

# IL SUBAPPALTO ANCORA ALLA RICERCA DI UN PUNTO DI EQUILIBRIO

LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DEL 26 SETTEMBRE 2019, NELLA CAUSA C-63/18

## I LIMITI AL SUBAPPALTO NELLA NORMATIVA INTERNA

La recente sentenza della Corte di Giustizia (Quinta Sezione) del 26 Settembre 2019, nella causa C-63/18, consente di svolgere alcune considerazioni intorno ai limiti, quantitativi in particolar modo, che caratterizzano da circa un trentennio il subappalto nel Diritto interno italiano.

Come noto, l'istituto del subappalto è caratterizzato, nel Diritto interno, da una serie di limiti di natura quantitativa (con riferimento alla quota massima subappaltabile), soggettiva (operatori che possono assumere la veste di Subappaltatori), morali (impossibilità di assumere la veste di subappaltatore per pregiudizi penali o reputazionali in genere) e temporali/procedimentali (fase in cui è possibile chiedere il ricorso al subappalto), economici (limite di ribasso), tutti peraltro funzionali all'autorizzazione, espressa o tacita, da parte del Committente pubblico. La necessità di autorizzazione costituisce, al contempo, il punto di contatto con la Normativa civilistica, applicabile agli appalti privati, e l'anello di congiunzione con la Normativa pubblicistica antecedente alla legge n° 55 del 19 Marzo 1990, da cui hanno preso le mosse tutte le successive e sempre più stringenti limitazioni del subappalto.

Le ragioni di tale progressivo inasprimento dei limiti e delle cautele è, come altrettanto noto, dettato dalla volontà del Legislatore di impedire l'infiltrazione, nella fase di esecuzione - specialmente dei lavori pubblici - e tramite il ricorso al subappalto, di imprese funzionali alle organizzazioni criminali di stampo mafioso.

Diversi commentatori, come anche chi scrive queste brevi note, segnalano da tempo una possibile crisi tra una Normativa interna sempre più vincolistica rispetto alla migliore organizzazione produttiva dell'appaltatore e non solo il divieto di gold plating, ma anche i principi di libera concorrenza alla base dei trattati europei, anche alla luce dei segnali che la Giurisprudenza euorunitaria ha già inviato sul punto.



La disciplina introdotta con l'art. 105 del D.Lgs. n° 50/2016 consentiva il subappalto, sempre previa autorizzazione, entro il limite massimo del 30% dell'importo dell'appalto<sup>1</sup> (art. 105, comma 2: "l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30% l'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture".) con limite del ribasso praticabile dal subappaltatore non superiore al 20%, obbligo di indicazione della terna di candidati Subappaltatori e divieto di assumere la veste di subappaltatore per i soggetti che

avessero presentato offerta nella medesima gara.

Sulla possibilità di limitare così strettamente l'ambito di applicazione del subappalto si è espresso favorevolmente, il Consiglio di Stato, chiamato in via consultiva ad esprimere un parere sugli schemi del D.Lgs. n° 50/2016, ritenendo legittima una regolamentazione più restrittiva della concorrenza e del mercato dei contratti pubblici, ritenendo come prevalenti e superiori non i principi sulle libertà fondamentali dell'Unione Europea, ma quelli sanciti dall'art. 36 del TFUE come l'ordine e la sicurezza pubblica, ritenendo la Normativa italiana sul subappalto conforme, in linea generale, ai dettami dell'Unione Europea<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Più avanti sarà trattata anche la nuova disciplina temporanea introdotta con la Legge 55/2019.

<sup>2</sup> Ad avviso del Consiglio di Stato: "È vero che nemmeno le nuove Direttive, al pari delle previgenti, contemplano espressamente limiti quantitativi al subappalto, salva la possibilità per la stazione appaltante di esigere di conoscere preventivamente i nomi dei Subappaltatori e la facoltà per gli Stati membri di imporre Norme di tutela giuslavoristica. Tuttavia, la complessiva disciplina delle nuove Direttive, più attente, in tema di subappalto, ai temi della trasparenza e della tutela del lavoro, in una con l'ulteriore obiettivo, complessivamente perseguito dalle Direttive, della tutela delle micro, piccole e medie Imprese, può indurre alla ragionevole interpretazione che le limitazioni quantitative al subappalto, previste da Legislatore nazionale, non sono in frontale contrasto con il Diritto europeo".

