



•ALERT•

7 GENNAIO 2021

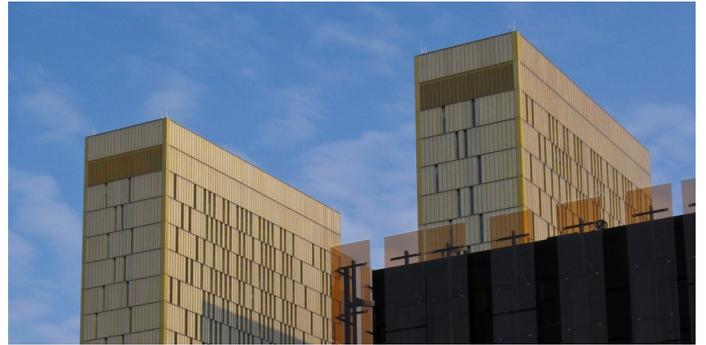
Subappalto pubblico, il momento della svolta

Con una sentenza per certi versi storica (n. 8101 del 17 dicembre 2020), il Consiglio di Stato ha disposto la **disapplicazione della norma di legge che impone limiti quantitativi al subappalto pubblico** (art. 105, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici, D.Lgs. 50/2016). Nel dettaglio, tale disposizione, nella sua versione originaria, dispone che l'eventuale subappalto di un appalto pubblico non possa superare la quota del **30% dell'importo complessivo del contratto**.

Si tratta di una norma esistente da tempo nell'ordinamento italiano, già prevista dall'art. 118 del "vecchio" Codice Appalti, D.Lgs. 163/2006, e nata dall'aperta ostilità verso un istituto, quello del subappalto, che è sempre stato visto come un possibile grimaldello per la criminalità organizzata per inserirsi nel sistema delle commesse pubbliche.

Tale limitazione quantitativa al subappalto ha incontrato ripetute resistenze in sede comunitaria, vista la sua particolarità rispetto al panorama europeo e la sua obiettiva distanza dalle direttive comunitarie, che non prevedono alcun limite e che, al contrario, riconoscono nel subappalto uno strumento fondamentale per coinvolgere le piccole e medie imprese negli affidamenti pubblici.

Tuttavia, il sistema italiano aveva sin qui retto, forte del consenso del Consiglio di Stato e dell'ANAC e facendo leva sul potere discrezionale riconosciuto agli Stati membri nel contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata negli appalti pubblici.



Anche a seguito della lettera di costituzione in mora del 24 gennaio 2019, con cui la Commissione europea ha avviato una **procedura di infrazione contro lo Stato italiano** per contrasto della disciplina italiana in tema di subappalto con il diritto dell'Unione Europea, il legislatore italiano ha provato a tamponare la situazione dettando una soluzione parziale e temporanea, elevando al **40% fino al 31 dicembre 2020** il limite quantitativo per il subappalto (art. 1, comma 18, del Decreto Sblocca Cantieri, D.L. 32/2019, convertito con L. 55/2019).

Tuttavia, a seguito di un rinvio pregiudiziale promosso dal TAR Lombardia, con sentenza del 26 settembre 2019 nella causa C-63/18, la **Corte di Giustizia dell'Unione Europea** ha individuato l'**incompatibilità tra la disciplina comunitaria e l'ordinamento italiano relativamente al limite quantitativo al subappalto**, sottolineando come il contrasto alle infiltrazioni della criminalità organizzata possa essere perseguito mediante misure diverse. In definitiva, la CGUE ha contestato all'Italia di aver istituito uno strumento non conforme al principio di proporzionalità, nella misura in cui fissa in modo generale e astratto un limite fisso alla quota subappaltabile, applicabile indipendentemente dal settore economico interessato, dalla natura delle prestazioni o dall'identità del subappaltatore.

A distanza di oltre un anno, il **Consiglio di Stato** ha infine recepito la sentenza della Corte di Giustizia e sancito in maniera tranchant che **«la norma del Codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l'ordinamento euro-unitario»** (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101).

Nonostante un'affermazione di principio così deflagrante, il legislatore non sembra essere ancora pronto a rivedere la disciplina sul subappalto; ed infatti il limite temporaneo al **40%** introdotto dal Decreto Sblocca Cantieri è stato recentemente prorogato **fino al 30 giugno 2021** dal Decreto Milleproroghe (D.L. n. 183/2020).

Ad ogni modo, non appena i limiti quantitativi al subappalto saranno definitivamente e pacificamente abbandonati, è presumibile che perdano rilevanza, nella prassi, i **contratti continuativi di cooperazione**, ovvero quei particolari contratti tra l'affidatario e terzi che, se antecedenti al contratto di appalto, ai sensi dell'art. 105, comma 3, lett. *c-bis* del Codice dei Contratti Pubblici, non costituiscono un subappalto e non sono soggetti ai relativi limiti.

Rispetto a tale tipologia di contratti è, peraltro, da registrare un nuovo importante arresto del Consiglio di Stato, Sez. III, il quale, con sentenza del 17 novembre 2020, n. 7142, ha affermato tre principi:

- i contratti di cooperazione non consentono di apportare all'operatore economico qualifiche e requisiti soggettivi mancanti, in quanto il rapporto di cooperazione viene ad incidere nella sola fase esecutiva dell'appalto;
- i contratti di cooperazione riguardano prestazioni che il terzo presta in favore dell'operatore economico e non in favore della stazione appaltante, come invece avviene nel caso del subappalto;
- il contributo dei contratti di cooperazione non può riguardare l'affidamento delle medesime prestazioni oggetto del contratto di appalto, ma, al più, prestazioni con carattere complementare ed aggiuntivo e natura residuale ed accessoria.

In conclusione, i limiti quantitativi al subappalto pubblico sono destinati, con tutta probabilità, a scomparire, almeno per come li abbiamo conosciuti sino ad oggi: con soglie relativamente basse e applicabili indistintamente. Ciò potrebbe produrre una modifica nell'approccio alle gare pubbliche da parte degli operatori economici, potendo scegliere di abbandonare forme ibride di sub-affidamento, come i contratti continuativi di cooperazione, e, in certi casi, prediligere il subappalto ai Raggruppamenti Temporanei di Imprese.

Si tratta di una possibile **rivoluzione copernicana** in un ambito che resta comunque critico nel settore degli affidamenti pubblici. Basti ricordare che le procedure autorizzative che consentono il subappalto pubblico sono presidiate da norme imperative, tanto che **il subappalto non autorizzato configura un reato** sia per l'appaltatore sia per il subappaltatore (art. 21, L. 646/1982).

CONTATTI

Leonardo De Vecchi

leonardo.devecchi@lcalex.it

Valentina Brovedani

valentina.brovedani@lcalex.it

