

Incompatibilità con il diritto comunitario del limite generale al subappalto ex art. 105 c. 2 D.lgs. 50/2016

Autore: Puliatti Donatello

In: Appalti pubblici, Approfondimenti, Focus

Problemi teorici e applicativi nascenti dalla sentenza CGE, V sezione, C. 63/18, 26 settembre 2019
Di certo non sorprende la sentenza, resa in data 26 settembre 2019 dalla V sezione della CGE nell'affare 63/18, che sancisce l'incompatibilità del **limite generale al subappalto ex art. 105 c. 2 D.lgs. 50/2016** con il diritto comunitario (da ora in poi, per comodità parlerò più semplicemente di "illegittimità") in relazione ad una procedura di affidamento:

- di importo superiore alla soglia comunitaria;
- indetta prima dell'entrata in vigore del D.L. 32/2019 e della relativa legge di conversione n. 55/2019.

Attraverso varie pronunce richiamate nella stessa sentenza, infatti, i giudici comunitari avevano già segnalato la contrarietà al diritto comunitario di prescrizioni (non solo normative, ma anche contenute in atti di gara) nazionali che, contestualmente:

- vietano il subappalto in misure percentuali astrattamente fissate;
- non consentono alla Stazione Appaltante di vagliare in concreto la sostenibilità, l'opportunità, l'adeguatezza del subappalto prefigurato dall'offerente.

Tuttavia, nonostante non fosse inattesa, la sentenza della CGE è foriera di problematiche applicative tutt'altro che marginali. Le Stazioni Appaltanti, infatti, sono subissate dalle richieste di operatori economici che, a vario titolo, chiedono di conoscere se, ed in che misura, la sentenza sia immediatamente applicabile a procedure di affidamento e/o a rapporti contrattuali in corso.

Credo sia quindi opportuno svolgere qualche considerazione ponendosi nella prospettiva delle Stazioni Appaltanti.

Tralasciando - almeno per il momento - di esprimere valutazioni di merito sulle motivazioni della sentenza, nella presente nota mi occuperò delle seguenti questioni:

1. la portata dell'obbligo conformativo delle Stazioni Appaltanti non evocate nel giudizio a quo rispetto alle statuizioni della CGE che si pronuncia in via pregiudiziale ex art. 267 TFUE e peculiarità della fattispecie in esame (§ 1);
2. lo stato della disciplina del limite generale di subappalto di cui all'art. 105 c. 2 D.lgs. 50/2016 dopo la sentenza CGE (§ 2);
3. la possibilità che l'illegittimità del limite generale del subappalto si estenda anche i) alle gare sotto soglia o di interesse non transfrontaliero (§ 3) e ii) a fattispecie di limiti speciali al subappalto (come ad es. quello previsto dall'art. 105 c. 5 D.lgs. 50/2016).
4. L'obbligo conformativo delle Stazioni Appaltanti non evocate nel giudizio a quo rispetto alle sentenze della CGE ex art. 267 TFUE e peculiarità della fattispecie in esame

Pur senza entrare nelle complicazioni processuali che, a tutt'oggi, conducono a ritenere ancora non pienamente assestato in tutti i suoi aspetti il rapporto tra diritto nazionale e diritto comunitario (si pensi ad es. alla diversità di conclusioni cui pervengono Corte Cost. 269/2017 e Cass. 3831/2018), sono ormai acquisiti i dati:

- della natura mediamente normativa delle sentenze della CGE ex art. 267 CGE;
- della necessità che il primato del diritto comunitario si espliciti nel senso più pervasivo possibile.

Premettendo che il meccanismo del sindacato giurisdizionale diffuso di conformità del diritto italiano al diritto comunitario (che consente al giudice italiano di disapplicare immediatamente il primo in caso di contrasto, senza quindi la mediazione del giudizio di costituzionalità) operi nei casi in cui il parametro normativo comunitario sia dotato di efficacia diretta (così, recentemente, anche la già citata Corte Cost. 269/2017), si ritiene infatti che:

- le stesse sentenze della CGE rese ex art. 267 TFUE abbiano efficacia diretta;
- il potere-dovere di disapplicazione si estenda anche alle stesse Amministrazioni.

E, proprio per quanto riguarda queste ultime, non potrebbe essere altrimenti: anche indipendentemente da assunzioni di principio, convergono in questo senso ragioni di ordine essenzialmente pratico.

