

Audizione del Presidente Avv. Giuseppe Busia
Commissioni congiunte 8[^] e 14[^] Politiche dell'Unione europea
Camera dei Deputati - 10 novembre 2020

“Ipotesi di modifiche alla normativa nazionale in materia di subappalto conseguenti a recenti sentenze e procedure di infrazione promosse dalla Commissione Europea”

Considerazioni generali

Si esprime, da subito, un sentito ringraziamento per la richiesta di audizione e un particolare apprezzamento per la scelta del Parlamento di affrontare l'argomento del subappalto in un momento di emergenza, non solo sanitaria, ma anche economica che il Paese sta affrontando e che si troverà ad affrontare in maniera ancora più incisiva nel prossimo futuro.

L'intervento in questione risponde ad una serie di esigenze, alcune strettamente connesse all'ordinamento interno e, in particolare, alle imminenti scadenze fissate per il prossimo 31 dicembre p.v. (d.l. 32/2019) e altre derivanti dal contesto esterno e, nello specifico, dalla procedura infrazione avviata da Bruxelles e dalle recenti pronunce adottate dalla Corte di Giustizia in materia di subappalto, di cui si dirà meglio nel proseguito.

Le riflessioni e le proposte che si intendono sviluppare in questa sede e che riprendono, almeno in parte, quanto già rappresentato dall'Autorità nell'Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento n. 8 del 13 novembre del 2019, cercano di tenere insieme entrambe le esigenze: allineare la disciplina nazionale alle norme europee eliminando la previsione di percentuale fissa al subappalto, anche al fine di tenere in debita considerazione, in un momento di grande difficoltà per il Paese, le esigenze del mercato dei contratti pubblici e in particolare delle PMI, e prevedere un sistema di autorizzazione e controlli al subappalto che evitino, per quanto possibile, l'insinuarsi nel sistema di fenomeni corruttivi.

Le proposte dell'Autorità, per queste ragioni, sono improntate alla ragionevolezza, effettività e lungimiranza e si sviluppano su una duplice direttrice: **di breve periodo**, al fine di consentire nell'immediato, attraverso un intervento del legislatore mirato e puntuale, di superare una visione eccessivamente critica dell'istituto e puntare ad un ampliamento della concorrenza in modo da consentire alle PMI di partecipare in maniera più diffusa e meno gravosa al mercato dei contratti pubblici; **di lungo periodo**, attraverso un intervento volto a migliorare e/o potenziare l'applicazione della digitalizzazione alle procedure di gara in una ottica di semplificazione e garanzia di

maggior trasparenza; a tal fine è necessario intervenire sulle piattaforme telematiche già disponibili e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP).

L'obiettivo finale è il superamento di una visione caratterizzata dalla presenza di divieti e di soglie per affermare un sistema caratterizzato da semplificazione, concorrenza e trasparenza senza trascurare e limitare l'effettività dei controlli. Gli strumenti necessari per ottenere questi risultati sono già disponibili e devono essere potenziati, anche mediante l'utilizzo delle risorse del recovery fund. L'AVCPass, com'è noto, dovrebbe essere superata dalla Banca dati nazionale degli operatori economici (BDOE) attualmente gestita dal MIT, con il quale sono già in corso delle interlocuzioni per superare le problematiche applicative esistenti. Gli auspicati interventi su AVCPass/BDOE e BDNCP consentiranno di raccogliere tutte le informazioni sugli operatori economici, subappaltatori inclusi, in modo da creare un fascicolo virtuale degli operatori economici. Un sistema informatizzato sarà in grado di permettere alla PA di effettuare i dovuti controlli e agli operatori di essere sgravati dalla presentazione di documentazione di cui la pubblica amministrazione è già in possesso consentendo alle stazioni appaltanti di verificare tramite piattaforme telematiche il possesso dei requisiti. Proprio le SA sono l'ulteriore sfida che non possiamo perdere. È necessario investire sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, sulla formazione del personale in modo da avere a disposizione professionalità specializzate nel settore in grado di rispondere alle esigenze del complesso sistema dei contratti pubblici.

1. La procedura di infrazione

La lettera di costituzione in mora della Commissione europea, inviata al Ministro degli Affari esteri e della Cooperazione Internazionale il 24 gennaio 2019 (procedura di infrazione n. 2018/2273) con la quale l'Unione Europea ha segnalato che alcune disposizioni contenute nel Codice Appalti – come già modificato dal D.Lgs. n. 56/2017, il cd. Correttivo – non apparivano conformi alla corrispondente normativa europea recata dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE 2014/25/UE, assume un significativo rilievo. La Commissione ha contestato l'art. **105 commi 2 e 5** del Codice Appalti in quanto recanti previsione di un **limite** obbligatorio e generalizzato all'importo del contratto di lavori, servizi e forniture da subappaltare a terzi, corrispondente al **30%** dell'importo complessivo del contratto. Tale limitazione non trova infatti corrispondenza nella normativa europea, in quanto l'art. 71 della Direttiva 2014/24/UE, nel regolare il contratto di subappalto, pur ammettendo che delle limitazioni possono essere introdotte dagli Stati membri rispetto alla normativa europea, non fa riferimento alla quota dell'importo contrattuale subappaltabile. Il limite quantitativo introdotto dalla normativa italiana, pertanto, ad avviso della Commissione non risulterebbe compatibile con i principi fondamentali della materia che impongono di facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici anche attraverso lo strumento del subappalto.

