità di garantire che le opere ad elevato contenuto tecnologico fossero eseguite da appaltatori specificatamente qualificati.

5. Le novità introdotte dal *Decreto Semplificazioni Bis* rispetto ai limiti quantitativi del subappalto

Il *Decreto Semplificazioni Bis* introdotto con il Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77⁴³, convertito in Legge 29 luglio 2021, n. 108, è tornato ad affrontare il tema dei limiti quantitativi al subappalto introducendo una disciplina conforme ai principi europei e all'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, il quale recentemente ha affermato che la norma del Codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata, «in quanto incompatibile con l'ordinamento europolitano, come affermato dalla Corte di Giustizia (Corte di Giustizia U.E., Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18; Id., 27 novembre 2019, C-402/18; in termini Cons. St., V, 16 gennaio 2020, n. 389)» che ha puntualmente rilevato come «i limiti ad esso relativi (30% per cento “dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture”, secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata applicabile *ratione temporis*, [...]) devono ritenersi superati per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea»⁴⁴.

Le novità introdotte in tema di subappalto, quindi, si ascrivono a quella serie di emendamenti diretti ad un rafforzamento delle strutture amministrative, ovvero all'accelerazione e allo snellimento delle procedure che dovrebbero contribuire ad una corretta *governance* del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)⁴⁵, come noto, volto a rilanciare l'economia dopo la pandemia di COVID-19.

⁴³ Per un commento alla nuova disciplina del subappalto si veda G. F. Maiellaro e I. Picardi, *Il limite di legge al subappalto dei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti* 2/2021.

⁴⁴ Cit. Consiglio di Stato, Sez. V, 31 maggio 2021, n. 4150 (v. Consiglio di Stato, Sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101) reperibili al seguente indirizzo: <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁴⁵ Per un approfondimento sugli effetti della conversione del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 rispetto agli obiettivi perseguiti dal PNRR si veda A. Massari, *La conversione del dl 77/2021 e il futuro affidamento dei contratti PNRR-PNC*, in *Appalti e Contratti*, 2021, fasc. 9, pag. 2 – 6; S. Biancardi, *L'intervento sostitutivo nel “Decreto Semplificazioni II”, per l'esecuzione dei contratti pubblici legati ai finanziamenti PNRR E PNC*, in *Appalti e Contratti*, 2021, fasc. 10, pag. 70 – 78.

In particolare, l'art. 49 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, ha modificato organicamente la disciplina dell'istituto del subappalto delineando sia previsioni normative di carattere transitorio, sia di tipo definitivo.

Per quanto concerne la disciplina temporanea, il *Decreto Semplificazioni Bis* ha stabilito che, dal 1° giugno 2021 fino al 31 ottobre 2021, in deroga all'art. 105, commi 2 e 5, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il subappalto non (può) superare la quota del 50% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

Detta prescrizione, di conseguenza, non poteva che condurre alla soppressione del limite del 40% che avrebbe dovuto essere indicato dalle stazioni appaltanti nei bandi gara, ai sensi dell'art. 1, comma 18, decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. "*Decreto Sblocca Cantieri*").

Diversamente, la previsione normativa, per così dire, "definitiva" con la quale il Legislatore ha inciso direttamente sul limite quantitativo massimo entro cui possa ritenersi ammissibile il ricorso a tale istituto, ha disposto, a partire dal 1° novembre 2021, l'eliminazione definitiva della percentuale massima di opere subappaltabili.

Il ricorso al subappalto, oggi, è quindi sottoposto ad un duplice ordine di limiti⁴⁶:

a) una tipologia di limite interno, delineato ai sensi dell'art. 105, comma 1 del D.Lgs. 50/2016, per il quale non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto d'appalto, pena la nullità del relativo contratto⁴⁷;

b) una tipologia di limite esterno, individuato ai sensi dell'art. 105, comma 2 del D.Lgs. 50/2016, per cui le stazioni appaltanti, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, potranno indicare nei documenti di gara le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto che dovranno essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario.

Mentre il limite relativo al divieto di cessione integrale del contratto era già stato previsto all'interno della formulazione originaria dell'art. 105, comma 1 del D.Lgs. 50/2016, il limite inerente alla possibilità per le stazioni appaltanti di indicare nei documenti di gara le tipologie di opere non subappaltabili, costituisce una vera e propria innovazione (che come vedremo è stata adottata anche in altri ordinamenti, come quello spagnolo).

In particolare, i limiti di carattere esterno potranno essere motivati alla luce:

⁴⁶ Per una nota in commento alla nuova disciplina del subappalto, si veda A. Massari, *Il subappalto nella nuova dimensione eurounitaria e le prime questioni applicative*, in *Appalti e Contratti*, Editoriale estratto dal numero 11/2021.