## LE CRITICHE DELL'ANCE

L'Associazione Nazionale Costruttori Edili (ANCE) ha denunciato alla Commissione Europea le pretese violazioni compiute, in tema di subappalto, dallo Stato Italiano con l'adozione del D.Lgs. 50/2016, in ritenuta violazione delle libertà fondamentali del mercato interno dell'Unione Europea per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di cui alle Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Come evidenziato dall'Associazione, dai considerando delle Direttive si ricava l'intento di introdurre una disciplina sul subappalto (e sull'appalto pubblico in genere) volta a recepire internamente i principi fondamentali contenuti nel trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE): in particolare i principi della libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi nonché i principi sottesi, quali la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la trasparenza. In tale ottica il subappalto viene concepito con la finalità di garantire all'appaltatore la possibilità di costituire, senza specifici limiti, una particolare forma di organizzazione di imprese frutto della sua libertà di disposizione dei singoli fattori produttivi, ma con adeguate garanzie sulla capacità di eseguire l'appalto.

Da tale assunto il subappalto deve, ad avviso dell'ANCE, essere esente da qualsiasi limite di natura quantitativa e qualitativa.

Le critiche all'epoca mosse dall'Associazione dei Costruttori trovavano fondamento in alcuni precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia europea. In questa sede è sufficiente dare conto dei più recenti.

Decisiva risulta la sentenza "Wroclaw" del 14.07.2016 (C-406/2014)<sup>3</sup>. Tale vicenda verteva appunto sulla realizzazione di un'opera pubblica nel territorio polacco, la cui Legislazione imponeva un obbligo di esecuzione diretta dei lavori da parte dell'affidatario pari al 25% dell'importo del contratto (a fronte di una Normativa interna italiana che, nel caso di lavori ricadenti in un'unica categoria o prestazione omogenea, prevedeva nella stesura originaria dell'art. 105, l'obbligo di realizzazione in proprio del 70% dell'opera...).

La Corte di Giustizia ha ribadito la contrarietà al Diritto Comunitario della Norma interna che vieta il subappalto per una quota della stessa commessa, enunciando il seguente principio: "(...) La Direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 Marzo 2004, relativa al coordinamento delle

<sup>3</sup> Tra le altre sentenze della Corte di Giustizia conformi a tale orientamento si segnalano: i) CoNISMa del 23.12.2009 (C305/08); ii) SWN Costruzioni 2 del 10.10/2013 (C-94/12); iii) Ostas Celtnieks Sia del 14.01.2016 (C-234/14).

<sup>4</sup> TAR Lombardia - Milano, Sez. I - sentenza non definitiva 5 Gennaio 2018 n° 28 in Lexitalia.it

<sup>5</sup> Circostanza che, ovviamente, non era sfuggita al Consiglio di Stato nel citato parere "È vero che nemmeno le nuove Direttive, al pari delle previgenti, contemplano espressamente limiti quantitativi al subappalto, salva la possibilità per la Stazione Appaltante di esigere di conoscere preventivamente i nomi dei Subappaltatori e la facoltà per gli Stati membri di imporre Norme di tutela giuslavoristica".

procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (CE) n° 2083/2005 della Commissione, del 19 Dicembre 2005, deve essere interpretata nel senso che un'Amministrazione aggiudicatrice non è autorizzata a imporre, mediante una clausola del Capitolato d'onori di un appalto pubblico di lavori, che il futuro Aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori oggetto detto appalto avvalendosi di risorse proprie (...)"

## LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

Viene oggi in evidenza, nel commento alla recente sentenza della Corte di Giustizia (Quinta Sezione) del 26 Settembre 2019, nella causa C-63/18, il divieto di subappalto oltre il limite massimo del 30 % previsto dal citato art. 105 comma 2.

La questione della compatibilità di detto limite era stata posta dal TAR Lombardia<sup>4</sup>, che aveva sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione del Diritto Comunitario, per verificare se quest'ultimo ostasse all'applicazione delle regole nazionali che, nel settore degli appalti pubblici, impongono che il subappalto non possa superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori.

La previsione di cui all'art. 105, comma 2, del D.Lgs. n° 50/2016 non sarebbe conforme alla Normativa comunitaria, in quanto quest'ultima, in materia di subappalti, non prevede alcuna limitazione quantitativa.