Altra disposizione ritenuta dalla Commissione Europea non coerente con la disciplina europea è quella di cui al **comma 6** dell'art. 105 del Codice il quale prevede l'obbligo di indicazione, in sede di offerta, della **terna dei subappaltatori**. Anche in questo caso si tratta di una previsione che non ha diretta corrispondenza con, la disciplina comunitaria. La Commissione ha contestato la richiesta di una terna di subappaltatori ritenendola un onere troppo gravoso per i concorrenti in grado di limitare la partecipazione alle gare. Dubbi sono emersi anche con riferimento al **comma 19** del medesimo art. 105 del Codice Appalti recante il divieto generale per i subappaltatori di fare a loro volta ricorso ad altri soggetti, in quanto tale previsione risultava in contrasto con i principi di proporzionalità e parità di trattamento in quanto non previsto dalla normativa europea dei contratti pubblici.

Senza voler trascurare la rilevanza della procedura di infrazione, deve altresì essere ricordato che l'esigenza di un intervento legislativo in materia di subappalto era ampiamente avvertita anche nell'ordinamento interno sia dalle PMI, nell'ottica di una migliore promozione della concorrenza, sia dalle Stazioni appaltanti. Il legislatore, con l'approvazione della Legge n. 55 del 14 giugno 2019 di conversione del Decreto Legge n. 32/2019, ha provato a fornire una prima **soluzione (temporanea)** alla suddetta procedura di infrazione, senza intervenire direttamente sul testo dell'art. 105 del Codice ma introducendo delle **deroghe temporali all'applicazione degli obblighi di cui ai commi 2 e 6 del medesimo articolo**. È stato infatti previsto che nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, fino al 31 dicembre 2020, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Fino alla predetta data sono state altresì sospese l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 e del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174, nonché le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80, riferite al subappaltatore. Va rilevato, tuttavia, che proprio a seguito della Sentenza Corte di Giustizia della U.E., quinta sezione, 26 settembre 2019, causa C-63/18, successiva alla modifica normativa indicata, anche il limite del 40% deve essere disapplicato, pertanto attualmente le stazioni appaltanti non hanno un limite normativo di riferimento.

2. Le pronunce della Corte di Giustizia della UE

Accanto al rilevante intervento della Commissione vanno ricordate le **pronunce della Corte di Giustizia dell'UE** in materia di subappalto **che parimenti impongono un intervento rapido ed efficace del Legislatore nazionale in modo da allineare l'ordinamento italiano alla disciplina europea in materia di contratti pubblici anche al fine di non arrecare possibili pregiudizi alle piccole e medie imprese che intendono operare nel settore**. La Corte di Giustizia ha indicato in maniera precisa la strada che il legislatore nazionale deve seguire: la **ragionevolezza e la proporzionalità** sono i parametri a cui attenersi per introdurre un sistema che sia in grado di contemperare le esigenze di tutte le parti coinvolte.

Si ritiene utile, per maggiore chiarezza, riprendere sinteticamente di seguito i contenuti essenziali delle dette pronunce della Corte di Giustizia, già trattate nell'Atto di segnalazione citato in premessa, anche al fine di evidenziare le indicazioni rilevanti da cui si ritiene debba muovere qualunque proposta di riallineamento della normativa nazionale.

2.1. La sentenza C 63/2018 della Corte di Giustizia della UE

La sentenza **C 63/2018** della **Corte di Giustizia della UE (CGUE)** scaturisce da una domanda di pronuncia pregiudiziale con cui il **TAR Lombardia, con ordinanza n. 148 del 19 gennaio 2018**, chiedeva di accertare se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), l'art. 71 della Direttiva, il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 105, comma 2, terzo periodo, del Codice, **in base alla quale il subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto**.

Nell'ordinanza di rimessione, il **TAR Lombardia** segnalava che la previsione di un limite generale del 30% per il subappalto, tanto per i contratti di lavori quanto per quelli di servizi e forniture, **impedisce agli operatori economici di subappaltare ad altri soggetti una parte consistente delle opere, rendendo così più difficoltoso l'accesso al mercato delle imprese**, soprattutto quelle di piccole e medie dimensioni, ostacolando l'esercizio della libertà di

stabilimento e di prestazione dei servizi e precludendo agli stessi committenti pubblici di ottenere un numero più alto e diversificato di offerte.

Nella richiamata ordinanza veniva precisato che **le ragioni di ordine pubblico e di contrasto alla criminalità, che sono a fondamento del limite al subappalto**, potevano essere adeguatamente tutelate qualora i documenti dell'appalto avessero richiesto agli offerenti di indicare **in sede di offerta le parti da subappaltare e i subappaltatori incaricati, in conformità all'art. 71 della Direttiva** secondo cui, analogamente alla precedente disposizione comunitaria (art. 25 della direttiva 2004/18/CE), **l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, per 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.**

La CGUE ha accolto la questione pregiudiziale sollevata. Nel fare ciò la Corte Europea ha innanzitutto rilevato che il summenzionato **art. 71 prevede** 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 e a verificare se sussistano motivi di esclusione dei subappaltatori** a norma dell'art. 57 della Direttiva stessa che fa riferimento, in particolare, alla partecipazione a un'organizzazione criminale, alla corruzione o alla frode.

