

**TAR Piemonte:
giusto premiare le imprese che rinunciano
al subappalto¹**

di Massimo Gentile

La clausola della *lex specialis* che premia con un punteggio aggiuntivo l'offerta dell'operatore che subappalta la minor quota dell'appalto è legittima.

Lo afferma il TAR Piemonte (sentenza 11 maggio 2018 n. 578), evidenziando che una clausola di siffatto genere non può ritenersi discriminatoria, né ingiustificatamente limitativa della libertà di stabilimento e della libera concorrenza.

La questione nasce da una gara per l'affidamento di un appalto di servizi da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nell'ambito del quale era prevista l'attribuzione, fino ad un massimo di 10 punti, per i concorrenti che intendessero avvalersi della facoltà di subappaltare parte delle prestazioni in quota inferiore al massimo consentito.

In sostanza, la legge di gara premiava il concorrente che dichiarava di utilizzare il subappalto in misura inferiore rispetto a quella massima prevista dalla legge o addirittura di non utilizzarlo proprio.

L'aggiudicazione definitiva del servizio nonché le clausole del bando e del disciplinare che premiavano la minor quota affidata in subappalto, venivano impugnate da un concorrente, il quale lamentava, tra l'altro, che l'elemento premiante la minor "quota subappaltata" costituisce un criterio che restringe fortemente la concorrenza e che in realtà dissimula il divieto di subappalto.

Osservano, al riguardo, i giudici piemontesi che la censura, "*per quanto suggestiva*", è infondata, tenuto conto del fatto che qualunque impresa avrebbe potuto concorrere in raggruppamento temporaneo con altre imprese ovvero ricorrere all'avvalimento, istituti, questi, che garantiscono entrambi la più ampia partecipazione alla gara.

Si legge nella sentenza che non si può ragionevolmente affermare che una clausola come quella in contestazione, che "*indubbiamente scoraggia il ricorso*

¹ In corso di pubblicazione su *Appli&Contratti*.

al subappalto”, sia idonea a precludere la partecipazione alla gara delle imprese che non posseggano tutti i requisiti o che non siano organizzate in maniera tale da eseguire integralmente la prestazione oggetto di appalto; il problema può difatti essere risolto da una piccola o media impresa, mediante ricorso all’avvalimento o al raggruppamento di imprese.

Il TAR riconosce, comunque, che il subappalto presenta interesse per gli operatori, in quanto consente loro di partecipare ad una gara e rendersi aggiudicatari senza dover “spartire” il contratto ed i relativi compensi con le imprese che collaborano, con le quali non deve neppure costituire preventivamente una associazione ai fini della partecipazione alla gara e poi della esecuzione del contratto.

Il subappalto, dunque, rappresenta per gli appaltatori uno strumento più agile della associazione o del raggruppamento temporaneo di imprese, che al tempo stesso consente di lucrare sulla parte del contratto affidata al subappaltatore, al quale spesso l’aggiudicatario-appaltatore riconosce un compenso inferiore a quello che la stazione appaltante gli corrisponde per le medesime prestazioni.

Il Tribunale torinese rileva, inoltre, che, nel caso di specie, la previsione della *lex specialis* oggetto di impugnativa non può considerarsi confliggente con i principi comunitari e con le pronunce della Corte di Giustizia, atteso che la stessa non vieta il subappalto, bnesì incoraggia a ricorrervi il meno possibile, premiando con un punteggio aggiuntivo le offerte delle imprese che appaltano la minor percentuale del servizio.

Infine – prosegue la sentenza – *“si tratta di previsione chiaramente dettata dall’intento di evitare le complicazioni che il subappalto ha creato nella prassi e di cui anche l’Unione Europea ha dovuto prendere atto”*.

Ciò lo si dedurrebbe anche dalla circostanza che, nella Direttiva 2014/25/UE, il subappalto è trattato nel lunghissimo “considerando” n. 110 e nell’ancor più prolisso art. 88, che contiene tutta una serie di previsioni volte, da una parte, a garantire l’osservanza di determinati requisiti ed obblighi da parte del subappaltatore e, dall’altra parte, anche il diritto di questo a ricevere direttamente dalla stazione appaltante il compenso relativo alle prestazioni subappaltate. Il medesimo articolo 88 della Direttiva prefigura, inoltre, espressamente la facoltà, per gli Stati, di estendere al subappaltatore la

responsabilità diretta per l'esecuzione dell'appalto (facoltà che, ad oggi, il legislatore italiano non ha ritenuto di esercitare).

Il più ampio spazio che il legislatore europeo ha riservato alla disciplina del subappalto nelle più recenti "direttive appalto", rispetto alle direttive precedenti, confermerebbe dunque che si tratta di istituto per natura foriero di problematiche, verosimilmente per la ragione che nella prassi è stato, non di rado, utilizzato come strumento di sfruttamento delle piccole e medie imprese, con conseguente decadimento della qualità delle prestazioni.

Conclude, quindi, il Tribunale evidenziando che non stupisce che una stazione appaltante possa guardare all'istituto del subappalto *"con diffidenza"*, introducendo nella documentazione di gara previsioni, come quella di cui occupa, volte a *"scoraggiare il ricorso ad una modalità di esecuzione dell'appalto, il subappalto, che per natura è idoneo a creare problemi che si riflettono sulla corretta esecuzione dell'appalto e sul rispetto di alcune norme a carattere imperativo (rispetto degli obblighi previdenziali per i dipendenti del subappaltatore; rispetto di norme a tutela dell'ambiente)"*.

In buona sostanza, siamo di fronte ad un vero e proprio "manifesto" anti-subappalto dai contenuti invero opinabili.

La decisione del TAR Piemonte, infatti, ad avviso di chi scrive, trascura una circostanza, sotto certi profili, dirimente, ossia che un elemento di valutazione dovrebbe essere orientato a selezionare le offerte in ragione della rispondenza di queste ultime alle esigenze della stazione appaltante.

Come rilevato dall'ANAC nelle Linee Guida n. 2 in tema di offerta economicamente più vantaggiosa, il primo problema che la stazione appaltante si deve porre nella predisposizione degli atti di gara è la <<definizione degli obiettivi>> che intende perseguire e l'importanza che intende attribuire a ciascuno di essi.

Ciò si traduce nell'individuazione degli elementi (o criteri) che si intende valutare e del relativo peso o fattore di ponderazione.

Ora non si comprende quale sia "l'obiettivo" (*rectius* interesse pubblico) che una stazione appaltante si prefigge di raggiungere da un minor ricorso al subappalto rispetto alla quota subappaltabile prevista dalla legge.

Certamente la questione non può essere risolta in termini di "diffidenza" rispetto all'istituto ed al rischio che un subappalto possa creare problematiche

sulla corretta esecuzione dell'appalto. Circostanza, quest'ultima, puramente ipotetica e del tutto priva di supporto dimostrativo e, come tale, insuscettibile di configurare una reale esigenza di carattere "pubblico".

In buona sostanza, la posizione del TAR non convince del tutto e sembra costituire una forma di riconoscimento giuridico del "pregiudizio" nei confronti del subappalto che, negli ultimi tempi, sta trovando sempre maggiori fiancheggiatori.