Al riguardo delle limitazioni quantitative, il TAR Lombardia osserva correttamente che "dalla semplice lettura della Norma, l'art. 71 consente l'introduzione di previsioni più restrittive sotto diversi aspetti, ma non contempla alcun limite quantitativo al subappalto"<sup>5</sup>.

Il TAR prosegue citando le sentenze, rese in relazione al previgente quadro normativo dato dalle Direttive 2004/17 e 2004/18, della Corte di Giustizia 5 Aprile 2017 della Quinta sezione, causa C 298/15 Borta UAB e 14 Luglio 2016, Terza sezione, C 406/14 Wroclaw, in relazione agli artt. 49 e 56 del TFUE a tenore delle quali "è interesse dell'Unione che l'apertura di un Bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile" e "il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo".

A ben vedere, è proprio sul tema del maggiore o minore accesso delle piccole e medie imprese al mercato degli appalti pubblici europei il fondamento del dubbio di compatibilità della Norma nazionale con i principi e regole ricavabili dall'art. 49 e 56 TFUE e dall'art. 71 della Direttiva 2014/24, atteso che "La previsione di un limite generale del 30 % per il subappalto, con riferimento all'importo complessivo del contratto, sia per il contratto di lavori, sia per quello di servizi e forniture, impedendo agli operatori economici di subappaltare a terzi una parte cospicua delle opere (70 %), può rendere più difficoltoso l'accesso delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, agli appalti pubblici (...)"

## L'INTERVENTO DELLA COMMISSIONE DELL'UNIONE EUROPEA

Occorre dare conto, prima di passare rapidamente all'esame della sentenza della Corte di giustizia, della posizione, egualmente, che era stata espressa dalla Direzione del Mercato interno, dell'industria, dell'imprenditoria e delle PMI della Commissione dell'Unione Europea. La Direzione ha evidenziato come la Normativa italiana si ponga in contrasto con il Diritto europeo e con le posizioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia.

Per tali ragioni la Commissione ha manifestato un auspicio affinché il Legislatore italiano consideri tali rilievi in previsione di modifiche e correttivi al D.Lgs. 50/2016.

Uno dei suggerimenti della Commissione consiste nell'abolizione del limite generale del 30% e il mantenimento dello stesso solamente per le categorie prevalenti, ovvero il sistema vigente con il D.Lgs. 163/06.

Tali raccomandazioni, come anche gli indirizzi agevolmente deducibili dalla Giurisprudenza eurounitaria non sono stati recepiti nel primo correttivo al Codice dei contratti, introdotto con il D.Lgs. 56/2017, mentre il c.d. Decreto Sbocca Cantieri, convertito in Legge 55/2019 è sì intervenuto sul limite quantitativo in oggetto, ma limitandosi a prevedere una limitata flessibilità, bloccata, sempre, in un limite superiore, ora fissato al 40% "ai sensi dell'art. 1, comma 18, primo periodo, della Legge n° 55 del 2019, fino al 31 Dicembre 2020, fatto salvo il comma 5, in deroga al presente comma il subappalto è indicato dalle Stazioni Appaltanti nel Bando di gara e non può superare la quota del 40% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture"

In questo quadro si inserisce la citata sentenza della Corte di Giustizia della U.E., quinta sezione, 26 Settembre 2019, causa C-63/18.

## LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

La vicenda prende le mosse da una gara indetta da Autostrade per l'Italia per l'affidamento dei lavori di ampliamento della quinta corsia dell'Autostrada A8 tra la barriera di Milano Nord e l'interconnessione di Lainate, per un importo a base di gara pari a 85.211.216,84 Euro.

L'impresa ricorrente è stata esclusa dalla gara per avere superato il limite del 30% previsto, in materia di subappalto, all'art. 105, paragrafo 2, del Decreto Legislativo n° 50/2016.

L'impresa ha proposto ricorso dinanzi al TAR Lombardia per la riammissione alla procedura di gara.

Con sentenza parziale del 5 gennaio 2018 il Giudice del rinvio ha respinto tutti i motivi dedotti dalla ricorrente a sostegno di tale ricorso, salvo quello secondo il quale il limite del 30% in materia di subappalti, previsto dal Diritto italiano, non sarebbe conforme al Diritto dell'Unione.

Il Giudice del rinvio nutre dubbi sulla compatibilità di siffatto limite quantitativo con gli articoli 49 e 56 TFUE, con l'art. 71 della Direttiva 2014/24, nonché con il principio di proporzionalità. La Corte, dopo l'usuale inquadramento normativo eurounita-



rio, dà conto della questione pregiudiziale che il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha deciso di sottoporre alla Corte: "Se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 (TFUE), l'art. 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'art. 105, comma 2, terzo periodo, del (Decreto Legislativo n° 50/2016), secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture".

