

**Il subappalto dopo la sentenza della Corte:
cosa deve fare una stazione appaltante?
Prime riflessioni <<a voce alta>>¹**

di Massimo Gentile

Come noto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 26 settembre u.s. (causa C-63/18), ha dato una "spallata" alla disciplina dettata dall'articolo 105, comma 2, del Codice, nella parte in cui stabilisce che il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

Siffatta restrizione è stata ritenuta dalla Corte non compatibile con la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici.

Ora, in attesa delle iniziative che il legislatore intenderà attuare al fine di "allineare" la norma interna a quella comunitaria, si pone per le stazioni appaltanti il problema di come regolare il subappalto in sede di documentazione di gara.

Occorre premettere che la questione non può considerarsi superabile invocando la circostanza che, ad oggi, l'applicazione della norma interessata dalla sentenza è sospesa e sostituita, fino al 31 dicembre 2020, dalla previsione introdotta dalla Legge n. 55 del 2019, che ha convertito il decreto legge c.d. "sblocca cantieri".

Difatti, secondo tale ultima previsione, *"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"*.

La norma introdotta dallo sblocca cantieri è, dunque, evidentemente soggetta alla medesime critiche mosse dalla Corte, in quanto avente, in sostanza, la stessa struttura limitativa del subappalto dell'articolo 105, comma 2, del Codice, censurato dalla richiamata pronuncia comunitaria.

Ne deriva, secondo l'opinione dello scrivente, l'impossibilità di ritenere la norma attualmente vigente <<estranea>> al problema.

¹ Pubblicato su www.appaltiecontratti.it del 28 ottobre 2019.

Occorre, pertanto, valutare quali sono le possibili soluzioni a disposizione di chi è chiamato a predisporre una documentazione di gara.

Le soluzioni a prima vista ipotizzabili sono tre:

- a. continuare ad applicare la limitazione prevista dall'attuale norma e, dunque, limitare il subappalto ad un massimo del 40% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture;
- b. disapplicare detta norma e, conseguentemente, liberalizzare *in toto* il subappalto;
- c. individuare, in sede *lex specialis* di gara, una disciplina che risulti compatibile con il contenuto della pronuncia della Corte.

E' doveroso premettere che tutte e tre le soluzioni presentano margini di contestabilità.

Proviamo comunque ad esaminarle.

La prima soluzione, ad avviso di chi scrive, presta il fianco alla possibile critica di applicare una disposizione il cui contenuto è stato acclarato che non è in linea con il diritto comunitario. L'effetto è che un concorrente che si ritenesse leso da tale disposizione (in ipotesi, in conseguenza dell'esclusione da una gara per avere dichiarato di voler subappaltare una quota maggiore di quella massima normativamente stabilita) potrebbe presentare ricorso al TAR.

Ebbene - pur senza entrare in questa sede nella disamina degli effetti che una pronuncia della Corte di Giustizia comporta nell'ambito interno di uno Stato aderente all'UE - giova rimarcare che, secondo un pacifico principio, *“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 febbraio 2018, n. 1219)

L'eventuale ricorso potrebbe, quindi, presentare solide chance di riuscita, con ogni correlata ricaduta sulla procedura di gara.

La seconda soluzione potrebbe essere scevra da un rischio del genere.

E', infatti, opinione di chi scrive che la disapplicazione, da parte di una stazione appaltante, della normativa dichiarata <<non compatibile>> con il

diritto UE, potrebbe configurare, di per sé, una scelta legittima non agevolmente contestabile davanti all’Autorità giudiziaria.

Tuttavia, la questione che si verrebbe a porre è di come gestire, in fase esecutiva, un contratto di appalto privo di qualsivoglia limite alla possibilità di subappaltare.

Sarebbe una gestione quantomeno complessa e, soprattutto, priva di riferimenti e supporti normativi e giurisprudenziali.

La terza soluzione, impone uno sforzo di creatività, volto ad individuare, in sede di *lex specialis*, una disciplina che possa ritenersi compatibile con il diritto comunitario.

L’individuazione, da parte di una stazione appaltante, di una disciplina *ad hoc* è, ad avviso di chi scrive, una strada percorribile per due ordini di ragioni.

Una prima, correlata alla circostanza che la già richiamata attuale previsione normativa dispone che “*fino al 31 dicembre 2020 (...) **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*”.

La parte di tale previsione contrastante con il diritto comunitario è, in linea con quanto affermato dalla Corte - seppur in relazione alla previsione di cui all’articolo 105, comma 2, del Codice - quella che “***vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto*** che superi una percentuale fissa dell’appalto pubblico in parola” e, dunque, quella che fissa nella quota del 40% il limite massimo di subappaltabilità delle prestazioni oggetto di appalto.

Viceversa, la medesima previsione, nella parte in cui rimette alle stazioni appaltanti il compito di <<indicare>> il subappalto “*nel bando di gara*”, deve ritenersi esente da profili di criticità circa la compatibilità con il diritto comunitario.

In sede di bando, le stazioni appaltanti, nell’“indicare” la facoltà di subappalto, potrebbero, pertanto, introdurre limitazioni, a condizione che esse non abbiano carattere “*generale e astratto*”, come quelle legate ad un’asettica percentuale.

Del resto, la stessa Corte, nella pronuncia in esame, ha sottolineato che ciò che determina la rilevata incompatibilità è che il divieto di subappalto

trova applicazione “*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)”.*

In sostanza, secondo la Corte, non sarebbe contrastante con il diritto comunitario un'eventuale limitazione del subappalto giustificata in ragione del “*settore economico*” o della “*natura dei lavori*”.

In tal senso, una stazione appaltante potrebbe, in sede di bando di gara, introdurre delle limitazioni alla facoltà di subappalto di natura <<qualitativa>>, correlate a ragioni di carattere tecnico e/o economico che impongono che una parte delle prestazioni oggetto di appalto siano eseguite direttamente dall'affidatario.

Si tratta, chiaramente, di una soluzione che obbligherebbe la stazione appaltante ad accompagnare la scelta con una motivazione che risulti quantomeno scevra da profili di “irragionevolezza” o “abnormità” che, notoriamente, costituiscono il limite alla discrezionalità tecnica delle stesse stazioni appaltanti.

Altre soluzioni non sembrerebbero rinvenibili, salvo quella di mettere la testa sotto la sabbia ed ignorare del tutto il problema.

A ben vedere, vista la confusione, anche questa potrebbe essere una strada da non disprezzare...