Soprattutto qualora, come nel caso de quo, la CGE ravvisi l'incompatibilità di una norma interna con il diritto comunitario, tale norma va considerata inapplicabile e inefficace analogamente alla norma

dichiarata costituzionalmente illegittima (seppur non vi sia una norma comunitaria di tenore simile all'art. 136 c. 1 Cost.) dalla Corte Costituzionale.

Nessun giudice interno l'applicherà più: pertanto, se l'Amministrazione continuasse ad applicarla, il giudice adito per l'impugnazione del relativo atto non potrebbe far altro che rilevarne almeno la falsa applicazione, censurando altresì la connessa violazione delle norme che regolano i rapporti tra ordinamento interno e comunitario.

Più in generale, quindi, le Amministrazioni non evocate in giudizio (quella evocata in giudizio ha paradossalmente il vantaggio di attendere la statuizione del giudice remittente) in presenza di una sentenza CGE non possono limitarsi ad attendere che la relativa statuizione sia **"tradotta" da un giudice interno, o che vi sia qualche interpretazione istituzionalmente iperqualificata o che il legislatore si pronuncia anche retroattivamente: hanno, piuttosto, il munus istituzionale di attuarla immediatamente e nel modo più fedele possibile.**

E così, ad es., in caso di declaratoria di non conformità, come già visto, le Amministrazioni dovranno non applicare la norma interna incompatibile; o, ancora, in un caso in cui non vi fosse un tale esito estremo, ma la CGE dovesse fissare un'interpretazione del diritto comunitario tale da escludere la possibilità che la disposizione nazionale possa essere interpretata ed applicata in determinati sensi, le Amministrazioni dovranno uniformarsi nell'interpretazione e nell'applicazione della stessa.

Volume consigliato

La fattispecie in esame, tuttavia, presenta delle peculiarità piuttosto spiccate.

La sentenza, infatti, demolisce, ma esprime anche la necessità di ricostruire, senza però effettivamente ricostruire (obiettivamente, non si vede come avrebbe potuto farlo, a meno di una motivazione estremamente puntuale che però avrebbe potuto snaturare la stessa funzione giurisdizionale): si crea, così, un vacuum il cui riempimento non pare di pertinenza istituzionale di un soggetto diverso dal legislatore.

Se si fosse limitata nelle motivazioni a dichiarare seccamente l'illegittimità del limite al subappalto, la sentenza sarebbe stata attuabile senza alcuna difficoltà: **essendo illegittimo l'art. 105 c. 2, le Amministrazioni semplicemente non avrebbero dovuto più applicarlo, con la conseguenza che sarebbe stato in astratto ammissibile un subappalto percentualmente incidente anche sulla totalità delle prestazioni contrattuali.**

La CGE, invece, al contempo:

- esprime la necessità che l'offerente svolga almeno una parte "rilevante" del contratto pubblico;
- condanna in sé la tecnica della "presunzione assoluta di inammissibilità" di subappalti che superino una determinata percentuale di incidenza;
- dimostra il favore verso un'analisi evenemenziale, mediante cui l'Amministrazione vagli in concreto la sostenibilità, l'opportunità, l'adeguatezza del subappalto prefigurato dall'offerente (ciò, in particolare, attraverso i richiami ai punti 54 e 55 della sentenza c.d. Borta del 5 aprile 2017, C-298/15).

Una disciplina nazionale conforme dovrebbe quindi assicurare anche l'esigenza opposta (ovvero quella che l'offerente svolga una parte "rilevante" del contratto), imponendo tra l'altro di non trincerarsi attraverso "comode" qualificazioni astratte.

Qui di seguito si immaginano due modelli, con percentuali e senza percentuali.

Nel modello con percentuali si manterrebbe la fissazione di una percentuale, cui si accompagnerebbe una presunzione relativa (e non assoluta) di inammissibilità del subappalto, superabile attraverso un giudizio concreto della Stazione Appaltante in base agli indici (invero scarni) sopra detti. Questo modello potrebbe ben prendere in considerazione anche l'evenienza che, in presenza di determinate circostanze, si attivi il giudizio concreto anche in relazione a subappalti la cui incidenza percentuale non superi il limite predetto.

