

Il Subappalto: un problema o un'opportunità?¹

SOMMARIO: *1. Premessa - 2. I differenti obiettivi della regolazione europea e italiana del subappalto - 3. L'analisi del Consiglio di Stato - 4. Genesi ed evoluzione del subappalto - 5. La limitazione quantitativa: un caso di gold plating? - 6. La giustificazione relativa alla tutela delle piccole e medie imprese - 7. I possibili correttivi.*

1.- Premessa

Il subappalto è senz'altro uno degli istituti più tormentati dell'ordinamento dei contratti pubblici.

Ancorchè, infatti, il subappalto abbia ricevuto, nelle diverse direttive europee, un regime normativo piuttosto liberale, il Legislatore italiano si è affannato a presidiarlo di limitazioni e condizioni che ne hanno circoscritto significativamente l'ambito applicativo.

La disciplina più restrittiva è stata dichiaratamente giustificata con l'esigenza di realizzare i preminenti interessi pubblici alla preservazione del mercato dei contratti pubblici da rischi di infiltrazione, proprio attraverso l'uso fraudolento dello strumento del subappalto, della criminalità organizzata (si veda la relazione AIR al decreto legislativo n.50 del 2016).

Senonchè la Corte di Giustizia UE ha ripetutamente affermato il principio (si vedano le sentenze 5 aprile 2017, C-298/15; 14 luglio 2016, C-406/14; 10 ottobre 2013, C-94/12) della difformità dal diritto euro-unitario in materia di appalti pubblici di discipline legislative nazionali che introducano divieti o limitazioni all'operatività del subappalto.

E' vero che le decisioni citate sono state assunte con riferimento alle direttive previgenti, ma è anche vero che le direttive attualmente in vigore non differiscono dalle precedenti, quanto al profilo della limitazione quantitativa, e che la stessa Commissione Europea (investita della questione da un esposto dell'ANCE), ha segnalato nella lettera indirizzata al Governo Italiano in data 30 marzo 2017,

¹ Pubblicato l'11 ottobre 2017 su "L'amministrativista".

l'incompatibilità anche con la direttiva 2014/24/UE (che è vero che, all'art.71, autorizza interventi regolativi più restrittivi, ma per profili della disciplina del tutto diversi da quello puramente dimensionale), di taluni aspetti della regolazione nazionale italiana del subappalto, tra i quali merita di essere esaminato quello afferente alla limitazione al 30% della quota subappaltabile (e al corrispondente divieto di subappalto per il restante 70%).

Senza alcuna pretesa di esaustività nella trattazione del contratto di subappalto, l'analisi che segue resterà circoscritta alla disamina della coerenza con il diritto europeo della suddetta limitazione quantitativa e, comunque, della sua appropriatezza ed utilità, rispetto al (condivisibile) fine dichiarato dal Legislatore italiano.

2.- I differenti obiettivi della regolazione europea e italiana del subappalto

Prima di procedere allo scrutinio in concreto della questione relativa alla *compliance* europea della disciplina nazionale del subappalto, appare, tuttavia, necessario precisare i (diversi e divergenti) obiettivi perseguiti dalla sua regolazione nelle direttive di riferimento e dalla pertinente loro declinazione nel diritto interno.

Mentre il regolatore europeo ha inteso concepire il subappalto come uno strumento che accresce la concorrenza e favorisce l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici (come espressamente enunciato al punto 48 della citata sentenza del 5 aprile 2017 della Corte di Giustizia), quello italiano si è più preoccupato di circondare l'istituto di regole, prescrizioni, adempimenti e divieti che servono principalmente a scongiurare e prevenire l'infiltrazione criminale nel settore dei contratti pubblici.

Come si vede, quindi, l'obiettivo perseguito dalle due regolazioni confrontate si divarica verso direzioni diverse, se non opposte, la cui coniugazione si rivela tutt'altro che agevole.

La discrasia finalistica dei due regimi normativi esige, quindi, una (ri)composizione armonica.

3.- L'analisi del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, nell'esame degli schemi del decreto legislativo di recepimento delle direttive del 2014 e del successivo correttivo, ha esaminato il problema e ha indicato, nella formulazione dei relativi pareri, alcune coordinate valutative, che appare opportuno rammentare.

Il contributo consultivo di palazzo Spada è stato metodologicamente sintetizzato nell'analisi riferita al rispetto del divieto di *gold plating*.

