

Appalti 23 Dicembre 2020

# Subappalto, sul limite del 40% giudici su fronti opposti

di Roberto Mangani

◀ Stampa

## In breve

**Sentenze in contrasto: il Tar Lazio legittima la norma nazionale, il Consiglio di Stato la disapplica**

Ancora orientamenti giurisprudenziali discordanti in tema di subappalto, in particolare in relazione alla previsione di un limite quantitativo per il ricorso allo stesso. Così, da un lato il Tar Lazio con una pronuncia del 15 dicembre ha ritenuto legittimo che un ente appaltante, facendo applicazione di una norma nazionale, preveda una quota massima per il subappalto, nell'ambito del limite del 40%. Dall'altro lato il Consiglio di Stato, appena due giorni dopo, ha ritenuto di disapplicare tale norma nazionale in quanto in contrasto con la corrispondente disposizione comunitaria, considerando di conseguenza illegittima la clausola del bando che imponeva il suddetto limite quantitativo.

### Cosa ha deciso il Tar Lazio

La pronuncia del Tar Lazio, Sez. III quater, 13527 del 15 dicembre 2020 trae origine da una controversia relativa ad una procedura di gara per l'affidamento di un appalto di servizi integrati per la gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche di un'azienda ospedaliera. Nell'ambito di tale controversia è sorta questione in merito alla legittimità della clausola del bando di gara che stabiliva il limite quantitativo al subappalto nella misura del 30%. In particolare, il ricorrente ha contestato la legittimità di tale clausola, sia in quanto la norma nazionale in vigore – in virtù della previsione contenuta nel Decreto "sblocca cantieri" – fissa la percentuale massima al 40%, sia perché – e ciò costituisce elemento dirimente – la disciplina comunitaria non prevede alcun limite quantitativo. Questa censura è stata tuttavia respinta dal giudice amministrativo. La pronuncia non omette certo di ricordare che con due distinte sentenze – 26 settembre 2019 e 27 novembre 2019 – la Corte di Giustizia UE ha ritenuto che la direttiva comunitaria in tema di appalti è di ostacolo a una norma nazionale che limiti al 30% la quota massima delle prestazioni subappaltabili.

Tuttavia il Tar Lazio – richiamando peraltro argomentazioni già sviluppate in una sua precedente pronuncia – puntualizza che la decisione del giudice comunitario trova giustificazione nella particolarità del caso esaminato, in cui veniva posta la questione se il contrasto al fenomeno delle infiltrazioni mafiose potesse giustificare una restrizione alle regole comunitarie in materia di appalti. In quest'ambito, la Corte di Giustizia ha precisato che anche qualora si ritenesse che una siffatta restrizione possa essere considerata idonea a contrastare il fenomeno delle infiltrazioni criminali, la limitazione quantitativa al subappalto è da considerare una restrizione sproporzionata rispetto all'obiettivo che si intende perseguire. Ciò in quanto la norma nazionale fissa una percentuale massima delle prestazioni subappaltabili in via generale e astratta, cosicché tale divieto si applica in maniera indifferenziata, indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui si tratta, dalla natura dei lavori e dall'identità dei subappaltatori.

Questa impostazione comporta un divieto generalizzato che non lascia alcuno spazio a una valutazione da operare caso per caso dai singoli enti appaltanti, con la conseguenza che una parte rilevante delle prestazioni non sono in alcun caso subappaltabili, e ciò anche nell'ipotesi in cui l'ente appaltante sia comunque in grado di verificare l'idoneità dei subappaltatori, e quindi il divieto non sia in realtà necessario ai fini del contrasto alla criminalità organizzata. In questo contesto, il giudice comunitario ha puntualizzato che misure meno restrittive del divieto generalizzato di ricorrere al subappalto oltre una certa percentuale sarebbero ugualmente idonee a perseguire l'obiettivo del contrasto alla criminalità organizzata, come peraltro è testimoniato dal fatto che l'ordinamento nazionale già prevede una serie di controlli volti a impedire la partecipazione alle gare a imprese sospettate di infiltrazioni criminali.

