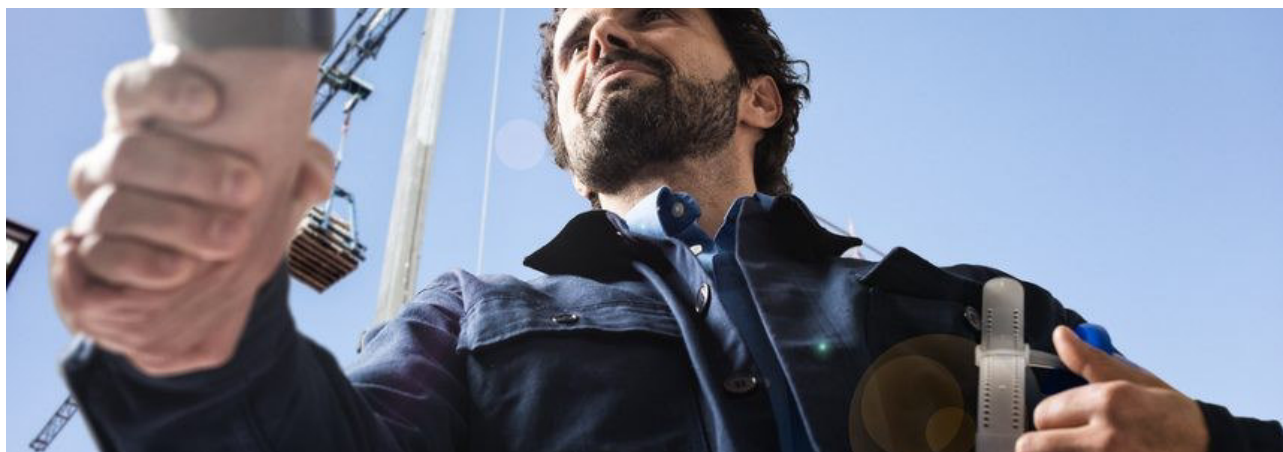


## Il vademecum ANCE è incentrato sulla tematica dell'istituto del subappalto edilizio

*Il subappalto edilizio rappresenta uno dei profili più complessi e innovativi del nuovo Codice. Nel dossier di ANCE che riproponiamo sono presenti indicazioni operative pratiche per le imprese, utili nel caso di ricorso **all'istituto del subappalto edilizio**.*



L'Istituto del **subappalto** è un contratto derivato (o sub-contratto) attraverso cui l'appaltatore incarica un terzo (subappaltatore) di eseguire, in tutto o in parte, l'opera o il servizio che egli stesso ha precedentemente assunto.

La prima cosa da fare se si vuole dare in subappalto una parte del lavoro che ci si è aggiudicati in una gara d'appalto pubblico, è verificare se il disciplinare di gara prevede la possibilità che il lavoro venga subappaltato. Il concorrente deve sempre dichiarare sin dalla presentazione della propria offerta tecnica in sede di gara se e come intende procedere a subappaltare una parte dei lavori. Se tale dichiarazione non è stata resa o se il bando di gara (o il disciplinare correlato) ne facevano espresso divieto, NON sarà possibile subappaltare il lavoro.

A SEGUIRE il primo dei dossier tematici che ANCE sta predisponendo sulle novità contenute nel nuovo "Codice dei contratti pubblici", d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal decreto correttivo, d.lgs. n. 50 del 2017.

Questo primo "vademecum" è incentrato sulla tematica del **subappalto edilizio** – disciplinato dall'art. 105 – che ha subito numerose modifiche rispetto alla disciplina precedentemente contenuta nell'art. 118 del d.lgs. N. 163/2006, e che rappresenta uno dei profili più complessi e innovativi del

nuovo Codice. Nel dossier sono presenti anche indicazioni operative pratiche per le imprese, utili nel caso di ricorso al subappalto.

## **Introduzione**

Il vigente Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - D.lgs. 50/2016, come modificato dal d.lgs. 56/2017 - ha sensibilmente innovato la precedente disciplina del subappalto, sotto due aspetti particolarmente rilevanti.

Riguardo al primo aspetto, se il d.lgs. n. 163/2006 prevedeva, all'art. 118, il limite del 30 per cento per le sole "categorie prevalenti", le nuove disposizioni estendono tale limite all'importo complessivo dell'opera, riducendo così la quota di subappalto a disposizione dell'appaltatore.

Un secondo elemento di novità è contenuto nella disposizione che impone, nei casi previsti, di indicare sin dalla fase di gara una terna di nominativi di (futuri) subappaltatori.

I due aspetti sopra evidenziati, assieme ad altre significative previsioni in materia, saranno approfonditi nell'analisi che segue.

## **1. L'ISTITUTO DEL SUBAPPALTO**

Il subappalto è un contratto derivato (o sub-contratto) con cui l'appaltatore incarica un terzo (subappaltatore) di eseguire, in tutto o in parte, l'opera o il servizio che egli stesso ha precedentemente assunto. Nei contratti pubblici, la vigente disciplina del subappalto - contenuta nell'articolo 105 del d.lgs. n. 50/2016, codice dei contratti pubblici, di seguito semplicemente codice - reinterpreta l'istituto a suo tempo disciplinato dall'articolo 118 del previgente d.lgs. n. 163/2006. Dopo un anno dall'entrata in vigore del codice, la disciplina del subappalto ha subito alcune modifiche ad opera del decreto correttivo di cui al D.lgs. n. 56/2017. Rispetto alla prima formulazione del codice, il decreto correttivo al codice rafforza - nel primo comma - il principio generale di esecuzione diretta<sup>1</sup> negli appalti pubblici da parte dell'affidatario e disciplina - nei commi successivi - l'affidamento a terzi (il subappaltatore) dell'esecuzione di tutto o parte delle prestazioni con lavorazioni oggetto del contratto dell'appalto principale. Torna però in vigore il principio secondo cui il subappalto è ammesso a prescindere da un'indicazione espressa che lo consenta nel bando di gara. Ciò, naturalmente, nei limiti consentiti dalla normativa ossia fatto salvo l'onere, in capo al concorrente, di dichiarare in fase di offerta la volontà di subappaltare determinate lavorazioni e ferma restando la necessaria autorizzazione dalla stazione appaltante in fase di esecuzione (art. 105, comma 4).

## **2. ATTIVITÀ CHE NON COSTITUISCONO SUBAPPALTO**

Il codice si sofferma sui i casi in cui è possibile applicare la disciplina del subappalto anche ad altre figure contrattuali, quali ad esempio le forniture con posa in opera ed i noli a caldo, al subappalto. Pertanto, è soggetto alla disciplina del subappalto il contratto - avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di

manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo - d'importo superiore al 2% dell'importo dell'appalto (ovvero maggiori di 100.000 euro) in cui l'incidenza del costo della manodopera e del personale impiegato è superiore al 50% dell'importo del subcontratto. Laddove ciò si realizzi, il subcontratto è da intendersi assimilato al subappalto e dunque soggetto alla relativa disciplina, che prevede - tra l'altro - la necessità di una preventiva autorizzazione, il computo dell'importo del subcontratto, ai fini del calcolo della quota subappaltata, l'obbligo di pagamento diretto, laddove previsto. Inoltre, si applicano a tale contratto anche le disposizioni in tema di responsabilità solidale dell'appaltatore, assieme ad ogni altro effetto di legge, come la fattispecie penalmente rilevante del subappalto non autorizzato (articolo 21 legge n. 646/1982).