E' stato, al riguardo, chiarito che, se è vero che le direttive europee non autorizzano direttamente limitazioni quantitative al subappalto e che la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE formatasi con riferimento alle direttive previgenti ha precisato l'incoerenza con il diritto europeo di una disciplina che riduce l'ambito operativo oggettivo dell'istituto, è anche vero che una regolazione più restrittiva della concorrenza, come quella italiana, può intendersi, in astratto, giustificata dall'esigenza di tutelare i valori superiori indicati all'art.36 TFUE, tra i quali quelli all'ordine e alla sicurezza pubblica possono essere senz'altro assunti come idonei a legittimare il parziale divieto di subappalto codificato all'art.105, comma 5, d.lgs. n.50 del 2016.

Il Consiglio di Stato, quindi, lungi dal risolvere la questione con formulazioni assertive, e dimostrando, anzi, di avvertirne gli aspetti più problematici, ha correttamente indicato al Governo il fondamento giuridico della scelta esaminata, argomentando in ordine alle ragioni che appaiono (in astratto) spendibili al fine di difendere l'opzione regolatoria più restrittiva e la sua compatibilità con i principi generali del Trattato.

4.- Genesi ed evoluzione del subappalto

Così chiariti i termini della questione, si deve premettere che il subappalto, astrattamente e inizialmente concepito come un negozio *inter alios* afferente alla fase dell'adempimento dell'obbligazione assunta dall'appaltatore, e rispetto al quale l'Amministrazione resta estranea e indifferente, è stato progressivamente trasformato in un contratto, sì derivato da quello (principale) di appalto e circoscritto agli impegni negoziali assunti dall'appaltatore e dal subappaltatore, ma attratto nella sfera regolativa della procedura di scelta del contraente.

Sia la direttiva europea, sia il decreto legislativo di recepimento si sono, infatti, preoccupati di introdurre obblighi informativi ed oneri procedurali finalizzati proprio a consentire alla stazione appaltante di conoscere, in anticipo, le parti della prestazione che si intendono subappaltare e l'identità delle imprese (possibili) subappaltatrici, di controllarne la qualificazione, di verificare l'assenza di cause ostative, di accertare la regolarità contributiva del subappaltatore e il rispetto degli obblighi di sicurezza e di assentire, in definitiva, il sub-affidamento della prestazione a un operatore capace e immune da controindicazioni.

Il subappalto, in altri termini, sembra aver perso i caratteri essenziali di un sub-contratto (che esaurisce la sua efficacia tra le sole parti contraenti), per assumere quelli di un negozio giuridico che produce effetti (diretti e indiretti) anche nei confronti di una parte estranea, ma comunque titolare di un interesse pubblico (come la stazione appaltante), alla trasparente e regolare esecuzione del contratto principale.

Il più visibile riscontro di tale mutazione genetica del subappalto, oltre ai citati doveri informativi, è costituito dal rafforzamento della previsione del pagamento diretto dell'impresa subappaltatrice, che conferma l'estensione di alcuni effetti giuridici del nuovo contratto oltre i confini soggettivi delle sue parti (anche se merita di essere osservato che la maggiore tutela assicurata al subappaltatore rischia di essere vanificata dal ritardo, stigmatizzato anche dalla Commissione Europea, con cui le amministrazioni pubbliche adempiono le loro obbligazioni pecuniarie nei confronti delle imprese creditrici).

L'impresa subappaltatrice, quindi, resta ormai soggetta ai medesimi controlli operati nei riguardi di quella affidataria e, pur non assumendo la veste di contraente della stazione appaltante, acquisisce una posizione soggettiva che si riflette anche nella sfera di quest'ultima.

Si tratta, quindi, di uno schema contrattuale che presenta significativi profili di atipicità, nella misura in cui produce taluni (importanti) effetti di diritto nei riguardi di un soggetto estraneo al vincolo negoziale (la stazione appaltante).

5.- La limitazione quantitativa: un caso di gold plating?

Resta, quindi, da verificare se, a fronte di una regolazione siffatta, le esigenze di prevenzione delle infiltrazioni criminali valgono ancora a giustificare il *gold plating* o, in ogni caso, l'introduzione di una disciplina del subappalto più restrittiva di quella europea.

La limitazione quantitativa, infatti, appare idonea a scongiurare la penetrazione della criminalità organizzata nel "mercato" degli appalti pubblici in un contesto regolatorio in cui la stazione appaltante difetta di adeguati strumenti di controllo sull'integrità e sulla qualificazione delle imprese subappaltatrici.

In una situazione siffatta, a ben vedere, il subappalto si potrebbe prestare ad essere fraudolentemente utilizzato per eludere le regole delle procedure di aggiudicazione e per acquisire indebitamente, nella fase di attuazione del contratto, commesse frutto di intese illecite o, addirittura, di estorsioni.

