

Il subappalto nei lavori pubblici - 2021

**ANCE**

ASSOCIAZIONE NAZIONALE  
COSTRUTTORI EDILI

## Il subappalto nei lavori pubblici

**Art. 105 del d.lgs. 50/2016**  
*(aggiornato al "Semplificazioni-bis",  
DL 31 maggio 2021, n. 77, L.  
conversione 29 luglio 2021, n. 108)*

**Vademecum**

*Si ringrazia la Direzione Relazioni industriali e Affari sociali di ANCE per la collaborazione.*

## Sommario

<b>Introduzione</b>	<b>7</b>
1. <i>Inquadramento del subappalto</i>	<b>9</b>
2. <i>Cessione del contratto di appalto</i>	<b>10</b>
3. <i>Contratti similari</i>	<b>11</b>
a. <i>Contratti di nolo a caldo e a freddo</i>	13
b. <i>Fornitura con posa in opera</i>	15
<b>FOCUS – Fornitura con posa in opera di conglomerato bituminoso</b>	16
4. <i>Attività che non costituiscono subappalto</i>	<b>17</b>
a. <i>Affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi</i>	18
b. <i>Contratti continuativi di cooperazione</i>	19
c. <i>Subappalto a cascata</i>	20
5. <i>Subappalto dell'ausiliaria</i>	<b>21</b>
6. <i>L'Unione europea sui limiti al subappalto</i>	<b>23</b>
<b>FOCUS – Le sentenze Vitali e Tedeschi della CGUE</b>	25
7. <i>Limiti quantitativi al subappalto</i>	<b>27</b>
<b>FOCUS – il Parere ANAC sui nuovi limiti al subappalto “a regime”</b>	29
a. <i>Lavorazioni Super-Specialistiche o SIOS</i>	30
<b>FOCUS – Mancata previsione del periodo transitorio</b>	33
b. <i>White List e anagrafe antimafia</i>	34
8. <i>Indicazione della terna di subappaltatori</i>	<b>37</b>
<b>FOCUS - La sentenza “TIM S.p.A.” della CGUE – Esclusione terna</b>	39
9. <i>Subappalto facoltativo e necessario</i>	<b>40</b>
<b>FOCUS – Soccorso istruttorio e indicazione in gara del subappalto</b>	43
a. <i>Indicazione del nominativo del subappaltatore necessario</i>	45
<b>FOCUS –Subappalto necessario e avalimento (frazionato)</b>	47

b.	Il subappalto necessario negli appalti misti	48
<b>PARTE SECONDA – Adempimenti a carico dell'appaltatore</b>		<b>51</b>
1.	<i>Condizioni per l'affidamento del subappalto</i>	<b>51</b>
a.	<i>Divieto di affidamento del subappalto ad altro concorrente</i>	52
b.	<i>Qualificazione del subappaltatore</i>	55
c.	<i>Preventiva indicazione dei lavori da subappaltare</i>	58
d.	<i>Assenza dei motivi di esclusione</i>	59
	<b>FOCUS – Verifica del subappaltatore della terna</b>	59
2.	<i>Richiesta di autorizzazione e obblighi dell'appaltatore</i>	<b>60</b>
3.	<i>Rilascio dell'autorizzazione</i>	<b>64</b>
	<b>FOCUS – Autorizzazione del cottimo</b>	66
4.	<i>Importo corrisposto al subappaltatore</i>	<b>68</b>
	<b>FOCUS – Nota INL n. 1507/2021 e il trattamento economico e normativo</b>	70
a.	<i>Inquadramento giuridico dell'obbligo di pagamento diretto</i>	72
b.	<i>I casi di pagamento diretto</i>	73
c.	<i>Congruità della manodopera</i>	75
d.	<i>L'esecuzione del pagamento del subappaltatore</i>	76
e.	<i>Rinuncia al pagamento diretto</i>	77
5.	<i>La tracciabilità dei flussi del subappaltatore</i>	<b>78</b>
	<b>FOCUS – La tracciabilità nei subappalti del sisma</b>	79
6.	<i>D.G.U.E.</i>	<b>81</b>
7.	<i>Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici</i>	<b>82</b>
	<b>FOCUS – La riforma informatica e il futuro dell'AVCpass</b>	83
<b>PARTE TERZA – Esecuzione subappalto</b>		<b>85</b>
1.	<i>Responsabilità solidale dell'appaltatore</i>	<b>85</b>
	<b>FOCUS – Responsabilità solidale e pagamento diretto</b>	88
2.	<i>Regolarità nelle retribuzioni e dei contributi</i>	<b>89</b>

<b><i>FOCUS – Vincolo solidaristico per i dipendenti del sub fornitore</i></b>	<b>90</b>
<i>a. Intervento “contributivo” sostitutivo della SA</i>	91
<i>b. Intervento “retributivo” sostitutivo della SA</i>	93
3. <i>Le verifiche del direttore dei lavori</i>	<b>94</b>
4. <i>Il subappalto non autorizzato</i>	<b>95</b>
5. <i>Emissione dei certificati di esecuzione dei lavori</i>	<b>97</b>
6. <i>Disposizioni di chiusura</i>	<b>99</b>
<b>NORMATIVA</b>	<b>101</b>
<i>Art. 105. (Subappalto)</i>	<b>101</b>



## Introduzione

*Negli ultimi anni il subappalto - istituto fondamentale nell'esecuzione degli appalti pubblici - è stato oggetto di numerosi interventi legislativi e modifiche normative, tra cui quelle riguardanti il limite quantitativo ammesso e l'indicazione della terna di subappaltatori in gara.*

*Con l'approvazione del cd. decreto "Sblocca cantieri"<sup>1</sup> e, successivamente, con il cd. decreto "Semplificazioni-bis"<sup>2</sup>, la riforma del subappalto sembra aver preso una svolta.*

*In particolare, il legislatore italiano ha voluto dare risposta alle istituzioni europee che, in più occasioni, avevano messo in rilievo la non conformità della normativa nazionale del subappalto rispetto alle direttive comunitarie<sup>3</sup>.*



*L'Europa ha sempre guardato con favore al subappalto, considerandolo un efficace strumento di tutela della concorrenza, strutturato soprattutto per l'accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici. Per tale motivo, le direttive hanno sempre disciplinato l'istituto, senza prevedere – diversamente dall'Italia - limiti generali ed astratti alle sue possibilità di utilizzo da parte delle amministrazioni.*

*A fronte delle significative modifiche introdotte alla normativa e dei mutati orientamenti interpretativi intervenuti, l'ANCE attua la revisione del vademecum sul subappalto*

<sup>1</sup> Art. 1, co. 18 del [D.L. 18 aprile 2019, n. 32](#), convertito con modificazioni dalla [Legge 14 giugno 2019, n. 55](#).

<sup>2</sup> Art. 49 del [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), [legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108](#).

<sup>3</sup> Vedi lettera di costituzione in mora della Commissione Ue, inviata al Ministro degli Affari esteri e della Cooperazione Internazionale il 24 gennaio 2019 (rif. [proc. infrazione n. 2018/2273](#)) nonché le pronunce della Corte di Giustizia della UE succedutesi a poche settimane di distanza: [c.d. sentenza Vitali, 26 settembre 2019, causa C-63/18](#), e [c.d. sentenza Tedeschi, 27 novembre 2019, causa C-402/18](#), aventi ad oggetto la disciplina contenuta nel codice del 2006, all'art. 118, commi 2 e 4. A queste, seguiva in tema di terna di subappaltatori, di cui agli artt. 80, commi 1,5 e 7, e [105, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016](#), la [sentenza "Tim SpA", Corte di Giustizia della UE, 30 gennaio 2020, causa C-395/18](#).

*pubblicato nel 2017, confermando l'obiettivo di fornire agli addetti ai lavori uno strumento utile anche all'applicazione di questa complessa disciplina.*





## PARTE PRIMA – L’istituto del subappalto

### 1. Inquadramento del subappalto

In termini generali, 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 a **beneficio del committente pubblico o privato**<sup>4</sup>.

Negli appalti pubblici, la disciplina di tale istituto “*orbita intorno ad una nozione sostanziale e non meramente formale di subappalto*”<sup>5</sup>, fermo restando che rispetto all’appaltatore, <sup>6</sup> il subappaltatore non è titolare del rapporto contrattuale con l’amministrazione, che resta in capo al primo.



Al subappaltatore è comunque richiesto un coinvolgimento imprenditoriale, organizzativo e in termini di responsabilità nell’esecuzione dell’appalto principale o meglio di una quota di questo.

Ciò lo differenzia, ad es., dal fornitore (o dal prestatore di servizi) che si limita a offrire un prodotto (o comunque una prestazione), che verrà utilizzato dall’appaltatore nella prestazione oggetto dell’appalto principale<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Si vedano, rispettivamente, [art. 105, comma 2](#) del D.lgs. 50/2016 e art. 1655 e ss. c.c. e. In particolare, nel codice civile, all’art. 1655, il contratto di appalto è definito come «*il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro*».

<sup>5</sup> Cfr. [Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2073](#).

<sup>6</sup> Nel Codice dei contratti, all’art. 3, comma 1, lett. ii), accogliendo la nozione di derivazione comunitaria, gli appalti pubblici sono definiti come i «*contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi*».

