

Grandi appalti e subappalto. Illegittima l'esclusione da una gara per il superamento della percentuale del 30% dell'importo complessivo del contratto

di Giacomo Mannocci

Title: Public procurement and sub-contracting. Illegal exclusion from a candidate for exceeding the percentage of 30% of the total amount of the contract

Keywords: Public Procurement; Professional misconduct; Definitive jurisdictional provision.

1. – Con la sentenza n. 63/18 del 26/09/2019, la Corte di Giustizia è intervenuta su di un tema molto delicato e particolarmente sentito dal legislatore italiano: la legittimità o meno della normativa nazionale, in materia di subappalto, più restrittiva di quanto disposto dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e dalla Direttiva 2014/24/UE.

In particolare, il quesito del rinvio pregiudiziale del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia verte sull'interpretazione dei principi della libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi (art. 49 e 56 TFUE), dell'articolo 71 della Direttiva 2014/24/UE relativa al subappalto, nonché sul principio di proporzionalità, al fine di comprendere la sussistenza di un possibile contrasto con la normativa nazionale, prevista dall'art. 105 del D.lgs. n. 50 del 2016, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

Analizzando il dato normativo dell'Unione, emerge la necessità di un bilanciamento dei diversi principi vigenti in materia, interpretati in base alla specificità della materia degli appalti pubblici, soprattutto di quelli con valore superiore a una certa soglia, per cui è opportuno che gli Stati membri elaborino disposizioni opportune per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti tali da garantire l'effettività dei principi e l'apertura alla concorrenza degli appalti pubblici, anche di piccole e medie imprese.

Sotto altro aspetto, non di minore importanza, è opportuno sottolineare che i “considerando” della Direttiva euro unitaria fanno salve eventuali misure che gli Stati membri ritengano necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici (a condizione che dette misure siano conformi al TFUE) anche al fine di evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici ad operatori economici che hanno partecipato ad un'organizzazione criminale o che si siano resi colpevoli di atti fraudolenti o corruttivi, nonché al fine di salvaguardare l'osservanza di obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro.

La Direttiva indica, poi, alcuni strumenti normativi per il conseguimento dei principi di parità tra i concorrenti, di trasparenza e di proporzionalità dell'azione nell'affidamento degli appalti, quali l'imposizione di condizioni più rigorose agli operatori economici partecipanti alla gara, ad esempio estendendo gli obblighi in materia di trasparenza, consentendo il pagamento diretto ai subappaltatori, oppure permettendo o imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare che i subappaltatori non si trovino in una delle situazioni che giustificano l'esclusione dell'operatore economico.

Giova precisare che, conformemente all'articolo 4, lettera a), della Direttiva 2014/24, la stessa si applica agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alla soglia di 5.225.000,00 euro per gli appalti pubblici di lavori.

Di diverso avviso è stato invece il Legislatore italiano, il quale ha previsto dei criteri più restrittivi proprio in considerazione del fatto che il rischio di infiltrazioni criminose nelle procedure di appalto è maggiormente presente. Proprio per questo motivo è stato posto un limite stringente alla facoltà di ricorrere al subappalto proprio perché spesso è utilizzato in maniera elusiva delle disposizioni di legge.

Infatti, l'art. 105, comma 2, del D. Lgs. n. 50 del 2016 - Codice dei contratti pubblici, prevede che l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

In tema di subappalto ed avvalimento, si segnala altresì la recente introduzione dei c.d. «contratti continuativi di cooperazione», di cui all'art. 105, 3° c. c-bis), per effetto del D. Lgs. n. 56/2017 «correttivo». Sul punto si è già acceso un acceso dibattito giurisprudenziale (Consiglio di Stato, Sez. V, 27/12/2018 n. 7256; T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 29.01.2019, n. 1135, che richiama e condivide T.A.R. Sicilia – Palermo, Sez. III, 06.12.2018, n. 2583; T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, Sez. II, 04.03.2019, n. 221; Consiglio di Stato, 18.07.2019, n. 5068), che tuttavia esula dalla questione oggetto della presente nota, che intende esaminare il *thema decidendum* legato alla sentenza della Corte di Giustizia.