Secondo la Corte, pertanto, in virtù dell'art. 71 della Direttiva, ma anche dello stesso art. 105 del Codice, in presenza di obblighi informativi e di adempimenti procedurali per i quali l'impresa subappaltatrice può essere assoggettata a controlli analoghi a quelli che ricadono sull'impresa aggiudicataria, **il limite al subappalto non costituisce lo strumento più efficace e utile per assicurare l'integrità del mercato dei contratti pubblici.**

In particolare, la Corte afferma che **se la stazione appaltante è in condizione di conoscere in anticipo le parti dell'appalto che si intendono subappaltare nonché l'identità dei subappaltatori proposti, e di verificare in capo a questi il possesso dei requisiti di qualificazione e l'assenza dei motivi di esclusione, non vi è ragione per introdurre un limite generalizzato e astratto per il ricorso al subappalto.**

Più chiaramente, pertanto, nel sistema delineato dalla CGUE alla luce delle indicazioni della Direttiva, l'assenza di limite al subappalto è controbilanciata dalla capacità dell'amministrazione di verificare i subappaltatori già in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario.

La CGUE ha conseguentemente stabilito che **il limite quantitativo al subappalto**, pari al 30% nel momento in cui è a stata posta la domanda pregiudiziale imponendo una limitazione alla facoltà di ricorrervi per una parte del contratto fissata in maniera astratta e in una determinata percentuale dello stesso, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, **si pone in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.**

La Corte ha, inoltre, rilevato come la criticità del limite quantitativo del ricorso al subappalto si ricollega alla sua applicazione indipendentemente dal settore economico interessato, dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori, e al fatto che la disciplina italiana non lascia spazi a valutazioni caso per caso da parte della stazione appaltante, e ciò anche qualora questa sia in grado di verificare l'identità dei subappaltatori interessati e ove accerti che il limite non sia necessario al fine di contrastare le infiltrazioni criminali nell'ambito dell'appalto in questione.

In termini di impatto delle sopra richiamate indicazioni della CGE sul nostro ordinamento nazionale, si deve segnalare che non solo ne resta inciso, come già sopra rilevato, il limite percentuale generale al subappalto, definito per legge, ma che vi sono ulteriori risvolti. Ad esempio, è necessario valutare l'estensibilità delle indicazioni della Corte anche ai contratti sottosoglia e si rende altresì indispensabile valutare l'impatto della pronuncia su un altro

limite percentuale al subappalto presente nella normativa nazionale – non richiamata dalla Corte – quello relativo al subappalto delle lavorazioni afferenti categorie superspecialistiche.

2.1.1. Sugli appalti sotto soglia comunitaria

Con riferimento al primo degli aspetti sopra rilevati, come già rilevato nell' Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento, la sentenza della CGE è chiaramente rivolta all'ambito di applicazione elettivo delle direttive (soprasoglia). Tuttavia, poiché la scelta del Legislatore Italiano è stata quella di uniformare la disciplina per contratti sopra e sottosoglia su aspetti specifici (ed il subappalto è tra questi) le modifiche normative che sono già state apportate nel nostro sistema e che verranno in futuro apportate, riguarderanno entrambe le categorie di appalti, a meno di scelte difformi, chiaramente espresse dal Legislatore e che tuttavia potrebbero apparire poco coerenti con la specifica attenzione all'istituto del subappalto nel nostro sistema giuridico.

Si osservi, al riguardo, che l'art. 105 – collocato nella Parte II (Contratti di appalto per lavori servizi e forniture), Titolo IV (Esecuzione), del Codice – non opera alcuna distinzione tra contratti sopra e sotto soglia; in tal modo il legislatore nazionale ha voluto prevedere una disciplina uniforme del subappalto a prescindere dall'importo del contratto, applicando all'ambito del sotto soglia lo stesso regime applicato al sopra soglia.

Pur riconoscendo, in linea di principio, come sopra anche accennato, che le esigenze di flessibilità organizzativa e imprenditoriale e quindi eventualmente di operare attraverso lo strumento del subappalto, possano ragionevolmente crescere in funzione dell'importo e della complessità del contratto, **non vi sono a priori sufficienti ragioni per ritenere che sussistano differenze tra appalti sotto e sopra soglia tali da giustificare un diverso trattamento per i due casi.**

Ad ogni modo, occorrerebbe valutare la scelta in ragione dei principi generali di proporzionalità e di promozione della concorrenza e salvaguardando gli interessi generali di prevenzione della corruzione e di tutela del lavoro e della sicurezza nei luoghi di esecuzione delle commesse.

2.1.2. Sulle opere ad alto contenuto tecnologico

L'ulteriore aspetto rilevato riguarda l'eventuale applicazione della sentenza al comma 5 dell'art. 105, che è anche oggetto della procedura di infrazione 2018/2273, assieme ad altre disposizioni del medesimo art. 105¹. Come è noto, l'intervento della Corte di Giustizia si riferisce espressamente al comma 2. Resta quindi da valutare in via interpretativa se quanto affermato nella pronuncia sia da estendere anche il comma 5 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

¹ Si tratta del comma 6, relativo all'obbligo di indicare in gara la terna dei subappaltatori, tuttavia sospeso del decreto sbloccacantieri, il comma 19, concernente il divieto di ulteriore subappalto per il subappaltatore (il c.d. divieto di subappalto "a cascata", secondo il quale l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto, al fine di evitare che l'esecuzione del contratto possa essere realizzata da soggetti rispetto ai quali non sono comprovati i requisiti previsti dalle norme, nonché garantire un effettivo controllo da parte della stazione appaltante nei confronti dell'aggiudicatario e dell'esecutore, evitando potenziali rischi di infiltrazioni criminali), e di alcune previsioni del comma 4 (in particolare la previsione del comma 4, lettera a), del d.lgs.50/2016, secondo la quale non è consentito al concorrente in una procedura di gara di essere subappaltatore di un altro concorrente nella stessa procedura di gara, divenuto aggiudicatario). Quest'ultima previsione è posta a presidio della serietà delle offerte e dell'effettiva concorrenza tra operatori, per evitare offerte di comodo che sottendono accordi il cui fine è quello di favorire l'aggiudicazione di un concorrente per riceverne in cambio un subappalto della commessa aggiudicata.