<sup>7</sup> Con la [sentenza n. 1956 del 20 febbraio 2018, il TAR del Lazio – Roma, Sez. I bis](#) ha chiarito il discrimine sussistente sul piano contrattuale tra il subappalto d’opera o di servizi e il rapporto di subfornitura commerciale (successivamente ripresa in molte altre sentenze, tra cui [CGARS, 17 settembre 2020, n. 777](#)). In tale sentenza viene chiarito che - “... alla stregua delle superiori considerazioni, si perviene alla conclusione secondo cui la dichiarazione di non avvalersi di subappaltatori non possa essere ritenuta come perfettamente equipollente alla dichiarazione di

Pertanto, mentre il subappaltatore contribuisce alla realizzazione della prestazione principale destinata a soddisfare l'amministrazione, **il fornitore si impegna soltanto a porre nella disponibilità dell'appaltatore un bene da inserire nella produzione** eseguita da quest'ultimo, rilevante solo sotto il profilo privatistico dei rapporti bilaterali di carattere commerciale tra le aziende<sup>8</sup>.

## 2. Cessione del contratto di appalto

Nei contratti pubblici, la vigente disciplina del subappalto è contenuta nell'[articolo 105 del d.lgs. n. 50/2016](#)<sup>9</sup> (codice dei contratti pubblici, di seguito semplicemente codice), che ha sostituito quella dell'articolo 118 del previgente d.lgs. n. 163/2006.

Detta disciplina, dall'entrata in vigore del codice stesso, ha subito continue correzioni<sup>10</sup>.

Nel merito, il citato articolo del codice esprime, anzitutto, al primo comma, **il principio generale di esecuzione diretta**<sup>11</sup> degli appalti pubblici da parte dell'affidatario e disciplina – nei commi successivi - l'affidamento a terzi dell'esecuzione di parte delle prestazioni o delle lavorazioni oggetto del contratto di appalto principale.

---

*non voler ricorrere alla subfornitura, come invece sembra ritenere parte ricorrente”; e che dunque “applicando le precitate coordinate ermeneutiche al caso di specie, si può ritenere che la dichiarazione di non voler ricorrere al subappalto, resa dalla odierna controinteressata nel DGUE, non può ritenersi preclusiva anche della facoltà di avvalersi di aziende esterne per l'acquisizione di prodotti parte della fornitura, da consegnare poi alla P.A. per l'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto”.*

<sup>8</sup> Cfr. [Cons. Stato, Sez. III, 30 novembre 2018, n. 6822](#).

<sup>9</sup> Il Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 è stato pubblicato nel [Supplemento ordinario N. 10/L alla Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 91 del 19 aprile 2016](#), contenente la “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

<sup>10</sup> Si vedano in proposito: a) avviso di rettifica - [Comunicato 15 luglio 2016, pubblicato nella G.U. 15 luglio 2016, n. 164](#); b) art. 69, [d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56](#) o decreto “correttivo” al Codice; c) art. 1, [D.L. 18 aprile 2019, n. 32](#), o decreto “Sblocca cantieri”; d) art. 1, [Legge 14 giugno 2019, n. 55](#) di conversione al cd. decreto “Sblocca cantieri”; e) art. 49, [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#) o decreto “Semplificazioni-bis” e relativa [legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108](#).

<sup>11</sup> Il decreto “correttivo” (n. 56/2017) ha infatti eliminato la locuzione “di norma” riferita all'esecuzione diretta dell'appaltatore, rafforzando tale principio.

A pena di nullità – prevede altresì l’articolato - **il contratto non può essere ceduto**<sup>12</sup> e non può essere affidata a terzi l’integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la **prevalente esecuzione delle lavorazioni** relative al complesso delle categorie prevalenti<sup>13</sup> e dei contratti ad alta intensità di manodopera.

### 3. Contratti similari

Il codice si sofferma poi sui casi in cui è possibile applicare la disciplina del subappalto ad altre figure contrattuali, quali ad esempio le forniture con posa in opera ed i noli a caldo.

Ai sensi dell’[art. 105, comma 2 del codice](#), tali subcontratti sono **assimilati al subappalto** quando abbiano ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l’impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera<sup>14</sup> e i noli a caldo<sup>15</sup>, **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** (cfr. fig. n. 1).

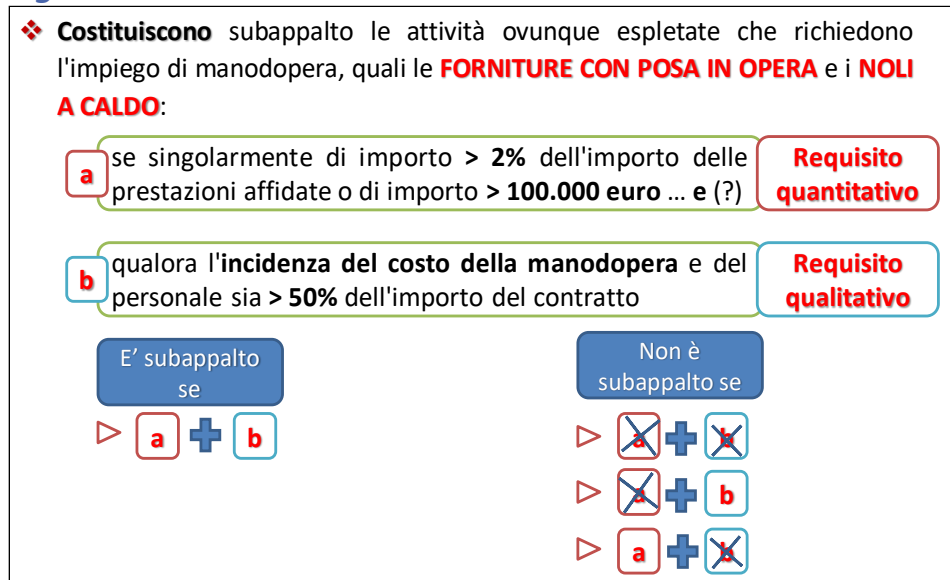
<sup>12</sup> Si distingue dalla cessione la sostituzione del contraente disciplinata dall’art. 106, comma 1, lett. d) del codice, richiamato dall’[art. 105, comma 1 secondo periodo del codice](#). Resta quindi ferma la possibilità della sostituzione del contraente da parte dell’amministrazione, qualora si verifichi una delle seguenti circostanze: 1) sia stata prevista una clausola di revisione nei documenti di gara iniziali (art. 106, comma 1, lett. “a” del codice); 2) all’aggiudicatario iniziale ne succeda un secondo, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, laddove non realizzi altre modifiche sostanziali al contratto e non consenta di eludere l’applicazione del codice; 3) nel caso in cui l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

<sup>13</sup> Tale formulazione è stata introdotta dal decreto “Semplificazioni-bis”, [D.L. 77/2021](#). Sul punto, ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. *oo-bis*) del codice, per «*lavori di categoria prevalente*» si intende la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l’intervento e indicate nei documenti di gara.

<sup>14</sup> L’ANAC ha chiarito che nel contratto di fornitura con posa in opera l’elemento “posa in opera”, rispetto alla “fornitura”, riguarda specificamente le prestazioni esecutive necessarie a posare in opera un bene prodotto in serie, al fine di renderlo idoneo ad essere utilizzato secondo la sua destinazione che possiede già di per sé, indipendentemente dalla sua posa in opera (cfr. [Deliberazione 10 aprile 2013 n. 14](#)).

<sup>15</sup> Nel “nolo a caldo”, viene messo a disposizione anche un operatore per l’utilizzo del macchinario/attrezzatura, mentre nel cd. “nolo a freddo”, viene locato solo il macchinario.

**Figura 1 – contratti simili**



Laddove le suddette condizioni si realizzino, 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 e il computo dell'importo del subcontratto, ai fini del calcolo della quota subappaltata.

Ai contratti assimilabili, si applicano anche le disposizioni in tema di **responsabilità solidale dell'appaltatore**, assieme ad ogni altro effetto di legge.

**Per tutti i sub-contratti** di fornitura con posa in opera e i noli a caldo che **non superino i suddetti parametri**, invece, l'affidatario può limitarsi a **comunicare alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione**, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto della prestazione affidata<sup>16</sup>. Ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari<sup>17</sup>, l'affidatario trasmette altresì, anche per estratto, copia del relativo sub-contratto riportante la clausola di assunzione degli obblighi in materia di tracciabilità e comunica per il sub-contraente i dati del C/C dedicato.

L'importo di questi ultimi contratti, che non costituiscono subappalto, non incide sulla quota massima subappaltabile.

<sup>16</sup> L'art. 105, comma 2, terz'ultimo periodo del codice 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 ([Determinazione n. 7, del 13 marzo 2003 – rif. gdl 54 02](#) dell'allora AVCP, ora ANAC).

<sup>17</sup> Cfr. articolo 3 della L. 136/2010 e s.m.i..

Occorre infine rammentare che l'assimilazione al subappalto è determinante anche ai fini dell'applicazione dell'art. 21 della legge n. 646/1982, con cui è stato sancito il divieto di subappalto o cottimo non autorizzato, prevedendo sanzioni penali a carico dell'appaltatore, del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo<sup>18</sup>.

#### a. Contratti di nolo a caldo e a freddo

Una figura peculiare di subcontratto è il contratto di noleggio, che consente di utilizzare attrezzature in modo saltuario e di disporre di mezzi rispondenti alle più recenti proposte tecnologiche e alle normative ambientali.

Nel nostro ordinamento **il noleggio non costituisce un contratto tipico**, se non con riferimento al diritto della navigazione<sup>19</sup>. Tale figura contrattuale rientra, quindi, nell'alveo del contratto di locazione, di cui agli artt. 1571 e ss. del codice civile.

Sul piano pratico, inoltre, sussiste un'importante **distinzione tra noli "a freddo" e noli "a caldo"**, basata sul fatto che, nel secondo caso, accanto al macchinario, vi è la messa a disposizione di un operatore/manoperatore competente nell'utilizzo dell'attrezzatura locata.