⁴⁷ Sul punto, in particolare, è intervenuto il Ministero delle Infrastrutture e delle Mobilità Sostenibili (MIMS), il quale, ha sottolineato la conservazione del divieto di cessione del contratto, nonostante l'eliminazione di un tetto massimo al subappalto (Parere MIMS n. 998/2021).

1) delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'art. 89, comma 11, del Codice (per l'esecuzione delle opere c.d. "superspecialistiche" ovvero necessitanti di lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico);

2) dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro, garantendo una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori;

3) dell'esigenza, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'art. 1, della Legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'art. 30 del D.L. 17 ottobre 2016, n. 189.

La necessità che le stazioni appaltanti prevedano dunque, preliminarmente, quale tipologia di opere non potrà essere subappaltata se, da un lato, assurge fondamentalmente ad una funzione di garanzia diretta ad assicurare che le opere oggetto di appalto siano correttamente espletate, dall'altro lato, mira a rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro, garantendo una più intensa tutela delle condizioni di salute e sicurezza dei lavoratori, cercando congiuntamente di prevenire il rischio di infiltrazioni da parte di organizzazioni criminali⁴⁸.

Accanto alla duplice tipologia di limiti sopra evidenziata, il legislatore ha altresì delineato un limite di carattere qualitativo secondo cui *“il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale”* (ex art. 105, comma 14 del D.Lgs. 50/2016).

⁴⁸ La modifica, del più volte citato, limite ha reso necessario l'intervento dell'ANAC, la quale, riunitasi lo scorso 6 ottobre, è tornata ad affrontare i limiti del ricorso al subappalto rendendo alcuni chiarimenti alla luce dell'intervento normativo reso dal *Decreto Semplificazioni Bis*. In particolare, rispetto alla disciplina transitoria, l'Autorità ha evidenziato come fino al 31 ottobre 2021, il limite massimo delle opere subappaltabili dovesse essere calcolato con riferimento al valore del contratto, senza più poter distinguere tra le categorie "superspecialistiche" – di cui all'art. 89, comma 11 del Codice - e altre categorie di lavorazioni. Ne consegue che, pur essendo stato innalzato il limite generale di subappaltabilità al 50%, risulta esclusa la possibilità di subappaltare la percentuale superiore delle lavorazioni rientranti nelle categorie superspecialistiche. A partire dal primo novembre, quindi, il tetto massimo per il ricorso al subappalto sarà individuato analiticamente caso per caso da ciascuna stazione appaltante, rientrando tra i doveri di quest'ultima determinare, con puntuale ed adeguata motivazione, le quote, le prestazioni o le lavorazioni escluse dal subappalto ai sensi del comma 2 del citato art. 105.

Detta disposizione, in particolare, si è resa necessaria al fine di garantire la tutela dei lavoratori dagli eccessivi ribassi applicati ai subappaltatori, soprattutto se considerata la soppressione della previsione che stabiliva un limite percentuale (20%) al ribasso⁴⁹.

Fermo tutto quanto sopra illustrato, al fine di condurre un'analisi globale ed informata sulla liberalizzazione del ricorso al subappalto operata dal legislatore italiano, si rende ora necessario verificare il percorso intrapreso in un altro ordinamento giuridico, ovvero sia l'ordinamento spagnolo, il quale, pur ammettendo originariamente dei limiti quantitativi rispetto alle opere subappaltabili nel settore pubblicistico, è poi giunto ad un'eliminazione definitiva dei limiti percentuali al subappalto.

In altri termini, le altalenanti e incerte riforme che, per anni, hanno connotato l'evoluzione normativa del subappalto in Spagna, forniscono un'utile chiave di lettura comparata rispetto alle novità normative introdotte dal *Decreto Semplificazioni Bis*.

6. I limiti del subappalto nell'ordinamento spagnolo

In Spagna il subappalto⁵⁰ viene, innanzitutto, qualificato come contratto derivato e dipendente da uno di medesima natura, che sorge come conseguenza di scelta da parte di uno dei due contraenti che, invece di eseguire personalmente le obbligazioni assunte nel contratto originario, rimette ad un terzo parte della realizzazione delle opere stesse⁵¹.

Per analizzare l'evoluzione dei limiti quantitativi, pertanto, occorre partire dalla Legge sugli Appalti delle Pubbliche Amministrazioni del 1995 (Ley 13/1995 de 18 mayo)⁵², con la quale il legislatore sostituì il regime della

⁴⁹ Per un commento alla nuova disciplina del subappalto, si veda A. Massari, *Il subappalto nella nuova dimensione eurounitaria e le prime questioni applicative*, in *Appalti e Contratti*, Editoriale estratto dal numero 11/2021.