Con il decreto correttivo, viene peraltro ad essere superata l'incertezza interpretativa finora suscitata dal precedente dettato normativo, chiarendo che - fermo restando il limite del 30% - nell'ambito degli appalti di lavori tutti i sub-contratti di fornitura (senza manodopera o con posa in opera) o i noli a caldo comunque singolarmente inferiori al 2% o a € 100.000 (qualora l'incidenza del costo della manodopera non sia superiore al 50%) non necessitano d'autorizzazione. Conseguentemente, in questi ultimi casi, l'importo del subcontratto non incide sulla quota del 30% dell'importo massimo subappaltabile. Infine, si evidenzia che resta ferma la disciplina prevista per tutti i subcontratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, per i quali l'affidatario può limitarsi a comunicare alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, il nome del subcontraente, l'importo del subcontratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati (articolo 105, comma 2, terz'ultimo periodo).

Si conferma quindi l'orientamento - maturato nel quadro normativo previgente - secondo cui i sub affidamenti relativi a prestazioni non qualificabili come lavori sono sottratti alla disciplina che regola il subappalto, purché d'incidenza inferiore a dette soglie (Det. dell'allora Avcp, ora Anac, n. 7/2003).

L'articolo 105, comma 3, precisa inoltre che non si configurano altresì come subappalto le seguenti categorie di forniture e servizi:

- l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;
- la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
- l'affidamento di servizi inferiori 20 mila euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani;
- le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto.

I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

### 3. QUOTA SUBAPPALTABILE

La nuova norma sul subappalto prevede il limite del 30%, come soglia massima subappaltabile. Rispetto al previgente d.lgs. 163/2006, detto limite non è più riferibile alla sola categoria prevalente, bensì all'importo complessivo del contratto.

Su tale percentuale, incidono tutti i sub-affidamenti riconducibili alle categorie scorporabili, che nella previgente disciplina erano subappaltabili totalmente (salvo il regime peculiare delle c.d. SIOS). L'appaltatore può gestire questo 30% ripartendolo, come meglio ritiene, tra le varie categorie previste nel bando di gara, con la possibilità, nel caso di raggruppamento, di stabilire eventualmente in specifici accordi come deve ritenersi ripartita tale quota tra i componenti del raggruppamento stesso. Tale libertà comporta che, in linea teorica, nel caso in cui l'opera prevalente sia di importo pari o inferiore al 30% dell'appalto (ossia coincida per importi con la quota di subappalto), non sussiste ostacolo a che questa venga subappaltata per intero. In ultimo, la disposizione dell'articolo 105, comma 19, conferma un consolidato limite al subappalto nei lavori pubblici. Infatti, come nella previgente disciplina, il D.lgs. 50/2016 stabilisce che l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto (il cd. divieto di subappalto a cascata). Per meglio capire i cambiamenti rispetto alla previgente disciplina, si riporta ad esempio il caso, del tutto ipotetico di un'opera prevalentemente edile (ad esempio, una scuola, riconducibile all'OG1), cui si aggiungono più categorie di diversa natura (bonifiche, OG12, e sistemazione del verde, OS24) tra cui alcune super-specialistiche (OG11, impianti, e OS 21, fondazioni).

Ebbene, nel caso preso ad esempio, comprendente due categorie superspecialistiche (o SIOS), a fronte di un importo complessivo dell'appalto di € 2 milioni, la quota subappaltabile a disposizione dell'appaltatore scende, rispetto alla previgente normativa, da € 1.055.000 a € 780.000 (peraltro, laddove non ci fossero state SIOS o super-specialistiche la quota subappaltabile sarebbe stata anche minore, ossia pari a €600 mila). Anzitutto, la categoria prevalente OG1 è subappaltabile sino alla quota massima (ossia sino a 600 mila euro, il 30% di due milioni di euro), laddove ai sensi del previgente codice il limite era del 30% della stessa categoria (ossia sino a 300 mila euro, il 30% di un milione di euro).

Come la categoria prevalente, anche le categorie scorporabili (non superspecialistiche) sono subappaltabili per un importo fino al 30% dell'appalto, fatta salva la quota riservata al subappalto nella categoria prevalente, ossia – nel caso specifico - fino a: € 600.000 – X; laddove "X" rappresenta la quota di subappalto già utilizzata per la categoria prevalente e il cui importo va sottratto dal suddetto 30% complessivo. Per quanto riguarda le categorie super-specialistiche di importo superiore al 10% dell'appalto, è stata riproposta la disposizione secondo cui è vietato subappaltare una quota maggiore del 30% le

singole categorie; tale quota, tuttavia, si somma a quella generale, calcolata sull'importo complessivo dell'appalto generale. Pertanto, nel caso in esame, l'appaltatore potrà subappaltare fino al 30% delle SIOS (di importo pari a €600.000), ossia €180.000, da sommarsi ai suddetti €600.000.

#### **4. LAVORAZIONI SUPER-SPECIALISTICHE O SIOS**

Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha definito con decreto la disciplina delle opere ad alto contenuto tecnologico o di complessità tale da richiedere elevati livelli di specializzazione (DM n. 248 del 10 novembre 2016). Rispetto al previgente D.P.R. 207/2010 – come modificato dall'art. 12 del D.L. 47/2014, convertito con modificazioni dalla L. 80/2014 - passa da 13 a 15 il numero delle categorie super-specialistiche per le quali vige il divieto di avvalimento e non è consentito il subappalto oltre il 30% del loro valore al superamento del 10% dell'importo del contratto (rispettivamente artt. 89, comma 11, e 105, comma 5).

In particolare, divengono categorie SIOS anche la OS 12-B (Barriere paramassi, fermaneve e simili) e OS 32 (Strutture in legno); vengono poi confermate le precedenti SIOS: OS 2-A, OS 2-B e OS 25 per i beni culturali; OS 11, OS 12-A, OS12-B, OS 13, 18-A, OS 18-B, OS 21 e OS 32 per la sicurezza strutturale e delle infrastrutture; OG 11, OS 4 e OS 30 per la sicurezza impiantistica; OS 14 per il ciclo dei rifiuti (art. 2 del DM 248/2016).

Resta, poi, invariato l'elenco delle categorie a qualificazione obbligatoria, per il quale, in mancanza di un'esplicita abrogazione, deve ancora applicarsi il citato art. 12 del DL 47/2014 (comma 1).

Per le SIOS, è poi previsto che debbano essere sempre scorporate e, nel caso in cui incidano per oltre il 10% sull'importo totale dei lavori, il limite massimo al subappalto è pari del 30% dell'importo della stessa categoria. Tale quota, laddove utilizzata dall'appaltatore, si aggiunge alla percentuale massima di subappalto, pari al 30% dell'importo massimo contrattuale. Sotto la quota del 10%, la lavorazione super-specialistica può essere subappaltata per l'intero importo (nel previgente d.lgs. 163/2006 tale percentuale era del 15%).

Pertanto, similmente a quanto accadeva nell'abrogato 37, comma 11, anche nel vigente quadro normativo le imprese non specificatamente qualificate nella SIOS prevista nel bando di gara potranno:

- a) qualificarsi nella SIOS, "coprendo" l'eventuale quota che volesse affidare in subappalto - pari ad un massimo del 30%, laddove la categoria sia d'importo superiore al 10% dei lavori - con la propria attestazione SOA nella categoria prevalente;
- b) per il restante 70%, concorrere in raggruppamento con soggetto idoneamente qualificato nella SIOS (il cd. obbligo di ATI verticale).