La differenza tra i due contratti è particolarmente rilevante, in quanto **il nolo "a caldo"**<sup>20</sup> **è sottoposto alla disciplina dei cd. contratti assimilabili al subappalto**, laddove ne ricorrano le condizioni<sup>21</sup>.

Di contro, in assenza di un operatore, quindi "a freddo", il noleggio garantisce la semplice disponibilità temporanea del macchinario/attrezzatura, rappresentando una forma di "*locazione di cosa mobile*", come tale, non assimilabile al subappalto.

Conseguentemente, detto contratto rientra nel novero dei sub-contratti diversi dal subappalto, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, per i quali, ai sensi dell'[art. 105, comma 2, del codice](#), vige per l'appaltatore un mero onere di comunicazione preventiva e l'assoggettamento - in qualità di soggetto appartenente alla filiera dell'appalto - alla tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della Legge 136/2010, con conseguente obbligo di pagamento tracciabile su un conto corrente dedicato.

<sup>18</sup> Si veda, nella terza parte, il paragrafo "[il subappalto non autorizzato](#)".

<sup>19</sup> Art. 376 del Codice della Navigazione.

<sup>20</sup> Il noleggio del macchinario con operatore configura un contratto a causa mista avente, in parte, i caratteri della locazione (di cui all'articolo 1571 c.c.) e, in parte, quelli del contratto d'appalto (di cui all'articolo 1655 e ss. del codice civile).

<sup>21</sup> Vedi paragrafo "[contratti similari](#)".

Va, inoltre, specificato che secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza e dell'ANAC - che in passato si è ampiamente espressa sul tema con pronunce tuttora valide - le regole del codice sui "contratti simili" sono applicabili soltanto rispetto ai "noli a caldo" che non siano configurabili, già di per sé, come lavori.

Secondo l'Autorità, al di là del *nomen iuris* utilizzato, **laddove nel contratto sia presente l'assunzione di un'obbligazione di risultato** da parte del noleggiatore – che comporta l'obbligo di eseguire a regola d'arte una determinata lavorazione<sup>22</sup>, con organizzazione di mezzi e con gestione a proprio rischio - non v'è dubbio che **la causa prevalente in tale contratto sia quella dell'appalto**<sup>23</sup> e, quindi, indipendentemente dalla sussistenza delle caratteristiche previste per i contratti "simili", **sarà applicabile la disciplina prevista dall'art. 105 del codice per il subappalto.**

Ne consegue che tali "noleggi", al pari di quelli "assimilabili" al subappalto, sono sempre **computati nella quota di subappalto**, devono essere autorizzati preventivamente dalla stazione appaltante (con le eventuali conseguenze in termini di responsabilità penale in caso di omissione) e **prevedono un diverso regime di responsabilità, per cui il noleggiatore risponderà:**

- a. **ex codice civile, nei confronti dell'appaltatore** per il mancato ottenimento del risultato, sia che dipenda da inadeguatezza della macchina o del manovratore, sia che dipenda da carenze tecniche ed organizzative che abbiano compromesso il risultato promesso;
- b. **ex codice dei contratti, nei confronti dell'Amministrazione**, che potrà agire in via diretta nei suoi confronti, per far valere eventuali vizi e difformità a lui addebitati<sup>24</sup>.

Di contro, **non sussiste responsabilità diretta nei confronti dell'Amministrazione se manca un'obbligazione di risultato** o non ricorrano le condizioni previste per i contratti "simili", motivo per cui – in tali casi - trovano applicazione le disposizioni del codice civile sulla locazione e, conseguentemente, risponderà sempre e comunque l'appaltatore, salvo rivalsa nei confronti del noleggiatore (art. 1228 c.c.).

<sup>22</sup> Cfr. [Atto di regolazione n. 5/01](#); [Determinazione n. 12/01](#) e [Deliberazione AVCP, oggi ANAC, 14/2013](#).

<sup>23</sup> L'art. 1655 c.c. caratterizza l'appalto proprio con il corretto compimento di una lavorazione a fronte di un corrispettivo.

<sup>24</sup> La previsione è in vigore - ai sensi del [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#) o decreto "Semplificazioni-bis", convertito con modificazioni dalla [legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108](#) - a partire dal 1° novembre 2021; fino al 31 ottobre 2021, continuava a rispondere in via esclusiva l'appaltatore, fatto salvo il suo diritto di rivalsa nei confronti del noleggiatore.

### b. Fornitura con posa in opera

Considerata la delicatezza delle conseguenze derivanti dall'assimilazione al subappalto, anche **con riferimento alle forniture con posa in opera**, la giurisprudenza ritiene non sufficiente la sola valutazione delle soglie di cui al citato [art. 105, comma 2 del codice](#), dovendosi considerare anche la natura concreta delle prestazioni affidate.

In particolare, **il criterio** distintivo elaborato dalla giurisprudenza è quello **della "trasformazione soggettiva del bene fornito"**, alla luce del quale si considera integrata un'ipotesi di subappalto ogniqualvolta il bene da porre in opera viene trasformato all'interno del cantiere in un'entità diversa, con destinazione d'uso e consistenza mutate rispetto a quelle originarie.

Anche l'AVCP – oggi ANAC – si è ampiamente espressa sul tema in passato, con pronunce che appaiono valide tutt'oggi.

In particolare, secondo l'Autorità<sup>25</sup>, le regole del codice sull'individuazione dei *"contratti similari"* sono applicabili soltanto rispetto alle forniture con posa in opera che non siano configurabili, già di per sé, come lavori, in quanto riconducibili ad una delle categorie di qualificazione SOA, che riguardano, appunto, gli esecutori di lavori pubblici.

Più in generale, l'Autorità ha precisato che, in tutti i casi in cui una prestazione, pur definita come fornitura con posa in opera, sia comunque riconducibile ad un'attività prevista dalle declaratorie dell'allegato A al DPR n. 207/2010, la funzione caratterizzante il contratto è da individuare nella realizzazione dell'opera o del lavoro, che costituiscono, quindi, l'oggetto principale del contratto medesimo<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. [Determinazione n. 12/01](#) e [atto di regolazione n. 5/01](#), che richiama la giurisprudenza secondo cui *«il negozio misto nel quale siano presenti gli elementi della compravendita e dell'appalto, deve essere assoggettato alla disciplina unitaria del contratto i cui elementi costitutivi debbono considerarsi prevalenti, salvo che gli elementi del contratto non prevalente, regolabili con norme proprie, non siano incompatibili con quelli del contratto prevalente, dovendosi in tal caso procedere, nel rispetto dell'autonomia contrattuale (art. 1322 cod. civ.), al criterio della integrazione delle discipline relative alle diverse cause negoziali che si combinano nel negozio misto»* (Cass. Civ., sez. II, 2 dicembre 1997, n. 12199).

<sup>26</sup> Secondo l'Autorità, non rientra, invece, in tale tipologia di prestazioni, la fornitura e posa in opera di barre presagomate in acciaio necessarie per realizzare le strutture in cemento armato, che non può considerarsi lavoro riconducibile ad una delle declaratorie SOA, ma di una prestazione facente parte della categoria prevalente (ad es. l'OG1). Pertanto, salvo che abbia le caratteristiche per essere considerata un contratto simile, tale prestazione non è subordinata alla disciplina del subappalto: all'impresa esecutrice non viene richiesta l'attestazione SOA (e neppure ne matura i requisiti), tanto meno tale sub-contratto incide sulla quota subappaltabile o richiede alcuna autorizzazione da parte della SA, essendo sufficiente la comunicazione alla stazione appaltante del



È il caso dei **manufatti e impianti inseriti in un'opera di ingegneria civile**, relativamente ai quali l'ANAC ha osservato che non è consentito porre rilievo alla loro "fornitura", anche se di valore superiore al 50% (motivo per cui non si realizza la cd. condizione "qualitativa" dei contratti simili), in quanto in ogni appalto di lavori vi è una componente, talora economicamente prevalente, di forniture, ma in tal caso il subappalto non muta per questo la propria natura giuridica<sup>27</sup>.

### **FOCUS – Fornitura con posa in opera di conglomerato bituminoso**

*Per quanto riguarda la fornitura con posa in opera di conglomerato bituminoso, molto frequente negli appalti di costruzione o manutenzione stradale, occorre aggiungere le seguenti considerazioni.*

*Secondo l'ANAC, in questo caso, il bene finale (ad es. il tappeto bituminoso) è il risultato di una serie di lavorazioni tutt'altro che accessorie o complementari rispetto al bene fornito<sup>28</sup>, perché è frutto dell'impiego di macchinari e operai specializzati<sup>29</sup>.*

*Ne discende che, ad avviso dell'ANAC, la fornitura e posa in opera di conglomerati bituminosi deve considerarsi sempre soggetta alla disciplina del subappalto, anche nel caso in cui l'incidenza della manodopera sia inferiore al 50%, non avendo il bitume di per sé, una specifica destinazione d'uso indipendente dalla posa in opera, necessitando, infatti, di essere steso e lavorato<sup>30</sup>.*

*Naturalmente, resta fermo che si è in presenza di un contratto di fornitura "pura" - e non si pongono quindi problemi di possibile assimilazione al subappalto - quando l'impresa appaltatrice si limiti ad approvvigionarsi presso l'impianto di produzione del conglomerato bituminoso necessario all'esecuzione dell'appalto.*

*Tale contratto, di mera fornitura, potrà quindi essere ricondotto a quella tipologia di contratti "accessori" all'esecuzione dell'appalto, per i quali sussistono unicamente*

---

nome dell'impresa cui sia stata sub-affidata tale prestazione (cfr. [Determinazione AVLP, ora ANAC, n. 7 del 13 marzo 2003 - rif gdl 54 02](#)).

