

31 Gen 2020

La Corte Ue «riboccia» i subappalti italiani: no all'esclusione automatica per carenze dei subaffidatari

Mauro Salerno

Arriva una nuova bocciatura del codice appalti da parte della Corte Ue. Nel mirino dei giudici europei tornano ancora una volta le regole sui subappalti. Questa volta non si tratta di stroncare - come è stato fatto più volte - i limiti percentuali ai subaffidamenti ma di valutare la legittimità della clausola che impone di escludere dalla gara un concorrente, per la mancanza di un requisito richiesto a un suo subappaltatore. Per la Corte (sentenza n. C-395/12, pubblicata ieri) la norma che in questi casi prevede l'esclusione automatica di tutta la compagine, senza che all'impresa principale sia data la possibilità di difendersi e provare la propria affidabilità (anche solo sostituendo il subappaltatore), non è legittima perché contrasta con il principio generale di proporzionalità del diritto europeo, che impone di commisurare le azioni e le sanzioni agli obiettivi perseguiti dalle norme.

A chiamare in causa la Corte Ue è stato il Tar Lazio. La sentenza riguarda un ricorso presentato da Tim contro l'esclusione da una gara Consip bandita nel 2016. Nel corso della procedura di selezione, uno dei subappaltatori indicati nella terna fornita da Tim è risultato non in regola con le norme sull'accesso al lavoro dei disabili. Consip ha quindi disposto l'esclusione dalla procedura di Tim, in applicazione del codice appalti (articolo 80, comma 5). Di qui il ricorso e l'approdo di fronte ai giudici europei, chiamati dal Tar a valutare la compatibilità della norma del codice con le direttive europee.

No al cartellino rosso automatico

Con la sentenza di ieri, la Corte ha prima di tutto chiarito che il diritto dell'Unione non impedisce che una normativa nazionale, come quella italiana, possa prevedere l'esclusione o addirittura l'obbligo di escludere l'impresa offerente qualora a carico di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta venga constatato un motivo per farlo. Tuttavia, i giudici sottolineano che, alla luce del principio di proporzionalità, è illegittimo qualsiasi automatismo in questo processo, senza dare all'impresa la possibilità di dimostrare la propria affidabilità malgrado la constatazione di una violazione.

Nel corso del dibattito, Tim aveva contestato che «la constatazione di un motivo di esclusione riguardo ad un subappaltatore» potesse «condurre all'applicazione di una sanzione più grave della sostituzione dello stesso subappaltatore». Anche perché la società avrebbe potuto comunque avvalersi «degli altri due subappaltatori in relazione ai quali non era stata riscontrata alcuna causa di esclusione, tenendo peraltro presente che il ricorso al subappalto non era indispensabile per eseguire l'appalto, dato che Tim era in possesso di tutti i requisiti necessari per eseguire, da sola, le prestazioni in questione».

Da un punto di vista strettamente procedurale, i giudici non contestano che «l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha

presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di tale operatore venga constatata una violazione degli obblighi» normativi. Ma nel farlo «le amministrazioni aggiudicatrici devono prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità, prendendo segnatamente in considerazione il carattere lieve delle irregolarità commesse o il ripetersi di irregolarità lievi». «Tale attenzione - continua la sentenza - deve essere ancor più elevata qualora l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'operatore economico che ha presentato l'offerta per una violazione commessa non da lui direttamente, bensì da un soggetto estraneo alla sua impresa, per il controllo del quale detto operatore può non disporre di tutta l'autorità richiesta e di tutti i mezzi necessari».

Il problema è che la norma del codice messa sotto esame dal Tar e dalla Corte Ue non consente tali valutazioni. E anzi prevede l'esclusione automatica dell'impresa anche per una violazione commessa da un subappaltatore. Per questo, dicono i giudici europei, la norma è incompatibile con le direttive Ue e va bocciata.

Attualità della norma sospesa dallo sblocca-cantieri

Per completare il quadro va detto che la decisione della Corte europea riguarda norme in questo momento non operative. Non che siano state cancellate. Fanno però parte di quel pacchetto di regole del codice appalti «congelate» fino al 31 dicembre 2020 dal decreto sblocca-cantieri (DL 32/2019). Tra le misure sospese rientrano infatti sia l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori con l'offerta che quello di eseguire in sede di gara le verifiche sul possesso dei requisiti da parte dei subappaltatori. Lungi dal ridimensionare la portata della decisione dei giudici europei, questo aspetto accresce invece l'importanza della decisione, tracciando la strada che il Governo dovrà seguire quando tra pochi mesi (se non prima) sarà costretto a rimettere mano alla questione.

Discrezionalità delle stazioni appaltanti

C'è un altro punto che la sentenza della Corte Ue impone di non sottovalutare. In fondo, la pronuncia costituisce l'ennesimo richiamo all'esercizio della discrezionalità (consapevole) delle stazioni appaltanti. Una questione che in Italia viene affrontata solo sotto gli input spediti dalle istituzioni europee e che per questo in passato ha generato e tuttora rischia di generare continui ottovolanti normativi. Fenomeni come lo «sciopero della firma» o la marcia indietro sulla soft law dell'Anac insegnano che, al di là delle dichiarazioni di principio, le stazioni appaltanti italiane- soprattutto quelle di minori dimensioni e competenze - in un settore ad alto tasso di litigiosità come gli appalti chiedono proprio automatismi e "salvacondotti" più che responsabilità.

Subappalti nel mirino

Non è la prima volta che l'Europa si occupa dei subappalti italiani. La sentenza di ieri si aggiunge alla lettera di messa in mora sul codice inviata dalla Commissione europea un anno fae alle altre sentenze con cui gli stessi giudici hanno già bocciato la previsione di untetto generale al subappalto(40% fino al 31 dicembre 2020) e la norma che fissa al 20% il limite massimo di ribasso dei prezzi di aggiudicazione che l'appaltatore può praticare nei confronti dei propri subappaltatori .