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 può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso².

Sul punto il **Cons. Stato, sez. V, 10/06/2020, n. 3702** ha avuto modo di evidenziare la natura speciale della previsione riferita a tale specifica categoria di lavori, considerando che «l'art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 introduce **un espresso divieto di suddivisione del subappalto** – peraltro suscettibile di deroga in presenza di "*ragioni obiettive*" – **applicabile alle sole opere c.d. superspecialistiche (o SIOS) di importo superiore al 10% dell'intero appalto**. Si tratta, con tutta evidenza, di una norma di carattere speciale che, *a contrario*, consente di inferire l'insussistenza di una restrizione analoga per le opere non SIOS e/o che per importo non superino la soglia fissata *ex lege*».

L'Autorità, nel **parere di precontenzioso n. 131 del 2020** riferito alle categorie superspecialistiche ha, comunque, ritenuto di precisare che, pur riconoscendo profili di oggettiva incertezza applicativa delle norme sul subappalto all'indomani delle pronunce della Corte di giustizia, i **principi espressi nella sentenza del 26 settembre 2019 (causa C-63/18) non comportano la disapplicazione dei limiti in materia di subappalto previsti dal Codice dei contratti pubblici per la categoria di opere superspecialistiche (cd. SIOS)**.

Può osservarsi, infatti, che questa disciplina specifica può dirsi relativa ad un definito settore economico e, quindi, in coerenza con la lettura della sentenza della CGE suscettibile, per la sua specificità, di un limite predefinito al subappalto. Tuttavia, anche con riferimento a questo ambito potrebbe essere utile un intervento chiarificatore del legislatore.

2.2. Corte di Giustizia sentenza del 27 novembre 2019 (causa C-402/18)

In una ulteriore **pronuncia del 27 novembre 2019 (causa C-402/18)** la CGE è tornata ad occuparsi di limiti al subappalto, in linea con quanto già affermato e precisando ulteriormente che «*anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella oggetto del procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo*». Ad avviso della Corte da ciò deriverebbe non l'impossibilità (in astratto) di porre un limite quantitativo al subappalto, **ma l'eccessività della previsione del Codice «che limita al 30% la quota parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi»**, rispetto a quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito (nel caso specifico assicurare l'integrità degli appalti pubblici e la loro immunità da infiltrazioni criminali).

Nella medesima sentenza è stato, inoltre, stabilito che la normativa comunitaria «osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale [articolo 105, comma 14], che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione». Si tratta di un aspetto non contestato nella procedura di infrazione, ma che **si dovrà valutare nella revisione della disciplina del subappalto**.

² Peraltro, lo stesso comma 11 dell'art. 89 vieta l'avvalimento ed è oggetto di contestazione nell'ambito della procedura di infrazione 2018/2273.

2.2.1. Sulle tutele per le imprese subappaltatrici

In merito all'aspetto sopra citato va ulteriormente ricordato che la Corte di Giustizia, **nella citata causa C-402/18**, pur riconoscendo che esistono potenzialmente buone ragioni per il limite del 20% ai ribassi sui prezzi praticati alle subappaltatrici, **ne contesta la sua obbligatorietà, a pena di esclusione dell'offerente dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto**. Infatti, *«detto limite è definito in modo generale e astratto, indipendentemente da qualsiasi verifica della sua effettiva necessità, nel caso di un dato appalto, al fine di assicurare ai lavoratori di un subappaltatore interessati una tutela salariale minima. Il medesimo limite si applica altresì a prescindere dal settore economico o dall'attività interessata e indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione delle leggi, dei regolamenti o dei contratti collettivi, tanto nazionali quanto dell'Unione europea, in vigore in materia di condizioni di lavoro, che sarebbero normalmente applicabili a detti lavoratori.»*

Al riguardo, la Corte ha riconosciuto che la tutela dei lavoratori impiegati nelle imprese subappaltatrici può rispondere alle "considerazioni sociali" per la realizzazione di un appalto, previste dalle direttive per l'esecuzione del contratto, **ma ha parallelamente chiarito che una misura generale e astratta che fissa un limite al prezzo senza una valutazione caso per caso si pone in contrasto con le stesse**. Sempre secondo la Corte, la tutela dei lavoratori dovrebbe essere perseguita facendo rispettare i contratti collettivi, i minimi salariali, ecc. (peraltro, nel caso di specie esaminato dalla Corte il subappaltatore era una cooperativa sociale che gode di benefici fiscali che potevano giustificare prezzi ridotti).

Pertanto, la CGE rileva come l'imposizione di un prezzo minimo può scoraggiare il ricorso al subappalto e alterare la concorrenza tra impresa.