Nel modello senza percentuali, invece, ogni subappalto prefigurato verrebbe assoggettato al giudizio di ammissibilità in concreto della Stazione Appaltante.

Entrambi i modelli, infine, potrebbero ulteriormente essere complicati, in relazione alla possibilità che per determinate parti e/o categorie di attività vi sia una disciplina più stringente, o che possano essere adottati anche criteri di diversa portata in sede di individuazione di varie fattispecie.

Non interessa, in questa sede, elencare pregi e difetti dell'uno o dell'altro modello.

Interessa piuttosto evidenziare la pluralità delle direzioni che il procedimento nazionale di conformazione alla sentenza comunitaria può assumere.

A mio avviso, la pluralità di direzioni di conformazione è tale che solo il legislatore potrebbe legittimamente costruire una nuova disciplina interna che detti condizioni e limiti del subappalto.

“Quid faciam? Quid agam?”: è questa allora la domanda più ricorrente delle Stazioni Appaltanti, che non possono certo paralizzare l’attività amministrativa in attesa che il giudice rimettente si pronunci nella causa (e fornisca quindi indici di azione seppur nei limiti delle proprie competenze giurisdizionali) o che il legislatore italiano offra una nuova disciplina, ma al contempo non possono ignorare la sentenza.

Lo stato del limite generale al subappalto di cui all’(ormai “fu”) art. 105 c. 2 D.lgs. 50/2016 dopo la sentenza CGE

Vanno primariamente svolte due considerazioni.

In primo luogo, attraverso l’art. 1 c. 18 primo periodo D.L. 32/2019 (per come modificato e sostituito in sede di conversione dalla L. 55/2019), il legislatore ha elevato (transitoriamente fino al 31 dicembre 2020) il limite di cui all’art. 105 c. 2 al 40%, attribuendo alla Stazione Appaltante il potere di scegliere in sede di gara un limite di subappaltabilità, in astratto anche inferiore al 30%.

L’illegittimità riguarda, a mio parere, anche tale ipotesi, in ragione:

- sia della tecnica della presunzione assoluta di inammissibilità (fissata normativamente dal legislatore o discrezionalmente dalla Stazione Appaltante, a seconda che la procedura di affidamento sia stata indetta prima o dopo l’entrata in vigore della L. 55/2019), che il giudice comunitario ritiene infatti illegittima anche nel caso in cui sia fissata discrezionalmente dalla Stazione Appaltante;

- sia del fatto che si tratti, esso stesso, di un limite **generale di subappaltabilità, sorretto dalle stesse esigenze.**

In secondo luogo, la sentenza opera con certezza anche riguardo gli appalti sotto soglia comunitaria, ma di interesse transfrontaliero.

È nota, infatti, la sensibilità con cui i vari attori istituzionali nazionali e comunitari hanno sempre tenuto in considerazione che l’ambito di esplicazione del diritto comunitario degli appalti si applichi anche ad appalti di importo inferiore alle soglie, ma che presentino per l’appunto carattere transfrontaliero. Si pensi proprio all’atteggiamento che ha avuto il legislatore del D.L. “Sblocca cantieri” nell’eliminare la facoltà di escludere automaticamente le imprese che presentino un ribasso superiore alla soglia di anomalia per gli appalti di carattere transfrontaliero.

In questo paragrafo, pertanto, vengono esaminati gli appalti sopra soglia comunitaria o di interesse transfrontaliero, a prescindere se il limite generale al subappalto sia stato fissato normativamente (nel 30% per gli appalti la cui procedura è stata indetta prima dell’entrata in vigore della L. 55/2019) o discrezionalmente dalla Stazione Appaltante (fino al 40% per gli appalti la cui procedura è stata indetta

dopo l'entrata in vigore della L. 55/2019).

In considerazione anche della strutturale retroattività delle sentenze CGE (analogamente alle declaratorie di incostituzionalità nell'ordinamento italiano), è possibile individuare a grandi linee due macro-ipotesi in cui può venire in rilievo l'illegittimità del limite generale al subappalto ex art. 105 c. 2:

1. i contratti pubblici la cui esecuzione sia ancora in corso;
2. le procedure di affidamento non ancora indette, e quelle già indette, ma i cui termini di presentazione delle offerte non siano ancora scaduti.
3. La prima ipotesi, come appena detto, riguarda i contratti pubblici la cui esecuzione sia ancora in corso.

