

La Corte di giustizia UE ha dichiarato che la normativa italiana in materia di contratti pubblici, nella parte in cui prevede l'esclusione automatica dei singoli concorrenti per la violazione della normativa sul lavoro dei disabili da parte dei propri subappaltatori (indicati nella domanda di partecipazione), non risulta conforme al principio di proporzionalità di matrice comunitaria. In siffatte ipotesi occorre infatti una valutazione, "caso per caso", in merito alle misure correttive eventualmente poste in essere dal concorrente stesso onde salvaguardare il proprio livello di integrità professionale.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione II, sentenza 30 gennaio 2020, C-395/18, Tim s.p.a.

Contratti pubblici – Violazione della disciplina nazionale a tutela del lavoro dei disabili da parte del subappaltatore – Esclusione dell'impresa concorrente – Ammissibilità – Proporzionalità – Selfcleaning – Automaticità della esclusione – Incompatibilità

L'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione (1).

(1) I. – Secondo la Corte di giustizia UE, la violazione degli obblighi in tema di lavoro dei disabili da parte del subappaltatore (a sua volta indicato nell'ambito della relativa terna della domanda di partecipazione alla gara) non può dare luogo ad esclusione automatica del concorrente, il quale potrebbe a questo punto dimostrare di avere apprestato idonee misure correttive (c.d. *selfcleaning*) onde rimuovere una tale causa di inaffidabilità.

II. – La questione pregiudiziale era stata sollevata dalla seconda sezione del T.a.r. per il Lazio ed era sorta nell'ambito di un contenzioso avviato dalla società Tim s.p.a. Più in particolare:

- a) Tim partecipava ad una gara per la fornitura di un sistema di interconnessione tra le banche dati di alcuni dipartimenti del Ministero dell'economia e delle finanze (Tesoro, Ragioneria Generale ed Affari Generali). Uno dei subappaltatori a tal fine indicati non era tuttavia risultato in regola con le norme che disciplinano il diritto

al lavoro dei disabili (certificazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68). Di qui la sussistenza di uno dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera i), del decreto legislativo n. 50 del 2016, il quale prevede che la eventuale violazione di simili norme da parte del subappaltatore sortisca effetti, altresì, sulla sfera del soggetto che partecipa alla gara in prima persona. Tim veniva dunque esclusa dalla gara per la violazione, in materia di lavoro dei disabili, commessa da uno dei subappaltatori indicati in sede di gara;

b) il provvedimento di esclusione veniva impugnato davanti al T.a.r. per il Lazio il quale, con ordinanza 29 maggio 2018, n. 6010, evidenziava innanzitutto che:

b1) la violazione delle suddette disposizioni in tema di lavoro dei disabili danno luogo, secondo la normativa eurounitaria in materia di contratti pubblici (art. 57 direttiva 24/2014/UE), a "cause di esclusione facoltative". La stessa normativa europea prevede tra l'altro la "sostituzione" del subappaltatore che non sia in regola con taluni obblighi, non anche la "esclusione" del concorrente che abbia indicato il subappaltatore stesso (art. 71 della richiamata direttiva 24/2014/UE);

b2) tale disposizione è stata recepita nel nostro ordinamento nel seguente modo:

- nel corso della procedura, è prescritta la "esclusione" automatica del concorrente che abbia indicato un subappaltatore non in regola con i suddetti obblighi (art. 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016);
- dopo la aggiudicazione, e dunque in seguito alla stipulazione del contratto, è invece prevista la "sostituzione" del subappaltatore che si riveli non in regola con gli obblighi di cui sopra (art. 105, comma 12, del richiamato codice dei contratti);

c) il giudice di primo grado formulava dunque alcuni specifici quesiti interpretativi alla Corte di giustizia UE riguardanti, in particolare:

c1) se la normativa interna sia compatibile con quella eurounitaria nella parte in cui si prevede l'esclusione di un concorrente per una violazione commessa non da lui ma da altro soggetto, ossia dal subappaltatore indicato in sede di gara;

c2) se la normativa interna sia compatibile con quella eurounitaria nella parte in cui si prevede, nel corso della procedura di aggiudicazione, la sola "esclusione" e non anche la semplice "sostituzione" del subappaltatore che non sia in regola con i suddetti obblighi;

c3) in via subordinata, se una esclusione automatica di questo tipo risulti in ogni caso conforme rispetto al principio di proporzionalità di derivazione comunitaria.

