

Edilizia e Territorio

Infrazione Ue/2. Male interpretate le norme italiane su terna subappaltatori e opere speciali

6 febbraio 2019 - Roberto Mangani

L'analisi della lettera punto per punto: dalla novità delle cause di esclusione ai passaggi che suscitano perplessità

Temi noti, ma anche qualche sorpresa e talune interpretazioni che suscitano perplessità. Questi sono gli aspetti che emergono in via immediata da una prima lettura della [Lettera con cui la Commissione Ue ha avviato la procedura di infrazione nei confronti di una serie di previsioni del Dlgs 50/2016](#), ritenute incompatibili con le corrispondenti disposizioni comunitarie. Molte delle infrazioni rilevate nascono peraltro dalla tradizionale lettura degli organismi comunitari che vede con sfavore una legislazione che disciplina in maniera generalizzata e astratta determinate fattispecie, comprimendo eccessivamente lo spazio discrezionale degli enti appaltanti.

La suddivisione in lotti

Nel caso di suddivisione in lotti il valore dell'appalto ai fini dell'applicazione della relativa normativa va calcolato sommando l'importo dei singoli lotti. Questo principio affermato nelle Direttive Ue secondo la Commissione non è stato pienamente applicato dal legislatore nazionale nella misura in cui ha stabilito che la sommatoria dei lotti avviene solo quando gli stessi siano affidati contemporaneamente. Il riferimento all'affidamento contemporaneo è ritenuto non conforme alle corrispondenti disposizioni comunitarie, perché limiterebbe la sommatoria dei lotti, escludendola nel caso l'affidamento degli stessi avvenga in momenti separati.

Opere di urbanizzazione

Continua la querelle tra legislatore nazionale e organi comunitari sulla disciplina delle opere di urbanizzazione. Nello specifico viene messa sotto accusa la previsione che consente di non applicare il Codice dei contratti pubblici per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria sottosoglia. Secondo la Commissione questa previsione può risultare conforme alla disciplina comunitaria solo se, ai fini della sua applicazione, viene cumulato il valore di tutte le opere di urbanizzazione primaria.

Al contrario è contraria alle norme comunitarie l'opposta interpretazione – avallata anche dall'Anac – secondo cui ai fini del rispetto del limite del sottosoglia ogni singola opera può essere considerata autonomamente.

Cause di esclusione

Rappresentano una novità le prescrizioni che la Commissione Ue formula con riferimento alle cause di esclusione dalle gare.

La prima indicazione di non conformità riguarda la previsione del Dlgs 50 secondo cui vanno esclusi dalle gare gli operatori non in regola con il pagamento di contributi o oneri previdenziali solo se tale situazione è stata oggetto di una decisione giudiziaria o amministrativa avente carattere definitivo. Secondo la Commissione questa limitazione non è conforme al diritto comunitario, perché impedisce all'ente appaltante di procedere all'esclusione qualora l'inadempienza, pur non risultando da un provvedimento giurisdizionale o amministrativo definitivo, sia comunque dimostrabile dall'ente appaltante con qualunque altro mezzo.

La seconda osservazione investe la causa di esclusione costituita dai gravi illeciti professionali. La norma italiana prevede che ricorra questa fattispecie, tra l'altro, quando vi sia stata una carenza nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che abbia causato la risoluzione dello stesso, non contestata in giudizio o confermata all'esito di un giudizio. Secondo la Commissione questa previsione non è conforme al diritto comunitario in quanto preclude all'ente appaltante di procedere all'esclusione fino alla definizione del giudizio, limitando quindi eccessivamente la libertà di azione di cui esso deve godere in base alle norme Ue.

Subappalto

In materia di subappalto, accanto alle contestazioni più tradizionali ve ne sono altre che rappresentano una novità. Rientra nella prima categoria il limite quantitativo del 30% di cui viene ribadita la non conformità alle direttive comunitarie. Al riguardo viene ricordato come uno dei principi fondamentali di tali direttive è quello di agevolare l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese, finalità rispetto alla quale il ricorso al subappalto costituisce idoneo strumento. In questa logica viene ribadito che le previsioni comunitarie consentono di limitare il ricorso al subappalto, ma solo in relazione alla particolare natura delle prestazioni da svolgere. Al contrario non è ammissibile una limitazione in termini astratti e generalizzati, che prescinde cioè dalle caratteristiche specifiche del singolo appalto.