<sup>27</sup> Cfr. [Deliberazione AVCP, oggi ANAC, 14/2013](#), secondo cui la realizzazione in officina di carpenteria metallica, la sua fornitura, ed il montaggio in cantiere esorbitano dalla causale contrattuale della semplice compravendita assumendo una prevalente funzione di "appalto di lavoro", ancorché l'incidenza della manodopera sia inferiore al 50% dell'importo del sub-contratto.

<sup>28</sup> Cfr. anche [Deliberazione ANAC n. 35/2008](#) e n. [14/2013 dell'ANAC](#), allora denominata AVCP, con le quali si è compiuto il distinguo tra subappalto e contratto di fornitura con posa in opera, peraltro argomentando sulle medesime lavorazioni oggetto di esame.

<sup>29</sup> Cfr. circolare del [Ministero dei Lavori pubblici, n. 477/UL del 9-3-1983](#).

<sup>30</sup> Cfr. [Deliberazione ANAC n. 35/2008](#).



*obblighi di comunicazione prima dell'inizio della prestazione<sup>31</sup>, oltre che di tracciabilità dei flussi finanziari, di cui all'art. 3, comma 8, della Legge 136/2010.*

#### 4. Attività che non costituiscono subappalto

Il codice prevede altresì che determinate prestazioni che non possano mai essere considerate subappalto.

In particolare, l'[art. 105, comma 3 del codice](#), precisa che **non si configurano** come subappalto, le seguenti categorie di forniture e servizi:

- a) l'affidamento di attività specifiche a **lavoratori autonomi** (per le quali occorre comunque effettuare una 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**;
- 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.

Tali esclusioni sembrerebbero applicarsi a tutte le tipologie di appalto (lavori servizi e forniture), in linea con le esclusioni previste nella disciplina previgente, di cui all'art. 118, ultimo comma del d.lgs. n. 163/2006.

Per tali contratti vi è quindi una presunzione che consente alla stazione appaltante di non applicare la disciplina del subappalto prevista dal codice.

Sotto tale profilo, l'[art. 105, comma 3 del codice](#), più che porre una deroga alla disciplina sul subappalto, **sembrerebbe delimitare la nozione di subappalto** individuando i contratti che non possono ritenersi tali.

<sup>31</sup> [Art. 105, comma 2 del codice](#).

### a. Affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi

Per quanto riguarda la lettera a) del citato [comma 3 dell'art. 105 del codice](#), l'estraneità alla nozione del subappalto – secondo quanto affermato in giurisprudenza<sup>32</sup> - si fonda sulla **specificità delle prestazioni**, nonché sulla **diversità degli effetti giuridici** dei due tipi di contratto, che sono diretti a destinatari diversi:

- a. nel caso del subappalto, **il subappaltatore esegue direttamente parte delle prestazioni** del contratto stipulato con l'amministrazione, sostituendosi all'affidatario;
- b. nell'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, **le prestazioni del lavoratore autonomo sono rese** in favore dell'aggiudicatario, che le **inserisce nell'organizzazione di impresa** necessaria per adempiere alle obbligazioni contrattuali e le riutilizza, inglobandole nella prestazione resa all'amministrazione appaltante.

I due contratti sono quindi diversi sul piano funzionale, dal momento che **nel subappalto vi è un'alterità anche sul piano organizzativo**, tra appaltatore e subappaltatore (la parte di prestazione contrattuale è affidata dall'appaltatore a un terzo che la realizza direttamente attraverso la propria organizzazione), invece **nella prestazione del lavoratore autonomo, quest'ultima è inserita all'interno dell'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore**.

Per tale motivo, la giurisprudenza ritiene che, ad eccezione dell'ipotesi in cui **il contratto di lavoro autonomo costituisca solo uno schermo** per non applicare la disciplina del subappalto, questo contratto **rimane esterno al perimetro applicativo dell'art. 105 del codice**, nonostante possa avere ad oggetto l'affidamento di specifiche attività rientranti nell'appalto.

<sup>32</sup>Cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 31 maggio 2021, n. 4150](#).

## b. Contratti continuativi di cooperazione

I **Contratti Continuativi di Cooperazione**, di cui all'[art. 105 comma 3, lett. c- bis](#)<sup>33</sup> del codice, sono stati inquadrati in giurisprudenza come un **potenziale mezzo per l'affidamento di prestazione a terzi, elusivo dei limiti del subappalto**.

A fronte di un iniziale contrasto giurisprudenziale sull'effettiva portata del riferimento a tale tipologia contrattuale, sembrerebbe ormai prevalente un'interpretazione restrittiva, che esclude qualsiasi sovrapposizione con le prestazioni rese in regime di subappalto<sup>34</sup>.

Infatti, secondo tale orientamento, **i contratti continuativi di cooperazione si distinguono dal subappalto**, per le seguenti caratteristiche:

- la **direzione soggettiva delle prestazioni affidate**, che sono "rese in favore" dei soggetti affidatari che restano pur sempre gli unici responsabili nei confronti della stazione appaltante per l'esecuzione delle prestazioni loro affidate<sup>35</sup>;
- l'**oggetto del contratto**, che non riguarda l'affidamento da parte dell'appaltatore a terzi di parte delle medesime prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, ma prestazioni che, pur comprese nel complessivo oggetto del contratto e pur necessarie per la corretta esecuzione della prestazione principale, **appaiono rispetto a questa di carattere complementare ed aggiuntivo**, avendo natura residuale ed accessoria;
- sul **piano funzionale**, la prestazione resa è inserita all'interno dell'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore, per cui **manca quell'alterità** che caratterizza il subappaltatore, il quale opera direttamente, attraverso la propria organizzazione<sup>36</sup>.

I "contratti di cooperazione servizio e/o fornitura" sono, quindi, quei contratti **che il concorrente stipula con terzi allo scopo di procurarsi quanto necessario alla propria attività d'impresa** ovvero, nello specifico, quei beni e servizi indispensabili all'esecuzione

<sup>33</sup> La disposizione è stata aggiunta dall'art. 69, comma 1, lett. c) d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. decreto "correttivo" al codice).

<sup>34</sup> Cfr. [Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2020, n. 607, id., 27 dicembre 2018, n. 7256](#) nonché [TAR Roma, 26.04.2021 n. 4816](#). Di contro è stato altresì affermato che «l'istituto de quo, proprio perché si configura come derogatorio rispetto alla generale disciplina del subappalto, è evidentemente ancorato ai medesimi presupposti applicativi, a cominciare dalla determinazione contenutistica della prestazione eseguibile mediante il ricorso all'impresa "convenzionata"» (in tal senso, vedi [Cons. di Stato, sez. III, 18 luglio 2019, n. 5068](#)).

<sup>35</sup> Le prestazioni oggetto di siffatti contratti sono rivolte a favore dell'operatore economico affidatario del contratto di appalto con il soggetto pubblico e non invece direttamente a favore di quest'ultimo come avviene nel caso del subappalto (cfr. [Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7256](#); si veda anche [Cons. St., sez. V, 22 aprile 2020, n. 2553](#); contra [Cons. Stato, sez. III, 18 luglio 2019, n. 5068](#)).

<sup>36</sup> Cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2021 n. 2962](#).

della prestazione in affidamento. Attraverso tali contratti, non viene quindi affidata l'esecuzione di una parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, come nel caso di subappalto.

Ne consegue che **la disciplina in tema di subappalto non è estensibile ai contratti di cooperazione**, motivo per cui non dovrà, ad es., essere applicata la norma che impone all'operatore economico di dichiarare all'atto dell'offerta le parti dei lavori, dei servizi o delle forniture che intende subappaltare<sup>37</sup>.

Pur avendo entrambi come destinatario l'appaltatore, tale tipologia di contratti differiscono anche dall'avvalimento, per il quale l'art. 89, comma 1, prevede infatti la presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente<sup>38</sup>.

### c. *Subappalto a cascata*

Sul subappaltatore grava la previsione [dell'art. 105, comma 19 del codice](#), che espressamente pone il **divieto di subappalto "a cascata"**, per cui deve escludersi che l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto possa formare oggetto di ulteriore subappalto.

Tale divieto ha quindi come presupposto che le prestazioni sub-affidate siano quantomeno assimilabili al subappalto.

È quindi ragionevole ritenere che **possano essere stipulati anche dal subappaltatore** i contratti di affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, di subfornitura a catalogo di prodotti informatici e di servizi a imprenditori agricoli montani, perché estranei all'ambito applicativo della disciplina del subappalto.

La medesima considerazione sembrerebbe potersi estendere anche ai **Contratti Continuativi di Cooperazione**, laddove si aderisca all'interpretazione secondo cui attraverso tali contratti, non venga affidata l'esecuzione di una parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, come nel caso di subappalto.

In ultimo, si evidenzia che nel nuovo codice è venuta meno la disposizione contenuta nell'art. 170, comma 2, del D.P.R. 207/2010, che consentiva al subappaltatore di stipulare con un subcontraente il contratto di **posa in opera di componenti e apparecchiature**

<sup>37</sup> [Art. 105, comma 4 del codice](#).

<sup>38</sup> [Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 maggio 2020, n. 3169](#).

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).

La mancata riproduzione di detta deroga comporta che, ove sia necessaria la posa in opera dei suddetti componenti e apparecchiature, questa è soggetta a tutta la disciplina prevista per il subappalto.

## 5. Subappalto dell'ausiliaria

L'**avalimento** è uno degli strumenti previsti dal codice per **permettere all'operatore economico di partecipare ad una gara** per l'affidamento di un contratto pubblico, **quando non sia in possesso di alcuni requisiti richiesti dal bando**<sup>39</sup>.