⁵⁰ Per un commento alle definizioni del subappalto nell'ordinamento spagnolo si veda J.C. Morón Urbina, *La Subcontratación de Contratos Administrativos*, in *Derecho e Sociedad, Asociación Civil*, 2006, n. 26.

⁵¹ Definizione fornita dal Professor Lopez Vilas, Ramón, in *El Subcontrato*, Editorial Tecnos, Madrid 1973, p. 247.

Nella dottrina amministrativa tradizionale il carattere altamente personale (*intuitu personae*) dei contratti amministrativi deriva dall'intesa che intercorre tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'appaltatore al fine di soddisfare particolarità individuali evidenziate nei processi di selezione che rendono impossibile la sostituzione da parte di qualunque altro operatore economico. La natura personalissima dei contratti amministrativi, in particolare, è stata sostenuta nell'ambito della dottrina francese da parte del giurista Jeze secondo cui «nei contratti amministrativi propriamente intesi, la regola è che le obbligazioni devono esser soddisfatte dal contraente e non da altri. L'Amministrazione [del resto] sceglie il suo contraente in relazione alle qualità personali di quest'ultimo. La collaborazione che esso rende per il soddisfacimento di un servizio pubblico, è di carattere personale: non si tratta di una prestazione che qualunque operatore economico può rendere in sostituzione del contraente (cfr. Jeze, *Gastón*; "Principios Generales del Derecho Administrativo"; Tomo IV, Primera Parte, Editorial Depalma, 1950, p. 203).

⁵² Cfr. Artículo 116 de Ley 13/1995, de 18 de mayo "Contratos de las Administraciones Públicas":

“preventiva autorizzazione” con l’istituto della “preventiva comunicazione”⁵³ alla Pubblica Amministrazione del ricorso al subappalto da parte dell’operatore economico.

Con la citata riforma se, da un lato, il ricorso all’istituto del subappalto subì una radicale riduzione della discrezionalità e dell’arbitrarietà prima conferita alle stazioni appaltanti, dall’altro lato, condusse ad un principio di “liberalizzazione” dell’istituto nel settore degli appalti pubblici: “liberalizzazione” che, allora, era rimasta non superiore al limite del 50%, fissato nel disciplinare di gara. Nel caso in cui tale disposizione non fosse prevista all’interno del capitolato d’oneri, infatti, l’appaltatore non avrebbe comunque potuto subappaltare una percentuale di opere superiore al 50% dell’importo contrattuale.

3504

Tale formulazione, successivamente, confluì all’interno del Testo Unico della Legge sui Contratti della Pubblica Amministrazione (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio)⁵⁴, il quale, ai sensi dell’art. 131, introdusse la possibilità per le Amministrazioni, nei contratti di concessione di lavori pubblici, di imporre al concessionario di subappaltare una quota che rappresentasse, almeno, il 30% del valore complessivo dei predetti lavori (consentendo agli operatori economici di poterla aumentare, indicando la relativa quota all’interno del contratto).

Conseguentemente, l’art. 36, paragrafo 3 del Regolamento Generale del Diritto dei Contratti delle Pubbliche Amministrazioni, approvato con

«1. Salvo que el contrato disponga lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario, podrá éste concertar con terceros la realización parcial del mismo.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:
a) Que en todo caso se dé conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar, con indicación de las partes del contrato a realizar por el subcontratista.

No obstante, para los contratos de carácter secreto o reservado o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales, de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

b) Que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no excedan del porcentaje que, superior al 50 por 100 del presupuesto del contrato, se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que tal previsión no figure en el pliego, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del indicado 50 por 100».

⁵³ Sebbene l’istituto della “previa autorizzazione” da parte della Pubblica Amministrazione per il ricorso al subappalto è stato genericamente eliminato con la Ley 13/1995, de 18 mayo, oggi, l’art. 215 lett. d) de Ley 9/2017, LCSP, prevede che nei contratti a carattere segreto o riservato, ovvero quei contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza in conformità a disposizioni di leggi/regolamenti o quanto richiesto dalla tutela di interessi essenziali per la tutela dello Stato, il subappalto richiede l’espresa autorizzazione della stazione appaltante.

Diversamente, l’istituto della “preventiva comunicazione”, se originariamente con la Ley 13/1995, de 18 mayo, era previsto che l’appaltatore effettuasse tale comunicazione semplicemente “in anticipo” (differendo la decisione di subappaltare i servizi oggetto dell’appalto ad un momento successivo all’inizio della sua esecuzione), oggi, ai sensi dell’art. 215 lett. b) de Ley 9/2017, LCSP, tale comunicazione deve essere resa, dopo l’aggiudicazione dell’appalto ovvero, al più tardi, all’inizio dell’esecuzione dell’appalto.

