

IL SUBAPPALTO DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA QUINTA SEZIONE, 26 SETTEMBRE 2019, CAUSA C-63/18, LA PREOCCUPAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI, COME PROCEDERE?

del Dott. Lorenzo Socci Responsabile Area Amministrativa Comune di San Clemente (RN)

La Corte di Giustizia Europea, giudicando su richiesta dall' ordinanza del TAR Lombardia 19.1.2019, n. 148, ha stravolto i principi di cui all'art.105 comma 2 del Codice che, a seguito dello "sblocca cantieri", consente il subappalto nel limite del 40% del valore della procedura di gara.

The European Court of Justice, judging on request by the Lombardy TAR order of 19 January 2019, no. 148, overturned the principles referred to in Article 105 paragraph 2 of the Code which, following the "unblock construction sites", allows subcontracting within the limit of 40% of the value of the tender procedure

Sommario: 1. Per quale motivo era stata "scomodata" la Corte di Giustizia UE? 2. Perché un problema per le stazioni appaltanti? 3. L'obbligo alla disapplicazione del limite percentuale dell'art.105 comma 2 al subappalto è analogo sia per le procedure sopra che per quelle sotto soglia comunitaria? 4. Cosa fare con il limite al subappalto per le opere superspecialistiche?

Il 26 settembre scorso un brivido è sceso sulla schiena delle stazioni appaltanti italiane, in tale data, infatti, la Corte di Giustizia Europea, giudicando su richiesta dall' ordinanza del TAR Lombardia 19.1.2019, n. 148, ha stravolto i principi di cui all'art.105 comma 2 del Codice che, a seguito dello "sblocca cantieri", consente il subappalto nel limite del 40% del valore della procedura di gara.

I giudici di Milano avevano appunto formalizzato la questione pregiudiziale relativa ai limiti per il subappalto, così come attualmente e in maniera indifferenziata previsti per lavori, servizi e forniture, ai sensi appunto dell'art. 105, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016.¹

Per quale motivo era stata "scomodata" la Corte di Giustizia UE?

Secondo il TAR Lombardia si poneva una questione pregiudiziale relativamente alla possibile violazione dei principi di libertà di stabilimento (art. 49 TFUE), di libera presta-

zione dei servizi (art. 56 TFUE) e di proporzionalità, nonché dell'art. 71, Direttiva 2014/24/UE.

La direttiva 2014/24/UE non prevede alcun limite per il subappalto.

Nell'ordinanza di rimessione, il TAR Lombardia ha ritenuto di evidenziare che la previsione di un limite generale del 30% per il subappalto impedisce agli operatori economici di subappaltare a terzi una parte significativa delle opere (appunto oggi limitata al 30%, percentuale portata al 40%, sino al 31/12/2020 ai sensi dell'art. 1, comma 18, primo periodo, della legge n. 55 del 2019), rendendo così più difficoltoso l'accesso al mercato da parte soprattutto delle piccole e medie imprese.

Giudicando su tale questione pregiudiziale, come si diceva, la Corte di Giustizia ha ritenuto che una restrizione al ricorso del subappalto ... non possa essere ritenuta compatibile con la Direttiva 2014/24 (che, si ribadisce, non prevede limiti quantitativi al subappalto), concludendo che la Direttiva 2014/24 dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale limitare al 30% (og-

¹ Dott. Lorenzo Socci Responsabile Area Amministrativa Comune di San Clemente (RN)

gi 40%) la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

Ad essere più precisi, la sentenza della Corte non ha escluso sempre e comunque la possibilità di porre un limite percentuale al subappalto, ma ha imposto che, in tal caso, vi sia un'adeguata e dettagliata motivazione, lasciando quindi alle stazioni appaltanti la responsabilità, qualora si optasse per tale percorso, di essere molto precise sulla scelta di mantenere un limite massimo al subappalto.

Perché un problema per le stazioni appaltanti?

Le stazioni appaltanti si trovano davanti ad un bivio, disapplicare l'art.105 comma 2 nella parte che limita il subappalto non oltre il 40% del valore complessivo della procedura o continuare ad applicare tali limiti?

