

**Il limite al subappalto: la sentenza della
Corte di Giustizia Europea del 26/9/2019 e
il caso delle categorie “*super
specialistiche*”¹**

di Arrigo Varlaro Sinisi

La Corte di Giustizia Europea con la sentenza del 26 settembre 2019 (causa C-63/18), ha risposto alla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta, ai sensi dell’art. 267 del TFUE, dal TAR Lombardia, con Ordinanza del 13 dicembre 2017, che aveva chiesto di conoscere se la norma italiana, che pone un limite al subappalto, sia o meno in linea con le direttive comunitarie che, al riguardo, non stabiliscono particolari limitazioni.

Ebbene, secondo i giudici europei, l’art. 105 comma 2 del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede un limite al subappalto (30 per cento), è in contrasto con la normativa europea che, in tema di subappalto, non pone limitazione alcuna. Peraltro, ad avviso dei giudici europei, la norma italiana appare formulata in modo eccessivamente

¹ Il presente scritto è estratto dalla monografia *Contratti pubblici dall’aggiudicazione al contratto; aggiornato alla legge n.55/2019, “sblocca cantieri”* (prf 5.4.2), di Arrigo Varlaro Sinisi, Ed. DEI Tipografia del Genio Civile, novembre 2019, seconda edizione in corso di stampa.

generico ed astratto; essa, infatti, vieta il subappalto “*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 (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punti 54 e 55)*”.

Né d'altra parte, ad avviso della Corte Europea, il limite previsto dalla norma italiana può essere giustificato – come ritiene il Governo italiano – dall'esigenza di contrastare il fenomeno delle infiltrazioni mafiose.

Probabilmente – ma questo la sentenza in commento non lo afferma con chiarezza - una tale limitazione sarebbe ammissibile solo se circoscritta ai soli settori in cui, sulla base dell'esperienza, i fenomeni delle infiltrazioni mafiose appaiono più frequenti: in tal senso, potrebbe essere di ausilio l'elenco delle attività maggiormente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa, contenuto nell'art. 53 della legge n. 190/2012 - cosiddetta “legge anticorruzione” - ².

E' indubbio che il Legislatore del nostro Paese, alla luce delle riportate considerazioni del Giudice europeo, dovrà necessariamente intervenire, per conformare la norma interna a quella europea.

Al di là di come il Legislatore intenderà porre rimedio al *diktat* della Corte di Giustizia Europea, è opportuno oggi tentare di

² Ai sensi dell'art. 53 della legge n. 190/2012: “Sono definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti attività:
a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;
b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
e) noli a freddo di macchinari;
f) fornitura di ferro lavorato;
g) noli a caldo;
h) autotrasporti per conto di terzi;
i) guardiania dei cantieri”.

comprendere quali siano gli effetti immediati derivanti da detta pronuncia.

In altre parole, si tratta di capire se gli addetti ai lavori debbano adeguarsi a quanto stabilito dalla sentenza in commento e, quindi, se le procedure di affidamento avviate all'indomani della pubblicazione di detta sentenza, debbano o meno astenersi dal prevedere limiti al subappalto.

Di primo acchito la questione potrebbe apparire di agevole soluzione. Infatti, secondo il codice del processo amministrativo (art. 1) *“la giurisdizione amministrativa **assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo**”*.

Inoltre, secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato *“la sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di Giustizia è (...) equiparabile ad una **sopravvenienza normativa**”*³. Ne consegue che – sempre secondo l'Adunanza Plenaria – tale sentenza, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione (nel nostro caso, la menzionata Ordinanza del TAR Lombardia), spiega la sua efficacia anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della *“**medesima disposizione di diritto**”*.

Le considerazioni che precedono indurrebbero a concludere che, poiché quanto affermato dalla Corte di Giustizia Europea con la sentenza di cui trattasi, costituisce una “sopravvenienza normativa”, tutti i giudici la dovranno applicare. Pertanto, al fine di prevenire possibili incidenti di

³ L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 giugno 2016 n.11, ha affermato *“... la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto (in tal senso è costante la giurisprudenza comunitaria: cfr. cfr. Corte Giust., 3 febbraio 1977, in causa C-52/76, Benedetti c. Munari F.lli sas, in Racc. 1977, 163 e 5 marzo 1986, in causa 69/85, Wünsche Handelgesellschaft GmbH & Co. c. Repubblica Federale della Germania, in Racc., 1986, 947)”*.

percorso, anche le procedure di affidamento dovranno/potranno adeguarsi a tale *jus superveniens*.

Ma la questione, come detto, potrebbe non essere di così evidente soluzione.

Si sottolinea, infatti, che oggetto della pronuncia della Corte di Giustizia è l'**art. 105 comma 2 del Codice**, nella parte in cui prevede che il subappalto non può superare il 30 per cento dell'importo complessivo del contratto. Ebbene, come noto, l'efficacia di tale disposizione di diritto è stata sospesa dalla legge n. 55/2019 ("sblocca cantieri"). In tal senso, l'art. 1, comma 18 di tale legge dispone che *"Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2020, in deroga all'articolo 105, comma 2, del medesimo codice, fatto salvo quanto previsto dal comma 5 del medesimo articolo 105, 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"*.

Ora, poiché le pronunce della Corte di Giustizia spiegano la loro efficacia anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della **"medesima disposizione di diritto"**, nel caso di cui trattasi è quantomeno discutibile che la sentenza della Corte di Giustizia spieghi la propria efficacia anche in relazione ad una "disposizione di diritto" (art. 1, comma 18 della legge n. 55/2019), diversa da quella "attenzionata" in sede europea (art. 105 comma 2 del Codice).