Infine, l'articolo 89, comma 11 del codice rafforza l'obbligo di ATI verticale, laddove dispone che non è ammesso l'avvalimento nelle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, come individuate dal predetto decreto del MIT.

## **5. LIMITI AL SUBAPPALTO PER LA CORTE DI GIUSTIZIA**

Considerata la forte limitazione all'organizzazione dell'impresa introdotta dal nuovo Codice rispetto all'esecuzione dei lavori in subappalto, è sorta la questione relativa al contrasto della nuova disciplina con le direttive comunitarie. Al riguardo, infatti, la vigente Direttiva 2014/24/UE, pur riconoscendo la necessità di una maggiore trasparenza nel subappalto, non differisce sostanzialmente dalla previgente disciplina su questo tema.

Ciò premesso, è utile soffermarsi sulla posizione presa dalla Corte di giustizia europea (Terza Sezione) in merito alla compatibilità rispetto alla previgente Direttiva 2004/18/CE, disciplinante gli appalti pubblici di lavori, di una clausola del capitolato d'onori di un appalto pubblico di lavori che limitava il ricorso al subappalto (cfr. caso Wrocław C-406/14 e caso Siemens C-314/01).

In particolare, in tale clausola, era previsto l'obbligo, posto a carico degli offerenti, di realizzare una determinata percentuale dell'appalto senza ricorrere al subappalto, mentre il ricorso al subappalto è "in linea di principio [...] illimitato" (Wrocław, paragrafo 33).

Pertanto, la stessa Corte ha stabilito che è contraria all'articolo 48, paragrafo 3, della suddetta direttiva, e quindi al diritto dell'Unione, una clausola che prevede "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".

Infatti, in linea generale, la previgente direttiva, prevedendo "la facoltà per gli offerenti" di fare "affidamento sulle capacità di soggetti terzi [...] sancisce la possibilità per gli offerenti di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, e ciò, in linea di principio, in modo illimitato". Anche per tali ragioni, l'ANCE ha presentato un esposto alla Commissione Europea, al fine di verificare la coerenza tra Codice e la vigente Direttiva 2014/24/UE.

In risposta al ricorso, la Direzione generale "Mercato interno" della Commissione UE, con una nota inviata alle Autorità Italiane, ha evidenziato che le norme sul subappalto contenute nel nuovo codice degli appalti e nel decreto correttivo sono in contrasto con le norme e la giurisprudenza UE.

In particolare, secondo gli uffici di Bruxelles, le norme di recepimento dichiaratamente restrittive in materia di subappalto, adottate dall'Italia, risultano in contraddizione con la normativa UE sugli appalti, che ha come principale obiettivo quello di rimuovere gli

ostacoli alla libera circolazione delle merci, alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nonché di facilitare la partecipazione delle PMI nelle procedure di appalto.

Di contro, la disciplina di cui all'articolo 105, ad avviso della Commissione UE, sembrerebbe 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"), eccetto che nei casi specificati nell'articolo 105, e la previsione di limiti quantitativi generali e astratti applicabili laddove il subappalto è consentito. Valutando la disciplina interna in netto contrasto con le norme e la giurisprudenza UE, gli uffici della Commissione hanno chiesto alle Autorità italiane di correggere le disposizioni sul subappalto, in maniera da garantirne la piena rispondenza con i principi del diritto dell'Unione Europea. Ciò nonostante, il testo definitivo del correttivo al codice degli appalti non ha modificato l'impostazione sostanzialmente iniziale sul subappalto.

## **6. INDICAZIONE DELLA TERNA DI SUBAPPALTATORI**

Nel considerando 105 della Direttiva 2014/24/UE è esplicitata la necessità di garantire la massima trasparenza nella catena dei subappalti. L'obiettivo è di fornire alle amministrazioni aggiudicatrici informazioni su chi è presente nei cantieri nei quali si stanno eseguendo i lavori, dei quali le amministrazioni aggiudicatrici sono responsabili o su cui hanno un controllo diretto.

Pertanto, nel caso di appalti di lavori o servizi da fornire presso l'impianto sotto la diretta supervisione dell'amministrazione aggiudicatrice, la Direttiva prevede che, dopo l'aggiudicazione dell'appalto e al più tardi all'inizio dell'esecuzione del contratto, sussiste l'obbligo di acquisire informazioni sui subappaltatori. Su tale premessa, la disciplina nazionale sembra anticipare in alcuni casi l'obbligo di indicazione del subappaltatore.

In particolare, nel comma 6 dell'articolo 105, si prevede che – al ricorrere di alcune circostanze – è d'obbligo per l'appaltatore indicare nominativamente i subappaltatori all'atto della formulazione dell'offerta in gara.

In particolare, ai sensi del riformulato comma 6 «è obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35, o indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate dal comma 53 dell'articolo 1 della legge n. 190/2012» (c.d. Legge anticorruzione) ossia quelle attività per le quali è prevista l'iscrizione alle c.d. white-list presso le Prefetture. Le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa - aggiornabili entro il 31 dicembre di ogni anno con apposito Decreto del Ministero degli Interni come definito dal comma 54 articolo 1 della suddetta Legge- sono:

a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;

- b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
- c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- e) noli a freddo di macchinari;
- f) fornitura di ferro lavorato;
- g) noli a caldo;
- h) autotrasporti per conto di terzi;
- i) guardiania dei cantieri.

A tale proposito, nello stesso comma 6, in linea con le previsioni contenute nella legge delega n. 11/2016, è precisato che "nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara".

Tanto premesso, con specifico riferimento agli appalti di lavori, occorre precisare che sia la formulazione della previsione, sia l'assenza di consolidate pronunce giurisprudenziali o posizioni dottrinali sul tema, contribuiscono alla sussistenza di diverse posizioni interpretative sull'effettivo ambito di operatività dell'obbligo in commento.

Secondo una prima interpretazione, strettamente aderente al dettato letterale del comma 6 dell'art. 105, la norma sembrerebbe rivolgersi agli appalti aventi ad oggetto specificamente le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa. L'obbligo di indicare la terna nascerebbe, quindi, solo in presenza di un appalto che abbia come oggetto specifico una delle attività delle white list, nel caso in cui l'appaltatore intenda subappaltarle tutte o in parte. Tale impostazione, basata sull'oggetto specifico del contratto di appalto, potrebbe ritenersi coerente con una recente giurisprudenza in tema di applicazione delle "white list".

In particolare, secondo tale giurisprudenza, gli eventuali interventi di scavo e smaltimento dei materiali di risulta, svolti all'interno di un contratto, senza divenire oggetto esclusivo dell'appalto, non possono da soli determinare per l'appaltatore l'obbligo di iscrizione nell'elenchi; ciò, anche in considerazione del fatto che queste sono attività complementari e accessorie allo stesso che, in genere, contraddistinguono molti appalti di lavori pubblici - (T.A.R. Campania, Sez. I, sent. 23 marzo 2016, n. 1511). La tesi interpretativa sopra descritta, sebbene, come detto, da un lato sia aderente al dettato testuale della norma, dall'altro, avrebbe l'effetto di restringerne significativamente la portata applicativa.

Vi è, poi, una seconda interpretazione, focalizzata non sull'oggetto dell'appalto quanto, piuttosto, sull'oggetto del sub-affidamento.



