

08 Mag 2020

Costi Covid, anche il subappalto «europeo» per riequilibrare il contratto con la Pa

Massimo Frontera

Applicazione del subappalto "originale", cioè quello previsto dalla direttiva europea 2014/24/UE che, come noto, tra le altre cose, non prevede limiti quantitativi fissati dal codice dei contratti italiano. C'è anche questa tra le possibili richieste delle imprese nei confronti della stazione appaltante, al fine di realizzare un necessario riequilibrio contrattuale pattizio per compensare le difficoltà tecnico-economico-organizzative imposte dagli effetti della pandemia. La voce «autorizzazione espressa all'utilizzo del subappalto nel rispetto delle previsioni europee» si legge all'ultimo punto di un elenco di possibili otto richieste di modifica contrattuale, indicate in un modello redatto dall'Ance, che l'impresa chiede di definire consensualmente alla controparte pubblica.

Più esattamente, la lista è inclusa in un modello di istanza da inviare a committente, nelle persone del responsabile del procedimento, del coordinatore della sicurezza e del direttore dei lavori. Il modello (insieme a un "gemello" pensato per le imprese che lavorano con committenti privati) è stato comunicato in forma riservata agli associati lo scorso 22 aprile.

Per completezza, le altre sette possibili richieste di modifica contrattuale sono le seguenti: aggiornamento del Psc; riconoscimento dei maggiori oneri e costi della sicurezza; "concordamento NP e applicazione dei meccanismi compensativi per incremento del costo delle materie prime"; proroga del termine di ultimazione lavori; riduzione del tempo e/o dell'importo di emissione del Sal; riduzione dei termini di pagamento. Infine, come si diceva, tra le misure ritenute importanti da accogliere nella perizia di variante per riequilibrare il "sinallagma contrattuale" viene incluso il subappalto "puro", dove per puro si intende né più né meno quello previsto dalla direttiva europea, cioè senza limite di importo.

Le sentenze Ue sul subappalto

Come è noto, il subappalto è un tema che ha impegnato spesso il giudice amministrativo, e in modo particolare quello comunitario. Il limite percentuale al subappalto contenuto nel codice appalti è stato per la prima volta censurato dalla sentenza C-63/18 della Corte Ue del 27 settembre 2019 con un dispositivo cristallino: «la direttiva 2014/24/UE ... 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». Poco più tardi, lo stesso anno, con la sentenza C-402/18 del 27 novembre, la Corte ha confermato la censura sul limite del 30% aggiungendo che la direttiva «osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione». Dopo aver valutato la motivazione fornita dall'Italia - il contrasto delle infiltrazioni criminali nel ciclo economico degli appalti pubblici - il giudice comunitario ha risposto che ci sono altri modi per raggiungere lo scopo. «La Corte - recita la sentenza Ue - ha già dichiarato 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 norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE ... Tuttavia, anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella oggetto del procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo».

La sentenza del Tar

Lazio Dopo questo potente "1-2" europeo, il limite al subappalto sembrava messo al tappeto. E invece, recentemente, il giudice amministrativo italiano ha riaperto la questione. La sentenza del Tar Lazio n.4183/2020 del 24 aprile scorso che invece - reinterpretando la corte Ue - ha di fatto ritenuto legittimo che il legislatore nazionale possa individuare comunque un limite proporzionato rispetto all'obiettivo del contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata. Peraltro, la sentenza è stata accolta positivamente dalle organizzazioni sindacali, da sempre contrarie al "subappalto libero" della direttiva Ue. In questo quadro "rimescolato" - in cui però alcune grandi stazioni appaltanti, come Anas e Ferrovie, sembrerebbero seguire ancora il Dlgs 50 - si inquadra il documento dell'Ance. Documento che, di fatto, apre alla possibilità di declinare l'applicazione del subappalto seguendo le direttive Ue e non più il codice.

Ance: contraria al subappalto al 100%

Sul subappalto l'Ance ha una posizione "europeista". Il subappalto è «una metodologia di organizzazione dei vari fattori della produzione», affermava il presidente dell'Ance Gabriele Buia in un intervento pubblicato da questo giornale il 29 maggio 2019 in occasione del decreto sblocca-cantieri (prima delle due citate sentenze Ue ma dopo la procedura di infrazione comunitaria avviata a gennaio 2019 contro l'Italia). «Non appare accettabile - sostiene Buia - che l'utilizzo del subappalto sia rimesso ad una scelta discrezionale di ogni singola stazione appaltante da effettuare gara per gara». L'Ance cioè è contraria alla possibilità di indicare in ciascun bando limiti diversi di subappalto. Ma allo stesso tempo si dice contraria a una deregulation totale: «non siamo favorevoli - afferma sempre Buia - alla possibilità che il subappalto sia completamente libero perché questo significherebbe una destrutturazione del settore».

Di fatto, riaprire il tema subappalto inquadrandolo nel ripartenza della Fase 2 del Covid-19 non passa inosservato.

Il modello di istanza dell'Ance per il riequilibrio dei contratti

La sentenza Ue C-64/18 del 26 settembre 2019

La sentenza Ue C-402/18 del 27 novembre 2019

La sentenza del Tar Lazio n.4183/2020