

Il subappalto e le recenti sentenze della Corte di Giustizia Europea; causa C-63/18 del 26 settembre 2019 e causa C-402/18 del 27 novembre 2019 sull'ammissibilità dei limiti al subappalto.

L'incidenza dell'Atto di segnalazione dell'Anac n. 8 del 13 novembre 2019

Dal fronte europeo altri rilievi sulla normativa italiana di disciplina dei contratti pubblici ed in particolare sull'istituto del subappalto regolamentato dall'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 di recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Infatti, secondo la recente sentenza della Corte di giustizia europea datata 26 settembre 2019, l'art. 105, comma 2 del Codice dei contratti che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi sarebbe contrario alla normativa comunitaria.

In precedenza, la Commissione Europea, con la lettera di costituzione in mora (infrazione 2018/2273) del 24 gennaio 2019 aveva mosso rilievi, tra l'altro, sulle norme del subappalto; ora segue la sentenza 26.09.2019, causa C-63/18 con cui la Corte di Giustizia europea ha ribadito l'anomalia della disposizione prevista dal d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) che limita il ricorso all'istituto del subappalto.

Per contrastare le infiltrazioni criminali negli appalti pubblici gli Stati membri possono rendere più rigidi i paletti previsti dalle direttive europee, ma una restrizione come quella prevista dal predetto art. 105 del Codice dei contratti pubblici appare eccedente rispetto al raggiungimento di tale obiettivo.

La Commissione europea nella lettera di costituzione in mora aveva, anche, rilevato che nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non vi sono disposizioni che consentano un limite obbligatorio (30%) all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato. Le predette direttive, piuttosto, si basano sul principio secondo cui occorre favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici, e, in tale contesto, il subappalto rappresenta una delle modalità attraverso cui tale scopo può essere raggiunto.

Già in precedenza, con la sentenza del 14 luglio 2016, causa C-406/14, la Corte di Giustizia aveva stabilito che imporre limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una predeterminata percentuale è incompatibile con la (vecchia) direttiva 2004/18/CE, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale delle prestazioni di cui si tratta.

La nuova sentenza della Corte di giustizia conferma tale assunto in esito alla richiesta del TAR Lombardia (cfr. ordinanza 19 gennaio 2019, n. 148); i giudici di merito avevano formalizzato la 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, richiedendo alla Corte europea di dare risposta sulla compatibilità dei limiti al subappalto con i principi di libertà di stabilimento (art. 49 TFUE), di libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE) e di proporzionalità, nonché alla luce dell'art. 71, Direttiva 2014/24/UE, che non fissa alcun limite al subappalto.

La questione si era posta a seguito dell'esclusione di un'impresa dalla gara per l'ampliamento dell'A8 per 85 milioni di euro predisposta da Autostrade ed, in particolare, per il superamento del limite del subappalto pari al 30% dell'importo del contratto stabilito dal Codice dei contratti.

La Corte di Giustizia, in particolare, ha precisato che "la normativa nazionale 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”.

Si legge ancora nella sentenza che ... ”consegue, nell'ambito di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, per tutti gli appalti, una parte rilevante dei lavori, delle forniture o dei servizi interessati deve essere realizzata dall'offerente stesso, sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, 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”.

Pertanto, una siffatta restrizione al ricorso del subappalto non può essere ritenuta compatibile e dunque la direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, 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 che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

Con la seconda sentenza, la Corte di giustizia europea del 27 novembre 2019 causa C-402/18, oltre a ribadire la non compatibilità del limite del 30%, affronta un altro nodo, incentrando la sua attenzione sulla dichiarazione di non conformità della disposizione che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate oltre il 20% rispetto a quelli risultanti dall'aggiudicazione, prevista dall'art. 118, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 (oggi, art. 105, comma 14, d.lgs. n. 50 del 2016).

Tale restrizione quantitativa è, infatti, da considerarsi idonea a rendere meno allettante la facoltà (riconosciuta dal diritto europeo) di ricorrere al subappalto per l'esecuzione dei contratti, poiché «limita l'eventuale vantaggio concorrenziale in termini di costi che i lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto presentano per le imprese che intendono avvalersi di detta possibilità».

Anche in questo caso, si contesta la previsione di un limite generale e astratto, indipendentemente da qualsiasi verifica della sua effettiva necessità e prescindendo dal settore economico di riferimento, per assicurare ai lavoratori del subappaltatore una tutela salariale minima, senza che siano tenuti in considerazione leggi, regolamenti e contratti collettivi vigenti in materia di condizioni di lavoro.

Le argomentazioni dei giudici europei sono molto simili a quelle sul limite quantitativo del 30%.

Se, infatti, l'obiettivo della tutela dei lavoratori può – ad avviso della Corte – giustificare talune limitazioni al ricorso al subappalto, la restrizione del venti per cento eccede tale finalità, dato che nel diritto nazionale si rinvenivano altre misure meno severe a garanzia della tutela sociale nel mercato del lavoro e in grado di consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare le capacità e l'affidabilità dei subappaltatori prima dell'esecuzione delle prestazioni.

Per concludere sul tema del subappalto, appare necessario richiamare altresì l'Atto di segnalazione sul Subappalto, n. 8 del 13 novembre 2019 adottato dall'Anac ex art. 213, comma 3, del Codice (d.lgs. n. 59/2016) dopo la prima delle sentenze sopra brevemente commentate.

Secondo l'Anac, la Corte di Giustizia Europea non ha sancito la possibilità per gli offerenti di ricorrere illimitatamente al subappalto. Infatti rimane sempre il divieto di subappalto dell'intera commessa (100%) o di una sua “parte rilevante”, mentre il legislatore può prevedere che, in determinati casi, le amministrazioni stabiliscano dei limiti al subappalto ulteriori rispetto a quelli generali.

Roma, 3 dicembre 2019

A cura di Giuseppe Failla