⁵⁴ Cfr. El artículo 115 de Real Decreto Legislativo, *Ley de contratos de las Administraciones Públicas* 2/2000, de 16 de junio “*Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”.

Regio Decreto del 12 ottobre 2001, n. 1098⁵⁵, ha introdotto la possibilità di imporre il subappalto di talune opere a “imprese specializzate” a condizione che l’importo di detti lavori (soggetti a tale obbligo) non superasse il 50% dell’importo contrattuale.

Negli anni successivi, gli scetticismi sulle percentuali quantitative di subappalto alimentarono il dibattito sull’utilizzo più o meno spurio di tale strumento da parte degli appaltatori nell’ambito degli appalti pubblici, culminando nell’art. 210 della Legge sui Contratti del Settore Pubblico, LCSP (Ley de 30/2007, de 30 de octubre)⁵⁶, il quale introdusse due rilevanti novità normative:

a) da un lato, previa comunicazione alla stazione appaltante, la possibilità per l’appaltatore di subappaltare una percentuale di lavori non superiore alla quota prevista all’interno delle clausole del capitolato d’oneri, fatta salva l’impossibilità di eccedere il limite del 60% dell’importo contrattuale in caso di silenzio da parte del predetto capitolato;

b) dall’altro lato, l’opportunità per le stazioni appaltanti di imporre all’appaltatore il subappalto con terzi ad esso non collegati, di talune parti di lavoro, comunque, non complessivamente eccedenti il limite del 30% rispetto all’importo contrattuale⁵⁷.

La peculiarità dell’istituto nell’ordinamento spagnolo, dunque, si rileva nell’opportunità non solo dell’appaltatore di accedere all’istituto del subappalto entro limiti per lo più delineati, caso per caso, nel rispettivo capitolato d’oneri, bensì anche della stazione appaltante di imporre, per la realizzazione di talune opere (c.d. “superspecialistiche” o di particolare complessità tecnica), il subappalto a talaltre imprese terze e, ad esse, non collegate.

Ebbene, con la riforma del 2007, il legislatore iberico aveva già parzialmente delineato una disciplina del subappalto che consentisse il

⁵⁵ El Artículo 36, párrafo 3 de Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁵⁶ Cfr. El Artículo 210 de Ley 30/2007, de 30 de octubre, de *Contratos del Sector Público*.

⁵⁷ Cfr. Detto limite, con l’art. 227, comma 7 del Testo Unico della legge sui Contratti del Settore Pubblico, TRLCSP, (Real Decreto Legislativo 3/2011), fu innalzato dal 30 al 50%, salvo il limite per i contratti di concessione dei lavori pubblici rimasto stabile al 30% del valore complessivo delle opere.

L’articolo 249 de Ley 30/2007, de 30 de octubre, de *Contratos del Sector Público*, LCSP, in tema di concessioni (e non appalti) di lavori pubblici, dispose, in linea con l’art. 131 de Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, l’opportunità per le stazioni appaltanti di imporre al concessionario di subappaltare una quota dei lavori oggetto di concessione che rappresentasse, almeno, il 30% del valore complessivo delle opere subappaltate e non dell’importo contrattuale.

Secondo alcuni giuristi iberici, tuttavia, il diritto dell’Amministrazione di imporre il subappalto non esiste più, essendo una simile previsione esplicitamente contraria alle direttive comunitarie, nonché ai principi e agli articoli dell’attuale LCSP (Ley 9/2017 de Contratos de las Administraciones Públicas) – si veda per un approfondimento, D. Serna Bardavio, *La subcontratación de los contratos públicos como herramienta de planificación estratégica*, número 56 de la *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel, enero 2021).

rispetto di quei principi, che furono poi successivamente contestati all'Italia dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ovvero di proporzionalità e libera concorrenza.

In particolare, la previsione del ricorso al subappalto in una percentuale fissa e predeterminata, non superiore al 60%, nell'ipotesi in cui il capitolato d'oneri nulla avesse disposto circa la quantità delle opere subappaltabili, costituiva un limite quantitativo aperto e, comunque, derogabile da parte delle stazioni appaltanti, laddove ricorressero circostanze tali da giustificare una riduzione della predetta quota.