La direzione tracciata dalla CGE appare quindi quella di una normativa nazionale che invece di ricorrere a limiti precostituiti valorizzi piuttosto la **responsabilità solidale dell'appaltatore al rispetto della normativa sulla tutela del lavoro per le imprese subappaltatrici**.

Al riguardo, visto quanto già previsto nel nostro ordinamento dai commi 8 e 13 dell'art. 105 d.lgs. 50/2016, si potrebbero all'occorrenza valutare integrazioni o chiarimenti di tali disposizioni. Ciò anche in considerazione di criticità applicative già rilevate, connesse ai ritardi di pagamento da parte delle amministrazioni ed allo storno delle anticipazioni che richiederebbero, peraltro, una trattazione a parte.

Resta inoltre sempre ferma l'opportunità di rafforzare i controlli sulle condizioni di lavoro dei dipendenti di dette imprese e quelli volti alla prevenzione del lavoro sommerso.

2.3. Corte di Giustizia causa C-395/18 - sentenza "Tim SpA", del 30 gennaio 2020

La Corte di Giustizia è intervenuta anche con riferimento all'**indicazione della terna dei subappaltatori con la sentenza "Tim SpA"**, del 30 gennaio 2020 (**causa C-395/18**) esprimendosi, in particolare, con riferimento alla compatibilità con il diritto europeo dell'art. 80, comma 5 del Codice ai sensi del quale è prevista l'esclusione dell'operatore economico offerente nel caso di accertamento, in fase di gara, di una causa di esclusione relativa a un subappaltatore facente parte della terna indicata in sede di offerta, in luogo di imporre all'offerente la sostituzione del subappaltatore designato..

In questa occasione la Corte ha affermato che, in linea di principio, l'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 2014/24/UE **non osta** ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione *«abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di*

detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata». La Corte rileva tuttavia che l'art. 57, par. 4. lett. a) della citata direttiva «*letta in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione*».

In sostanza, un'ipotesi di esclusione automatica dell'operatore economico che ha presentato l'offerta prevista da Codice per le suddette motivazioni - secondo la Corte di Giustizia - non può essere considerata compatibile con l'art. 57, par. 4 e 6 della direttiva 2014/24 e con il principio di proporzionalità.

A fronte di ciò, la già sopra richiamata Legge n. 55/2019 di conversione del Decreto Legge n. 32/2019, all'art. 1 comma 18 secondo periodo ha previsto che fino al 31 dicembre 2020 «*sono altresì sospese l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 e del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174 [per le concessioni], nonché le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 del medesimo codice, riferite al subappaltatore*». Appare evidente che anche in questo caso la natura transitoria dell'intervento normativo adottato impone una più strutturale riflessione sulle modalità di stabile adeguamento del nostro sistema ai rilievi della Corte.

3. Le ragioni "sociali" del limite quantitativo al subappalto nell'ordinamento interno

A fronte di tutte le richiamate indicazioni della Corte di Giustizia Europea ed al fine di ipotizzare proposte di possibili interventi di modifica normativa che siano coerenti con il quadro normativo nazionale - oltre che in linea con le indicazioni europee - appare opportuno richiamare la *ratio* dell'individuazione di un limite normativo al subappalto nel nostro sistema.

Al riguardo è necessario ricostruire, seppure sommariamente, il quadro normativo di riferimento e le ragioni che hanno indotto il legislatore nazionale a introdurre negli anni novanta un limite al subappalto e a confermarlo nel Codice dei contratti pubblici del 2016 nonostante le previsioni statuite a livello europeo.

I limiti al subappalto sono stati inseriti, infatti, per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano con l'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55. Tale norma è successivamente confluita nell'art. 34 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, poi nell'art. 118 del previgente codice dei contratti pubblici di cui al del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e da ultimo nell'art. 105 del vigente Codice. Il comma 2 dell'art. 105 stabilisce che "*Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. [...] Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.*"

Il limite quantitativo del 30% è stato innalzato al 40% dal decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. "sblocca-cantieri"), in sede di conversione con la legge 14 giugno 2019, n. 55, verosimilmente con l'intento di superare i problemi avanzati dall'Unione europea con l'apertura della citata procedura di infrazione n. 2018/2273 riguardante varie disposizioni del Codice, tra cui come detto anche talune inerenti il subappalto.

Il fondamento della previsione normativa recante un limite quantitativo al subappalto è dunque da individuarsi nell'obiettivo, peraltro mai celato da parte del legislatore, di **prevenire infiltrazioni della criminalità organizzata** in quanto, per le caratteristiche intrinseche e derivate dal contratto di appalto, l'istituto del subappalto ha rappresentato uno dei più pericolosi strumenti in grado di agevolare fenomeni di infiltrazione da parte della criminalità organizzata di natura mafiosa nei pubblici contratti.

