

I limiti al Subappalto e la possibile soluzione nell'o.e.p.v.¹

Avv. Arrigo Varlaro Sinisi.

A poco più di un anno dalla nota sentenza della Corte di Giustizia (sentenza 26 settembre 2019, causa C-63/18), continua ad esserci incertezza su quale sia il limite consentito al “subappalto”.

In giurisprudenza è controverso se quanto stabilito dalla Corte Europea - a proposito del fatto che il limite massimo al subappalto (30 %) previsto dell'art. 105 comma 2 del D.Lgs n. 50/2016 è in contrasto con le direttive comunitarie, che al riguardo nessun limite prevedono - debba trovare applicazione anche al maggior limite al subappalto (40 %) previsto fino al 31 dicembre 2020 dall'art. 1, comma 18, del d.l. n. 32 del 2019 (conv. in legge n. 55 del 2019).

Taluna -peraltro discutibile- giurisprudenza² ritiene che il principio stabilito dalla richiamata pronuncia della Corte Europea travolge anche il maggior limite al subappalto introdotto dal d.l. n. 32/2019; secondo altra ciò non accadrebbe sia perché la Corte Europea non ha preso in considerazione il maggior limite del 40%, sia perché quest'ultimo è introdotto in misura temporanea da una normativa eccezionale³.

Spetta al legislatore risolvere il dilemma, individuando un punto di equilibrio tra quanto stabilito dalla Corte Europea e l'esigenza di contenere il subappalto entro certi limiti.

Il disegno di legge europea 2019-2020, che pure introduce talune modifiche alla disciplina del subappalto, nulla ha fino ad ora previsto a tal riguardo. In

¹ Il presente contributo è in corso di pubblicazione su www.appaltiecontratti.it .

² Tra le altre, v. TAR Valle D'Aosta 3 agosto 2020 n. 34

³ Tra le altre, v. TAR Lazio 24 aprile 2020 n. 4183

manca di un intervento normativo che intervenga prima della fine dell'anno, dal 2021 tornerà ad essere operativo il limite del 30 % previsto dal comma 2 dell'art. 105, se non fosse che lo stesso non potrà essere proprio in virtù di quanto stabilito dalla Corte Europea.

In attesa che il legislatore risolva il dilemma su quale sia il limite al subappalto (sempre che ve ne debba essere uno) affinché questo sia compatibile con le direttive europee, le stazioni appaltanti devono iniziare a fare i conti con la possibilità che il subappalto possa essere ammesso senza limitazioni normative.

Potrebbe quindi accadere che una stazione appaltante selezioni il soggetto affidatario, e con esso l'offerta tecnica da questi presentata, salvo poi che il contratto sarà eseguito da un terzo: il subappaltatore.

Vero è che la richiamata sentenza della Corte Europea lascia intendere che gli enti aggiudicatori possono, di volta in volta, prevedere una limitazione al subappalto, ma questa dovrà essere dettata da esigenze di natura tecnica che la stessa stazione appaltante dovrà evidentemente motivare in sede di *lex specialis* di gara.

Una possibile diversa strada per limitare i casi in cui il contratto sia eseguito da un soggetto diverso dall'aggiudicatario, potrebbe essere procurata dall'o.e.p.v., laddove questa sia il criterio scelto per aggiudicare l'appalto.

La *lex specialis* di gara potrebbe prevedere, infatti, un punteggio premiale per il concorrente che dichiara che meno si avvarrà del subappalto. Sempre tuttavia che non si verifichi una commistione tra elementi rilevanti per la partecipazione alla gara ed elementi determinanti ai fini della valutazione della offerta tecnica.

A tal riguardo, la giurisprudenza ha affermato che la clausola della *lex specialis* che premia con un punteggio aggiuntivo l'offerta dell'operatore che subappalta la minor quota dell'appalto non può ritenersi discriminatoria né ingiustificatamente limitativa della libertà di stabilimento e della libera concorrenza, avendo essa lo scopo non di precludere bensì semplicemente di scoraggiare il ricorso ad una modalità di esecuzione dell'appalto, il subappalto, che per natura è idoneo a creare problemi che si riflettono sulla corretta esecuzione dell'appalto e sul rispetto di alcune norme a carattere

imperativo (ad esempio, rispetto degli obblighi previdenziali per i dipendenti del subappaltatore; rispetto di norme a tutela dell'ambiente)⁴.

Ricapitolando, se non interverrà il legislatore a trovare il giusto punto di equilibrio tra il diritto dell'appaltatore di ricorrere al subappalto e l'esigenza della stazione appaltante a che le prestazioni siano eseguite dal soggetto che ha presentato la migliore offerta tecnica, lo potranno fare le stazioni appaltanti, nei limiti di cui sopra detto.

⁴ In tal senso, v. Tar Piemonte 11 maggio 2018, n. 578; a proposito dei limiti nella commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e i criteri oggettivi di valutazione dell'offerta, di recente si v. Cons St. 17 marzo 2020, n. 1916, secondo cui con Codice del 2016 il divieto di commistione tra requisiti soggettivi e elementi dell'offerta si è attenuato rispetto al precedente Codice del 2006. In argomento si veda anche ANAC, Linee Guida n. 3 sull'o.e.p.v. .