Il suddetto disposto confluisce inoltre all'interno dell'art. 227, lett. e), del Testo Unico della Legge sui Contratti del Settore Pubblico, TRLCSP, (Real Decreto Legislativo n. 3/2011)⁵⁸, il quale prevedeva che nell'ambito degli appalti pubblici la quota subappaltabile non potesse superare il 60% dell'importo contrattuale, laddove il disciplinare non prevedesse espressamente un limite. Il tenore letterale di questo precetto, tuttavia, diede adito ad un quesito sul quale la dottrina si interrogò a lungo, ovvero: il limite del 60% prescritto *ex lege* era applicabile in tutti i casi o, al contrario, solo qualora un limite non fosse stato espressamente previsto dal capitolato?

Esclusa la possibilità per l'appaltatore di subappaltare il 100% delle opere, costituendo una sostanziale cessione del contratto, pareva lecito domandarsi se, invece, un subappalto dell'80% dei lavori fosse possibile, laddove il capitolato lo prevedesse.

L'interpretazione sul punto non era unanime poiché, da un lato, c'era chi, basandosi sull'interpretazione letterale della disposizione ammetteva che le stazioni appaltanti potessero prevedere nei disciplinari di gara dei limiti al subappalto più elevati rispetto al 60%⁵⁹ e, dall'altro lato, c'era chi sposando un'interpretazione più estensiva della norma, intendeva il limite del 60% applicabile sia nell'ipotesi in cui tale limite era previsto nel capitolato d'oneri, sia nell'ipotesi in cui non fosse espressamente previsto⁶⁰.

⁵⁸ Si veda el Artículo 227 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, TRLCSP.

⁵⁹ In questo senso Germàn Fernandez Ferrares, secondo cui, sebbene il limite massimo previsto *ex lege* sia inconfutabilmente da individuarsi nel 60% dell'importo contrattuale, detto limite all'interno del capitolato d'oneri può essere ragionevolmente elevato, tenuto fermo il carattere di strumentalità dell'esecuzione parziale del contratto di appalto. Pertanto, deve ritenersi inammissibile una percentuale del subappalto che raggiunga il 100% dell'importo contrattuale o che consenta il subappalto senza limiti quantitativi (Germàn Fernandez Ferrares, *Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, en *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, 2009).

⁶⁰ Informe 1/2010, de 27 de febrero, de la *Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón*. In questa relazione il Comitato Consultivo degli Appalti pubblici di Aragona, ha osservato che il limite del 60% si applica sia nell'ipotesi in cui vi sia un'espressa previsione all'interno del capitolato, sia nell'ipotesi in cui non sia previsto alcun limite percentuale. In quella sede il suddetto Comitato non mancò di precisare che il limite del 60% non avrebbe, tuttavia, potuto operare in quanto limite minimo, ben potendo la stazione appaltante ridurre la percentuale delle opere subappaltabili in presenza di particolari circostanze giustificative. Esclusa, pertanto, la possibilità che con lo strumento del subappalto venga operata una novazione soggettiva rispetto al

Illustrate le questioni interpretative afferenti ad un limite quantitativo, assai simile a quello fino a poco tempo fa previsto all'interno dell'ordinamento italiano, si evidenziano le soluzioni assunte dall'ordinamento iberico con l'introduzione di una nuova normativa in tema di appalti pubblici, attraverso la quale si è sostanzialmente avuto un allineamento ai principi di derivazione europea perseguiti dalle Direttive 23/2014/UE e 24/2014/UE.

In particolare, la Spagna con la nuova Legge sui Contratti del Settore Pubblico, LSCP, (Ley 9/2017)⁶¹ ha eliminato il limite quantitativo predeterminato *ex lege* per il ricorso al subappalto, disciplinando tale istituto alla stregua dei principi di proporzionalità e libera concorrenza tutelati dalle suddette Direttive europee.

In altri termini, ai sensi dell'art. 215 della LSCP⁶², l'appaltatore può subappaltare l'esecuzione parziale delle opere fermo restando quanto previsto nel capitolato d'onere (ovverosia, la prestazione o parte di essa debba essere eseguita direttamente dal primo)⁶³.

La normativa iberica, tuttavia, ha introdotto a chiari termini la previsione per cui «*in nessun caso la limitazione del subappalto può comportare l'esistenza di un'effettiva restrizione della concorrenza, fermo restando quanto previsto dalla presente legge in materia di contratti di natura segreta o riservata, o di quelli la cui esecuzione deve essere accompagnata da misure di sicurezza ai sensi di legge o disposizioni regolamentari o quando richiesto dalla tutela degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato*»⁶⁴.

Il principio di libera concorrenza involge dunque l'istituto del subappalto e giustifica una sua compressione solo laddove ricorrano particolari circostanze, quali ad esempio l'esecuzione di contratti di natura segreta o comunque volti alla tutela di interessi essenziali circa la sicurezza dello Stato.

