

**Il limite al subappalto:  
“l’elastico” della giurisprudenza<sup>1</sup>**

*di Massimo Gentile*

A distanza di quasi due anni dal “terremoto” provocato dalla pronuncia della Corte di giustizia in tema di limiti al subappalto, il legislatore non è ancora intervenuto a risolvere il dubbio che attanaglia le stazioni appaltanti: la facoltà di subappaltare può ancora essere oggetto di (legittime) limitazioni?

Per rispondere al quesito, vale la pena ripercorrere brevemente le tappe della vicenda.

Le disposizioni “incriminate” sono quelle contenute all’art. 105, commi 2 e 5, del Codice, in base alle quali *“l’eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento (n.d.r. attualmente 40 per cento, ai sensi dell’art. 1, comma 18, della legge n. 55/2019) dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture”* e *“Per le opere di cui all’articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l’eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell’importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso”*.

Siffatte previsioni del Codice hanno, come noto, formato oggetto della procedura di infrazione 2018/2273, avviata dalla Commissione Europea nei confronti dell’Italia con atto di costituzione in mora del 24 gennaio 2019; quest’ultimo, al punto 1.3, ha evidenziato il contrasto delle citate disposizioni con le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE<sup>2</sup>.

Nelle more della definizione di tale procedura, è intervenuta la pronuncia della Corte di Giustizia<sup>3</sup>, secondo la quale l’articolo 105 del Codice *“vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell’appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente*

---

<sup>1</sup> Pubblicato su [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

<sup>2</sup> La Commissione conclude affermando che l’articolo 105, comma 2, terza frase, e l’articolo 105, comma 5, del decreto legislativo 50/2016 violano l’articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, l’articolo 63, paragrafo 2, e l’articolo 71 della direttiva 2014/24/UE.

<sup>3</sup> Corte di Giustizia, sez. V, sentenza del 26 settembre 2019 nella causa C-63/18, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta ai sensi dell’articolo 267 TFUE dal TAR per la Lombardia con ordinanza del 13 dicembre 2017 (inerente un appalto di lavori).

*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".*

Pertanto, secondo la Corte, *"la direttiva 2014/24 dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi".*

La Corte UE si è, inoltre, espressa in termini analoghi con una successiva sentenza<sup>4</sup> concernente un appalto pubblico di servizi bandito nel vigore della previgente direttiva 2004/18, affermando la contrarietà all'art. 25 di quest'ultima dell'art. 118, commi 2 e 4, del decreto legislativo n. 163/2006 (oggi abrogato dal d.lgs. 50/2016).

Nel silenzio del legislatore sono intervenute le prime sentenze "interne"<sup>5</sup> che, recependo le indicazioni della Corte comunitaria, hanno affermato che *"la norma del codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l'ordinamento euro-unitario, come affermato dalla Corte di Giustizia"*<sup>6</sup>.

Sempre secondo la giurisprudenza, è considerata contraria al diritto comunitario la previsione di un limite generale all'utilizzo di questo istituto che prescindendo dal settore economico interessato, dalla natura delle prestazioni e dall'identità dei subappaltatori.

L'affermazione di tale principio però non esclude che, in casi specifici, con riferimento a determinate tipologie di appalto come quelle riguardanti le opere superspecialistiche, non possa essere giustificato un limite percentuale all'esperibilità del subappalto in relazione alla natura particolare delle prestazioni da svolgere, in linea con quanto previsto dall'art. 63, paragrafo 2,

---

<sup>4</sup> Sez. V, 27 novembre 2019, nella causa C-402/18.

<sup>5</sup> Per una esaustiva disamina della giurisprudenza successiva alle pronunce della Corte, si veda G.F. Maiellaro e I. Picardi, *"Il limite al subappalto nella tempesta perfetta, tra giurisprudenza e "Milleproroghe"*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it), 22 gennaio 2021.