Nella trattazione della questione vengono in evidenza, nel ragionamento della Corte, i precedenti giurisprudenziali, in parte già citati, a conforto della circostanza che "al pari della Direttiva 2004/18 abrogata dalla Direttiva 2014/24, quest'ultima sancisce la possibilità, per gli offerenti, di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, purché le condizioni da essa previste siano soddisfatte".

Ad avviso della Corte, infatti, come risulta dal considerando 78 della Direttiva 2014/24, è interesse dell'Unione che l'apertura di un Bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile. Il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie Imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo (vedi, in tal senso, sentenza del 5 Aprile 2017, Borta, C 298/15, EU:C:2017:266, punto 48 e Giurisprudenza ivi citata).

L'art. 71 della Direttiva 2014/24 prevede la possibilità, per l'Amministrazione aggiudicatrice, di chiedere o di essere obbligata dallo Stato membro a chiedere all'offerente di informarla sulle intenzioni di quest'ultimo in materia di subappalto, nonché la possibilità per l'Amministrazione aggiudicatrice, a determinate condizioni, di trasferire i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti al contraente principale. Inoltre, il suddetto art. 71 dispone che le Amministrazioni aggiudicatrici possono verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistano motivi di esclusione dei Subappaltatori a Norma dell'art. 57 di tale Direttiva relativi in particolare alla partecipazione a un'organizzazione criminale, alla corruzione o alla frode.

Questo è il punto centrale, atteso che proprio sul contrasto delle organizzazioni criminali ha fatto perno il parere positivo del Consiglio di Stato sul testo dell'art. 105 del D.Lgs. 50/2016.

Tuttavia, prosegue il ragionamento della Corte, alla volontà del Legislatore dell'Unione di disciplinare in maniera più specifica, mediante l'adozione di siffatte Norme, le situazioni in cui l'offerente fa ricorso al subappalto, "non si può dedurre che gli Stati membri dispongano ormai della facoltà di limitare tale ricorso a

una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, al pari del limite imposto dalla Normativa di cui trattasi nel procedimento principale".

L'arresto è inequivoco e supera le pur volitive argomentazioni del Governo italiano.



Il Governo italiano, in continuità con le considerazioni che si ritrovano nei lavori preparatori e nel parere del Consiglio di Stato, assume che sia possibile per gli Stati membri prevedere misure diverse da quelle specificamente elencate nella Direttiva 2014/24, al fine di garantire, in particolare, "il rispetto del principio di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, poiché a tale principio è dedicata una particolare attenzione nel contesto di tale Direttiva".

In particolare la difesa del Governo italiano sottolinea il fatto che la limitazione del ricorso al subappalto sarebbe giustificata alla luce delle "particolari circostanze presenti in Italia, dove il subappalto ha da sempre costituito uno degli strumenti di attuazione di intenti criminosi. Limitando la parte dell'appalto che può essere subappaltata, la Normativa nazionale renderebbe il coinvolgimento nelle commesse pubbliche meno appetibile per le associazioni criminali, il che consentirebbe di prevenire il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nelle commesse pubbliche e di tutelare così l'ordine pubblico".

Sia consentito osservare che l'argomento, evidentemente lontano da considerazioni prettamente giuridiche, è sconcertante, attestando l'incapacità dello Stato italiano ad operare un serio ed effettivo filtro, tramite la moltitudine di controlli a sua disposizione, all'ingresso nella filiera produttiva di imprese contigue alle organizzazioni criminali, per cui l'unica soluzione possibile sarebbe quella di limitare ab origine la quota subappaltabile e limitando così l'infiltrazione criminale, ad una percentuale, absit inuria verbis, "accettabile" o "sostenibile".

Ovviamente, rispetto a tali argomenti, la Corte ricorda che il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, tuttavia, "anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo".

L'intera procedura di affidamento deve rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'art. 18 della Direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità.

Ebbene, la previsione dell'art. 105, con un limite fisso e inelastico del 30%, e conseguente divieto generale e astratto di ricorso al subappalto oltre tale percentuale fissa dell'appalto pubblico peraltro indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei Subappaltatori e che, infine, non lasci alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'Ente aggiudicatore, non appare conforme ai principi appena elencati dalla Corte.