Secondo questa tesi, l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori sussisterebbe nel caso in cui l'appaltatore intenda sub-affidare una o più attività ricomprese nell'elenco delle white list, laddove tali attività siano presenti all'interno dell'appalto di lavori. La tesi in commento si espone, quindi, ad un rischio inverso rispetto a quello prospettato con la prima tesi ermeneutica, in quanto estende la portata dell'obbligo di indicare la terna a tutte le attività c.d. "a rischio", che, tuttavia, nella gran parte dei casi non sono lavori bensì servizi o forniture.

In altri termini, l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori verrebbe estesa anche ad attività che non costituiscono subappalto di lavori, bensì meri subcontratti di servizi o forniture. Sotto un profilo operativo, peraltro, l'appaltatore si vedrebbe costretto ad indicare – e quindi reperire sul mercato - già in sede offerta almeno tre soggetti chiamati a svolgere attività complementari e accessorie rispetto all'appalto, chiedendo loro il DGUE, con notevoli aggravii e conseguenti lungaggini procedurali. Inoltre, occorre rilevare che, nella denegata ipotesi in cui tale tesi venisse trovata applicazione pratica, non dovrebbe comunque portare alla conseguenza di estendere tutte le regole relative ai subappalti anche alle attività summenzionate, comportando, ad esempio, l'erosione della quota del 30% di subappalto. In altri termini, quindi, l'applicazione delle previsioni in materia di subappalto alle attività "a rischio" dovrebbe limitarsi unicamente all'indicazione della terna dei soggetti chiamati a svolgerle, in quanto, non essendo nella sostanza subappalti di lavori, non possono produrre tutti gli effetti connessi ai subappalti veri e propri, o ai contratti loro assimilati, ai sensi dell'art. 105, comma 2.

Per superare le criticità appena illustrate, si potrebbe ipotizzare una terza soluzione interpretativa, e circoscrivere l'obbligo di indicare la terna solo ai casi in cui le attività ricomprese nell'elenco di cui al c. 53 dell'art. 1 della l. n. 190/2012 presentino le caratteristiche per essere assimilate ai subappalti, ai sensi del co. 2 dell'art. 105 del codice dei contratti.

A tale proposito, si ricorda che la disciplina del subappalto include anche il contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, d'importo superiore al 2% dell'importo dell'appalto (ovvero maggiori di 100.000 euro), in cui l'incidenza del costo della manodopera e del personale impiegato è superiore al 50% dell'importo del subcontratto. L'assimilazione di tali contratti al subappalto comporta - in linea teorica - la possibilità che le forniture elencate come "a rischio" possano divenire rilevanti, ai fini dell'applicazione dell'art. 105, co.6, laddove presentino le suddette caratteristiche.

E' il caso, ad es., della fornitura, trasporto e posa in opera di bitume o dei noli a caldo che, in presenza delle caratteristiche previste per l'assimilazione ai subappalti, potrebbero essere sottoposti all'obbligo di indicazione della terna. Ora, rispetto alle altre ipotesi interpretative, questa terza ipotesi, di carattere logico-sistematico, potrebbe forse meglio conciliare l'applicazione delle previsioni in materia di subappalto di lavori, con le norme in materia di white list e controllo delle attività a rischio. Peraltro, va comunque evidenziato

che, sia nella seconda che nella terza ipotesi, la norma non indica espressamente le modalità di individuazione, nel concreto, delle attività "a rischio", non chiarendo a chi spetti tale onere. Ciò che invece appare chiaro è che il bando di gare debba sempre avvertire il concorrente che, laddove siano presenti attività a rischio, s'impone l'indicazione della terna in caso di loro sub-affidamento. Infatti, secondo una prima giurisprudenza sul tema, è compito della stazione appaltante prevedere nello specifico appalto, l'obbligatoria indicazione della terna (T.A.R. Palermo, sez. III, 8 maggio 2017 n. 12299).

Ora, trattandosi di apprezzamenti tecnico-progettuali, potrebbe ipotizzarsi che sia il progettista a dover preventivamente indicare in progetto la presenza di tali attività, da riportare poi nel bando di gara. Soluzione questa che sembra preferibile in un'ottica di chiarezza e trasparenza. In questo caso, resterebbe solo aperto il tema relativo a quelle le attività "a rischio" che costituiscono mere modalità esecutive del contratto - come ad esempio i noli a caldo - che, in quanto tali, rappresentano una delle opzioni esecutive prescelte dall'appaltatore, in base alla propria organizzazione d'impresa.

Diversamente, potrebbe anche configurarsi che, fermo l'obbligo di richiamo, negli atti di gara, della indicazione della terna in casi di attività a rischio, sia l'appaltatore a doverle evincere dalla natura delle prestazione intende affidare in subappalto. Naturalmente, nel caso in cui il bando non faccia alcun riferimento alla terna, nessuna sanzione escludente può essere prevista a carico del concorrente (T.A.R. Palermo, sez. III, 8 maggio 2017 cit). Rimane aperta un'ultima questione, concernete l'interpretazione del passaggio, inserito nel comma 6 dell'articolo 105, secondo il quale la terna di subappaltatori deve essere riferita " a ciascuna tipologia di prestazione omogenea". Pertanto, laddove, come sembrerebbe preferibile, sia il progettista a dover individuare già "a monte" le prestazioni sottoposte al vaglio preventivo della Prefettura, lo stesso dovrà altresì indicare su quali "prestazioni omogenee" tali attività sono ricomprese, ossia, , per i lavori su quali, le categorie SOA insistono. Con particolare riferimento agli appalti sotto soglia, stante quanto disposto dall'ultimo periodo del comma 6 dell'art. 105, il bando dovrà chiarire le modalità e le tempistiche per la verifica delle cause di esclusione di cui all'articolo 80 per l'appaltatore e i subappaltatore - inclusi i mezzi di prova richiesti per i gravi illeciti professionali - da riferire comunque della stipula del contratto (non è chiaro se sia quello di appalto o di subappalto). Tutto ciò premesso, va rilevato che l'assenza di posizioni interpretative univoche sul punto sta creando una disomogeneità applicativa della disposizione, che rende quanto mai necessario un autorevole intervento chiarificatore ad opera delle istituzioni a partire dall'ANAC.

## **White List**

Il D.P.C.M. 18 aprile 2013, così come modificato dal D.P.C.M. 24 novembre 2016, riporta la disciplina in materia d'istituzione degli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa le cd. "white list", tenuti dalle Prefetture. L'iscrizione alle "white list" ha natura obbligatoria al fine della stipula, approvazione o

autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività maggiormente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa. L'iscrizione nell'elenco sostituisce la documentazione antimafia (comunicazione e informativa), sia per l'esercizio delle attività per cui l'impresa ha conseguito l'iscrizione, che ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali l'impresa ha conseguito l'iscrizione nell'elenco. Da notare che nel caso in cui il soggetto interessato abbia presentato domanda di iscrizione nell'elenco, ma ancora non sia censito nella Banca Dati Nazionale Unica Antimafia (BDNA), la stazione appaltante, nei casi di urgenza, può procedere anche in assenza dell'informazione antimafia (art. 92, commi 2 e 3 del codice antimafia, d.lgs. n. 159/2011). A seguito dell'istanza presentata, anche in via telematica, dall'impresa alla competente Prefettura (sede legale impresa) nella quale deve essere indicato il/i settore/i per cui è richiesta l'iscrizione all'elenco, possono verificarsi due casi:

## **7. SUBAPPALTO FACOLTATIVO E NECESSARIO**

Il subappalto c.d. necessario o qualificatorio è stato creato, sotto la vigenza d.lgs. 163/2006, da quella giurisprudenza secondo cui al ricorrere di determinate circostanze la dichiarazione di subappalto non può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto, ma deve contenere l'indicazione del nominativo del subappaltatore (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 03.03.2016, n. 879 sez. III, 18.11.2016 n. 4798, entrambe le pronunce sono riferite al d.lgs. 163/2006).. E' il caso del concorrente non specificatamente qualificato nella categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria o non qualificato per l'intero importo, che ricorre all'"avvalimento sostanziale" della qualificazione di altro soggetto: il subappaltatore. Di contro, il "subappalto facoltativo" ricorre quando il concorrente è autonomamente qualificato per tutte le categorie scorporabili e, pertanto, poteva liberamente decidere se subappaltare la lavorazione scorporabile o una parte di essa.