Il legislatore, pertanto, pretende che, previa comunicazione alla stazione appaltante dell'intenzione di ricorrere al subappalto, il contraente comunichi per iscritto la parte di prestazioni che intende subappaltare,

contraente originario, spetta alla stazione appaltante modulare il ricorso a tale istituto impiegando il limite del 60% quale limite quantitativo massimo sia in caso di silenzio, sia in caso di espressa previsione contrattuale.

⁶¹ Cfr. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de *Contratos del Sector Público*, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

⁶² Cfr. Álvaro Canales Gil, Justo Alberto Huerta Barajas, *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, 2018.

⁶³ Per un commento alla delimitazione del ricorso al subappalto si veda J. A. Ruiz Sainz Aja, La importancia del concepto de subcontratación en la contratación administrativa, en *El Blog de Es publico*, 2020.

⁶⁴ Artículo 215, lett. d) de Ley 9/2017, LSCP, «*nei contratti di natura segreta o riservata, ovvero in quelli la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza in conformità a disposizioni di legge o regolamentari o quando lo esiga la tutela degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato, il subappalto richiederà sempre espressa autorizzazione della stazione appaltante*».

nonché l'identità e l'esperienza del subappaltatore, dimostrando l'insussistenza del divieto di contrarre ai sensi dell'articolo 71⁶⁵.

In particolare, laddove il subappalto sia previsto all'interno del capitolato d'onori, «*gli offerenti [devono] indicare nell'offerta la parte dell'appalto che intendono subappaltare, indicandone l'importo, e la denominazione o il profilo aziendale, definiti con riferimento alle condizioni di solvibilità professionale o tecnica, dei subappaltatori ai quali sarà affidata la sua realizzazione*».

Ferma restando la possibilità per le stazioni appaltanti di stabilire all'interno del capitolato d'onori l'esecuzione diretta di talune attività da parte dell'appaltatore principale, la violazione delle condizioni di subappalto conduce, quindi:

- a) all'imposizione nei confronti dell'appaltatore di una penale fino al 50% dell'importo del subappalto;
- b) alla risoluzione del contratto, laddove sia stata violata l'obbligazione principale.

L'ordinamento spagnolo, pertanto, ha liberalizzato il ricorso al subappalto⁶⁶ disponendo in capo alla stazione appaltante la (sola) possibilità di imporre l'esecuzione diretta da parte dell'appaltatore di determinate prestazioni.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, quindi, si rileva che il percorso intrapreso dall'ordinamento italiano non sia stato poi così differente rispetto a quello spagnolo⁶⁷, con il quale parrebbe aver condiviso una serie di elementi comuni che ci si appresta a sintetizzare per verificare se la liberalizzazione del ricorso al subappalto costituisca effettivamente un corretto adeguamento alla normativa europea.

7. Conclusioni

L'articolata disamina sin qui compiuta consente di analizzare le novità introdotte in Italia con il recente *Decreto Semplificazioni Bis*, in un'ottica comparata rispetto all'ordinamento giuridico spagnolo, considerando l'evoluzione normativa condotta alla stregua dei principi tutelati dalle Direttive dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici.

⁶⁵ A titolo esemplificativo, ai sensi dell'art. 71 de Ley 9/2017, LSCP, non possono contrarre coloro i quali siano stati condannati con sentenza passata in giudicato per reati di terrorismo, costituzione o integrazione di organizzazione o associazione criminale, ovvero coloro che non siano in regola con gli obblighi fiscali o previdenziali imposti dalle vigenti disposizioni.

⁶⁶ Per un commento alla disciplina introdotta dalla Ley 9/2017, si veda B. Lozano Cutanda y I. Fernandez Puyol, *Novedades en materia de subcontratación en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, en *Análisis*, 2018 (www.ga-p.com).

⁶⁷ Per un commento all'evoluzione normativa del subappalto nell'ordinamento spagnolo si veda C. Padrós Reig, *El inexorable avance de la subcontratación administrativa*, en el numero 54 de la *Revista General de Derecho Administrativo*, 2020, Iustel.

Il quesito a cui si cercherà di rispondere in quest'ultimo paragrafo, quindi, si sostanzia nel comprendere in quali termini gli interventi normativi operati dal nostro legislatore possano aver condotto ad una vera e propria "liberalizzazione" del subappalto, favorendo l'effettivo accesso al settore delle piccole e medie imprese.

Premesso che, entrambi gli ordinamenti sono stati caratterizzati da un'evoluzione normativa composta da interpretazioni altalenanti e incerte circa i limiti quantitativi delle opere subappaltabili, pare utile mettere a confronto le tappe che hanno similmente connotato i due ordinamenti e che, come vedremo, hanno indotto entrambi ad un (almeno apparante) allineamento con l'ordinamento europeo.