Di fronte alla richiesta di autorizzazione di un subappalto eccedente la misura del 30% (o quella fissata discrezionalmente dalla Stazione Appaltante) si dovrebbe innanzitutto verificare se sia nei documenti di gara, sia nel contratto, l'aggiudicatario si sia riservato di subappaltare con la formula "nei limiti di legge" (o altra analoga). Solo quindi in tali ipotesi si pone il problema di non tener conto del limite massimo, perché diversamente il limite sarebbe già stato fissato dallo stesso offerente.

Muovendo (per simmetria con l'ipotesi di illegittimità dichiarata dalla Corte Costituzionale) dall'assunto che la declaratoria della CGE di illegittimità della norma interna non **travolge né i giudicati, né i rapporti esauriti, bisogna chiedersi se possa ritenersi "esaurito" un rapporto contrattuale in corso.**

La risposta per definizione parrebbe agevolmente negativa (il rapporto è infatti "in corso"!), tuttavia si potrebbe concludere diversamente se si ritenesse che il contratto costituisce una sorta di propaggine necessaria della (e consustanziale alla) procedura di affidamento (questa sì esaurita), in ragione del rispetto della par condicio dei partecipanti.

L'argomento della par condicio però non è convincente, in ragione del principio giurisprudenziale per cui sussiste un onere di immediata impugnabilità non per qualsivoglia clausola illegittima della lex specialis, ma solo per quelle direttamente lesive in quanto immediatamente escludenti.

Una prescrizione della lex specialis limitativa della facoltà di subappaltare è quindi direttamente lesiva solo per quelle imprese che non potrebbero, in ragione di tale limite, ricorrere al c.d. subappalto necessario. Si immagini un appalto di lavori in cui vi sia una sola categoria scorporabile, che incida in misura superiore al 30% (o nella misura massima fissata dalla Stazione Appaltante) e, salvo il limite generale dell'art. 105 c. 2, potrebbe di per sé anche essere subappaltata al 100%, ma non eseguita in

assenza di qualificazione: in tal caso il possesso di qualificazione nella sola categoria prevalente in misura tale da coprire anche la categoria scorporabile non consentirebbe comunque la partecipazione.

Tuttavia, l'affidatario, proprio in quanto tale, non ha subito l'esclusione a causa di tale limite: pertanto, non aveva l'onere di impugnare immediatamente la lex specialis e quindi non si può far ricadere su di lui l'eventuale mancata impugnazione della stessa da parte delle imprese che avessero voluto (e non hanno potuto) partecipare ricorrendo al subappalto necessario.

Inoltre, converge nello stesso senso anche l'art. 106 c. 4 lett. a) D.lgs. 50/2016 che, nel definire "sostanziali" le modifiche contrattuali che avrebbero comportato una diversa composizione della platea dei potenziali partecipanti, le vieta solo nella misura in cui le modifiche non siano altrimenti giustificabili (e tra le altre ipotesi legittime di modifica vi sono anche quelle congiuntamente ampliative e su base meramente discrezionale).

La par condicio, quindi, non si declina in executivis quale frontiera invalicabile, e non pare destinata ad operare in ipotesi minoris generis (rispetto a quelle di cui all'art. 106 D.lgs. 50/2016) in cui la giurisprudenza interviene, a ben vedere, non aggiungendo una facoltà (di ricorrere al subappalto oltre il 30%), bensì ridefinendo il parametro cui la riserva di avvalersi del subappalto rinviava dinamicamente.

Si pone, a questo punto, il problema di stabilire a quali condizioni la richiesta di autorizzazione di un subappalto incidente per più del 30% (o di quella maggiore fissata nella lex specialis) possa essere accolta.

Qui viene in rilievo, giova ribadirlo, tutta la paradossalità della situazione, quasi aporetica, per cui la Stazione Appaltante, nel suo agire necessitato costruirebbe in via interinale, provvisoria, emergenziale una regola concreta di pertinenza ordinaria del legislatore.