Il tema è molto delicato, soprattutto se si considera la rilevanza penale per quel Rup che dovesse acconsentire ad un subappalto superiore ai limiti di legge, viste le conseguenze penali di cui all'art. 21 della L. n. 646/1982, recentemente novellato in senso più restrittivo dal D.L. n. 185/2018 convertito in L. n. 132/2018, a tenore del quale: *“Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto”*.

Il problema riguarda il fatto che le sentenze della Corte di Giustizia Europea non sono irrilevanti nel panorama della gerarchia delle fonti nazionali, tutt'altro, e questo è un principio ormai consolidato da tempo, basti vedere, a questo proposito, l'orientamento della Corte Costituzionale che, sin dal 1985, ha precisato che *“la normativa comunitaria”*... *“entra e permane in vigore nel nostro territorio senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato”* e questo principio vale *“anche per le statuizioni”*... *“risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia (Corte cost.*

23.4.1985, n.113). Inoltre: *“la disapplicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere-dovere, anzi, un dovere istituzionale per il giudice, che opera anche d'ufficio, al fine di assicurare la piena applicazione delle norme comunitarie, aventi un rango preminente rispetto a quelle dei singoli Stati membri”* (tra le tante, Consiglio di Stato sez. V, 28.2.2018, n. 1219).

L'interpretazione tecnicamente più corretta appare allora essere quella che porta ad un obbligo di disapplicazione del limite del 30% (oggi 40%) del subappalto, per le motivazioni tecnico-giuridiche che sono state appena indicate.

Sono tutti d'accordo con questa interpretazione?

Naturalmente no, alcuni autori hanno ritenuto che addirittura l'ANAC, con il comunicato del 23.10.2019, si sarebbe espressa nel mantenimento del limite del 40%, avendolo riportato nei bandi tipo.

Onestamente non si comprende come si possa fornire questa interpretazione; l'ANAC infatti, nel comunicato del 23 ottobre cita sì nelle premesse la sentenza della Corte di Giustizia, ma non si esprime affatto su di essa! Si limita, a *“far notare”* che la stessa è stata emessa.

Anche nella specifica parte del comunicato dedicato al limite del subappalto, infatti, il comunicato ANAC si limita ad affermare che: *“l'art. 1, co. 18, l. 55/2019 ha previsto che fino al 31.12.2020 la quota subappaltabile non può superare il 40% dell'importo complessivo del contratto. Sul limite della quota subappaltabile è intervenuta di recente la sentenza della Corte di giustizia, sez. V, 26.9.2019, causa C-63/18”*.

In altre parole l'ANAC non si è affatto espressa sulla sentenza della Corte di Giustizia ma si è limitata ad aggiornare, a seguito della legge 55/19 e non della Sentenza della Corte di Giustizia, il limite massimo del subappalto, portandolo nei bandi tipo al 40% in luogo del 30%, in applicazione appunto dell'art.1 co. 18 della L.55/19 che ha alzato la soglia massima del subappalto dal 30 al 40%.

Come ulteriore postilla, va notato, inoltre, che il suddetto comunicato contiene anche il

seguinte riferimento: *"nel caso di sopravvenute modifiche o integrazioni normative che dovessero incidere su talune clausole del Disciplinare tipo, le stesse dovranno intendersi sostituite dalle nuove disposizioni nelle more dell'aggiornamento del Disciplinare medesimo. In tal caso, non è richiesta la motivazione nella determina a contrarre per la eventuale deroga"*.

A conferma dell'interpretazione e della valutazione appena descritti, l'ANAC è intervenuta successivamente con l'Atto di segnalazione a Governo e Parlamento n. 8 del 13.11.2019, pubblicato in data 15.11.2019. Appare evidente che se l'ANAC stessa avesse ritenuto di essersi già espressa sul tema non avrebbe ritenuto necessario di farlo con un apposito, successivo e separato atto di segnalazione.

Per mezzo di tale documento, in ogni caso, l'ANAC è finalmente intervenuta.

Chi sperava in un'indicazione chiara e netta a favore delle stazioni appaltanti è rimasto deluso, in quanto il comunque apprezzabile intervento dell'Autorità non risolve in maniera chiara e netta il problema.