In particolare, la Spagna sino al 2017 presentava limiti quantitativi astratti e predeterminati *ex lege*, rendendo il subappalto un negozio oscillante tra ciò che avrebbe dovuto essere un diritto e ciò che, invece, finiva per costituire un vero e proprio dovere. In altri termini se, da un lato, era previsto un limite fisso e non superiore al 60%, nel caso di silenzio da parte del capitolato d'onori, dall'altro lato, rimaneva ferma l'opportunità per le stazioni appaltanti di imporre agli appaltatori di subappaltare a terzi, non collegati, almeno, il 30% dell'importo contrattuale.

Analogamente, l'ordinamento italiano sino al 2019, prevedeva un limite quantitativo generale e predeterminato *ex lege*, individuando nel 30% il limite massimo di opere subappaltabili rispetto all'intero importo contrattuale. Vani, quindi, i tentativi di innalzare il suddetto limite prima al 40% e poi al 50%, attesa comunque l'incapacità di garantire quell'auspicato adeguamento ai principi di proporzionalità e di libera concorrenza, censurati all'Italia da parte dell'Unione Europea.

Accanto al carattere predeterminato dei limiti al subappalto che connotava i due ordinamenti giuridici, si segnala un ulteriore elemento comune, ovvero la medesima previsione concernente la "previa comunicazione" alla stazione appaltante dei lavori o delle parti di opere (ovvero dei servizi e delle forniture o parti di servizi e forniture) che l'appaltatore intenda subappaltare; detta comunicazione, infatti, se ai sensi dell'art. 105 del Codice italiano deve essere segnalata nell'atto di offerta, in Spagna deve essere resa dopo l'aggiudicazione dell'appalto ovvero, al più tardi, all'inizio dell'esecuzione dei lavori.

L'elemento di notevole diversità, invece, che ha connotato i limiti quantitativi previsti in Spagna rispetto a quelli disposti in Italia, risiedeva proprio nella struttura dell'istituto nell'ordinamento iberico, che se, da un lato, li rendeva apparentemente inamovibili, di fatto, erano poi derogabili, caso per caso, attraverso un'interpretazione estensiva degli stessi⁶⁸ ovvero,

⁶⁸ Sul punto, si richiama il dibattito insorto sull'interpretazione del limite quantitativo pari al 60%, ovvero il parere di Germà Fernandez Ferrares, da un lato, e la relazione della *Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón* n. 1/2010, dall'altro. Per un approfondimento si vedano rispettivamente Germà Fernandez Ferrares, *Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, en *Estudios*

mediante l'esercizio di quell'opportunità da parte delle stazioni appaltanti di imporre il ricorso all'istituto entro predeterminati limiti quantitativi minimi.

Detto carattere di defettibilità, del resto, è sempre rimasto estraneo al subappalto italiano, il quale, nonostante svariati tentativi di modifica, sino al 31 ottobre 2021 è rimasto soggetto ad un limite predeterminato e ben poco discrezionale.

A partire dal 1° novembre 2021, tuttavia, l'Italia ha soppresso il citato limite generale e astratto disponendo ai sensi dell'art. 105 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, una serie di prescrizioni volte a contemperare una corretta operatività dell'istituto.

In altri termini, eliminato un limite predeterminato *ex lege*, sono stati previsti comunemente all'ordinamento spagnolo, un duplice ordine di limiti ossia il divieto di una cessione integrale dell'esecuzione delle opere oggetto del contratto, nonché l'opportunità per le stazioni appaltanti di indicare nei documenti di gara le prestazioni o le lavorazioni che dovranno essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario.

Sicché un quesito sorge spontaneo: i sopracitati limiti saranno effettivamente in grado di contemperare la massima discrezionalità che il legislatore ha voluto riservare alle stazioni appaltanti, attribuendo loro il compito di determinare, caso per caso, la quota percentuale delle opere subappaltabili?

Rispondere ad un simile interrogativo non risulta per nulla immediato, soprattutto se considerata una circostanza che all'interno del nostro ordinamento giuridico si palesa sovente nell'ambito degli appalti pubblici, ossia il rischio di infiltrazioni da parte della criminalità organizzata.

Al contrario, quel che è certo, è che la concezione tutta italiana dell'istituto e dei limiti al suo ricorso deriva da una visione "sospettosa"⁶⁹ che individua il subappalto come un espediente di possibile elusione dei principi di aggiudicazione mediante gara. Una visione nettamente distinta da quella assunta dal legislatore europeo, sicuramente più "ottimistica", interpretando il subappalto quale strumento di realizzazione del principio di libera concorrenza, favorendo le piccole e medie imprese che vogliano operare nel settore degli appalti pubblici⁷⁰.