Tentando di intercettare le esigenze già evidenziate dalla CGE (esecuzione di parte "rilevante" del contratto da parte dell'affidatario; necessità di effettuare un giudizio in concreto sulla sostenibilità, sull'adeguatezza, sull'opportunità del subappalto), nonché **quelle peculiari (contrasto alla criminalità organizzata) che sorreggevano il limite di cui all'art. 105 c. 2, si potrebbe ragionare come segue.**

La Stazione Appaltante dovrebbe richiedere chiarimenti in ordine alle ragioni concrete (precipuaemente di natura economica, organizzativa, finanziaria) per le quali quel subappalto in misura superiore al 30% (o nella misura fissata dalla lex specialis) sia maggiormente funzionale all'impresa stessa affidataria e/o alla Stazione Appaltante.

Il giudizio della Stazione Appaltante, poi, dovrebbe essere tanto più stringente (in uno con l'onere motivazionale addossato all'impresa) quanto più sia notevole la percentuale di subappalto, ma con una sostanziale presunzione di ammissibilità nel caso in cui non ecceda il 40%.

Una siffatta soluzione reca con sé il problema di imporre all'impresa un onere di chiarificazione non altrimenti sussistente nell'esercizio - per l'appunto tendenzialmente libero - di una facoltà. Tuttavia, ritengo che sia giustificato come strumento in concreto di controllo e di prevenzione di eventuali forme di "abuso" di tale facoltà, anche e soprattutto a protezione di quegli interessi e valori che il limite generale del subappalto intendeva tutelare in via astratta.

Una seconda ipotesi in cui la sentenza CGE in esame può venire in rilievo riguarda le procedure di affidamento non ancora indette, o, al più, quelle già indette ma i cui termini di presentazione delle offerte non siano ancora scaduti.

Prima di individuare quali soluzioni applicative siano possibile, risulta necessario svolgere due considerazioni.

In primo luogo, ragioni di tutela dell'affidamento e di trasparenza, nonché esigenze di speditezza dell'azione amministrativa, impongono invece di lasciare inalterata la *lex specialis* anche per il caso in cui non si sia nemmeno addivenuti all'apertura delle offerte economiche. L'affidatario, in ogni caso, avrebbe le tutele relative all'ipotesi appena esaminata dei "contratti la cui esecuzione è ancora in corso": l'Amministrazione avrebbe inoltre il vantaggio di poter rinviare la decisione (di calibrare la decisione sull'autorizzazione al subappalto eventualmente incidente per più del 30%, o nella diversa misura fissata dalla Stazione Appaltante) ad un momento successivo, potendo quindi "contare" su eventuali decisioni giurisprudenziali, indicazioni provenienti da Istituzioni estremamente qualificate (l'Anac in primis) e/o innovazioni normative.

In secondo luogo, si è ben consci che la seconda subipotesi (relativa, cioè, alle procedure già indette) sia di difficile perimetrazione, nel senso che in molti casi la sentenza sarà stata effettivamente conosciuta dalla Stazione Appaltante in un momento successivo alla scadenza del termine di presentazione delle offerte. In considerazione di ciò, la Stazione Appaltante ha, a mio avviso, un effettivo obbligo di rivedere la *lex specialis* (assegnando un nuovo termine di presentazione delle offerte) solo nelle ipotesi in cui vi sia stata un'istanza (anche informale) da parte di un operatore economico, o, ancor più in generale, sia avvenuto un fatto tale (ulteriore alla mera pubblicazione della sentenza CGE) che l'Ente sia stato effettivamente messo a conoscenza del disposto giurisprudenziale.

Fatte queste considerazioni, va ora esaminato come la Stazione Appaltante possa costruire (o rivedere) la *lex specialis*.

C'è innanzitutto una sostanziale differenza rispetto all'ipotesi sub A).

In fase esecutiva la richiesta di autorizzazione al subappalto presenta un riferimento già concreto e specifico al "candidato" subappaltatore.

In fase di gara, invece, gli operatori economici non hanno l'onere di indicare i potenziali subappaltatori e,

tra l'altro, il legislatore italiano ha di recente assunto una posizione di segno contrario: l'efficacia dell'art. 105 c. 6, che onerava in particolari fattispecie il partecipante di indicare la terna dei subappaltatori, è stata infatti sospesa fino al 31 dicembre 2020 dall'art. 1 c. 18 secondo periodo D.L. 32/2019 (per come modificato e sostituito dalla L. 55/2019).

La necessità che la Stazione Appaltante operi un giudizio in concreto e rifugga quindi da percentuali astratte di inammissibilità dell'appalto implica conseguentemente che la Stazione Appaltante possa e debba avere una cognizione non superficiale del subappalto.