III. – Con la sentenza in rassegna la Corte di giustizia, dopo aver analizzato la normativa interna ed europea, ha in particolare osservato che:

- d) il citato art. 57 della direttiva 2014/24/UE, in materia di cause di esclusione facoltative (e, tra queste, anche quelle legate alla violazione di norma in materia di tutela dei disabili), non ha come obiettivo l'uniformità di applicazione delle suddette cause su tutto il territorio dell'Unione. La previsione o meno di simili cause di esclusione, infatti, è legata a considerazioni ed obiettivi di ordine economico e sociale dei singoli Stati membri;
- e) lo stesso art. 57, nel delineare le cause di esclusione facoltative (non solo per violazione in materia di disabili ma anche per violazioni delle norme in materia ambientale, sociale e del lavoro più in generale), si esprime in termini "impersonali", ossia senza specifici riferimenti all'autore della violazione. Pertanto, nulla impedisce agli Stati membri di prevedere che il concorrente "paghi" per le violazioni commesse da un altro soggetto (nel caso di specie, dal subappaltatore). E tanto in ossequio al principio secondo cui i singoli concorrenti debbono garantire il più ampio livello di integrità ed affidabilità professionale;
- f) quanto alla parità di trattamento:
 - f1) nessuna violazione di tale principio si riscontra nella fase di aggiudicazione della commessa atteso che tutti gli operatori (ed i loro subappaltatori) sono in grado di essere valutati sulla base di identiche condizioni;
 - f2) nessuna violazione si rinviene altresì nella fase di esecuzione del contratto, atteso che una simile evenienza (sopravvenuto verificarsi di una causa di esclusione) può ben dare luogo alla adozione di una differente misura sanzionatoria (sostituzione in luogo della esclusione);
- g) quanto invece al principio di proporzionalità, la normativa interna non risulta conforme al dettato eurounitario dal momento che:
 - g1) tale principio di proporzionalità va tenuto nella debita considerazione, trattandosi di violazioni commesse non dalla impresa concorrente ma da soggetti ad essa estranei (subappaltatori);
 - g2) ebbene, in presenza di simili violazioni (perpetrate da soggetti estranei alla sua impresa) il concorrente dovrebbe essere messo nelle condizioni di provare di avere adottato ogni misura idonea a neutralizzare gli effetti delle violazioni stesse (c.d. *selfcleaning*);
 - g3) la normativa interna di cui al codice dei contratti prevede invece una esclusione automatica degli operatori i cui subappaltatori abbiano commesso talune violazioni, e dunque una "presunzione assoluta" di inaffidabilità dei medesimi, così impedendo alle amministrazioni aggiudicatrici di operare valutazioni "caso per caso" in funzione delle

misure che i singoli concorrenti abbiano dato prova di poter adottare onde mantenere inalterato il proprio livello di integrità professionale.

IV. – Per completezza si segnala che:

h) in tema di subappalto, grande interesse ha suscitato il tema del limite della quota che può essere subappaltata a terzi soggetti. Più in particolare:

h1) la prima pronunzia che si registra è quella della Corte di giustizia UE, sez. V, 26 settembre 2019, C-63/18, Vitali s.p.a. (oggetto della News US n. 105 del 14 ottobre 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), con cui la Corte di giustizia UE ha dichiarato che la normativa europea in materia di appalti pubblici deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi. Più in particolare, il ricorso al subappalto può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici. Per converso, una clausola che imponga limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta, sulla base ossia di una determinata percentuale dello stesso, si rivela incompatibile con tale direttiva. È ben vero, infatti, che i singoli Stati membri debbano verificare se i subappaltatori possano essere messi in relazione a fenomeni di organizzazione criminale, di corruzione o di frode, ma è anche vero, d'altro canto, che occorrono in tutti questi casi spazi per una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore. E tanto anche in considerazione dei già numerosi istituti interdittivi, previsti dall'ordinamento italiano, espressamente finalizzati ad impedire l'accesso alle gare pubbliche per le imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese;

h2) la successiva pronunzia è quella di cui alla Corte di giustizia UE, sez. V, 27 novembre 2019, C-402/18 – Tedeschi Srl e Consorzio Stabile Istant Service contro C.M. Service Srl e Università degli Studi di Roma La Sapienza (oggetto della News US n. 131 del 10 dicembre 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), con cui la Corte di giustizia UE ha riaffermato la non conformità alla direttiva n. 2004/18/CE di una disciplina nazionale (nel caso di specie contenuta nell'art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006) nella parte in cui prevede il limite quantitativo del trenta per cento alle prestazioni subappaltabili, poiché quest'ultimo è *ex se* inidoneo al raggiungimento dello scopo di contrastare le infiltrazioni criminali nel sistema degli appalti pubblici. Riprese, in particolare, le stesse

argomentazioni di cui alla richiamata sentenza della Corte di Giustizia UE 26 settembre 2019;