Sul punto, il codice chiarisce che, seppure nell'avalimento il concorrente utilizza i requisiti (in tutto o in parte) dell'ausiliaria, **l'appalto «è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione»**<sup>40</sup>.

Per tale motivo, è stato osservato che **l'impresa appaltatrice rimane responsabile dell'esecuzione del contratto**, mentre le prestazioni in concreto svolte con mezzi e personale dell'ausiliaria sono, comunque, riconducibili all'organizzazione predisposta dalla prima<sup>41</sup>.

L'ausiliaria, però, potrebbe non limitarsi a mettere a disposizione dell'ausiliata i propri requisiti, ma potrebbe essere **affidataria di lavori in subappalto** (ad es. a titolo remunerativo per aver sottoscritto il contratto di avalimento).

Tale circostanza comporta che l'impresa ausiliaria, oltre a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse per l'esecuzione dell'appalto, debba impiegarle essa stessa nell'esecuzione del subappalto.

Proprio in ragione di ciò, ed al fine di evitare che il rapporto di avalimento si trasformi in una sorta di 'scatola vuota'<sup>42</sup>, nel contratto di avalimento, l'assetto negoziale deve consentire quantomeno *“l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria*

<sup>39</sup> Art. 89, comma 1 del codice.

<sup>40</sup> Art. 89, comma 8 del codice.

<sup>41</sup> Vedi anche [Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2018, n. 1698](#).

<sup>42</sup> Cfr. [Cons. Stato, III, 12 novembre 2014, n. 5573](#), richiamata di recente da [Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2018, n. 1338](#); ancor più recentemente vedi [Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2019, n. 755](#).

*andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione*<sup>43</sup>.

Considerata la peculiarità della figura dell'ausiliaria - che peraltro assume nei confronti dell'amministrazione una responsabilità solidale con l'appaltatore nell'esecuzione delle prestazioni - la giurisprudenza<sup>44</sup> ha definitivamente confermato che **«l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati»**<sup>45</sup>.

È pertanto il contratto di avvalimento e, in particolare, l'oggetto dello stesso a determinare la quota massima subappaltabile dal concorrente ausiliato, ciò **indipendentemente dalla sussistenza nel nostro ordinamento di eventuali limiti quantitativi al subappalto**.

A confermare tale interpretazione, vi è la **diversità implicita tra l'istituto del subappalto e quello avvalimento**<sup>46</sup>, che impedisce di operare una commistione tra i due istituti.

Pertanto, secondo la giurisprudenza, in linea con **la lettura dell'ANCE, espressa** nella prima consultazione dell'ANAC sull'avvalimento (in merito alla disciplina di cui agli artt. 49 e 50 del previgente d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163<sup>47</sup>), non può ritenersi applicabile in via analogica il limite quantitativo al subappalto, in quanto i «requisiti prestati» sono di per sé dimostrativi del fatto che **l'impresa ausiliaria è in concreto capace di eseguire le prestazioni affidate**<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. [Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682](#).

<sup>44</sup> Cfr. [Consiglio di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389](#).

<sup>45</sup> Art. 89, comma 8 del codice.

<sup>46</sup> Cfr. [TAR Campobasso, 17 ottobre 2020 n. 278](#), secondo cui i due istituti si differenziano, anzitutto, per il momento in cui vengono utilizzati: a) l'avvalimento si colloca nella fase di gara, perché permette ad un'impresa di ottenere requisiti per partecipare ad una procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico; b) il subappalto, invece, si colloca nella fase esecutiva, cioè quando un'impresa, dopo aver vinto la gara, decide di far svolgere ad un'altra impresa una parte delle prestazioni oggetto dell'appalto. In secondo luogo, differiscono per la responsabilità che assume l'impresa coinvolta nei confronti del committente pubblico rispetto alla corretta esecuzione dell'appalto: a) nell'avvalimento, l'ausiliaria, cioè l'impresa che presta i requisiti, è solidalmente responsabile con l'impresa che ha ricevuto il requisito; b) nel subappalto, il subappaltatore è un soggetto terzo rispetto alla stazione appaltante, avendo quest'ultima rapporti solo con l'affidatario del contratto pubblico, il quale è responsabile in via esclusiva dell'esecuzione dell'appalto - vedi sul punto novità dell'art. 49 del DL Semplificazioni bis (n. 77/2021).

<sup>47</sup> Cfr. consultazione dell'AVCP, ora ANAC, on line del 16 gennaio 2012, poi confluita nella [ANAC - Determinazione n. 2 del 1° agosto 2012](#).

<sup>48</sup> Cfr. [Consiglio di Stato, Sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8535](#).

## 6. L'Unione europea sui limiti al subappalto

A livello comunitario, la disciplina del subappalto è contenuta nell'art. 42 della direttiva 2014/23/UE (concessioni), nell'art. 71 della direttiva 2014/24/UE (appalti) e nell'art. 88 della direttiva 2014/25/UE (settori speciali). Tali disposizioni **non prevedono alcun limite quantitativo generalizzato per il ricorso al subappalto**.

In applicazione dell'art. 63, par. 2, della direttiva 2014/24 – concernente invero i limiti all'avvalimento – tuttalpiù le amministrazioni possono prevedere, gara per gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'offerente e, pertanto, sottratti al subappalto.

L'art. 71 della direttiva appalti **prevede, invece, che l'amministrazione possa chiedere o essere obbligata dallo Stato membro a chiedere all'offerente di informarla sulle intenzioni di quest'ultimo in materia di subappalto**. La stessa amministrazione aggiudicatrice può, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligata dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57.

A fronte di tale previsione, il **codice** dei contratti pubblici come pubblicato nel 2016, pur **sensibilmente innovando la precedente disciplina del subappalto**, aveva mantenuto fermi diversi paletti<sup>49</sup> – tra cui quello quantitativo – evidente espressione dell'**immutato disfavore verso tale istituto**, considerato potenziale veicolo di infiltrazione mafiosa.

Tale impostazione aveva portato ad **una disciplina del subappalto tanto restrittiva da porsi in contrasto con la disciplina dell'Unione**, che, come detto, lascia libera agli offerenti la facoltà di fare affidamento sulle capacità di soggetti terzi, anche mediante subappalto.

Preso atto di questo contrasto tra la disciplina nazionale e quella dell'Unione, l'ANCE<sup>50</sup> ha **interessato la Commissione UE**, la quale ha aperto nel gennaio 2019 una procedura di

<sup>49</sup> In particolare, ha mantenuto, un limite massimo percentuale fisso al subappalto, e per di più calcolato sull'importo complessivo e non più solo sulla prevalente, riducendo così l'importo subappaltabile, nonché ha introdotto l'obbligo di indicare in gara il nominativo dei subappaltatori a disposizione dell'appaltatore.

<sup>50</sup> La denuncia di infrazione alla Commissione Europea, sottoscritta da ANCE in materia di subappalto, si è focalizzata sulle seguenti previsioni:

- a) limite del 30 per cento dell'importo del contratto di appalto quale limite al subappalto;
- b) obbligo di ATI verticale per le categorie super-specialistiche;
- c) ribassabilità massima, per le prestazioni affidate in subappalto, del 20 per cento dei prezzi risultanti dall'aggiudicazione;
- d) divieto di ribasso sui costi della manodopera relativi alle prestazioni affidate in subappalto;
- e) obbligo del pagamento diretto del subappaltatore in caso di micro o piccola impresa, sia in caso di appalto sia di concessioni;

infrazione<sup>51</sup> sul codice, rilevando, tra le altre, le seguenti non compatibilità con il diritto dell'Unione:

- l'obbligo di indicazione di una **terna di subappaltatori**;
- il divieto di **subappaltare più del 30%** dell'importo del contratto;
- il divieto per i subappaltatori di fare **ricorso** a loro volta ad **altri subappaltatori** (subappalto "a cascata");
- il divieto di affidare il subappalto ad **altro offerente** nella stessa procedura di gara.

La questione relativa al contrasto della nuova disciplina con le direttive comunitarie, veniva successivamente approfondita dalla Corte di Giustizia UE<sup>52</sup>, la quale confermava che diverse disposizioni contenute nel Codice dei contratti non erano in linea con il diritto europeo in tema di appalti pubblici.

A fronte di tali censure e di **una giurisprudenza nazionale molto sollecitata sul tema**, l'interpretazione prevalente era concorde nel ritenere superato il limite quantitativo al

---

f) obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori, sia in caso di appalto sia di concessioni;  
g) eliminazione della possibilità per l'appaltatore di qualificarsi anche attraverso i lavori affidati in subappalto.

<sup>51</sup> Il 24 gennaio 2019, la Commissione europea inviò una lettera di costituzione in mora nell'ambito della [procedura di infrazione n. 2018/2273](#), con la quale contestava all'Italia l'incompatibilità di alcune disposizioni dell'ordinamento interno in materia di contratti pubblici rispetto a quanto disposto dalle direttive europee relative alle concessioni (direttiva 2014/23), agli appalti pubblici nei settori ordinari (direttiva 2014/24) e agli appalti pubblici nei settori speciali (direttiva 2014/25). A seguito della valutazione della risposta del Governo, la Commissione europea indirizzò all'Esecutivo una lettera di costituzione in mora complementare del 27 novembre 2019, rilevando i problemi di conformità sollevati in precedenza non ancora risolti e individuando ulteriori disposizioni della legislazione italiana non conformi alle citate direttive.

<sup>52</sup> Cfr. [Sentenza "Vitali", Corte di Giustizia della UE, 26 settembre 2019, causa C-63/18](#) e [Sentenza "Tedeschi", Corte di Giustizia della UE, 27 novembre 2019, causa C-402/18](#).



subappalto<sup>53</sup> «alla luce della peculiare efficacia erga omnes delle pronunce della Corte di Giustizia»<sup>54</sup>.