Ricordati i contenuti essenziali delle pronunce della Corte di giustizia, il giudice nazionale ritiene – operando in realtà un salto logico di non immediata comprensione – che la Corte Ue, pur avendo censurato il limite quantitativo del 30%, non esclude che una norma nazionale possa legittimamente stabilire limiti superiori a detta soglia. In sostanza, sarebbe legittima la fissazione di un soglia al subappalto pari al 40 %, da considerare proporzionata con gli obiettivi che il legislatore nazionale intende perseguire di contrasto alle infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici. Di conseguenza, e coerentemente a questo presupposto, secondo il Tar Lazio sarebbe legittima la fissazione da parte dell'ente appaltante in occasione della singola gara di un limite quantitativo al subappalto nell'ambito della soglia massima del 40% stabilita dal legislatore nazionale.

### **Cosa ha deciso il Consiglio di Stato**

Di segno diametralmente opposto sono le conclusioni cui è giunto il Consiglio di Stato, Sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101. La pronuncia è relativa a una procedura di gara per la concessione del servizio di ristorazione a basso impatto ambientale per le mense scolastiche e i centri di riabilitazione. In sede di ricorso proposto da un concorrente, è stata contestata la volontà dell'impresa risultata aggiudicataria di subappaltare a soggetti terzi una serie di prestazioni in misura eccedente il limite del 30% dell'importo complessivo dell'appalto, fissato nei documenti di gara. Questa censura è stata respinta dal Consiglio di Stato. Senza soffermarsi su argomentazioni particolarmente articolate, il giudice amministrativo afferma infatti con nettezza il principio secondo cui la norma nazionale che pone un limite quantitativo al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l'ordinamento comunitario in materia di appalti. Conseguentemente, anche la clausola del bando di gara che assume tale limite deve ritenersi superata- e quindi anch'essa da disapplicare – in relazione al suo contrasto con la norma comunitaria.

Limite quantitativo al subappalto e contrasto con l'ordinamento comunitario. Tra le due tesi prospettate è senza dubbio da accogliere quella proposta dal Consiglio di Stato. La tesi del Tar Lazio sembra infatti partire dal presupposto che ciò che il giudice comunitario ha contestato nella norma nazionale è la misura del limite massimo del subappalto, ritenuta troppo bassa. Con la conseguenza speculare che la fissazione di un limite più alto potrebbe considerarsi legittima in quanto aderente ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, anche in considerazione della finalità della norma limitativa volta a contrastare le infiltrazioni criminali negli appalti. In realtà l'obiezione del giudice comunitario si fonda non su una ragione di tipo quantitativo, ma su una considerazione di natura concettuale. Ciò che viene ritenuto in contrasto con l'ordinamento comunitario non è la fissazione di un limite quantitativo – con la conseguenza che innalzare tale limite consentirebbe di superare la censura di incompatibilità – ma che lo stesso sia definito in termini generali e astratti da una norma nazionale, prescindendo quindi da una considerazione dei singoli casi e dalle caratteristiche concrete degli appalti.

Questa posizione è pienamente coerente con l'orientamento costantemente seguito dal giudice comunitario, secondo cui devono ritenersi non conformi all'ordinamento UE le disposizioni nazionali che impongono vincoli e limiti stringenti, privando in questo modo i singoli enti appaltanti della sfera di valutazione discrezionale funzionale a consentire di adattare le norme alla specificità dei casi concreti. In sostanza, il giudice comunitario ritiene che nello svolgimento delle procedure di gara gli enti appaltanti debbano godere di un ambito di discrezionalità nelle scelte che non può essere compreso da disposizioni normative che, in termini generali e astratti e quindi senza tenere conto delle specificità dei singoli casi concreti, impongono vincoli o limiti predeterminati.

Traducendo questo principio generale in relazione all'utilizzo del subappalto, si deve ritenere che non sia da considerare in contrasto con l'ordinamento comunitario la fissazione di un limite anche quantitativo al subappalto, purchè tale scelta venga effettuata dalla singola stazione appaltante in relazione alle specifiche caratteristiche dell'appalto e senza alcun vicolo precostituito dal legislatore nazionale. In questo contesto un limite quantitativo al subappalto potrebbe anche ritenersi consentito, qualora nel bilanciamento dei diversi interessi in gioco l'ente appaltante lo consideri necessario e purché siano rispettati i principi generali di ragionevolezza e proporzionalità rispetto all'obiettivo che si intende perseguire.

---

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]