Nel perseguimento dei suddetti obiettivi di prevenzione della criminalità e di altre forme di infiltrazione nel mercato degli appalti pubblici, il legislatore non solo ha introdotto con la citata legge n. 55 del 19 marzo 1990 dei limiti quantitativi all'utilizzo del subappalto ma ha anche individuato alcune **specifiche condizioni di ammissibilità**. Si ricordi che ai fini dell'autorizzazione al subappalto: *i) l'affidatario doveva indicare espressamente i lavori o le parti di opere che intendeva subappaltare; ii) almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori, l'appaltatore doveva depositare presso la stazione appaltante il contratto di subappalto, unicamente con la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti previsti; iii) non dovevano sussistere, nei confronti dell'affidatario del subappalto, i divieti espressamente previsti dalla normativa di settore.*

È evidente, dunque, che la finalità principale della norma nazionale è sempre stata, sin dagli anni novanta e fino al nuovo Codice del 2016, quella della tutela degli interessi generali di primaria importanza, in particolare, **dell'ordine e della sicurezza pubblica, in un contesto – quello del subappalto – in cui i maggiori rischi di infiltrazione criminale e di condizionamento dell'appalto si associano a minori capacità di controllo e verifica dei soggetti effettivamente coinvolti nell'esecuzione delle commesse.**

Le ragioni di tutela degli interessi generali sopra citati risultano del resto contemplati anche nei Considerando n. 40 e 41 della direttiva 2014/24/UE (nel seguito, "Direttiva"). In particolare, il Considerando 41 stabilisce che "[...] Nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali o altre misure ambientali in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE".

In tal senso anche il **Consiglio di Stato**, che nel parere n. 855/2016 reso sullo schema di Codice del 2016, segnalava la possibilità per il legislatore nazionale di porre, in tema di subappalto, **norme di maggior rigore rispetto alle direttive europee, motivate da pregnanti ragioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro**; in quanto tali non rappresentavano un ingiustificato *goldplating*.

4. Possibili interventi di modifica

Quanto sopra rilevato, si ritiene urgente un intervento del legislatore al fine riallineare la normativa interna sul subappalto alle indicazioni che provengono dal Giudice Europeo e che riguardano, è bene sottolineare, parallelamente sia l'aspetto del limite quantitativo sia quello dei controlli sui subappaltatori.

Non possiamo dimenticare, infatti, che «le statuizioni interpretative della Corte di giustizia delle comunità europee» - secondo la **Corte costituzionale** - «hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni» (Cfr. sentenze 113/1985 e 389/1989). E anche che la **Corte di Cassazione** in varie occasioni ha ribadito che l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia ha efficacia *ultra partes*, sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali sia emesse in sede di verifica della validità di una disposizione UE, va attribuito «il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino *ex novo* norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes* nell'ambito della Comunità» (Cfr. Cass. Sez. 5, Sentenza dell'11 dicembre 2012, 22577; Cass. 2 marzo 2005, n. 4466; Cass. 30 agosto 2004, n. 17350).

Si tratta, dunque, di **un intervento legislativo indifferibile sia per adeguare la disciplina interna a quella europea sia per garantire il corretto funzionamento del mercato a cui l'Autorità si rivolge con la propria attività di regolazione, consultiva e di vigilanza.**

L'intervento normativo sulla disciplina in esame dovrebbe tenere conto del fatto che **la Corte di Giustizia ha segnalato** che il problema del limite quantitativo deriva da un'applicazione indiscriminata rispetto al settore

economico interessato, alla natura dei lavori o all'identità dei subappaltatori e del fatto che **la disciplina interna non lascia alcuno spazio a valutazioni caso per caso da parte della stazione appaltante circa l'effettiva necessità di una restrizione al subappalto stesso.**

Sembra conseguire la regola generale di un **subappalto senza limitazioni quantitative a priori, al chiaro fine di favorire l'ingresso negli appalti pubblici delle piccole e medie imprese, promuovere l'apertura del mercato e la concorrenza in gara.** Tuttavia – come si dirà meglio nel proseguo – l'introduzione di una simile regola generale richiederebbe al legislatore, in piena coerenza con le indicazioni europee, di introdurre nell'ordinamento interno alcuni accorgimenti e/o "contrappesi" quali l'effettività dei controlli e la verifica sui subappaltatori già in fase di gara.

a) Subappalto al 100%

Viene in rilievo innanzitutto la questione di **un eventuale subappalto del 100% delle prestazioni oggetto del contratto, ovvero di una parte talmente rilevante di esse che, di fatto, la commessa viene svolta sostanzialmente da terzi e non dal soggetto aggiudicatario.**

Al riguardo, se da un lato il Giudice europeo ha censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno, dall'altro non sembra aver stabilito la possibilità per gli offerenti di ricorrervi in via illimitata. Infatti, in un passaggio della sentenza si legge che *"Tuttavia (...) una restrizione come quella di che trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo"*.

L'obiettivo da perseguire è dunque quello di operare un bilanciamento tra l'interesse alla massima apertura al mercato (sotteso alla generalizzazione dell'istituto del subappalto) e quello a non eludere la procedura ad evidenza pubblica che ha condotto alla selezione di un determinato contraente.

Invero, l'astratta possibilità di affidare la fase esecutiva di un intero appalto a più subappaltatori – senza che l'aggiudicatario esegua alcunché – vanificherebbe il senso della procedura di affidamento stessa, rischiando di trasformare il soggetto aggiudicatario/contraente in un mero "prestanome", in patente elusione del divieto di cessione del contratto d'appalto e dei principi imperativi in tema di gare pubbliche.

Attualmente il primo comma dell'art. 105, prevede infatti che *"I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice di norma eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d)"* e il successivo comma 8 prevede inoltre che *"Il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante"*.