Costituisce invece una novità la censura relativa all'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori. La previsione nazionale che impone tale obbligo viene considerata in contrasto con la disciplina comunitaria, ancorché quest'ultima

ammetta che in relazione alla specificità dell'appalto sia consentito all'ente appaltante di richiedere in sede di offerta l'indicazione dei subappaltatori.

Questa contestazione lascia perplessi sotto un duplice profilo. In primo luogo non tiene presente che l'indicazione della terna dei subappaltatori non è richiesta dal legislatore nazionale in termini generalizzati, ma solo in alcune ipotesi specificamente indicate. In secondo luogo la ricostruzione della Commissione parte dal presupposto che l'obbligo sancito dalla norma nazionale obblighi sempre alla indicazione dei subappaltatori anche quando l'offerente non intenda ricorrere al subappalto, mentre in realtà – come chiaramente ricavabile dal dato normativo – esso opera solo nella misura in cui l'appaltatore intenda subappaltare parte delle prestazioni.

Infine la Commissione considera in contrasto con le previsioni comunitarie il divieto di subappalto a cascata. Attraverso una ricostruzione del quadro normativo Ue la Commissione arriva infatti alla conclusione che non è conforme ad esso una disposizione nazionale che vieti in maniera generalizzata a un subappaltatore di avvalersi a sua volta delle prestazioni di un altro soggetto.

L'avvalimento

Si presenta come una novità la censura secondo cui non può considerarsi conforme al dettato comunitario la previsione nazionale che vieta all'impresa ausiliaria di servirsi a sua volta di un'altra impresa per l'esecuzione delle prestazioni. La Commissione ritiene quindi legittimo l'avvalimento a cascata, giustificandolo – in verità in maniera criptica – alla luce della previsione secondo cui l'avvalimento prescinde dalla natura dei rapporti giuridici delle imprese coinvolte.

Sempre in tema di avvalimento vengono messe sotto accusa una serie di disposizioni nazionali che limitano le modalità di applicazione dell'istituto. Si tratta delle norme che vietano a più offerenti di avvalersi del medesimo soggetto nonché impongono all'impresa indicata come ausiliaria di non partecipare alla medesima gara in via autonoma. Viene contestata anche un'altra disposizione – che in realtà non attiene all'avvalimento – che vieta a chi ha presentato offerta in una determinata procedura di gara di diventare successivamente subappaltatore dell'aggiudicatario.

Tutte queste norme limitative vengono considerate in contrasto con il principio di proporzionalità, in quanto non consentono ai soggetti interessati di fornire la prova che l'aver partecipato alla medesima gara non ha influito sul loro comportamento.

Infine un'ultima censura: viene contestata la legittimità della previsione che vieta il ricorso all'avvalimento per le opere superspecialistiche. In realtà questa censura nasce da un'errata interpretazione della norma nazionale. Secondo la Commissione infatti il divieto in parola comporterebbe l'impossibilità di ricorrere all'avvalimento non con specifico riferimento alle suddette opere bensì in relazione all'intero appalto. Mentre in realtà la norma è sempre stata pacificamente interpretata nel senso di non consentire l'avvalimento solo ed esclusivamente per le opere superspecialistiche.

Offerte anomale

Costituisce invece un dato scontato la contestazione relativa alla previsione che consente, in determinati casi, l'esclusione automatica delle offerte anomale. Ciò in quanto non prevede la verifica in contraddittorio, come sancito dalle norme comunitarie.

Peraltro la Commissione ricorda come la Corte di giustizia Ue abbia aperto alla possibilità di esclusione automatica delle offerte anomale purché si tratti di appalti che non hanno interesse transfrontaliero e sempre che il numero delle offerte presentate sia così alto da rendere estremamente difficoltosa la verifica da parte dell'ente appaltante. Tuttavia la norma nazionale non rispetta alcuna delle due condizioni, e deve ritenersi quindi in contrasto con le previsioni comunitarie come interpretate dalla Corte Ue.