Tale orientamento traeva spunto da una ricostruzione della giurisprudenza comunitaria che riconduce questa tipologia di subappalto all'avvalimento: così come l'impresa ausiliata indica il nome dell'ausiliaria, il concorrente, che si "avvale" della qualificazione del subappaltatore per partecipare alla procedura di selezione, lo indica già in sede di offerta.

A tale proposito, l'ANAC - seguendo l'opposto orientamento giurisprudenziale - aveva chiarito che il concorrente non specificatamente qualificato non è obbligato ad indicare il nominativo del subappaltatore, essendo sufficiente che "all'atto dell'offerta il concorrente abbia indicato i lavori o le parti di opere [...] che intende subappaltare", pena l'esclusione dalla gara, senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9 (cfr., seppur con riferimento all'abrogato d.lgs. 163/2006, det. ANAC n. 1/2015 e det. 4/2012 nonché ex multis Cons. St., Sez. V, n. 4405 del 28 agosto 2014; Cons. St., Sez. IV, 13 maggio 2014, n. 1224; Cons. St., Sez. V, 21 novembre 2012, n.

5900). Con la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2015, è stata ritenuta non necessaria l'indicazione già in sede di offerta del nominativo del subappaltatore, neanche in caso di subappalto "necessario" (sentenze n. 9 del 2 novembre e n. 11 del 1 dicembre 2015). Ciò premesso, il vigente codice impone esplicitamente, in alcuni casi, l'indicazione anticipata del nominativo di una terna di subappaltatori, che saranno verificati dalla stazione appaltante già nel corso della procedura di selezione dei concorrenti o, negli appalti sotto soglia, prima della stipula del contratto (art. 105, comma 6) In questi casi il "concorrente" dovrà dimostrare l'assenza dei motivi di esclusione in capo ai tre subappaltatori, nominativamente individuati all'atto dell'offerta.

Al di fuori di questa eventualità, deve considerarsi non legittimo l'eventuale allargamento del novero dei casi in cui è necessaria l'indicazione in gara del nominativo dei subappaltatori; poiché ai sensi del Codice – al di fuori dei soggetti appartenenti alla terna – di norma è l'aggiudicatario a trasmettere alla stazione appaltante l'autodichiarazione del subappaltatore in merito all'insussistenza a suo carico delle cause di esclusione (oltre agli altri requisiti), in sede di autorizzazione del contratto di subappalto (cfr. paragrafo in merito all'autorizzazione del subappaltatore).

## **8. SUBAPPALTO IN PREQUALIFICA**

Un tema frequente, considerata la nuova formulazione degli appalti sotto soglia comunitaria, è quello del subappalto necessario nelle procedure ad invito (rectius, ristrette e negoziate senza bando). Sul tema, sembrano ancora condivisibili le argomentazioni riportate dalla pregressa giurisprudenza che, indipendentemente da un riconoscimento o meno dell'istituto del subappalto necessario, ha ritenuto non estensibile ad una fase antecedente del procedimento di selezione l'obbligo di esprimere la volontà di subappaltare di cui al previgente art. 118, co. 2, D.lgs. n. 163/2006. Ne consegue altresì che in sede di offerta il concorrente dovrà presentare idonea dichiarazione circa la quota massima di lavori che intende subappaltare e, laddove prevista l'indicazione di una terna, anche il nominativo dei subappaltatori individuati

## **9. CONDIZIONI PER L'AFFIDAMENTO IN SUBAPPALTO**

Ai sensi dell'art. 105, comma 4, i soggetti affidatari dei contratti pubblici possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa l'autorizzazione della stazione appaltante, che riprende quella prevista per gli appalti privati all'art. 1656 del codice civile. A tale proposito, la giurisprudenza civile ha chiarito in proposito che, nonostante l'autorizzazione, il subappalto resta un contratto che intercorre tra appaltatore e subappaltatore, al quale il committente resta estraneo: questi non acquisisce diritti o assume obbligazioni verso il subappaltatore (ex multis Cass. civile, sez. II, 11 agosto 1990, n. 8202). Rispetto alla disciplina civilistica, quella contenuta nel codice dei contratti è più stringente, essendo posta a tutela dell'interesse pubblico sotteso all'esecuzione dell'appalto.

In particolare, l'art. 105 del codice stabilisce quali siano i controlli in capo all'amministrazione interessata e quali siano gli obblighi che sorgono in capo all'impresa appaltatrice ove sorgano subcontratti nella fase d'esecuzione del contratto pubblico principale. Nel comma 4 si chiarisce infatti che devono essere rispettate le seguenti condizioni:

a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;

b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria;

c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare (con il correttivo è stato eliminato il riferimento al cottimo);

d) il concorrente dimostri l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 in capo ai subappaltatori.

Con riferimento alla lettera c) si evidenzia che tale adempimento costituisce non solo un presupposto essenziale in vista della successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante, ma in alcuni casi anche un presupposto per la partecipazione alla gara. La violazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta la quota della prestazione che il concorrente intende subappaltare potrà costituire causa di esclusione qualora, in mancanza di una specifica qualificazione nella categoria scorporabile, questi debba documentare il possesso dei requisiti richiesti, attraverso il futuro affidamento a subappaltatore idoneamente qualificato.

L'ANAC ha precisato che la carenza di una simile dichiarazione non possa essere sanata con il soccorso istruttorio, perché la possibilità di esprimere tardiva volontà di subappaltare una quota dei lavori altererebbe il principio di par condicio tra i concorrenti (Determinazione n. 1 del 2015). Nell'ultima formulazione dell'art. 105, è stata eliminata la precisazione secondo cui la facoltà di subappalto dovesse essere prevista "espressamente" nel bando di gara che, a sua volta, la categoria o le categorie per le quali era ammesso il subappalto.

Riguardo al divieto del doppio ruolo di subappaltatore e di concorrente allo stesso appalto, occorre considerare che l'ANAC si era già espressa favorevolmente – seppur con specifiche prescrizioni - sulla legittimità della previsione del divieto in questione (vedi pareri in merito ed anche det. n. 1/2015 e 4/2012). In particolare, l'ANAC, esprimendosi sulla specifica clausola contenuta in un protocollo di legalità recante, appunto, il suddetto divieto, aveva affermato che la stessa potesse essere applicata, ma ciò «nel rispetto del principio di proporzionalità, in un'ottica di contemperamento della necessità di prevenire condotte anticoncorrenziali, anche aventi connotazione mafiosa, con il principio di libera organizzazione dei mezzi imprenditoriali» (parere ANAC prot. AG 9/2014 del 12 marzo 2014).