A ben vedere, la norma introdotta con la legge "sblocca cantieri" ha natura eccezionale, ed è destinata a restare in vigore per un tempo determinato (fino al 31 dicembre 2020), ossia il tempo occorrente al Legislatore italiano per operare una revisione complessiva della normativa sui contratti pubblici. Aspetti, questi, che ovviamente non sono stati presi in esame dal Giudice europeo. Da qui le perplessità sul fatto che la sentenza della Corte di Giustizia si applichi *sic et*

simpliciter alle procedure di affidamento avviate dopo che è entrata in vigore la legge n. 55/2019.

In altre parole, se oggi fosse stato ancora in vigore ed efficace l'art. 105 comma 2 del Codice, vi sarebbero pochi dubbi sul fatto che tutti gli addetti ai lavori, sulla base della sentenza della Corte di Giustizia, avrebbero potuto/dovuto disapplicare la norma codicistica. Invece l'art. 105 comma 2 è sospeso e il limite al subappalto oggi vigente è stato introdotto da un'altra norma che, da un lato ha elevato "temporaneamente" la percentuale del subappalto, dall'altra ha preannunciato una "rivisitazione" di tutta la disciplina del Codice dei contratti pubblici. In tale contesto, sebbene anche la norma introdotta dallo "sblocca cantieri" contenga anch'essa una "generica" limitazione al subappalto, si tratta pur sempre di una disposizione diversa da quella esaminata dalla Corte di Giustizia. Ne consegue che, in relazione a quanto previsto dalla norma introdotta dallo "sblocca cantieri", non sembra possa affermarsi che la decisione della Corte di Giustizia opera alla stregua dello *jus superveniens*. Tutto ciò pone più di qualche dubbio per l'operatore, se adeguare la *lex specialis* di gara ai principi affermati dalla pronuncia del Giudice europeo, oppure se restare fedele alla norma dello "sblocca cantieri", in attesa che sia eventualmente il giudice amministrativo a valutare se sussistono i presupposti per disapplicare quest'ultima.

Una riflessione a parte deve essere riservata al subappalto delle categorie cosiddette "**super specialistiche**", individuate con il D.M. n. 248/2016⁴. Solo per queste categorie, la legge "sblocca cantieri" ha previsto che non muta il limite al subappalto del 30 per cento, previsto dall'art. 105 del Codice.

⁴ D.M. 10 novembre 2016, n. 248, recante il "Regolamento recante individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50".

A ben vedere, però, il limite al subappalto che il Legislatore ha previsto per le categorie super specialistiche, deriva non già dall'esigenza di impedire le infiltrazioni mafiose, ma dalla necessità di garantire alla stazione appaltante che la prestazione oggetto della categoria di lavori, caratterizzata dall'alto livello tecnologico e di specializzazione, sia eseguita, per buona parte (almeno il 70 per cento), direttamente dall'affidatario. Per tale ragione il Legislatore del nostro Paese ha riservato storicamente a tali categorie una particolare disciplina, che prevede tra l'altro un limite massimo al subappalto (art. 13, comma 7 della legge quadro sui lavori pubblici n. 109/1994 e s.m.i.; art. 37, comma 11 del D.Lgs n. 163/2006)⁵. Peraltro, solo per queste categorie di lavori, il Codice dei contratti pubblici prevede il divieto di avvalimento (art. 89, comma 11).

Ora, se è vero che la Corte di Giustizia ha respinto le obiezioni del Governo italiano, ritenendo che il limite al subappalto previsto dall'art. 105 comma 2 appare eccessivamente generico, oltre che *“indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori”*, è ancor più vero che la stessa sentenza nulla ha detto a proposito del limite al subappalto previsto per le categorie *“super specialistiche”*. In questi casi, infatti, il limite non appare generico, ma circoscritto alle sole categorie di lavori ad elevato contenuto tecnologico e/o di specializzazione. La qual cosa fa sorgere qualche dubbio sul fatto che la sentenza possa naturalmente esplicitare i suoi effetti verso il subappalto di tali categorie. E ciò indipendentemente dal fatto che anche il subappalto di queste ultime oggi è richiamato dalla norma della legge *“sblocca cantieri”* e potrebbe essere rivisto dal Legislatore nell'ambito della complessiva revisione del Codice dei contratti.

⁵ Questo è anche l'avviso espresso dell'AVCP (ora, ANAC), fin dalla determinazione n. 25 del 20 dicembre 2000; in tal senso, si veda anche il preambolo del D.M. n. 248/2016.

A far sorgere più di qualche dubbio che la pronuncia della Corte di Giustizia Europea possa estendere i suoi effetti anche al subappalto nelle categorie super specialistiche, vi è che il quesito pregiudiziale posto dal giudice remittente (TAR Lombardia) alla Corte Europea, riguardava il solo limite al subappalto in generale (art. 105, comma 2) e non anche quanto previsto di specifico per queste categorie (art. 105, comma 5 del Codice).

Difatti, il quesito era il seguente: *«Se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 [TFUE], l'articolo 71 della direttiva [2014/24], il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio [di diritto dell'Unione europea] di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, **quale quella italiana contenuta nell'articolo 105, comma 2, terzo periodo, del [decreto legislativo n. 50/2016], secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture».***

Nessun riferimento, dunque, al subappalto nelle categorie super specialistiche (art. 105, comma 5 del D.Lgs n. 50/2016) ed ai motivi che lo giustificano.

Insomma, il nebuloso quadro normativo-giurisprudenziale come descritto costituisce un terreno minato sul quale sono costretti a muoversi i responsabili del procedimento, chiamati a individuare le regole da applicare nelle procedure di affidamento con estrema cautela, al fine di correre il minor rischio possibile di contestazioni.