### FOCUS – Le sentenze Vitali e Tedeschi della CGUE

Successivamente alla lettera di costituzione in mora, la Corte di Giustizia Europea si è pronunciata, in tema di limiti al subappalto, nelle sentenze “Vitali” e “Tedeschi”, del 2019<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Ciò, in applicazione del principio di primazia del diritto comunitario, secondo cui le norme nazionali contrastanti con le disposizioni europee devono essere disapplicate. Infatti, mentre la giurisprudenza prevalente comunque ribadiva la necessità di disapplicare quel limite in attuazione dei suddetti rilievi di matrice eurounitaria (cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 31 maggio 2021 n. 4150](#); id. [sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389](#); id., [sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101](#). e, id., [sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8535](#); e tra i [TAR Puglia, Lecce, 5 dicembre 2019, n. 1938](#), [TAR Valle d’Aosta, 3 agosto 2020, n. 34](#) e [TAR Toscana, sez. I, 11 maggio 2020, n.706](#)); CONTRO, solo il TAR Lazio che ha continuato nel tempo a ritenere legittimo il limite di legge ex [art. 105, comma 2, del codice](#) dei contratti pubblici (cfr., *ex multis*, [TAR Lazio, Roma, sez. III quater, 15 dicembre 2020, n. 13527](#) e [T.A.R. Lazio, sez. I, 24 aprile 2020, n. 4183](#)), sino a specificare, in ultimo, che il suddetto principio non poteva comunque trovare applicazione in un appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria, poiché - ai sensi dell’art. 4 della direttiva 2014/24 - applicabile esclusivamente agli appalti che abbiano un importo, al netto dell’imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie dallo stesso individuate (cfr. [TAR Roma, sez. III-ter, 8 febbraio 2021, n. 1575](#)).

Un capitolo a parte costituivano le opere super-specialistiche o SIOS poiché secondo l’orientamento prevalente il limite del 30% al subappalto della categoria era ancora vigente (cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 10 giugno 2020, n. 3702](#), Sentenza del [TAR Toscana, sez. II, 9 luglio 2020, n. 898](#) e [TAR Potenza, 15 marzo 2021, n. 240](#)), ma solo per un importo superiore al 10% del totale dei lavori (cfr. [Tar Campania, Napoli, Sez. I, 1 dicembre 2020, n. 5688](#)). Tanto che da ultimo era intervenuta l’ANAC chiedendo “di superare una visione eccessivamente critica dell’istituto e puntare ad un ampliamento della concorrenza in modo da consentire alle PMI di partecipare in maniera più diffusa e meno gravosa al mercato dei contratti pubblici” e nel lungo periodo di “(...) migliorare e/o potenziare l’applicazione della digitalizzazione alle procedure di gara in una ottica di semplificazione e garanzia di maggiore trasparenza” (cfr. [Audizione del Presidente dell’ANAC alla Camera del 10 novembre 2020](#), mutando l’orientamento espresso nel [comunicato del Presidente dell’Autorità del 23 ottobre 2019](#) e nelle “[Prime indicazioni per l’aggiornamento del Bando-tipo n. 1](#)”, paragrafo 9 “Subappalto”, pag. 22, l’[Atto di Segnalazione del 13 novembre 2019](#)). Sul punto si veda anche nell’[atto di segnalazione a Senato e Parlamento dell’8 novembre 2019 dell’AGCM](#), adottato in vista della scadenza delle soluzioni provvisorie a suo tempo predisposte dal decreto Sblocca Cantieri.

<sup>54</sup> Cfr. [TAR Lazio, Sez. II-bis, 23 dicembre 2019, n. 14796](#).

<sup>55</sup> Cfr. [Sentenza “Vitali”, Corte di Giustizia della UE, 26 settembre 2019, causa C-63/18](#) e [Sentenza “Tedeschi”, Corte di Giustizia della UE, 27 novembre 2019, causa C-402/18](#), ma vedi anche [Sentenza “Wrocław”, Corte di Giustizia della UE, 14 luglio 2016, causa C-406/14](#), richiamata in entrambe le sentenze. In quest’ultima veniva affrontata la compatibilità, rispetto alla previgente Direttiva 2004/18/CE, disciplinante gli appalti pubblici di lavori, di una clausola del capitolato

*In particolare, a fronte di tale disallineamento, nella sentenza “Vitali” di settembre, la Corte europea si è concentrata sul limite del 30% al subappalto, sul presupposto che siffatto limite «può rendere più difficoltoso l’accesso delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, agli appalti pubblici, così ostacolando l’esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi».*

*Nella stessa sentenza, la CGUE evidenzia altresì che «le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all’articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano [...] i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità».*

*Conseguentemente, la direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 deve essere interpretata nel senso che la disciplina dell’Unione osta a una normativa nazionale che «vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell’appalto pubblico [...] indipendentemente dal settore economico interessato dall’appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall’identità dei subappaltatori», poiché «non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell’ente aggiudicatore (cfr. C-63/18 cit.).*

*Nella sentenza “Tedeschi” di novembre, la CGUE conferma la stessa posizione sui limiti al subappalto previsti dal Codice ([art. 105, comma 14](#)), aggiungendo un’ulteriore considerazione in merito al rapporto tra limite percentuale del 30% della commessa e il legittimo obiettivo del contrasto al fenomeno dell’infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici ([art. 105, comma 2](#)).*

*In particolare, nella sentenza si evidenzia che «anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella oggetto del procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo».*

*Con ciò evidenziando l’eccessività del Codice dei contratti «che limita al 30% la quota parte dell’appalto che l’offerente è autorizzato a subappaltare a terzi».*

---

d’oneri di un appalto pubblico di lavori che limitava il ricorso al subappalto. 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” (Wroclaw, paragrafo 33). La stessa Corte concludeva che fosse contraria all’articolo 48, paragrafo 3, della suddetta direttiva, e quindi al diritto dell’Unione, la clausola in cui erano previste “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”.

*Nella stessa sentenza la Corte ha, altresì, dichiarato l'illegittimità della predetta disciplina laddove «limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate 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.*

## 7. Limiti quantitativi al subappalto

A seguito dei rilievi comunitari, **la disciplina del subappalto è stata profondamente innovata dal decreto cd. "Semplificazioni bis"**<sup>56</sup>.

A partire **dal 1° giugno 2021 e fino al 31 ottobre 2021**, infatti, **la quota massima subappaltabile** è stata elevata **sino al 50%**, in deroga all'[art. 105, commi 2](#) (contenente i limiti generali) e [5 del codice](#) (riferito alle SIOS).

Pertanto, viene definitivamente superato il precedente limite codicistico del 30%<sup>57</sup> e con esso anche l'elevazione al 40% prevista **dal cd. decreto "Sblocca cantieri"**<sup>58</sup>.

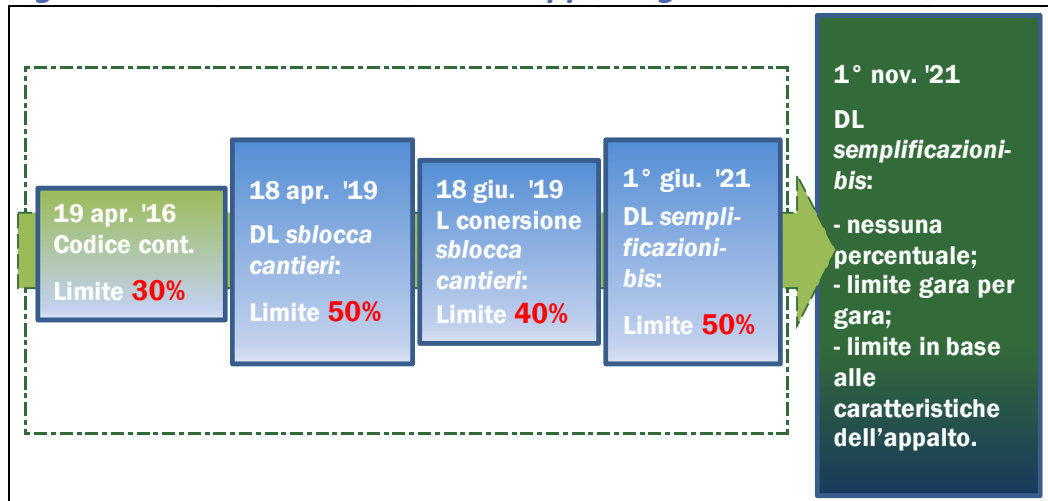
Dal **1° novembre 2021**, invece, le stazioni appaltanti, **previa adeguata motivazione**, possono stabilire gara per gara un limite massimo al subappalto (cfr. fig. 2).

<sup>56</sup> [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#) (G.U. n. 81 del 30 luglio 2021).

<sup>57</sup> Rispetto al previgente d.lgs. 163/2006, detto limite non era più riferibile alla sola categoria prevalente, bensì all'importo complessivo del contratto e 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).