Non basterebbe, all'uopo, che l'offerente indichi almeno uno dei potenziali subappaltatori e le prestazioni contrattuali oggetto del subappalto, ma anche (come già visto nell'ipotesi dei contratti la cui esecuzione sia in corso) che indichi le ragioni concrete (precipuaemente di natura economica, organizzativa, finanziaria) per le quali quel subappalto in misura superiore al 40% (bisognerebbe infatti tener conto della presunzione di ammissibilità di cui all'art. 1 c. 18 D.L. 32/2019) sia maggiormente funzionale all'impresa stessa affidataria e/o alla Stazione Appaltante.

Il giudizio della Stazione Appaltante, poi, dovrebbe essere tanto più stringente (in uno con l'onere motivazionale addossato all'impresa) quanto più sia notevole la percentuale di subappalto, fermo restando che, in sede di gara, tanto l'onere motivazionale da parte dell'impresa partecipante quanto la valutazione della Stazione Appaltante non possano che essere strutturati in termini prognostici, e quindi - seppur lievemente - più ampi.

Questo subprocedimento, tuttavia, sarebbe necessario solo per le ipotesi di **subappalto necessario o qualificante, cioè i casi in cui il partecipante sarebbe escluso se non potesse subappaltare almeno una quota rilevante dell'appalto.**

Diversamente, si discuterebbe di una facoltà di subappaltare, i cui limiti verrebbero individuati nel momento dell'esecuzione: la Stazione Appaltante, pertanto, verificata la "non necessità" del subappalto, potrebbe ammettere l'operatore economico riservandosi di operare il giudizio di ammissibilità del subappalto in fase esecutiva.

La possibilità che l'illegittimità del limite generale del subappalto si estenda anche i) alle gare sotto soglia o di interesse non transfrontaliero; ii) a fattispecie di limiti speciali

al subappalto (come ad es. quella prevista dall'art. 105 c. 5 D.lgs. 50/2016).

Esaminata l'influenza della sentenza in esame riguardo le fattispecie analoghe a quella che ha dato origine al giudizio di fronte alla Corte comunitaria, è necessario spendere ora qualche parola sulla portata espansiva del principio di diritto ivi contenuto.

Come già anticipato nel titolo del presente paragrafo, il problema riguarda in prima battuta gli appalti sotto soglia comunitaria o di interesse non transfrontaliero, cui a parer mio non si applica la sentenza in esame.

La conclusione negativa si basa sull'argomento forte, e direi quasi ovvio e scontato, per cui in sentenza il parametro normativo comunitario assunto come violato è la sola direttiva 2014/24, il cui ambito di applicazione è espressamente limitato, **all'art. 1 c. 1, ai contratti sopra soglia comunitaria, ed investe al più i soli contratti sotto soglia ma di interesse transfrontaliero, come poco sopra accennato.**

Ora, è certamente ben possibile che norme nazionali relative alle procedure sotto soglia si pongano in contrasto con il diritto comunitario: il diritto interno delle procedure sotto soglia non è infatti avulso dal diritto comunitario, non è affatto un'area "franca", dove il diritto comunitario non può penetrare.

Un contrasto è quindi pienamente possibile, ma solo in apicibus iuris: il contrasto, cioè, deve riguardare i principi che sovrintendono all'attività nomopoietica dell'UE o, al più, le norme contenute in regolamenti e/o direttive, che costituiscano applicazione univoca e necessitata dei principi predetti.

Ora, non pare che il limite nazionale al subappalto, giustificato soprattutto da ragioni di controllo della filiera dell'appalto a fini preventivi ed anticriminogeni, possa stridere con taluno dei principi, né pare che nessuna delle norme violate della direttiva ne sia applicazione univoca e necessitata.

La sentenza, tra l'altro, evita ogni riferimento a parametri normativi diversi dalla direttiva, e comunque non fa riferimento alcuno ai principi.

Un altro possibile ambito di esplicazione della sentenza riguarda **le fattispecie di limiti speciali alla subappaltabilità per particolari categorie di lavorazioni, servizi o forniture.**

Viene subito in esame il limite di subappaltabilità per le c.d. categorie s.i.o.s. di cui all'art. 105 c. 5 D.lgs. 50/2016.