Se questa è, senza dubbio, la *ratio* sottesa alla modifica del *Decreto Semplificazioni Bis*, l'eliminazione *tout court* di ogni limite quantitativo per il ricorso al subappalto non sembra allo stato attuale sufficientemente compensata da ulteriori strumenti operativi che permettano di prevenire efficacemente le infiltrazioni delle organizzazioni criminali.

sobre la Ley de contratos del sector público, 2009 e Informe 1/2010, de 27 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

⁶⁹ Cfr. F. D'Alessandri, *Il subappalto alla luce della legge n. 55/2019 e il difficile rapporto con il diritto europeo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2020, 1.

⁷⁰ Cfr. in questo senso F. D'Alessandri, *Il subappalto alla luce della legge n. 55/2019 e il difficile rapporto con il diritto europeo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2020, 1.

Pertanto, se l'eliminazione dei limiti fissi e predeterminati appare sicuramente una soluzione idonea (e, forse, necessaria) per assicurare gli obiettivi prescritti dall'ordinamento giuridico europeo in termini di concorrenza e di libero mercato, pare utile interrogarsi se una soluzione come quella adottata dall'ordinamento spagnolo, la quale prevedeva una soglia del 60% dell'importo contrattuale, lasciando tuttavia a ciascuna stazione appaltante la possibilità di derogare a tale limite (al ribasso o al rialzo) in considerazione delle esigenze del caso di specie, possa costituire un'ipotesi alternativa, capace al contempo di salvaguardare la concorrenza e di prevenire un uso improprio dell'istituto del subappalto.

Una determinazione in tal senso, infatti, da un lato, avrebbe il merito di fissare un limite orientativo elevato (60%), applicabile in tutte le ipotesi in cui il disciplinare non disponga altrimenti; dall'altro lato, manterrebbe in capo alle amministrazioni la titolarità del potere discrezionale di individuare motivatamente limiti percentuali più alti o più bassi nei documenti di gara, in considerazione ad esempio dell'oggetto dell'appalto, delle tipologie di prestazioni e, in ultima analisi, dell'esposizione dell'appalto al rischio di infiltrazioni criminali.

Analogamente, non si vede perché una simile previsione, se non estendibile all'intera categoria delle opere subappaltabili, non sia stata presa in considerazione per l'esecuzione invece delle opere superspecialistiche, nei cui confronti è stato eliminato il limite massimo del 30%⁷¹.

D'altra parte demandare in toto alle stazioni appaltanti il potere di determinare, caso per caso, i limiti percentuali di ricorso al subappalto costituisce un onere (forse persino) eccessivo, che espone le amministrazioni stesse ad un più ampio ed elevato rischio di contenzioso.

La nuova disciplina dei limiti al subappalto, in definitiva, avrà un impatto "sensibile e particolarmente rilevante"⁷², che rende indispensabile l'emanazione da parte dell'ANAC e del MIMS di linee guida ovvero strumenti operativi a supporto delle stazioni appaltanti, che rimangono gli attori principali in ordine alla corretta applicazione della nuova disciplina del subappalto, sia con riferimento alla individuazione dei limiti, sia nella verifica del rispetto dei nuovi obblighi in capo al subappaltatore⁷³.

Pertanto, alla luce delle criticità emerse a seguito di questa analisi comparata, pare auspicabile che le autorità competenti intervengano circoscrivendo il potere, forse eccessivamente discrezionale, conferito alle stazioni appaltanti, le quali dovranno valutare, puntualmente, il rischio di

⁷¹ La necessità che le opere ad elevato contenuto tecnologico siano eseguite da appaltatori specificatamente qualificati, tuttavia, parrebbe esser stata garantita con la possibilità per le stazioni appaltanti di indicare, tra le prestazioni essenziali che l'operatore economico dovrà eseguire direttamente, le opere superspecialistiche di cui all'art. 89, comma 11 del D.Lgs. 50/2016.

⁷² Sul punto, si veda per un approfondimento i *Chiarimenti di ANAC in materia di subappalto. Cambia la quota complessiva raggiungibile*, in <https://www.anticorruzione.it>.

⁷³ Cit. A. Massari, *Il subappalto nella nuova dimensione eurounitaria e le prime questioni applicative*, in *Appalti e Contratti*, Editoriale estratto dal numero 11/2021.

infiltrazioni della criminalità organizzata tenendo presente l'esigenza di garantire l'effettivo accesso alle piccole e medie imprese nell'ambito degli appalti pubblici.

Giulia Gualco
Università degli Studi di Genova