<sup>58</sup> Con il "Semplificazioni-bis" (n. 77/2021) viene infatti abrogato l'art. 1 comma 18 del [D.L. 18 aprile 2019, n. 32](#), o decreto "sblocca cantieri", convertito con modificazioni dalla [Legge 14 giugno 2019, n. 55](#), sostituitosi a titolo temporaneo alla disciplina del codice sul limite al subappalto. Tale norma stabiliva che il subappalto massimo era indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non poteva superare la quota del 40% dell'importo complessivo del contratto (50% prima della legge di conversione). Motivo per cui parte della giurisprudenza aveva ritenuto possibile per la stazione appaltante fissare limiti inferiori al 40% (cfr. [TAR Roma, sez. II, 8 febbraio 2021, n. 1575](#)). L'ANAC ha tuttavia censurato tale orientamento, evidenziando che qualsiasi limite quantitativo al subappalto deve ritenersi superato, in quanto si porrebbe in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favorire l'accesso alle piccole e medie imprese agli appalti pubblici sottolineati dalla giurisprudenza della CGUE ([delibera n. 694 del 20 ottobre 2021](#)). Sul punto, si veda oltre.

**Figura 2 – Ricostruzione limiti subappalto generali**



La fissazione di un tetto massimo al subappalto deve essere motivata<sup>59</sup> nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, e riportato nei documenti di gara, indicando le prestazioni o lavorazioni da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione:

1. delle specifiche **caratteristiche dell'appalto**, ivi comprese quelle di cui alle categorie SIOS;
2. dell'esigenza, tenuto conto della **natura o della complessità delle prestazioni** o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori;

<sup>59</sup> In giurisprudenza è stato osservato (cfr., ex multis, [TAR Aosta, 3 agosto 2020, n. 34](#) e [TAR Firenze, 11 giugno 2020 n. 706](#), contra [TAR Roma, 24 aprile 2020 n. 4183](#)) come il diritto eurounitario – e, in particolare, l'art. 71 della direttiva n. 2014/24/UE – osti a una normativa nazionale che vieti «in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori» e che non lasci «alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore» (in questi termini, la sent. "Vitali", pt. 40). Non è quindi rilevante la misura del limite posto alla facoltà di subappaltare, quanto la natura "quantitativa" del limite stesso, nonché la sua applicabilità «in modo generale e astratto» e senza una «valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore». Estendendo tale orientamento al limite fissato dal decreto "Semplificazioni-bis", non si escludono possibili dubbi sulla legittimità del 50%, salvo ritenere che, fatta salva la censura sul 30%, «il legislatore nazionale possa individuare comunque, al fine di evitare ostacoli al controllo dei soggetti aggiudicatari, un limite al subappalto proporzionato rispetto a tale obiettivo» (cfr. [TAR Roma, 15 dicembre 2020, n. 13527](#)).

3. ovvero di prevenire il **rischio di infiltrazioni criminali**, a meno che i subappaltatori siano iscritti nelle “white list”<sup>60</sup> ovvero nell’anagrafe antimafia degli esecutori istituita per il SISMA 2016<sup>61</sup>.

#### **FOCUS – il Parere ANAC sui nuovi limiti al subappalto “a regime”**

*Come evidenziato da ANAC, nelle sopracitate indicazioni del 6 ottobre 2021<sup>62</sup>, «nel periodo definitivo, a partire dal 1° novembre 2021, si affermerà il regime della subappaltabilità integrale delle opere fatte salve le opere da eseguire a cura dell’aggiudicatario, in ragione delle specifiche caratteristiche dell’appalto» (n.d.r. cioè sempre nel rispetto dei limiti massimi - giova ricordarlo – previsti all’[art. 105, comma 1 del codice](#)).*

*A partire dalla suddetta data, si assisterà, quindi, all’abbattimento di ogni limite quantitativo generale e predeterminato al subappalto, il che ovviamente è molto diverso dall’affermare che sarà possibile vietare in toto il subappalto.*

*Sul punto, la stessa Autorità ha di recente ribadito<sup>63</sup> che il divieto assoluto di subappalto si pone «in contrasto con l’obiettivo di facilitare l’accesso al mercato delle imprese, ostacolando l’esercizio della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi e precludendo agli stessi committenti pubblici di ottenere un numero più alto e diversificato di offerte».*

*Ciò, in linea – si legge sempre nella delibera in commento – con quanto già statuito dalla stessa Autorità in passato e avvalorato dalle pronunce della Corte di Giustizia della UE – vedi nota n. 63 -, nonché con l’avviso della giurisprudenza nazionale sul tema, la quale, anch’essa, ha ritenuto illegittima la previsione di un assoluto divieto di subappalto.*

*Un divieto in tale senso, quindi, non sarebbe conforme alla normativa vigente e - conclude l’ANAC – ove avesse portata escludente nei confronti dell’operatore che avesse dichiarato di voler subappaltare - violerebbe il «principio di tassatività delle cause di esclusione, in*

<sup>60</sup> Le c.d. “white list” dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti nei settori esposti maggiormente a rischio, sono previste dall’art. 1, commi 52 e 53, della legge 6 novembre 2012, n. 190.

<sup>61</sup> Cfr., articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.

<sup>62</sup> Cfr. [Comunicato pubblicato sul portale ANAC il 15 ottobre 2021](#).

<sup>63</sup> Cfr. [delibera n. 694 del 20 ottobre 2021](#), in cui l’ANAC, richiamando l’orientamento del Consiglio di Stato ([sez. V, 27 novembre 2019, n. 8088](#)) e della CGUE ([c.d. sentenza Vitali, 26 settembre 2019, causa C-63/18](#)), ha ritenuto non conforme alla disciplina vigente la clausola che prevedeva un divieto indiscriminato al subappalto. Considerati anche altri aspetti del disciplinare, la stessa Autorità ha inoltre rimandato gli atti all’Ufficio di Vigilanza per le valutazioni del caso. Sul punto, si veda anche focus [“Mancata previsione del periodo transitorio”](#).

forza del quale i bandi e le lettere d'invito non possono contenere ulteriori prescrizioni, a pena di esclusione, rispetto a quelle previste dal Codice e da altre previsioni di Legge»<sup>64</sup>.

*Questo, a maggior ragione, se il divieto di subappalto venga stabilito in maniera astratta e in una determinata percentuale, a prescindere dalla capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi in questione.*

*Ad ulteriore conforto di tali considerazioni, giova infine richiamare un ulteriore principio, sempre derivante dalla disciplina normativa contenuta nell'art. 71 della Direttiva 2014/24/UE, in base al quale il subappalto è uno strumento per favorire, nelle procedure di gara, la partecipazione delle piccole e delle medie imprese (PMI).*

*Anche per questo, non sembra possibile un'interpretazione della norma nazionale che consenta all'amministrazione di vietare il subappalto "tout court" o di vietarlo indiscriminatamente con riferimento a tutte le lavorazioni di cui si compone una categoria SOA.*

#### *a. Lavorazioni Super-Specialistiche o SIOS*

Ai sensi dell'art. 2, comma 1 del Decreto MIT (ora MIMS) 10 novembre 2016, n. 248<sup>65</sup>, le opere per le quali sono necessari **lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica** sono quelle indicate nelle lettere seguenti, come descritte all'allegato A dello stesso decreto:

*a) OG 11 - Impianti tecnologici; b) OS 2-A - Superfici decorate di beni immobili del patrimonio culturale e beni culturali mobili di interesse storico, artistico, archeologico ed etnoantropologico; c) OS 2-B - Beni culturali mobili di interesse archivistico e librario; d) OS 4 - Impianti elettromeccanici trasportatori; e) OS 11 - Apparecchiature strutturali speciali; f) OS 12-A - Barriere stradali di sicurezza; g) OS 12-B - Barriere paramassi, fermaneve e simili; h) OS 13 - Strutture prefabbricate*

<sup>64</sup> Tale orientamento era stato già espresso in passato dall'ANAC quando, con la [delibera n. 1024 del 11 ottobre 2017](#), aveva ritenuto non conforme alla disciplina di settore la clausola di un bando di gara che, interpretando la norma allora vigente - secondo cui la facoltà di ricorrere al subappalto doveva essere prevista espressamente nel bando di gara - aveva vietato indiscriminatamente il ricorso al subappalto. Inoltre, si vedano anche [parere sulla normativa AG 25 del 20 dicembre 2012](#) e [parere di Precontenzioso n. 60 del 23 marzo 2013](#), in cui venne specificato che eventuali limitazioni o divieti al subappalto devono comunque essere motivata da specifiche esigenze di natura tecnico-organizzativa e rispettare i principi di proporzionalità e di massima partecipazione.

<sup>65</sup> Segnatamente, il decreto ministeriale ha confermato il precedente elenco delle strutture, impianti e opere speciali (S.I.O.S.), aggiungendo le categorie OS 12-B (Barriere paramassi, fermaneve e simili) e OS 32 (strutture in legno).

*in cemento armato; i) OS 14 - Impianti di smaltimento e recupero di rifiuti; l) OS 18-A - Componenti strutturali in acciaio; m) OS 18-B - Componenti per facciate continue; n) OS 21 Opere strutturali speciali; o) OS 25 - Scavi archeologici; p) OS 30 - Impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi; q) OS 32 - Strutture in legno<sup>66</sup>.*

Riprendendo quanto già previsto nel d.lgs. 163/2006<sup>67</sup>, il codice del 2016 ha previsto alcune peculiarità per la disciplina delle sopraelencate categorie c.d. **super-specialistiche o SIOS** (Strutture Impianti ed Opere Speciali).

Tali peculiarità riguardano: **l'obbligo di scorporo**<sup>68</sup> indipendentemente dall'importo della singola categoria, **il divieto di suddivisione del subappalto** senza ragioni obiettive (per ridurre l'importo) e, nel caso di importo superiore al 10%<sup>69</sup> dell'appalto, **l'impossibilità di ricorrere all'avvalimento o di affidare in subappalto più del 30% dell'importo della categoria**<sup>70</sup>.

Il **decreto "Semplificazioni-bis"**<sup>71</sup> è intervenuto sulle suddette categorie, **elevando anzitutto la percentuale massima subappaltabile**.