La soluzione della questione non è certo agevole, in quanto il giudice comunitario:

- da un lato sembra condannare la tecnica normativa in sé (ovvero la presunzione assoluta di inammissibilità), il che condurrebbe a ritenere illegittimo il limite anche nelle ipotesi speciali;
- dall'altro ritiene illegittimo il solo divieto generale, sulla base di un giudizio di insufficienza, sulle ragioni che lo sorreggono, a limitare in tal modo la libertà d'impresa, ma nulla dicendo in relazione alle ulteriori esigenze che costituiscono la ratio dei limiti speciali al subappalto.

Seppur non si possa certo escludere che la Corte di Giustizia, chiamata a giudicare della legittimità di uno dei limiti speciali, ritenga che l'illegittimità si estenda anche a questi sulla base dello stesso apparato motivazionale, a mio avviso è istituzionalmente prudente, per le Stazioni Appaltanti, non ritenere la sentenza applicabile a tali ipotesi.

Si è infatti già detto che, a seguito della sentenza CGE, si è già creato un vuoto normativo, il cui riempimento è sì di pertinenza legislativa, ma che le Stazioni Appaltanti sono costrette ad "affrontare" (violando seppur transitoriamente il principio di ripartizione dei poteri) solo in quanto la sua creazione è, per così dire, un fatto indubitabile ed acclarato, quasi letteralmente rilevabile.

La stessa estensione alle ipotesi di cui all'art. 1 c. 18 D.L. 32/2019 potrebbe essere, sotto questo profilo, problematica, ma come si è visto vengono in gioco le stesse motivazioni e, pertanto, la sentenza è stata ritenuta applicabile.

Nelle ipotesi in cui sussiste invece un dubbio un po' più corposo, che comunque postula la risoluzione di questioni diverse da quelle oggetto della sentenza (ad es., il giudice dovrebbe giudicare sulla sufficienza delle ulteriori ragioni, giustificative delle ipotesi speciali di limiti al subappalto, a fondare legittimamente i limiti stessi), è invece preferibile che le Stazioni Appaltanti continuino ad operare come in precedenza.

Per le stesse ragioni, dunque, ritengo non applicabile la sentenza CGE in esame anche alle ipotesi di limitazioni discrezionali al subappalto operate dalla Stazione Appaltante:

- nei contratti classificati o caratterizzati da "speciali misure di sicurezza" ex art. 162 D.lgs. 50/2016;
- nei protocolli di legalità (v. sul punto CGE 22/10/2015, n. C-425/14).

In queste fattispecie, infatti, le esigenze che fonda(va)no il limite generale al subappalto si declinano in modo molto più pervasivo, e pertanto un'estensione tout court della sentenza anche a tali ipotesi pare, per il momento, da escludere.

Conclusioni

La sentenza CGE pone particolari problemi applicativi, che spingono le Stazioni Appaltanti a dover ovviare interinalmente e provvisoriamente al vacuum normativo così generato, nonostante tale attività sia ordinariamente di pertinenza del legislatore.

In questa nota mi sono concentrato quasi esclusivamente sull'individuazione delle specifiche ipotesi in cui la sentenza deve essere subito applicata dalle Stazioni Appaltanti e sulle modalità attraverso cui ciò deve avvenire.

Ho ritenuto, quindi, che la sentenza debba essere applicata ai soli limiti generali di subappaltabilità, di cui all'art. 105 c. 2 D.lgs. 50/2016 ed all'art. 1 c. 18 primo periodo D.L. 32/2019 che pertengano alle sole procedure sopra soglia comunitaria o di interesse transfrontaliero.

Si è quindi visto come l'illegittimità di tali limiti operi in caso di contratti la cui esecuzione sia ancora in corso, di procedure di affidamento i cui termini di presentazione delle offerte non siano scaduti e, ovviamente, di procedure di affidamento ancora da indire.

Infine, si è escluso espressamente che la sentenza possa applicarsi alle ipotesi speciali di divieto al subappalto, come quelle relative ai contratti classificati o caratterizzati da speciali misure di sicurezza, o alle quali si applicano i protocolli di legalità.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/incompatibilita-con-il-diritto-comunitario-del-limite-generale-al-subappalto-ex-art-105-c-2-d-lgs-50-2016/>