Tale automatismo è ancora più offensivo per i principi eurounitari

nel caso in cui l'Ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei Subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione. Sia consentito: è il caso della procedura di autorizzazione al subappalto prevista nell'ordinamento italiano: non è possibile procedere alla stipula del subcontratto se non prima di aver trasmesso alla Committente la documentazione necessaria alla verifica del possesso dei requisiti morali (tramite interrogazione della Banca Dati Nazionale, iscrizione alle white list, specifiche indagini del Prefetto competente per territorio, interrogazione dell'INPS, INAIL, Cassa Edile, Agenzia delle Entrate), consentendo così alla medesima Committente i più accurati controlli. In fase di esecuzione tale potere di vigilanza e controllo non si esaurisce ma prosegue tramite la periodica acquisizione del DURC, la piena tracciabilità dei pagamenti ed il rinnovo delle verifiche antimafia. Aderendo alle prospettazioni della Commissione, la Corte osserva che misure meno restrittive del divieto generale ed astratto sarebbero idonee a raggiungere l'obiettivo perseguito dal Legislatore italiano, al pari di quelle previste dall'art. 71 della Direttiva 2014/24 e, in linea con le considerazioni espresse dal Giudice del rinvio, rilevando appunto che il Diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali.

La Corte perviene, quindi, con chiarezza, ad affermare che "una restrizione al ricorso del subappalto come quella di cui trattasi nel procedimento principale non può essere ritenuta compatibile con la Direttiva 2014/24".

Da ultimo, la Corte respinge l'argomentazione del Governo italiano, secondo cui "i controlli di verifica che l'amministrazione aggiudicatrice deve effettuare in forza del Diritto nazionale sarebbero inefficaci".

La Corte osserva che ciò nulla toglie al carattere restrittivo della misura nazionale né il Governo italiano ha dimostrato che le diverse disposizioni previste all'art. 71 della Direttiva 2014/24 non possano essere attuate in modo tale da raggiungere l'obiettivo perseguito dalla Normativa nazionale di cui al procedimento principale.

A queste condivisibili considerazioni, si vuole aggiungere che sarebbe opportuna una seria analisi statistica che dia conto della effettiva presenza di imprese colluse o contigue al sistema criminale, rilevata in fase esecutiva.

L'esperienza maturata nella realizzazione di importanti opere infrastrutturali strategiche (e, come tali, sottoposte anche alla misura, più restrittiva dell'ordinaria tracciabilità dei pagamenti, del monitoraggio finanziario come da Delibera CIPE) porta a rilevare la presenza di imprese raggiunte da comunicazioni antimafia interdittive nella misura del 1,5%, come dato al lordo di eventuali annullamenti in sede giurisdizionale. Dato che può essere letto in positivo come conferma dell'efficacia degli sbarramenti apposti e, in negativo, come stimolo per pervenire ad una tendenziale eradicazione di tali imprese dalla filiera produttiva.

Peraltro queste minime considerazioni statistiche esperienziali trovano un conforto laddove alcuni autori non escludono "un calcolo costi-benefici, spesso ritenuto un tabù nell'ambito della

lotta alla mafia”, argomento riferito all’utilizzo spinto delle misure interdittive, poi rivelatisi frettolose, ma che ben può essere applicato alla Normativa in tema di subappalto, attese le enormi conseguenze sul piano della concorrenza <sup>6</sup>.

La Corte, e su questo punto chi scrive è del tutto d’accordo, ritiene che la via per ottenere tale auspicabile risultato, non sia dato dal divieto assoluto di subappalto oltre una percentuale fissa e astratta.

La Corte, pertanto, ha dichiarato che “La Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 Febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve 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”.

## CONCLUSIONI

Le conseguenze della sentenza della Corte, infine, relativamente al divieto di subappalto oltre il limite del 30% sono non solo rilevanti ma spiegano immediatamente la loro efficacia.

Come affermato da tempo dalla Corte di Cassazione “il Giudice nazionale deve disapplicare la Norma dell’ordinamento interno, per incompatibilità con il Diritto Comunitario, sia nel caso in cui il conflitto insorga con una disciplina prodotta dagli organi della C.E.E. mediante regolamento, sia nel caso in cui il contrasto sia determinato da regole generali dell’ordinamento comunitario, ricavata in sede di interpretazione dell’ordinamento stesso da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nell’esercizio dei compiti istituzionali che ad essa sono attribuiti dagli artt. 169 e 177 del Trattato del 25 Marzo 1957, reso esecutivo con Legge 14 Ottobre 1957 n° 1203”. (Cass. 3 Febbraio 1995 n° 1271 e 9 Ottobre 1998 n° 10035).