<sup>6</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101 e negli stessi termini Consiglio di Stato, V, 16 gennaio 2020, n. 389, che ha rilevato come *"i limiti ad esso relativi (30% per cento "dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture", secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata applicabile ratione temporis, deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea)"*.

della direttiva UE n. 2014/24; quest'ultimo stabilisce, infatti, che (anche) nel caso di appalti di lavori, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che alcuni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente<sup>7</sup>.

In questo contesto, vanno segnalate due recenti pronunce del TAR Lazio.

In una prima e più recente pronuncia<sup>8</sup> è affrontato il tema della rilevanza delle richiamate sentenze della Corte di Giustizia relativamente ad appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Come noto, le norme nazionali contrastanti con le disposizioni europee devono essere disapplicate, in virtù del principio di primazia del diritto comunitario. Tuttavia, osserva il Tribunale laziale, tale principio non può assumere alcuna rilevanza per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, atteso che le norme di cui alla direttiva 2014/24 – rispetto alle quali la Corte UE ha affermato il contrasto dell'art. 105 d.lgs. 50/2016 – trovano applicazione, come stabilito dall'art. 4 della stessa, *“esclusivamente agli appalti che abbiano un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie dallo stesso individuate, come periodicamente revisionate ai sensi dell'art. 6 della stessa direttiva”*.

Dunque, per gli appalti sotto soglia, si può, con “moderata tranquillità”, continuare a fare riferimento al limite di legge, senza necessità di dover fornire alcuna giustificazione dell'applicazione di detto limite.

In una seconda pronuncia, risalente alla fine dell'anno 2020<sup>9</sup>, viene rimarcato che la Corte di Giustizia, *“pur avendo censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno nella soglia del 30% dei lavori, non esclude la compatibilità con il diritto dell'Unione di limiti superiori”*, nel senso che la Corte ha sì *“considerato in contrasto con le direttive comunitarie in materia il limite fissato”*, ma *“non escludendo invece che il legislatore nazionale possa individuare comunque, al fine di evitare ostacoli al controllo dei soggetti aggiudicatari, un limite al subappalto proporzionato rispetto a tale obiettivo”*.

---

<sup>7</sup> TAR Toscana, 9 luglio 2020 n. 898.

<sup>8</sup> TAR Lazio Roma sez. III ter 8 febbraio 2021 n. 1575.

<sup>9</sup> TAR Lazio - Roma sez. III quater 15 dicembre 2020 n. 13527 che richiama il precedente della sez. I, del medesimo Tribunale, 24 aprile 2020 n. 4183.

In tal senso, secondo i giudici capitolini, *“non può ritenersi contrastante con il diritto comunitario l’attuale limite pari al 40% delle opere, previsto dall’art. 1, comma 18, della legge n. 55/2019”*.

Ciò in quanto – si legge nella pronuncia - detta previsione non vincola le Amministrazioni, limitandosi a stabilire un *“tetto massimo, in considerazione delle caratteristiche dell’appalto, lasciando alla discrezionalità delle stazioni appaltanti di scegliere la percentuale più adeguata”*.

È, dunque, possibile per una stazione appaltante prevedere un limite alla facoltà di subappalto inferiore al 40% e, dunque, in ipotesi – come nella fattispecie oggetto della sentenza – pari al 30% dell’importo complessivo del contratto di appalto, giustificandolo in ragione della natura altamente specialistica e tecnologica dell’appalto stesso.

La posizione del TAR Lazio è, dunque, quella di considerare il 40% quale *“soglia massima”* del subappalto, derogabile dalle stazioni appaltanti anche attraverso la fissazione di percentuali inferiori – e, dunque, in linea teorica, anche più stringenti rispetto a quella previsto dall’articolo 105 oggetto della *“reprimenda”* europea – purché accompagnate da una giustificazione che, stando al caso oggetto della pronuncia, non dovrebbe assumere un carattere particolarmente rigoroso.

Forse è davvero giunto il momento per il legislatore di intervenire sul tema.

L’impressione è, infatti, che ciò che l’UE ci ha imposto di mettere fuori dalla porta, stia lentamente rientrando dalla finestra...