Al fine di ammettere la legittimità della clausola, veniva ritenuto comunque necessario valutare, nel caso specifico, se vi fosse l'effettiva utilità della stessa, in ragione del livello di "influenza mafiosa" del contesto ambientale/segmento merceologico. In ultimo, si evidenzia che nel nuovo codice è scomparsa la disposizione contenuta nell'art. 170, comma 2, del D.P.R. 207/2010, secondo cui il subappaltatore in possesso dei requisiti relativi alle categorie appresso specificate poteva stipulare con un subcontraente il contratto di posa in opera di componenti e apparecchiature necessari per la realizzazione di impianti elettromeccanici trasportatori (OS 4), impianti pneumatici e antintrusione (OS 5), strutture prefabbricate in cemento armato (OS 13), componenti strutturali in acciaio (OS 18-A), componenti per facciate continue (OS 18-B) (c.d. subappalto "a cascata"). La mancata riproduzione della suddetta disposizione derogatoria comporta che, ove sia necessaria la posa in opera dei suddetti componenti e apparecchiature, questa è soggetta a tutte le condizioni sopra elencate per il subappalto.

## **10. REQUISITI E AUTORIZZAZIONE**

Il concorrente, pena l'impossibilità di ricorrere al subappalto, indica l'elenco delle prestazioni che intende subappaltare con la relativa quota percentuale dell'importo complessivo del contratto nonché, ai sensi dell'art. 105 comma 6 del Codice ossia di indicazione della terna, la denominazione dei tre subappaltatori proposti. In tal caso, il concorrente, per ciascun subappaltatore, allega: 1) DGUE, a firma del subappaltatore, contenente le informazioni di cui alla parte II, sezioni A e B, alla parte III, e alla parte VI; 2) PASSOE del subappaltatore. L'aggiudicatario, ai fini dell'autorizzazione, deposita il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno 20 giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni (art. 105, comma 7).

All'atto del deposito del contratto, in copia autentica, ai sensi del successivo comma 18, questi trasmette altresì: ① la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione in relazione alla prestazione subappaltata; ② la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 (DGUE).

In conformità a quanto documentato dall'appaltatore, la stazione appaltante accerta l'idoneità del subappaltatore indicato, riscontrando i requisiti generali e speciali dello stesso. Nei casi in cui sia prevista l'indicazione della terna, la verifica, con riferimento alle situazioni di cui all'art. 80, è anticipata al momento della partecipazione alla gara di appalto, ovvero, per gli appalti sotto soglia (e laddove il subaffidamento riguardi le attività maggiormente esposte al rischio di infiltrazione malavitoso, come sopra precisato), prima della stipula del contratto di appalto.

Come visto, l'ANAC- nei casi sopra illustrati - ritiene che nel caso di terna, i subappaltatori che integrano la qualificazione dell'appaltatore (subappalto qualificante o necessario) devono altresì dichiarare anche il possesso dei requisiti di cui all'art. 80, compilando le

relative parti del DGUE. Ogni subappaltatore della terna fornisce infatti il proprio DUGE debitamente compilato al concorrente, che lo inserirà nella busta della documentazione amministrativa, a dimostrazione del possesso in capo al primo dei requisiti necessari all'esecuzione della prestazione subappaltata (cfr. Linee guida n. 3 del 18 luglio 2016 per la compilazione del modello di formulario di Documento di Gara unico Europeo, approvato dal Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016). L'anticipazione in gara delle verifiche sul subappaltatore, non esime la stazione appaltante dall'effettuare un secondo controllo, in sede autorizzatoria, sui requisiti generali e speciali del subappaltatore scelto per l'esecuzione tra quelli appartenenti della terna. Da notare che la locuzione al controllo sul "subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6" è presente solo nei commi 1 (reati) e 5 (altre cause di esclusione) dell'articolo 80, non nei commi 2 (antimafia) e 4 (irregolarità contributive e fiscali).

Ciò potrebbe sembrerebbe indicare che solo i motivi di esclusione di cui ai commi 1 e 5 dell'articolo 80, emersi durante la verifica del subappaltatore della terna, possono comportare l'esclusione del concorrente, mentre ciò non accadrebbe per gli altri motivi di esclusione previsti nello stesso articolo (tra cui quello antimafia!).

Nell'evidenziare l'illogicità di tale conclusione, si rimanda a quanto rilevato a proposito della terna di subappaltatori. Infatti, coerentemente a quanto affermato dal Consiglio di Stato, l'esclusione del concorrente non è possibile nel caso in cui «almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto» (cfr. parere n. 2286/2016).

Nel caso di richiesta di autorizzazione al subappalto in corso di esecuzione, l'affidatario ha l'obbligo di provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza – rectius la sopravvenienza nel caso di soggetto già indicato nelle terna - dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 (art. 105, comma 12). Infatti, non possono essere affidatari di subappalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti per i quali ricorrano i motivi di esclusione previsti dal presente articolo (articolo 80, ultimo comma). Stante il principio generale di necessaria qualificazione del subappaltatore, è fatto obbligo per l'affidatario di acquisire una nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni nel corso dell'esecuzione e l'importo dello stesso sia incrementato nonché siano variati i requisiti richiesti per l'esecuzione delle prestazioni (art. 105, commi 2 e 7).

In mancanza di autorizzazione, nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e dell'ammenda pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto, in cottimo e, in via interpretativa, anche per le forme contrattuali atipiche o derivate che realizzano lo stesso risultato del subappalto o del cottimo (Cass. penale, sez. III, 29 novembre 2005, n. 792, nel caso di cosiddetto "nolo a caldo")

La fattispecie è sancita dall'art. 21, comma 1 della legge 13 settembre 1982, n. 646 e s.m.i., e prevede altresì per l'Amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto.

## **11. ADEMPIMENTI PER L'AUTORIZZAZIONE**

L'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve depositare assieme al contratto di subappalto presso la stazione appaltante, tutta la documentazione necessaria all'autorizzazione, compresa quella posta a dimostrazione dell'idonea qualificazione del subappaltatore. In particolare, lo stesso appaltatore deve recare, a corredo del sub-contratto, la documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, dovendo indicare puntualmente l'ambito operativo del subappalto, sia in termini prestazionali che economici (articolo 105, comma 7, ultimo periodo). Sotto questo aspetto, la norma sembrerebbe creare una perfetta corrispondenza tra prestazione ed autorizzazione, ciò anche al fine di quantificare l'importo e le misure di sicurezza necessarie; in modo da non incidere negativamente sull'organizzazione del cantiere (e, quindi, in ultimo, sulla tempestiva e corretta esecuzione dell'opera).

In caso di subappalto o cottimo, l'affidatario deve altresì allegare, oltre la documentazione suddetta, la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con il titolare del subappalto o del cottimo (art. 105, comma 18).

Riguardo a quest'ultimo adempimento, analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti, nel caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio. Insieme al contratto di subappalto, l'affidatario trasmette altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione (SOA) in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del Codice (vedi anche articolo 85 in merito al DGUE). La stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione di cui all'articolo 105, comma 4, entro 30 giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi. L'autorizzazione, una volta emessa, può anche essere revocata nel caso in cui la stazione appaltante, in un secondo momento, accerti che venute meno (o mancavano sin dall'inizio) le condizioni necessarie al rilascio della stessa autorizzazione.