Peraltro, la disapplicazione avviene sia ad opera del Giudice nazionale che della stessa Amministrazione agente, atteso che le statuizioni interpretative della Corte di Giustizia hanno operatività immediata nell’ordinamento interno.

In questa sede è possibile soltanto fornire un elenco delle principali aree di ricaduta, in primis la crisi della ripartizione tra categorie scorporabili e super-specialistiche, come anche in tema di partecipazione alla gara, atteso che l’attuale (ovvero nel quadro giuridico conseguente alla sentenza della Corte e nelle more di una eventuale diversa Normativa che potrebbe essere emanata) piena subappaltabilità rende molto meno attraente il ricorso alla partecipazione di A.T.I. come anche il ricorso all’avalimento, ovvero agli strumenti che, nel trentennale regime vincolistico, si erano affermati per consentire la partecipazione alla gara di imprese prive di alcuni requisiti qualificanti o necessari in fase esecutiva.



Le principali criticità derivanti dagli effetti della sentenza in commento possono fin d’ora individuarsi nella fase esecutiva di contratti conseguenti a procedimenti di gara svolti nella vigenza del divieto di subappalto oltre il 30%, sia in quanto potrebbero essere presentate richieste di subappalto in misura superiore, rispetto alle quali la Committente dovrebbe disapplicare tale divieto, sia per le ulteriori criticità derivanti dalla impossibilità di disporre di una adeguata terna di Subappaltatori, obbligo altrettanto vigente all’epoca di tali gare ma attualmente sospeso. Due ultime rapide considerazioni, nella consapevolezza che soltanto un chiaro intervento normativo potrebbe portare certezza in ordine alle conseguenze della sentenza della Corte.

In primo luogo, la rimozione del limite quantitativo potrebbe rilevare rispetto al reato di subappalto non autorizzato, nella misura in cui la mancata autorizzazione si configuri nella forma di superamento dell’importo autorizzato.

In quel caso, infatti, il subappaltatore sarebbe egualmente censito ed autorizzato, soltanto per un importo inferiore ma se l’importo non è limitato, dovrebbe concludersi che la rilevanza penale del fatto non sussiste.

L’altro tema, last but not least, è dato dal rapporto tra il principio di Diritto affermato nella sentenza della Corte e l’attuale versione dell’art. 105, dopo la novella della Legge 55/2019 che prevede una limitata flessibilità, bloccata, tuttavia, nel limite superiore del 40% “consentendo alle Stazioni Appaltanti di indicare il subappalto nel Bando di gara in misura non superiore alla quota del 40% dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture”.

La Norma, invero, non mostra sostanziali differenze con la Norma sospesa fino al 31 Dicembre 2020, risolvendosi in un divieto quantitativo altrettanto astratto e generale, anche laddove volesse leggersi la possibilità per le Stazioni Appaltanti di modulare la quota subappaltabile in relazione alla specificità dei singoli appalti, riducendo ancora la percentuale massima del 40%.

Ad impattare con i principi eurounitari ben rappresentati dalla sentenza in commento è il limite superiore del 40% per il quale, in caso di controversia e prevedibile rinvio alla Corte di Giustizia, è ragionevole presumere analogo

destino del limite del 30%. Tuttavia, atteso che tale Norma non ha formato oggetto di esame da parte della Corte, la stessa troverà applicazione salvo un intervento legislativo, con ciò aprendosi il destino delle procedure di gara rette da tale Norma a un ulteriore e prevedibile contenzioso e ritardo nella esecuzione dei lavori, dei quali, in una fase di perdurante e generale stagnazione dell’economia e crisi seria del settore infrastrutturale, sarebbe auspicabile farne a meno.

Ancora un volta, spetta al Legislatore risolvere il contrasto tra la Normativa interna in tema di subappalto, utilizzata come sentinella avanzata nel contrasto alla criminalità organizzata, e i principi eurounitari. ■

<sup>6</sup> R. Sciarone, L. Storiti - “Le mafie nell’economia globale”, Il Mulino, 2019.

<sup>(1)</sup> Avvocato in Milano e Roma