



COMMISSIONE EUROPEA

Direzione generale del Mercato interno, dell'industria, dell'imprenditoria e delle PMI

Direttore generale

Bruxelles, 23. 03. 2017

GROW/GI/LE

grow.ddg2.g.1(2017)1409821 1572232

S. E. Ambasciatore
Maurizio MASSARI,
Rappresentanza Permanente d'Italia
presso l'Unione Europea,
Rue du marteau 9,
B-1000 Bruxelles

733

Signor Ambasciatore,

Le scrivo in merito al recepimento delle Direttive appalti pubblici e concessioni 2014 nel nuovo Codice italiano dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). Una recente segnalazione ha portato all'attenzione dei miei servizi una serie di problematiche circa la compatibilità della disciplina del subappalto, contenuta nell'articolo 105 del Codice, con il diritto UE. Desidero condividere con lei alcune considerazioni al riguardo, anche in vista della prossima adozione del decreto correttivo volto a emendare il suddetto Codice. In effetti, l'adozione del decreto correttivo costituisce un'occasione da cogliere per evitare che criticità dovute ad un non corretto recepimento si cristallizzino definitivamente nell'ordinamento giuridico italiano.

A livello europeo il subappalto è regolato principalmente dall'articolo 71 della Direttiva 2014/24/UE e dalle pronunce della Corte di Giustizia. La norma ha essenzialmente l'obiettivo di garantire l'osservanza degli obblighi di cui all'articolo 18(2) della Direttiva, di garantire la trasparenza e la parità di trattamento, imponendo o consentendo di richiedere al contraente principale la comunicazione di informazioni concernenti il subappalto, e di permettere l'introduzione di norme nazionali che facilitino il pagamento diretto dei subappaltanti. La Direttiva, pertanto, consente espressamente il subappalto, ma non si esprime circa i limiti applicabili a tale istituto. Va al contempo evidenziato che le norme della Direttiva permettono esplicitamente all'operatore economico di fare affidamento sulle capacità tecniche e professionali di altri soggetti, quale che sia il legame giuridico che ha con questi ultimi, purché dimostri all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari ad eseguire il contratto (si veda l'articolo 63 della Direttiva 2014/24/UE).

La Corte di Giustizia, interpretando le disposizioni appena descritte, ha ripetutamente censurato i limiti imposti dagli Stati Membri al subappalto. La Corte ha chiarito che le restrizioni al subappalto per l'esecuzione di parti essenziali del contratto sono consentite soltanto "quando l'amministrazione aggiudicatrice non è stata in grado di controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del miglior offerente." (caso Siemens C-314/01, paragrafo 45).

In particolare, chiamata a decidere della legittimità di una clausola che obbligava il contraente principale a eseguire con mezzi propri almeno il 25% dell'appalto, la Corte ha statuito che una clausola che *"impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe"* è *"incompatibile con la Direttiva 2004/18 (...)"* (caso *Wroclaw* C-406/14, paragrafo 35). Anzi, secondo la Corte il ricorso al subappalto ai sensi della stessa Direttiva è, *"in linea di principio (...) illimitato"* (*Wroclaw*, paragrafo 33). L'attuale quadro normativo europeo, recentemente aggiornato dalle Direttive adottate nel 2014, non pare giustificare un diverso orientamento in materia.

Tuttavia, la disciplina di cui all'articolo 105 del Codice italiano dei contratti pubblici sembra creare un sistema in cui il subappalto è, in linea generale, vietato (comma 1: *"I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto"*). Il subappalto è infatti consentito unicamente dietro espressa autorizzazione della stazione appaltante (comma 4), e in ogni caso nel limite massimo del 30% dell'importo dell'opera (comma 2)¹. I miei servizi rilevano che tali meccanismi sono *prima facie* molto preoccupanti. In effetti, l'introduzione di quello che appare come un divieto generale di subappaltare i contratti, eccetto che nei casi specificati nell'articolo 105, e la previsione di limiti quantitativi generali e astratti applicabili laddove il subappalto è consentito, sembrano in netto contrasto con le norme e la giurisprudenza UE sopra esposte.

Ricordo peraltro che la normativa UE sugli appalti ha come principale obiettivo quello di rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione delle merci, alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi. Inoltre, le nuove Direttive in materia hanno anche l'esplicita finalità di facilitare la partecipazione delle PMI nelle procedure di appalto (considerando 2 della Direttiva 2014/24/UE). Norme di recepimento dichiaratamente restrittive in materia di subappalto, come quelle adottate dall'Italia, sono in contraddizione con tali obiettivi. Esse potrebbero infatti risultare fortemente penalizzanti nei confronti di molte imprese, le quali vedrebbero ridotte le loro possibilità di partecipazione e accesso alle procedure di appalto come potenziali aggiudicatari o subappaltatori. Gli stessi acquirenti pubblici potrebbero inoltre precludersi l'opportunità di ricevere offerte più numerose e diversificate.

La segnalazione da noi ricevuta solleva infine dubbi riguardo alla legittimità della norma di cui al comma 14 dell'articolo 105. Per quanto concerne il divieto di ribasso superiore al 20% per le prestazioni affidate in subappalto, è infatti necessario che le Autorità italiane garantiscano che i meccanismi dell'articolo 69 della Direttiva 2014/24/UE siano sempre correttamente applicati. Riteniamo che la disposizione rischi di generare irregolarità in fase applicativa, e che sarebbe pertanto opportuno chiarirne la formulazione, intervenendo sul testo del decreto o emanando documenti interpretativi.

Chiedo pertanto alle Autorità italiane di tenere conto, nella redazione del decreto correttivo, dei rilievi sopra svolti circa l'attuale disciplina in materia di subappalto, correggendo le disposizioni interessate in maniera da garantirne la piena rispondenza con i principi del diritto dell'Unione Europea.

¹ Nella bozza di decreto correttivo, si propone di modificare tale disposizione fissando il limite al 30% dell'importo dei lavori della categoria prevalente, per gli appalti di lavori, mentre resta inalterato il limite per i contratti di servizi e forniture

I miei servizi restano in ogni caso disponibili a fornire all'Italia la collaborazione necessaria per chiarire eventuali dubbi o questioni al momento irrisolte. Pregherei le Autorità italiane di far pervenire ogni richiesta in merito alla sig.ra Marzena Rogalska (Marzena.Rogalska@ec.europa.eu), capo dell'unità G.1 presso la Direzione generale Mercato interno, industria, imprenditoria e PMI.

Voglia gradire, Signor Ambasciatore, i sensi della mia più alta considerazione.



Lowri Evans