Ad ogni modo, anche queste sentenze da ultimo citate (T.A.R. Sicilia – Palermo, Sez. III, 06.12.2018, n. 2583) evidenziano una problematica non adeguatamente affrontata ad oggi, seppur nota, dalla giurisprudenza interna: la legittimità o meno di un sottinteso principio di personalità nell'esecuzione dell'appalto, quale forma di tutela degli interessi pubblici immanenti nell'aggiudicazione ed esecuzione di un appalto.

Tale principio, seppur non denominato tale dal Codice, viene nei fatti garantito dalle limitazioni previste dall'art. 105 sopra citato, elemento che ha fatto dubitare della congruenza della norma con le disposizioni comunitarie e financo costituzionali incidenti sulla materia.

Anche alla luce delle diverse pronunce, in particolare della Corte di Giustizia, che hanno criticato le limitazioni al subappalto proprio perché limitative della concorrenza (tanto che la Commissione Europea ha aperto la procedura di infrazione n. 2018/2273 nei confronti dello Stato italiano su questo aspetto), il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha pertanto ritenuto opportuno sottoporre al rinvio pregiudiziale la questione sulla compatibilità del limite quantitativo previsto dal Codice degli Appalti italiano con gli articoli 49 e 56 TFUE, con l'articolo 71 della Direttiva 2014/24 nonché con il principio di proporzionalità.

Il rinvio pregiudiziale si è reso necessario perché la stessa giurisprudenza amministrativa sul subappalto parrebbe contrastare con il dato euro unitario, infatti i Giudici di Palazzo Spada si sono più volte espressi nel senso che il legislatore nazionale può legittimamente porre, in materia di subappalto, limiti di maggior rigore rispetto a quelli previsti dalle norme euro unitarie di settore, laddove essi siano giustificati, da un lato, alla luce dei principi di sostenibilità sociale e, dall'altro, in considerazione dei valori

declinati dall'articolo 36 TFUE, tra cui compaiono l'ordine e la sicurezza pubblici. Inoltre, a parere del Giudice del rinvio, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sui limiti quantitativi al subappalto, in materia di appalti pubblici, che verte sulla Direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non si applica in relazione alla Direttiva 2014/24.

Il Giudice del rinvio parte dall'assunto che le Direttive non prevedono limiti quantitativi al subappalto e questo pone in dubbio l'intera costruzione interpretativa giurisprudenziale circa la legittimità della previsione legislativa di un limite generale del 30% per il subappalto, con riferimento all'importo complessivo del contratto, che, di fatto, può rendere più difficoltoso l'accesso delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, agli appalti pubblici, così ostacolando l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi.

A ben vedere, infatti, il Codice degli Appalti fissa un limite in maniera astratta tramite una determinata percentuale del contratto, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui trattasi. Di conseguenza, il Giudice del rinvio si è quindi domandato se la normativa nazionale italiana non ecceda quanto necessario per conseguire gli obiettivi perseguiti.

La Corte di Giustizia, esaminando il caso di specie, ha ribadito che l'obiettivo della Direttiva è di garantire il rispetto, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare, della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, e dei principi che ne derivano, in particolare la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la trasparenza, nonché di garantire che l'aggiudicazione degli appalti pubblici sia aperta alla concorrenza.

In particolare, a tal fine, la predetta Direttiva prevede espressamente, al suo articolo 63, paragrafo 1, la possibilità per gli offerenti di fare affidamento, a determinate condizioni, sulle capacità di altri soggetti, per soddisfare determinati criteri di selezione degli operatori economici. Inoltre, l'articolo 71 della medesima Direttiva, che riguarda specificamente il subappalto, al suo paragrafo 2 dispone che l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

La Corte ha quindi ripreso e ribadito un proprio orientamento, già espresso con la sentenza del 14 luglio 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562 secondo cui è legittimo, per gli offerenti, ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, in quanto strumento che favorisce l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

In quel caso, per l'appunto, la Corte ha stabilito che una clausola del capitolato d'onere di un appalto pubblico di lavori che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, è incompatibile con tale Direttiva, applicabile nell'ambito della controversia che aveva dato luogo a tale sentenza.

Risulta, infatti, interesse euro unitario che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile, come sostenuto dalla giurisprudenza in materia di appalti pubblici, soprattutto in considerazione del fatto che il ricorso al subappalto può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punto 48 e giurisprudenza ivi citata).