Peraltro, anche l'art. 71 della Direttiva prevede che nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice possa chiedere o possa essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare nell'offerta **"le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi"**, nonché i subappaltatori proposti. **Ciò lascia intravedere che la regola generale cui attenersi – e che in questa sede si condivide - dovrebbe essere quella del subappalto di una porzione e non dell'intera commessa.**

È infatti di tutta evidenza che il subappalto dell'intera prestazione o quasi, specie se necessario al fine di ottenere la qualificazione in gara (c.d. "subappalto necessario"), potrebbe finire con **lo snaturare il senso dell'affidamento al contraente principale, dovendosi in tal caso favorire - a fronte di un massiccio coinvolgimento di soggetti terzi - la partecipazione diretta alla gara da parte di tali soggetti, con assunzione della responsabilità solidale verso la stazione appaltante,** analogamente a quanto avviene in altri istituti (ad esempio, nei raggruppamenti temporanei di impresa e nei consorzi ordinari, cfr. art. 48, comma 5, del Codice), **atteso che il subappaltatore non ha alcun obbligo nei confronti della stazione appaltante.**

Sotto questo profilo in termini operativi si potrebbe immaginare un intervento legislativo che al superamento di una soglia predeterminata di subappalto attribuisca al subappaltatore una responsabilità diretta verso la stazione appaltante, analoga a quella di un mandante in RTI. Tale impostazione sarebbe oltretutto coerente con una espressa indicazione contenuta nell'art. 71 della Direttiva 24/2014/UE che al fine di prevenire violazioni dei principi generali ammette l'introduzione di meccanismi di responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore. Inoltre, al fine di scongiurare condotte elusive di tale ipotetica 'soglia di responsabilità' attraverso il frazionamento dei subappalti potrebbe essere chiarito, sempre per via normativa, che ove il valore complessivo della prestazione subappaltata superi una certa soglia dell'importo dell'appalto, siano comunque responsabili direttamente verso la stazione appaltante i singoli subappaltatori a cui è attribuita una percentuale, indicata nella norma, di subappalto.

b) Definizione dell'obbligo motivazionale e limite necessario.

Il legislatore potrebbe, altresì, valutare di richiedere alla stazione appaltante l'**obbligo**, alla stregua di fattispecie con finalità simili, come la mancata suddivisione in lotti dell'appalto di cui all'art. 51, comma 1, del Codice, **di motivare adeguatamente un eventuale limite al subappalto in relazione allo specifico contesto di gara, evitando di restringere ingiustificatamente la concorrenza.**

In tal senso, potrebbe essere opportuno predeterminare, sempre per via normativa ed a partire dalle indicazioni fornite dalla CGE, delle specifiche ipotesi nelle quali potrebbe essere ammissibile la fissazione di una percentuale massima di subappalto con obbligo di motivazione, ed in particolare:

1. In specifici settori di mercato nei quali è più elevato il rischio di accordi elusivi della concorrenza proprio in ragione della particolare struttura del mercato stesso (settori di mercato con basso numero di operatori economici nei quali è concreta l'evenienza di accordi che riducano il numero di concorrenti a favore di una spartizione a valle tra più subappaltatori);
2. In presenza di categorie superpspecialistiche;
3. Per gli affidamenti che includano attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa, come già definite normativamente (art. 1, comma 53 L. 190/2012 come integrato dal D.L. 23/2020);
4. In base alla natura della prestazione (elevato rischio di frazionamento che potrebbe incidere a detrimento della qualità complessiva della prestazione nonché in materia di sicurezza sul lavoro).

c) Necessità di ridefinire i controlli sui subappaltatori, a partire dalla fase di gara e di indicare, altresì, le conseguenze di esiti negativi di tali controlli (ipotesi di sostituzione).

Al fine di bilanciare la maggiore libertà di subappalto con le esigenze di trasparenza e di garanzia di affidabilità, si **potrebbe reintrodurre l'obbligo di indicare i subappaltatori già in fase di gara (in numero facoltativo fino a tre a discrezione dell'operatore economico) al fine di consentire alla stazione appaltante di conoscere preventivamente i soggetti incaricati e di agevolarne le verifiche, ferma restando la necessità di autorizzazione al subappalto di cui all'art. 105, comma 4, del Codice.**

A tale riguardo, si rammenta che tale possibilità è stata espressamente contemplata dal legislatore europeo, nell'ambito dell'art. 71, par. 2, della direttiva 2014/24/UE (secondo cui "*Nei documenti di gara 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*")³.

³ La Corte di Giustizia, peraltro, nella sentenza del 30 gennaio 2020, C-395/18, con riferimento al recepimento degli artt. 57 e 71 della direttiva 24/2014/UE attuato nel nostro ordinamento con gli artt. 80, comma 5, e 105, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, ha ritenuto la normativa interna non conforme a quest'ultimo, quanto al principio di proporzionalità, ed ha dichiarato che "L'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento

Alla luce delle indicazioni provenienti dalla CGE dovrebbe però escludersi il parallelo reinserimento di previsioni che contemplino l'esclusione automatica dalla gara del concorrente a fronte dell'indicazione di un subappaltatore privo dei requisiti di partecipazione.

Al contrario, tenendo presenti anche le esigenze degli operatori economici del mercato e nell'ottica, tuttavia, di contemperarle con la prevenzione di condotte elusive in materia di possesso dei requisiti, il Legislatore potrebbe accompagnare la disposizione relativa alla reintroduzione dell'obbligo di indicare il nominativo (o i nominativi) del subappaltatore con la disciplina specifica delle ipotesi di sostituzione. Ciò nell'ottica di dare concreta attuazione ai principi delle direttive e senza introdurre livelli di regolazione eccessivi (cioè senza violare il divieto di *gold plating*).

