

Corte di Giustizia UE: sentenza 30 gennaio 2020 nella causa C-395/18: è contrario al diritto UE l'esclusione automatica del concorrente nel caso in cui il subappaltatore indicato non fosse in regola con l'obbligo di assunzione dei disabili facenti parte delle categorie protette.

Con la sentenza del 30 gennaio 2020 la Corte di Giustizia europea ha chiarito la contrarietà del diritto comunitario all'esclusione di un concorrente dalla gara di appalto, nel caso in cui il subappaltatore non sia in regola con la normativa che obbliga le assunzioni dei disabili.

In particolare, con la sentenza in commento causa C-395/18 (Tim/Consip) la Corte ha affermato che, in base al principio di proporzionalità, quale principio di portata generale del diritto dell'Unione, si considera illegittimo qualsiasi automatismo eventualmente fissato dalla normativa degli Stati della UE finalizzato ad escludere un operatore economico dalla partecipazione alla gara d'appalto.

Questa conseguenza, cioè dell'esclusione del subappaltatore dall'iter ad evidenza pubblica, è quanto si verifica nel caso di mancato rispetto della disciplina disposta dalla legge n. 68/1999; in particolare, l'art. 80 comma 5, lettera i), del D.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) stabilisce che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla gara l'operatore economico, anche quando a carico di un suo subappaltatore si verificano alcune situazioni, tra le quali figura proprio quella dell'operatore economico che non compri il rispetto della legge sulle assunzioni obbligatorie delle categorie protette.

In sostanza, secondo la Corte di Giustizia, l'ordinamento italiano non rispetta i principi comunitari, allorché trasferisca automaticamente in capo all'operatore economico offerente condotte di inaffidabilità riconducibili ad un suo subappaltatore, con un automatismo contrario alle regole di proporzionalità.

In altri termini, deve offrirsi all'impresa partecipante alla gara la possibilità di dimostrare la propria affidabilità, nonostante la stazione appaltante abbia riscontrato la violazione della normativa di tutela del lavoro dei disabili a carico di un subappaltatore.

La sentenza della Corte europea fa perno – come ricordato - sul principio di proporzionalità, consentendo all'amministrazione aggiudicatrice di tenere conto e valutare in concreto specifici elementi al fine di stabilire l'esclusione o meno dalla gara dell'operatore economico, tra cui, ad esempio, in via esemplificativa: a) la disponibilità di mezzi conoscitivi da parte dell'operatore economico per verificare in concreto l'esistenza di una violazione da parte dei propri subappaltatori; b) la presenza nella propria offerta di indici relativi alla capacità di eseguire l'appalto anche senza avvalersi necessariamente del subappaltatore, ecc.

La stessa previsione nel Codice dei contratti pubblici dell'indicazione di una terna di appaltatori (art. 105, comma 6, ancorchè ora temporaneamente sospeso per effetto del “Decreto sblocca-cantieri di cui al D.L. n. 32/2019 convertito con legge n. 55/2019), in ipotesi, consentirebbe all'appaltatore di fare ricorso agli altri subappaltatori rinunciando a quello che risultasse non in regola.

In conclusione, sulla base della sentenza della Corte di giustizia UE, il diritto dell'Unione non osta ad una normativa nazionale, come quella italiana, secondo cui l'amministrazione aggiudicatrice ha la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'impresa offerente, se a carico di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta venga constatato un motivo di esclusione. Tuttavia, la normativa italiana contenuta nel Codice si rivela contraria al diritto dell'Unione proprio perché prevede l'automatismo dell'esclusione dell'impresa offerente, constatata a carico di uno dei subappaltatori indicati nella sua offerta, una violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, perché tale normativa non dà alcuna possibilità all'impresa offerente di controdedurre a sua difesa e provare comunque la propria affidabilità.

5 febbraio 2020

A cura di Giuseppe Failla