Se, infatti, il subappalto resta confinato alla fase esecutiva dell'appalto e sfugge a ogni controllo amministrativo, senza, in particolare, che sia dato alla stazione appaltante di poterne verificare ex ante la correttezza (in tutti i profili che rilevano), il rischio di un suo utilizzo distorto e inquinato diventa grave e allarmante.

Ove, invece, la regolazione positiva del subappalto permette (anzi: impone) un controllo di tutti i requisiti di qualificazione e una verifica dell'assenza di cause ostative in capo all'impresa subappaltatrice, le esigenze di prevenzione di infiltrazioni criminali si rivelano meno preganti e, forse, inidonee a giustificare la riduzione dell'ambito di operatività dell'istituto.

O, meglio, il (sacrosanto) obiettivo di assicurare l'integrità dei contratti pubblici e la loro immunità da infiltrazioni mafiose può intendersi già compiutamente raggiunto per mezzo delle altre (ricordate) misure afferenti agli obblighi informativi e agli adempimenti procedurali che attengono al controllo della trasparenza del sub-affidamento.

Gli oneri procedimentali già segnalati paiono, infatti, esaurire ogni esigenza regolativa che serva alla stazione appaltante ad impedire il subappalto a imprese inquinate da controindicazioni mafiose o non qualificate.

Ma, se è così, allora la limitazione (puramente) quantitativa rischia di perdere quella giustificazione astrattamente riconducibile alle esigenze di tutela dei valori dell'ordine e della sicurezza pubblica e finisce, invece, per frustrare gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favore per l'accesso delle PMI agli appalti pubblici.

Anzi, più precisamente, la restrizione dell'operatività dell'istituto si presta a una censura di difetto di proporzionalità, nella misura in cui il divieto di subappaltare il 70 % della prestazione dovuta non appare funzionale al perseguimento del valore dell'integrità del mercato degli appalti pubblici o, comunque, non risulta lo strumento più efficace ed utile al soddisfacimento di quell'interesse.

6.- La giustificazione relativa alla tutela delle piccole e medie imprese

Resta, ancora, da verificare se la limitazione esaminata possa trovare una giustificazione (diversa da quella dichiarata) nell'esigenza (pure da taluno indicata come vera ragione del parziale divieto introdotto dal Legislatore italiano) di proteggere le piccole e medie imprese dai rischi di "sfruttamento" a cui possono restare esposte nelle dinamiche imprenditoriali afferenti al subappalto.

Secondo questa differente lettura della questione, la misura limitativa servirebbe, oltre che a scongiurare deviazioni inquinate del mercato dei contratti pubblici, a rafforzare la posizione delle piccole e medie imprese per mezzo dell'induzione alla ricerca di accordi in associazioni temporanee di imprese che attribuiscono loro la veste formale (con le connesse tutele) di parti contraenti dell'Amministrazione.

Il paradosso di tale esegesi è che il subappalto, concepito in sede europea come un'opportunità e un vantaggio per le piccole e medie imprese, viene, da questa interpretazione, qualificato come un problema per la medesima categoria di operatori.

L'aporia, a ben vedere, è solo apparente, non essendo dato di ravvisare alcuna contraddizione logica nel rilievo che lo strumento del subappalto, di per sé idoneo, in astratto, a favorire l'accesso ai contratti pubblici delle piccole e medie imprese, possa essere strumentalizzato, laddove usato in maniera distorta, dalla parte più forte (l'impresa aggiudicataria) al fine di "sfruttare" la posizione di debolezza degli operatori rimasti estranei al circuito delle aggiudicazioni.

La prospettazione esaminata, in sintesi, merita rispetto, nella misura in cui si fonda sull'argomentazione (del tutto plausibile e realistica) della preordinazione della misura limitativa in questione proprio alla garanzia di una maggiore tutela della categoria di imprese che, invece, dovrebbero essere avvantaggiate dalla liberalizzazione del subappalto.

Senonchè, anche qui, la soluzione più appropriata non appare quella del divieto, ancorchè parziale, di subappalto, che si risolverebbe, comunque, in una misura, di dubbia compatibilità europea e, in ogni caso, produttiva dell'effetto della riduzione dell'operatività di uno strumento che, se rettamente usato, appare concepito e strutturato proprio per agevolare l'accesso delle piccole e medie imprese al settore degli appalti pubblici.