Ad esempio, potrebbe essere ammessa la sostituzione del subappaltatore, in coerenza con le previsioni delle Direttive Europee:

1. Nel caso di perdita o accertata mancanza dei requisiti di partecipazione di carattere generale e speciale;
2. Nel caso in cui la stazione appaltante lo ritenga possibile, sulla base della valutazione del caso specifico alla luce di parametri prestabiliti quali: a) il decorso di un lasso di tempo eccessivo tra la pubblicazione del bando e la stipula del contratto; b) le particolari condizioni del mercato (scarsità di players); c) la tipologia della prestazione richiesta. In ogni caso la sostituzione non potrebbe avvenire prima del termine vincolante per l'offerta (180 gg.) o il diverso termine previsto nel bando.

d) Necessità di prevenire l'elusione della disciplina antimafia

Occorre, inoltre, evidenziare la necessità che un più ampio ricorso al subappalto non si traduca in maggiori incentivi all'elusione della disciplina antimafia ciò in quanto l'informazione antimafia è richiesta per i subcontratti, cessioni o cottimi di importo superiore a 150.000 euro [cfr. art. 91, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159].

Pertanto, un massiccio ricorso al subappalto, in astratto finalizzato a promuovere l'efficienza esecutiva anche tramite il coinvolgimento delle PMI, potrebbe nascondere finalità elusive della normativa antimafia (ancorché vietate ai sensi del comma 2 del citato art. 91), ad esempio mediante l'impiego di molteplici subappaltatori con quote di attività inferiori alla soglia prevista per i controlli antimafia. Si tratta, in conclusione, di individuare nuovi equilibri nel bilanciare le esigenze di flessibilità organizzativa ed esecutiva per gli operatori incaricati della commessa con una adeguata, irrinunciabile, prevenzione di rischi corruttivi, collusivi, e di turbative in fase di affidamento ed esecuzione.

Per ovviare ad una simile criticità, in caso di subappalto eccessivamente frammentato si potrebbe adottare un criterio di rilevanza 'cumulativo' simile a quello indicato al precedente punto a) per la definizione delle soglie di responsabilità diretta. In alternativa, il Legislatore potrebbe offrire dei chiarimenti in relazione alla disciplina normativa prevalente sulla fattispecie specifica (se quella del codice antimafia o quella del codice dei contratti che impone per i subappaltatori tutte le verifiche di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016 e, quindi, anche quelle antimafia a prescindere dalla soglia dei 150.000 euro prevista nel Codice antimafia).

e) Promozione della digitalizzazione per agevolare i controlli e di snellire le procedure.

europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione".

È evidente che la possibilità di verifica dei subappaltatori dipende dalle effettive capacità, risorse e mezzi della stazione appaltante, non sempre adeguati soprattutto per i committenti di minori dimensioni. È necessario, pertanto, **valorizzare il ruolo delle stazioni appaltanti, migliorandone la qualità, prevedendo un piano straordinario di assunzioni di personale ad elevata competenza e con un deciso rilancio dell'utilizzo delle tecnologie informatiche e della digitalizzazione. Per raggiungere gli obiettivi anzidetti è necessario intervenire a migliorare e/o potenziare l'applicazione della digitalizzazione alle procedure di gara in un'ottica di semplificazione e riduzione degli oneri a carico degli operatori economici.**

Il sistema dei contratti pubblici deve essere ispirato ai principi di libera concorrenza, parità di accesso e trasparenza e deve essere in grado di espellere coloro i quali tentano di "alterare" il sistema; tutti gli operatori economici che vogliono concorrere per ottenere commesse pubbliche devono essere messi nella condizione di farlo ma devono anche sapere che la pubblica amministrazione è in grado di assicurare la verifica del possesso dei requisiti ovvero effettività dei controlli.

Solo l'introduzione massiva della digitalizzazione nelle procedure di gara può consentire il raggiungimento di questi risultati. E per tale ragione appare necessario prevedere un intervento mirato a garantire il corretto funzionamento delle piattaforme telematiche già disponibili e della Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) nonché di rendere interoperabili le Banche dati nazionali in modo da garantire un sistema di controllo integrato sugli operatori del mercato.

La BDNCP raccoglie informazioni sulle gare e sugli operatori economici partecipanti alle stesse. Attraverso AVCPass è possibile effettuare verifiche sugli operatori economici che partecipano alla singola gara, ma non è consentito riutilizzare i dati raccolti. Ad AVCPass, ai sensi dell'art. 81 del Codice, dovrebbe subentrare la Banca dati nazionale degli operatori economici (BDOE) gestita dal MIT e proprio con quest'ultimo sono in corso interlocuzioni proficue, in un'ottica di massima collaborazione, per superare i problemi applicativi. **L'obiettivo, permesso anche dalla digitalizzazione delle procedure, è quello di raccogliere tutte le informazioni sugli operatori economici, subappaltatori inclusi, acquisiti tramite AVCPass/BDOE e BDNCP per creare un fascicolo virtuale degli operatori economici.**

Ciò consentirà alla PA di effettuare i dovuti controlli e agli operatori di essere sgravati dalla continua presentazione di documentazione di cui la pubblica amministrazione è già in possesso consentendo alle stazioni appaltanti di verificare tramite piattaforme telematiche il possesso dei requisiti. Solo la digitalizzazione delle procedure consentirà una vera applicazione del principio di trasparenza e allo stesso tempo garantirà la libera concorrenza fra gli operatori.