Come già riportato nel previgente Codice, trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa. Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono dimezzati (articolo 105, comma 18). L'affidatario (e, per suo tramite, il subappaltatore) trasmette alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia



agli Enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, ove presente, Enti assicurativi e antinfortunistici, nonché copia dei piani di sicurezza di cui al decreto legislativo del 9 aprile 2008, n. 81. I suddetti piani di sicurezza sono messi a disposizione delle autorità competenti preposte alle verifiche ispettive di controllo dei cantieri. Da notare che l'affidatario è tenuto a curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti nel cantiere, al fine di rendere gli specifici piani redatti dai singoli subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario (articolo 105, comma 17).

## **12. AVCPASS SUBAPPALTATORE**

Con l'entrata in vigore del nuovo codice, i documenti a comprova dell'idoneità del subappaltatore per ciascuna delle procedure di affidamento alle quali partecipa, devono essere acquisiti attraverso la Banca dati centralizzata degli operatori economici, gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Nelle more della pubblicazione del decreto del MIT per la definizione della nuova Banca dati, la neo-introdotta necessità di indicazione preventiva della terna ha comportato una rilevante novità in tema di sistema AVCPass (medio tempore, ancora applicabile). Infatti, la stazione appaltante verifica i requisiti dell'appaltatore e del subappaltatore della terna, acquisendo il PASSoe di entrambi; ciò al fine di consentire alla stazione appaltante i controlli tramite il sistema AVCPass.

Come evidenziato dall'ANAC nelle "FAQ AVCPass", aggiornate al 9 giugno 2016, tale sistema permette alle stazioni appaltanti e agli enti aggiudicatori l'acquisizione dei documenti a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici.

Tuttavia, l'attuale sistema AVCPass, basato sul previgente d.lgs. 163/2006, non prevede i subappaltatori tra i soggetti che devono essere controllati in gara. Ne consegue che il subappaltatore indicato dal partecipante dovrà generare la propria componente AVCPass classificandosi come "Mandante in RTI". A sua volta, il concorrente partecipante alla gara genererà il PassOE con il ruolo di "Mandatario in RTI" (F.A.Q. n. 16). Il PassOE del subappaltatore andrà quindi inserito nella busta A della documentazione amministrativa assieme a quello del concorrente. Tutto ciò, almeno sino all'introduzione di una voce specifica "subappaltatore" nel sistema AVCPass.

Considerata tale asimmetria, è opportuno evitare ogni possibile incertezza da parte della stazione appaltante, ciò soprattutto laddove a subappaltare sia un raggruppamento e quindi mandanti e subappaltatori siano tenuti a presentare un PassOE identico. In tal caso, la stazione appaltante, successivamente all'apertura delle buste, a conclusione delle operazioni di gara e nel corso del sub-procedimento di verifica, risconterà la completezza della documentazione nonché il ruolo dei singoli soggetti, accedendo al sistema AVCPass sia per accertare i requisiti del concorrente sia quelli dei subappaltatori appartenenti alla terna.

### **13. IMPORTO CORRISPOSTO AL SUBAPPALTATORE**

Anche nel vigente articolo 105 è confermato che l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, cui può essere applicato un ribasso massimo fino al 20%, comunque nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto (comma 14). Inoltre, l'affidatario deve corrispondere i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione.

Con riferimento al divieto di ribasso sul costo della manodopera del subappaltatore (articolo 105, comma 14), al fine di evitare eventuali distorsioni di mercato, è opportuno interpretare correttamente la norma, nel senso che il ribasso non consentito è quello che incide sui minimi previsti dal trattamento economico e normativo come stabiliti dai contratti collettivi nazionali e territoriali, a pari di quanto previsto per la verifica dell'appaltatore (art. 95, comma 10 e 97, comma 5, lettera d)11.

A tale proposito, si ricorda che con il decreto correttivo è stato inserito l'obbligo di riportare nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera (art. 23, comma 16, del codice). A ciò corrisponde, per il concorrente, l'obbligo di indicare, nell'offerta economica, i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali, concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

### **14. PAGAMENTO DIRETTO AI SUBAPPALTATORI**

Il Codice dei contratti stabilisce i casi in cui le stazioni appaltanti, corrispondono direttamente l'importo dovuto al subappaltatore, al cottimista e al prestatore di servizi e al fornitore di beni o lavori (art. 105, comma 13). Rispetto al previgente d.lgs. 163/2006, il soggetto interessato può richiedere il pagamento direttamente all'ente appaltante in un numero più ampio di casi. A fronte di tale disposizione normativa, i casi in cui è dovuto il pagamento diretto al "subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori" sono:

- a) quando il subappaltatore e cottimista è una microimpresa o piccola impresa (sono "microimprese" quelle con meno di 10 dipendenti e fatturato annuo inferiore ai 2 milioni di Euro, e sono "piccole imprese" le imprese con meno di 50 dipendenti e fatturato annuo inferiore a 10 milioni di Euro);
- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;
- c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

Per quanto previsto nella lettera a), si evidenzia che il pagamento diretto dei subappaltatori che siano una microimpresa o una piccola impresa era già stato reso

obbligatorio, qualora si tratti di P.M.I., dall'art. 13, comma 2, lettera a) della legge n. 180 del 2011, recante norme per la tutela della libertà d'impresa e meglio conosciuto come "Statuto delle imprese". Secondo consolidata interpretazione giurisprudenziale e dell'Autorità, anche in caso di pagamento diretto non si creerebbe tra la stazione appaltante ed il subappaltatore alcun rapporto diretto di debito/credito, in quanto il subappalto mantiene comunque un elevato grado di autonomia rispetto al contratto di appalto (ex multis, Cass. civ., Sez.II, n. 22344/2009 e deliberazione AVCP n. 157/2004).

Secondo tale interpretazione, la stazione appaltante pagando, adempie la propria obbligazione nei confronti dell'appaltatore e, in virtù della delegazione di pagamento, estingue anche l'obbligazione dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore.

Da notare infine che è venuta meno la disciplina del pagamento dei subappaltatori di cui al previgente art. 118, co. 3 del d. lgs. n. 163/2006, secondo cui la stazione appaltante, al momento della indizione della procedura di gara, poteva prevedere nel bando di gara che avrebbe corrisposto «direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate...»

## **15. RESPONSABILITÀ DELL'APPALTATORE**

L'articolo 105, comma 8, prevede la responsabilità:

- in via esclusiva del contraente principale nei confronti della SA,
- in solido tra l'aggiudicatario e il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi del personale dipendente, rinviando specificamente all'articolo 29 del d.lgs. n. 276/2003.

Il pagamento diretto del subappaltatore, previsto nelle sopra riportate lettere a) e c) di cui al comma 13 dell'articolo 105 (per MPMI e su richiesta), libera l'appaltatore dalla responsabilità solidale in relazione agli obblighi retributivi e contributivi nei confronti del personale dipendente dell'appaltatore.

Deve, infatti, ritenersi errato il riferimento, operato dall'ultima parte del cennato comma 8, alla responsabilità esclusiva dell'appaltatore di cui al primo periodo dell'articolo 105, dal momento che, in caso di pagamento diretto del subappaltatore è ragionevole che venga meno la responsabilità solidale dell'appaltatore, di cui al secondo periodo dello stesso.