Se è vero, infatti, che le piccole e medie imprese restano libere, anche con la limitazione quantitativa, di partecipare alle procedure di aggiudicazione come co-offerenti, è anche vero che lo strumento del subappalto appare come quello più utile ed efficace (rispetto a quello dell'associazione temporanea di imprese) a garantire il loro accesso ai contratti pubblici (in coerenza con l'obiettivo stabilito dal secondo considerando della direttiva 2014/24 UE).

Non è, infatti, in alcun modo dimostrato che gli accordi partecipativi incentivati dal parziale divieto di subappalto garantiscano di più le piccole e medie imprese,

come, peraltro, espressamente chiarito dalla CGUE nella recente sentenza 5 aprile 2017.

Il subappalto, infatti, se circondato da ulteriori garanzie di protezione delle imprese subappaltatrici e dei loro dipendenti, sembra assicurare in maniera più duttile ed effettiva l'acquisizione di segmenti contrattuali ai quali le PMI dovrebbero altrimenti accedere per mezzo di ATI (nelle quali, forse, la loro posizione di debolezza le esporrebbe a un trattamento ancora meno garantito).

Non solo, ma, soprattutto, la partecipazione delle PMI come co-offerenti le espone ad assumere responsabilità contrattuali dirette nei riguardi della stazione appaltante, mentre con il subappalto la responsabilità resta intestata, in via esclusiva, in capo all'impresa aggiudicataria, con un evidente vantaggio per quelle subappaltatrici (oltre che per la stessa Amministrazione, che rimane garantita dall'operatore che ha selezionato).

I correttivi al problema (correttamente segnalato) vanno, allora, ricercati altrove e con interventi diversi dalle limitazioni quantitative, come meglio di seguito precisato.

7.- I possibili correttivi

Una soluzione equilibrata ai profili di incoerenza tra le due normative potrebbe, allora, essere ravvisata nella rimozione della limitazione quantitativa (o in una sua rimodulazione, come appresso suggerito) e nella contestuale adozione di misure, legislative, ma anche afferenti al potere di indirizzo dell'ANAC, che servano a impedire la traslazione dell'esecuzione dell'appalto a imprese infette o che non garantiscano la qualità delle prestazioni subappaltate ovvero, ancora, che non risultino adeguatamente tutelate (evitando, ad esempio, che nel sub-affidamento la decurtazione del corrispettivo rischi di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto, oltre alla posizione dei dipendenti dell'impresa subappaltatrice).

Più che ridurre l'ambito oggettivo di operatività dell'istituto, servono, in definitiva, regole che permettano alla stazione appaltante di verificare che le prestazioni subappaltate siano eseguite correttamente, da imprese qualificate e immuni da contaminazioni mafiose, tanto che la stessa Corte di Giustizia UE ha giudicato legittimo il divieto di subappalto nella sola ipotesi in cui l'Amministrazione non ha potuto verificare la capacità dei subappaltatori indicati (CGUE, 18 marzo 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01), e che restino adeguatamente protette nel rapporto contrattuale con l'impresa aggiudicataria.

Come si è già rilevato, l'apparato regolatorio vigente garantisce in larga misura tali obiettivi, ma lo sforzo di prevenzione dei rischi di infiltrazioni criminali e di garanzia della qualità della prestazione può essere implementato accrescendo i controlli, e non vietando (in tutto o in parte) il subappalto.

In questa prospettiva, lo strumento del subappalto può recuperare la sua reale funzione di promozione della concorrenza e di apertura del mercato alle piccole e medie imprese (come voluto proprio dal regolatore europeo).

Se, poi, si intende evitare che l'impresa aggiudicataria si spogli per intero dell'appalto e prescrivere, quindi, che esegua almeno una parte della prestazione, si potrebbe immaginare una modifica che inverta le quote (e che vieti, quindi, il subappalto del 30%, invece del 70%, dell'importo).

Una modifica così concepita resisterebbe con maggiori chances di successo alle contestazioni europee, nella misura in cui si fonda sulla ragionevole e proporzionata esigenza di garantire che l'operatore economico affidatario realizzi almeno una porzione dell'appalto.

Occorre, in definitiva, selezionare gli interventi regolativi in modo da garantire, sì, la protezione dei contratti pubblici dai tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata e dai rischi di distorsioni nelle dinamiche imprenditoriali del sub-affidamento, ma senza sacrificare l'obiettivo, a cui risulta dichiaratamente preordinata la previsione europea del subappalto, dell'apertura alla concorrenza e, segnatamente, dell'accesso al mercato delle piccole e medie imprese.

Carlo Deodato

Presidente Sezione giurisdizionale C.g.a.

Pubblicato il 13 ottobre 2017