- h3) la validità del limite del 30%, per la parte di opera oggetto di subappalto, è stata tra l'altro oggetto di rilievo della Commissione europea, mediante la lettera di costituzione in mora 2018/2273 del 24 gennaio 2019, con la quale è stato contestato, in relazione ad alcune disposizioni del codice, il non corretto recepimento delle direttive europee. In particolare, ad avviso della Commissione: nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non vi sono disposizioni che consentano un siffatto limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato; al contrario, le direttive si basano sul principio secondo cui occorre favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, e il subappalto è uno dei modi in cui tale obiettivo può essere raggiunto, e pertanto un limite quantitativo al subappalto non può essere imposto in astratto, ma solo caso per caso in relazione alla particolare natura della prestazione da svolgere;
- i) sul tema dei prezzi praticabili nei confronti del subappaltatore si veda ancora Corte di giustizia UE, sez. V, 27 novembre 2019, C-402/18 – Tedeschi Srl e Consorzio Stabile Istant Service contro C.M. Service Srl e Università degli Studi di Roma La Sapienza (oggetto della News US n. 131 del 10 dicembre 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), con la quale è stata altresì dichiarata l'illegittimità della disciplina del Codice dei contratti (decreto legislativo n. 50 del 2016) nella parte in cui vieta che i prezzi applicabili alle prestazioni affidate in subappalto siano ridotti di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione in quanto si tratta di strumento che eccede rispetto alla necessità di assicurare la tutela salariale dei lavoratori impiegati nel subappalto. Per la Corte, tale limite rende infatti meno allettante la possibilità di ricorrere al subappalto dal momento che limita l'eventuale vantaggio concorrenziale in termini di costi per il personale delle imprese subappaltatrici. Ciò si pone in contrasto con i principi di concorrenza e massima partecipazione e con lo scopo di agevolare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici. Un tale limite, prosegue ancora la Corte, eccede quanto necessario per assicurare ai lavoratori impiegati nell'ambito del subappalto la tutela salariale dal momento che non *“lascia spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dal momento che si applica indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione della tutela sociale garantita dalle leggi, dai regolamenti e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati”* (punto 65);

- j) sulla nuova disciplina del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, *“Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”* (cd. *“Sblocca cantieri”*), convertito con modificazioni in l. 14 giugno 2019, n. 55 (oggetto della News normativa, n. 74 del 1° luglio 2019, alla quale si rinvia per approfondimenti) si veda, in particolare, il contributo di R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019*, ivi richiamato, in cui si evidenzia che: I) il d.l. n. 32 del 2019 recava nella versione originaria un parziale adeguamento dell’art. 105 d.lgs. n. 50 del 2016 ai rilievi della Commissione europea in quanto modificava il limite generale del subappalto, innalzandolo dal trenta al cinquanta per cento dell’importo contrattuale; II) non veniva accolto, invece, il rilievo della Commissione europea relativo al limite del subappalto per le opere di cui all’art. 89, comma 11 (art. 105, comma 5), ritenendosi tale limite giustificato dalla particolare natura delle prestazioni (secondo la Commissione europea sono consentiti limiti quantitativi del subappalto giustificati dalla particolare natura della prestazione); III) tali previsioni non sono state convertite in legge ma in sede di conversione, la l. n. 55 del 2019 ha operato sul subappalto un intervento transitorio, senza novellare il codice e limitandosi a sospendere l’efficacia di alcune norme e a derogarne altre, con conseguente individuazione del limite quantitativo del subappalto fissato nel quaranta per cento dell’importo complessivo del contratto fino al 31 dicembre 2020;
- k) si veda inoltre la richiamata News US n. 105 del 14 ottobre 2019 per gli approfondimenti ivi contenuti sul subappalto in generale, sul tema di compatibilità con il diritto europeo dei limiti al subappalto posti dalla legislazione italiana [si vedano al riguardo i pareri resi dal Consiglio di Stato sul nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) e sul correttivo allo stesso (d.lgs. n. 56 del 2017): nel parere n. 855/2016 il Consiglio di Stato aveva in particolare osservato, in relazione all’art. 105, che il legislatore nazionale potrebbe porre, in tema di subappalto, limiti di maggior rigore rispetto alle direttive europee, che non costituirebbero un ingiustificato *goldplating*, ma sarebbero giustificati da pregnanti ragioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro]. Si veda ancora, nella stessa News, il tema del riparto della competenza legislativa fra Stato e regioni, sempre avuto riguardo al subappalto;
- l) si veda altresì la richiamata News US n. 131 del 10 dicembre 2019 per gli approfondimenti ivi contenuti sul subappalto necessario, sulla responsabilità solidale nell’ambito del subappalto nonché sull’estensione della responsabilità solidale del committente privato a soggetti diversi dai dipendenti dell’appaltatore o del subappaltatore;

m) in tema di gravi illeciti professionali si veda:

m1) Corte di giustizia UE, sez. IV, 19 giugno 2019, C-41/18, Meca s.r.l. (oggetto della News US n. 83 del 18 luglio 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), con la quale la è stata affermata la non conformità alle direttive europee del Codice dei contratti pubblici nella parte in cui si prevede che la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisca all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce. Più in particolare, le amministrazioni aggiudicatrici devono poter escludere un operatore economico in qualunque momento della procedura e non solo dopo che un organo giurisdizionale abbia pronunciato una sentenza che accerti l'esistenza del grave illecito professionale. Ed infatti, dal testo dell'art. 57, paragrafo 4, della direttiva n. 2014/24/UE, risulta che il legislatore dell'Unione ha inteso affidare all'amministrazione aggiudicatrice, e a essa soltanto, nella fase della selezione degli offerenti, il compito di valutare se un candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto;

m2) nel senso che la contestazione giudiziale non si traduca in un'automatica ammissione si veda inoltre Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299 (in *Urbanistica e appalti*, 2018, 657, con nota di CONTESSA; *Giur. it.*, 2018, 1681, con nota di FOÀ, RICCIARDO CALDERARO; *Foro amm.*, 2018, 441; *Appalti & Contratti*, 2018, fasc. 3, 78; *Gazzetta forense*, 2018, 335), secondo cui: *"l'esistenza di una contestazione giudiziale della risoluzione non implica che la fattispecie concreta ricada esclusivamente nell'ipotesi esemplificativa, con applicazione del relativo regime operativo; difatti, il "fatto" in sé di inadempimento resta pur sempre un presupposto rilevante ai fini dell'individuazione di un grave illecito professionale, secondo l'ipotesi generale".* Invero, *"sussistendo una relazione di genus ad speciem; a differenza della seconda ipotesi, nel caso generale, la stazione appaltante non può avvalersi dell'effetto presuntivo assoluto di gravità derivante dalla sentenza pronunciata in giudizio, né, per converso, l'impresa può opporre la pendenza per porre nell'irrilevante giuridico il comportamento contrattuale indiziato"*;

m3) sullo stesso tema si veda altresì Cons. Stato, sez. V, ordinanza 23 agosto 2018, n. 5033 (oggetto della News US in data 7 settembre 2018, ai cui

approfondimenti si rinvia) e Cons. Stato, sez. V, ordinanza, 3 maggio 2018, n. 2639 (oggetto della News US in data 8 maggio 2018, ai cui approfondimenti si rinvia) con le quali il giudice d'appello ha rimesso nuovamente la analoga questione della compatibilità, con il diritto dell'Unione europea, della normativa interna sulle cause di esclusione del concorrente dalla partecipazione a una procedura di gara, in caso di grave illecito professionale che abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto di appalto, nella parte in cui richiede che l'operatore possa essere escluso solo se la risoluzione non sia contestata giudizialmente o sia confermata all'esito di un giudizio;

- n) sul principio di proporzionalità si vedano, in generale, le pronunzie della giurisprudenza europea rese sull'art. 45, comma 2, della direttiva 2004/18 (Corte di giustizia UE, sez. IV, 14 dicembre 2016, causa C-171/15, *Taxi Services BV*, in *Foro amm.*, 2016, 2890, nonché oggetto della News US, in data 9 gennaio 2017, ai cui approfondimenti si rinvia; *idem*, sez. X, 18 dicembre 2014, C-470/13, in *Foro amm.*, 2014, 3034 e in *www.curia.europa.eu*, 2014; *idem*, sez. III, 13 dicembre 2012, C-465/11, in *www.curia.europa.eu*, 2012), le quali rifiutano ogni automatismo in materia di cause di esclusione facoltativa nel caso di grave errore professionale, dovendo la relativa determinazione ispirarsi a criteri di proporzionalità; ne discende che analogo principio, contrario ad ogni automatismo, deve valere in ipotesi di meccanismi che abbiano il contrario effetto di precludere l'esclusione. In buona sostanza, il grave errore o inadempimento professionale non potrebbe mai dare luogo ad automatismi di sorta ma soltanto innescare, proprio in base al suddetto principio di proporzionalità, valutazioni "caso per caso" sia ai fini della esclusione, sia ai fini della ammissione dei concorrenti medesimi;
- o) in dottrina, sulle conseguenze in capo all'operatore economico del verificarsi di una causa di esclusione relativa ad un subappaltatore da esso indicato, sul *selfcleaning* e sulla causa di esclusione posta a protezione dei diversamente abili nell'ambito delle c.d. "clausole sociali", si veda R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 675 ss., 790 ss., 491 ss.; R. GRECO, G.A. GIUFFRÉ, M. VIVARELLI, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, tomo II, *Soggetti, Qualificazione, Regole comuni alle procedure di gara*, 889 ss., 905; 202 ss.; S. FANTINI, *ibidem*, tomo IV, *Esecuzione, Settori speciali, Appalti con regimi speciali*, 51 ss.