L'Autorità, infatti, dopo un'attenta e precisa analisi normativa e della sentenza della Corte di Giustizia, si limita ad auspicare un intervento del legislatore finalizzato ad una *"urgente modifica della disciplina di riferimento affinché la normativa nazionale sia riportata in sintonia con i principi stabiliti dal legislatore e dal Giudice europeo"* così da *"fornire alle stazioni appaltanti indicazioni normative chiare, così da scongiurare eventuali contenziosi..."*. Tuttavia, concludendo la lettura del comunicato 8/2019 si comprende che la volontà di fornire alle stazioni appaltanti indicazioni normative chiare si limita, appunto, a richiedere un veloce intervento del legislatore, ma l'ANAC in sé non fornisce tali indicazioni, limitandosi, peraltro in maniera circostanziata, a motivare il perché della bontà della decisione del legislatore italiano di limitare il subappalto.

L'obbligo alla disapplicazione del limite percentuale dell'art.105 comma 2 al subappalto è analogo sia per le procedure sopra che per quelle sotto soglia comunitaria?

ria?

Secondo l'ANAC, che ha espresso il proprio parere sempre nell'Atto nr.8, non si coglie in maniera evidente alcuna differenza, infatti l'Autorità sostiene che: *"Altro punto che occorre segnalare al legislatore attiene all'ambito di efficacia della sentenza della Corte, che scaturisce da una controversia relativa un affidamento di lavori di importo superiore alla soglia comunitaria. Al tale riguardo, non è chiaro se la pronuncia abbia effetto sugli appalti al di sotto delle soglie di rilevanza comunitaria..."*

E ancora:

"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".

Nonostante quanto ritenuto dall'ANAC, in realtà si ritiene di poter sostenere con alcune argomentazioni che l'obbligo alla disapplicazione del limite del subappalto riguardi le sole procedure sopra soglia comunitaria e ciò per una serie di elementi che si vanno ad indicare:

1) la giurisdizione della Corte di giustizia della U.E. riguarda i contratti sopra soglia, interessando quelli sotto soglia solo se di interesse transfrontaliero. Vi sono casi in cui l'efficacia delle sentenze della Corte può estendersi agli appalti sotto soglia, ma ciò accade solo quanto le sentenze della Corte vanno a prendere in esame principi enunciati dai Trattati o, se il tema riguarda delle direttive, solo quanto queste ultime trattino di questioni previste dai trattati.

Il tema del subappalto rientra nella casistica di cui sopra?

Il subappalto appare non un concetto generale, ma un aspetto specifico e secondario rispetto ai principi comunitari, quindi la risposta più sensata è no.

2) a questo proposito, si veda: Corte giustizia Unione Europea, sez. IX, sentenza



14.2.2019 n. C-710/17”; in tal caso il Giudice europeo ha opposto una eccezione di irricevibilità per carenza dell’interesse trasfrontaliero nella domanda posta in via pregiudiziale dal Consiglio di Stato.

In altre parole, il Giudice UE non ha rilevato alcun interesse alla pronuncia laddove, intanto, si controverta di contratti pubblici di valore inferiore alle soglie comunitarie (nella fattispecie, trattavasi di appalto integrato con prevalenza di lavori, per poco più di 3 milioni di euro, a fronte di una soglia di 5 milioni di euro);

3) la direttiva 2014/24, che la sentenza della Corte di Giustizia ha assunto come violata, ha un ambito di applicazione espressamente limitato, all’art. 1 comma 1 della stessa, ai contratti sopra soglia comunitaria:

“L’aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza”.

Il legislatore nazionale, nel sottosoglia, non deve seguire le direttive pedissequamente ma considerare, e tenere quindi in debita considerazione, i soli macro-principi attuativi del principio di concorrenza.

4) l’analisi sopra prospettata, qualora si aderisse al subappalto senza il limite del 40%, comporterebbe rischi eccessivamente elevati nei RUP che dovessero acconsentire un subappalto con una percentuale superiore al 40%, viste le conseguenze penali di cui all’art. 21 della L. n. 646/1982, recentemente novellato in senso più restrittivo dal D.L. n. 185/2018 convertito in L. n. 132/2018.

Si ritiene in ogni caso importante che le stazioni appaltanti evidenzino la questione

all’interno degli atti di gara, motivando quindi le decisioni assunte; ciò al fine di prevenire al massimo (non si può comunque eliminare del tutto il rischio sino a che il legislatore non interverrà) i rischi di contestazione *ex post* da parte degli operatori economici o, peggio, da parte di Enti superiori.