Non si ha l'effetto liberatorio per l'appaltatore nel caso in cui il pagamento diretto sia stato originato dall'ipotesi contenuta alla lettera b) del citato comma, ossia in caso di inadempimento dell'appaltatore. Infatti, in tale ipotesi, l'appaltatore rimane soggetto alla

responsabilità solidale nei confronti del personale del subappaltatore. Da notare che analoghe previsioni sono contenute anche nell'articolo 174, comma 5 del codice, per le concessioni, dove tuttavia l'esclusione dalla responsabilità solidale è prevista anche nelle ipotesi di pagamento diretto del subappaltatore per inadempimento dell'appaltatore.

L'appaltatore principale non è liberato dalla responsabilità solidale per gli adempimenti circa la sicurezza che sono posti a carico del subappaltatore. Del resto, tali costi, legati alla sicurezza, dovrebbero essere oggetto di una previsione specifica nel contratto di subappalto, ciò proprio al fine di evidenziare il rispetto da parte dell'appaltatore del divieto del loro ribasso (art. 105, comma 14).

Lo stesso affidatario è, altresì, responsabile dell'osservanza da parte del subappaltatore dei trattamenti previsti da norme e contratti collettivi (nazionale e territoriale), nonché della trasmissione, tramite i subappaltatori e prima dell'inizio dei lavori, della documentazione attestante l'iscrizione agli enti previdenziali e alla Cassa Edile e l'acquisizione d'ufficio del DURC (leggi DOL) per i pagamenti delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto e del subappalto.

E' infine confermata la necessaria congruità dell'incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto affidato attraverso il recepimento, da parte del Ministero del Lavoro, degli accordi stipulati dalle parti sociali sul tema (art. 105, comma 16).

## **16. DISPOSIZIONI DI CHIUSURA**

Le disposizioni sul subappalto di cui all'art. 105 del codice si applicano anche agli affidamenti con procedura negoziata e ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili (comma 20).

Tali disposizioni, secondo lo stesso comma, si applicano altresì alle associazioni in partecipazione, quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto. Infatti, in tal caso, è consentita, in deroga all'articolo 48, comma 9, primo periodo, la costituzione dell'associazione in partecipazione art. 2549 c.c.) quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto (art. 105, comma 20).

## **17. QUALIFICAZIONE SOA**

L'articolo 105, comma 22 del codice, disciplina i certificati dei lavori eseguiti necessari per la partecipazione e la qualificazione negli appalti pubblici di cui all'articolo 83, comma 1, e all'articolo 84, comma 4, lettera b) del codice.

Al riguardo, il citato comma 22 dispone che le stazioni appaltanti rilasciano i certificati necessari per la partecipazione e la qualificazione all'appaltatore, scomputando dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto. Pertanto, l'appaltatore si qualifica unicamente con i lavori direttamente

eseguiti con propri mezzi, così come in passato previsto per le sole categorie riguardanti i beni culturali.

La legge delega del codice aveva in proposito stabilito per la qualificazione delle imprese la «verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative [...] nonché delle attività effettivamente eseguite» (L. 28 gennaio 2016, n. 11, comma 1, lett. uu) Ne consegue che, solo in via transitoria, è vigente sulle attestazioni che ancora utilizzano la disciplina del d.p.r. 207/2010, l'art. 84, che regola la qualificazione attraverso i lavori eseguiti in subappalto, affidando all'appaltatore un premio di coordinamento.

Terminato il periodo transitorio con l'emanazione del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da adottare, su proposta dell'ANAC, entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice (termine scaduto il 19 aprile 2017), sarà opportuno valutare la legittimità di tale norma, considerato che, penalizzando gli operatori economici che ricorrono al subappalto, sembra in contrasto con i principi comunitari di libera concorrenza e organizzazione dell'impresa.

Per quanto riguarda il subappaltatore, questi può chiedere direttamente alla stazione appaltante la certificazione relativamente alle prestazioni oggetto di appalto realmente eseguite. In entrambi i casi, il comma 22 non dispone termini massimi di rilascio del certificato.

### **ALLEGATO . Art. 105. Subappalto**

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 contratto non può essere ceduto a pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d). È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo. (cfr. decreto correttivo di cui al d.lgs. 56/2017) 2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto.

Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i subcontratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali

informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. È altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato nonché siano variati i requisiti di cui al comma 7. (cfr. errata corrige del 15 luglio 2016 e decreto correttivo di cui al d.lgs. 56/2017) 3. Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto:

- a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;
- b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
- c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ovvero ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448. (cfr. errata corrige del 15 luglio 2016) c-bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto.

I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto. disposizione introdotta dal DLgs 56-2017 in vigore dal 20-5-2017 4. I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché:

- a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;
- b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria;
- c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;
- d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80. (cfr. decreto correttivo di cui al d.lgs. 56/2017).

Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. 6. È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente

esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190.

Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, per gli appalti sotto le soglie di cui all'articolo 35: le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80 prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori; l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo 80. (cfr. decreto correttivo di cui al d.lgs. 56/2017)

L'affidatario deposita il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmette altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80. Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici.

Il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Nelle ipotesi di cui al comma 13, lettere a) e c), l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al primo (ndr. secondo) periodo.

L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni. È, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, ove presente, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del piano di cui al comma 17.

Ai fini del pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la stazione appaltante acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori.

Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente dell'esecutore o del subappaltatore o dei

soggetti titolari di subappalti e cottimi, nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 30, commi 5 e 6. 11.

Nel caso di formale contestazione delle richieste di cui al comma precedente, il responsabile del procedimento inoltra le richieste e le contestazioni alla direzione provinciale del lavoro per i necessari accertamenti. (cfr. decreto correttivo di cui al d.lgs. 56/2017).

L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposta verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80. 13. La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi: a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa; b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore; (cfr. errata corrige del 15 luglio 2016) c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente. (cfr. errata corrige del 15 luglio 2016)

L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

Per i lavori, nei cartelli esposti all'esterno del cantiere devono essere indicati anche i nominativi di tutte le imprese subappaltatrici.

Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare, il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori edili è verificata dalla Cassa edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro e delle politiche sociali; per i lavori non edili è verificata in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato.

I piani di sicurezza di cui al decreto legislativo del 9 aprile 2008, n. 81 sono messi a disposizione delle autorità competenti preposte alle verifiche ispettive di controllo dei cantieri. L'affidatario è tenuto a curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti



nel cantiere, al fine di rendere gli specifici piani redatti dai singoli subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario.

L'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con il titolare del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti nel caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio.

La stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione di cui al comma 4 entro trenta giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi. Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa.

Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà. L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili, si applicano altresì agli affidamenti con procedura negoziata.

Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo è consentita, in deroga all'articolo 48, comma 9, primo periodo, la costituzione dell'associazione in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto. (cfr. decreto correttivo di cui al d.lgs. 56/2017).

È fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto della normativa comunitaria vigente e dei principi dell'ordinamento comunitario, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori. (cfr. errata corrige del 15 luglio 2016) 22. Le stazioni appaltanti rilasciano i certificati necessari per la partecipazione e la qualificazione di cui all'articolo 83, comma 1, e all'articolo 84, comma 4, lettera b), all'appaltatore, scomputando dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto. I subappaltatori possono richiedere alle stazioni appaltanti i certificati relativi alle prestazioni oggetto di appalto realmente eseguite. (cfr. errata corrige del 15 luglio 2016).

CENTRO STUDI ANCE AGOSTO 2017