Sotto altro aspetto, la Corte si è interrogata sul fatto se le norme supplementari in materia di subappalto previste dall'articolo 71 della Direttiva 2014/24 possano portare i singoli Stati membri a prevedere una normativa più stringente: ricordiamo infatti che l'art. 71 reca alcuni strumenti ulteriori che possono essere previsti dalla normativa nazionale, quali la possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di chiedere o di essere obbligata dallo Stato membro a chiedere all'offerente di informarla sulle intenzioni di quest'ultimo in materia di subappalto o a procedere a verificare se sussistano motivi di esclusione dei subappaltatori ex art. 57 della stessa Direttiva (in particolare alla partecipazione a un'organizzazione criminale, alla corruzione o alla frode), nonché la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice, a determinate condizioni, di trasferire i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti al contraente principale.

La Corte ha affermato la possibilità degli Stati membri di prevedere, nel proprio diritto interno, disposizioni più rigorose rispetto a quelle previste dalla predetta Direttiva in materia di subappalto, a condizione che tali prime disposizioni siano compatibili con il diritto dell'Unione. Peraltro, anche il considerando 41 della Direttiva 2014/24 prevede che nessuna disposizione di quest'ultima dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie, in particolare, alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE, mentre il considerando 100 di tale Direttiva precisa che è opportuno evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici, in particolare, ad operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale.

Oltre a ciò, la Corte di Giustizia ha ricordato il suo costante orientamento di riconoscere agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione di misure destinate a garantire il rispetto dell'obbligo di trasparenza, il quale si impone alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico. Infatti, il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto dell'obbligo summenzionato (v., in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2015, *Impresa E. e S.*, C-425/14, EU:C:2015:721, punto 26 e giurisprudenza ivi citata).

Non solo. E' la stessa Corte ad aver specificato che proprio il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2015, *Impresa E. e S.*, C-425/14, EU:C:2015:721, punti 27 e 28).

Tuttavia, la Corte ha quindi specificato che, anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella nella fattispecie esposta nel procedimento principale e prevista dalla normativa italiana eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo, in quanto appare in evidente contrasto con i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità (sentenza del 20 settembre 2018, *Montte*, C-546/16, EU:C:2018:752, punto 38).

Osservano, infatti, i Giudici euro unitari che la normativa italiana del Codice degli Appalti vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore

(v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punti 54 e 55).

Ne consegue che tale limite vige per tutti gli appalti, stabilendo di fatto l'obbligo che una parte rilevante dei lavori, delle forniture o dei servizi interessati dev'essere realizzata dall'offerente stesso, sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, ciò anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione.

Sul punto, come anticipato, ha avuto modo di esprimersi anche la Commissione, nella lettera che avviava la procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, specificando che misure meno restrittive sarebbero idonee a raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano, al pari di quelle previste dall'articolo 71 della Direttiva 2014/24. Sia la Commissione che il Giudice del rinvio hanno peraltro rilevato che il diritto italiano prevede già numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese; pertanto, la Corte di Giustizia ha ritenuto che una restrizione al ricorso del subappalto è evidentemente incompatibile con la Direttiva 2014/24.

Rimane aperto il quesito sulla possibilità di porre limiti al subappalto, che non siano generali e indifferenziati: da quanto emerge dalla sentenza, vi è un'apertura circa la possibilità di limitare il subappalto non in via generale e astratta, ma autorizzando la specifica stazione appaltante a limitare essa stessa tale istituto, magari ponderando discrezionalmente. A tal fine dovrebbe essere necessario dimostrare che il divieto/limite al subappalto risulti necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione. Peraltro, la Corte ha sottolineato che il Governo italiano non ha affatto dimostrato, nell'ambito del procedimento, che le diverse disposizioni previste all'articolo 71 della Direttiva 2014/24, con le quali gli Stati membri possono limitare il ricorso al subappalto, nonché i possibili motivi di esclusione dei subappaltanti ai sensi dell'articolo 57 di tale Direttiva, e ai quali fa riferimento l'articolo 71, paragrafo 6, lettera b), di quest'ultima, non possano essere attuate in modo tale da raggiungere l'obiettivo perseguito dalla normativa nazionale di cui al procedimento principale.

Concludendo, alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte di Giustizia euro unitaria ha statuito che la Direttiva 2014/24 deve essere senz'altro interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