A titolo meramente esemplificativo, e qualora si condivida il contenuto del presente scritto, il bando o la lettera di invito potrebbero contenere un assunto simile a quello che segue:

“N.B.: Questa stazione appaltante, a seguito alla sentenza della Corte di Giustizia della U.E., quinta sezione, 26.9.2019, causa C-63/18, ritiene che senz’altro nei contratti di importo di rilievo comunitario il limite del 40% di cui all’art. 105, co. 2, debba essere disapplicato.

Diverso il principio da applicare per gare di valore inferiore alla soglia comunitaria che è attualmente pari, per i lavori, ad euro 5.548.000.

Infatti, la giurisdizione della Corte di giustizia della U.E. è limitata ai contratti sopra soglia (o se sottosoglia, di interesse trasfrontaliero). L’estensione dell’efficacia di tali sentenze negli appalti sottosoglia appare certa solo quando si tratti di principi enunciati dai Trattati o, se si tratta di applicazione delle direttive, pur sempre di questioni previste dai trattati. Tuttavia il subappalto appare un aspetto specifico e secondario rispetto ai principi comunitari. Appare quindi del tutto ragionevole la conferma del limite del 40% al subappalto nei contratti di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario quando non abbiano carattere trasfrontaliero. Su questo si veda anche: “Corte giustizia Unione Europea, sez. IX, sentenza 14.2.2019 n° C-710/17”; in tal caso il Giudice europeo ha opposto una eccezione di irricevibilità per carenza dell’interesse trasfrontaliero nella domanda posta in via pregiudiziale dal Consiglio di Stato. In altre parole, il Giudice UE non ha rilevato alcun interesse alla pronuncia laddove, intanto, si controverta di contratti pubblici di valore inferiore alle soglie comunitarie (nella fattispecie, si trattava di appalto integrato con prevalenza di lavori, per poco più di 3 milioni di euro, a fronte di

una soglia di 5 milioni di euro).

L'analisi sopra prospettata, qualora si aderisse al subappalto senza il limite del 40%, comporterebbe rischi eccessivamente elevati nei RUP che dovessero acconsentire un subappalto con una percentuale superiore al 40%, viste le conseguenze penali di cui all'art. 21 della L. n. 646/1982, recentemente novellato in senso più restrittivo dal d.l. n. 185/2018 convertito in l. n. 132/2018, a tenore del quale: "Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto".

Cosa fare con il limite al subappalto per le opere superspecialistiche?

Ci si è posti anche il tema se la sentenza della Corte di Giustizia Europea abbia esteso la propria efficacia anche all'altro limite al subappalto posto dal d.lgs.50/16 e cioè quello riferito alle opere superspecialistiche di cui al D.M. 10.11.2016, n. 248 che, come noto, precisa all'art. 1 co. 2 che il subappalto per dette

categorie è consentito sino al 30% massimo del valore della categoria stessa (mentre la regola generale di cui all'art.105 comma 2 pone il limite al 30% (oggi 40%) del valore dell'intera procedura).

Si ritiene che la sentenza non riguardi tale limitazione e ciò per la ragione che la Corte di Giustizia Europea si è limitata a dire che un limite al subappalto è ingiustificato in quanto privo di una concreta motivazione, respingendo le tesi italiane che evidenziavano per esempio i rischi dovuti alla criminalità organizzata di influenzare gli appalti nel nostro Paese. La Corte ha risposto che l'Italia si tutela già ai sensi delle norme antimafia esistenti, si veda il Codice Antimafia (d. lgs. 6.9.2011 n. 159).

Seguendo il ragionamento della Corte, allora, il limite poste per le opere superspecialistiche è in realtà ampiamente motivato e la ragione sta appunto che si tratta di opere "diverse" e più complesse rispetto a quelle generali.

In conclusione, come anche auspicato dall'ANAC nel proprio Atto nr. 8, ci si augura che il legislatore intervenga in tempo reale per districare la questione e non lasciare le stazioni appaltanti a dover decidere, in assoluta solitudine, se e come disapplicare il principio dell'art.105 co. 2 con tutti i rischi annessi e connessi.

«.....GA.....»