In particolare, in deroga alla disciplina generale<sup>72</sup>, dal 1° giugno 2021 **detto decreto consente per tali categorie il ricorso al subappalto fino al 50% del rispettivo importo e, a far data dal 1° novembre 2021, prevede la possibilità di subappaltarle interamente**.

Quanto alla base di calcolo del 50%, si ritiene che lo stesso sia da computare con riferimento all'importo della singola categoria SIOS.

Sul punto, infatti, va ricordato che l'art. 1 comma 2, ult. periodo del decreto MIT n. 248/2016 stabilisce che «*il limite di cui al presente comma non è computato ai fini del raggiungimento del limite di cui all'articolo 105, comma 2 del codice*». Ciò ha permesso fin ora di aggiungere al limite "generale" l'importo corrispondente al subappalto di una

<sup>66</sup> Da notare che la OS 32 è una SIOS, ma non una categoria a qualificazione obbligatoria, pertanto ai sensi dell'art. 89, comma 11 del codice, fino al raggiungimento della soglia del 10%, è applicabile la disciplina prevista per la seconda tipologia di categorie.

<sup>67</sup> Art. 37, comma 11.

<sup>68</sup> Art. 3, comma 1, lett. oo-ter) del Codice e art. 1, comma 3 del [Decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248](#).

<sup>69</sup> Da notare che secondo la giurisprudenza tale percentuale non può essere raggiunta sommando più SIOS presenti nella stessa gara (cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 20 luglio 2021 n. 5447](#), in cui si sottolinea che manca il presupposto costituito dall'incidenza minima delle opere SIOS, anche quando la loro somma superi l'importo del 30% dell'appalto).

<sup>70</sup> Rispettivamente gli artt. 89, comma 11, e [105, comma 5 del codice](#).

<sup>71</sup> [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#).

<sup>72</sup> Il riferimento è all'art. [105, comma 5 del codice](#).



SIOS, non incidendo sulla quota disponibile per tutte le altre categorie, calcolate appunto sull'importo contrattuale.

Tale sommatoria, in mancanza di una diversa indicazione da parte del legislatore, sembrerebbe da applicarsi anche alla disciplina in vigore sino al 31 ottobre 2021, consentendo al concorrente di indicare in gara, oltre al 50% del subappalto complessivo, anche un ulteriore 50% delle categorie SIOS.

Una tale interpretazione sembrerebbe essere in linea con le indicazioni delle Istituzioni comunitarie che tendono ad essere favorevoli al subappalto, laddove una diversa interpretazione - volta a fissare al 50% il tetto invalicabile al subappalto anche in presenza di SIOS – invece, sembrerebbe restringere la portata innovativa della norma.

Ove così fosse, infatti, si verificherebbe il paradosso per cui in un appalto con due categorie di importo simile, sino al 31 maggio 2021 sarebbe stato possibile sommare al 40% complessivo l'ulteriore 30% della scorporabile SIOS, invece, a far data dal successivo 1° giugno, il limite massimo sarebbe ridotto al 50% complessivo.

Va tuttavia osservato che, il 6 ottobre u.s., è intervenuto il **Consiglio dell'ANAC<sup>73</sup>**, a tenore del quale sembrerebbe doversi ritenere **superata la norma che consentiva riservare una quota specifica di subappalto alle categorie SIOS**, distinta e separata da quella generale del 30%.

Conseguentemente, secondo l'ANAC, **la quota subappaltabile sarebbe stata innalzata transitoriamente al 50%**, con ciò intendendosi la quota massima complessiva raggiungibile dall'appaltatore.

Su tale ricostruzione, a parere dell'ANCE, **residua un margine di incertezza** in quanto fino al 31 ottobre 2021 rimaneva in vigore l'art. 105, comma 5 del codice, contenente la disciplina specifica per il subappalto delle SIOS nonché il relativo DM n. 248/2016 che prevede all'art. 1, comma 2, ult. periodo la predetta somma.

Ora, trattandosi di un tema molto delicato, non esente da possibili riflessi penali per l'affidatario, si suggerisce di porre specifico quesito alla stazione appaltante ed attendere la relativa risposta. Ance si farà carico di chiedere un chiarimento interpretativo generale.

In ogni caso, **a partire dal 1° novembre 2021** (ossia a regime), eventuali limitazioni al subappalto della SIOS devono essere previste dalla stazione appaltante in fase di gara, previa adeguata motivazione.

<sup>73</sup> Cfr. il [Comunicato pubblicato sul portale ANAC il 15 ottobre 2021](#).



Pertanto, a regime, laddove la stazione appaltante non motivi una limitazione quantitativa al subappalto, anche le imprese, non specificatamente qualificate nella SIOS prevista nel bando di gara, potranno comunque **partecipare alla gara, senza necessità di ricorrere alle ATI**, utilizzando l'istituto del subappalto "necessario"<sup>74</sup>. In quest'ultimo caso, l'importo della qualificazione nella categoria prevalente deve comunque essere sufficiente a coprire anche l'importo della SIOS<sup>75</sup> e il subappaltatore deve essere specificamente qualificato ad eseguirla.

Da ultimo, si precisa che – fino all'emanazione del nuovo regolamento – resta in vigore la disposizione secondo cui il bando di gara, l'**avviso di gara** o la lettera di invito, ove prevedano lavorazioni relative ad una o più **categorie SIOS «di importo non superiore ai 150.000 euro e singolarmente superiore al quindici per cento ai sensi dell'articolo 37, comma 11 del codice (rectius 10%), indicano per ciascuna di esse i requisiti di qualificazione** (in gara), ai sensi dell'articolo 90» del d.P.R. n. 207/2010<sup>76</sup>.

#### FOCUS – Mancata previsione del periodo transitorio

*Il decreto "Semplificazioni-bis"<sup>77</sup> ha sostituito le previsioni del decreto "Sblocca cantieri", portando il temporaneo limite del subappalto dal 40%<sup>78</sup> al 50%, senza alcuna indicazione operativa sul regime transitorio.*

<sup>74</sup> Vedi paragrafo capitolo "[subappalto facoltativo e necessario](#)".

<sup>75</sup> Trattasi del cd. subappalto "qualificante", di seguito approfondito, in merito al quale l'art. 92, comma 7 del d.P.R. 207/2010 prevede che - con riferimento alle SIOS di cui al previgente articolo 37, comma 11, del d.lgs. 163/2006 - " ... ai fini della partecipazione alla gara, il concorrente, singolo o riunito in raggruppamento, che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie di cui all'articolo 107, comma 2, per l'intero importo richiesto dal bando di gara o dalla lettera di invito, deve possedere i requisiti mancanti relativi a ciascuna delle predette categorie di cui all'articolo 107, comma 2, e oggetto di subappalto, con riferimento alla categoria prevalente". Che poi prosegue "Resta fermo il limite massimo di subappaltabilità nella misura del trenta per cento fissata dall'articolo 170, comma 1, per ciascuna categoria specialistica prevista dal bando di gara o dalla lettera di invito", fornendo una percentuale che deve ritenersi ormai superata.

<sup>76</sup> Art. 92, comma 7, ult. periodo del d.P.R. 207/2010. A tale riguardo, è stato osservato che «il ricorso alla qualificazione semplificata, che prescinde dall'attestazione SOA, può essere utilizzata solo per lavori di importo non superiore a 150.000 euro, ma il valore di riferimento è l'importo presente nel bando che non può essere ridotto con l'utilizzazione prima della facoltà del subappalto per essere portato sotto soglia e poi con i requisiti semplificati previsti dall'art. 90» (cfr. [TAR Bologna, sez. I, 14 gennaio 2019, n. 28](#)).

<sup>77</sup> [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#).

<sup>78</sup> Previsto fino al 31 maggio 2021 per il combinato disposto dell'art. 1, comma 18, secondo periodo, della legge n. 55 del 2019 e dell'art. 13, comma 2, lettera c), legge n. 21 del 2021.

*Sul punto, la copiosa giurisprudenza interna, elaborata “a valle” della sentenza della Corte di Giustizia Europea del 26 settembre 2019 (C-63/18), ha reso evidente l’esigenza di una interpretazione atta a rendere omogenee le condizioni sulle quali viene presentata l’offerta, ciò anche al fine di limitare il contenzioso.*

*Tuttavia, in ragione della citata incertezza interpretativa, alcune stazioni appaltanti, dopo le sentenze della Corte di Giustizia Ue, hanno ritenuto non più applicabile il limite del 40%, motivo per cui alcuni bandi non hanno previsto ab origine alcun limite al subappalto.*

*Ciò in linea anche con l’ANAC, che ha più volte ritenuto non conforme alla normativa vigente la fissazione di un limite astratto al subappalto, che prescinda dalla valutazione della capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi in questione<sup>79</sup>.*

*Nella maggior parte dei casi, tuttavia, le stazioni appaltanti hanno stabilito, per lo specifico affidamento, un tetto massimo al subappalto, che semplicemente riproduceva la percentuale prefissata dal legislatore italiano, senza considerare gli orientamenti nazionali e comunitari.*

*Al riguardo, preso atto della diversità delle possibili situazioni che potrebbero essere presenti nel caso concreto, sembra opportuno, trattandosi di un tema complesso, non esente da possibili risvolti penali per l’esecutore, porre specifico quesito alla stazione appaltante ed attendere sempre la relativa risposta.*

#### *b. White List e anagrafe antimafia*

Tra gli elementi che possono indurre la stazione appaltante a fissare **un tetto al subappalto** (da esplicitare nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti), vi è anche la necessità di prevenire il **rischio di infiltrazioni criminali**.

<sup>79</sup> Cfr. [ANAC delibera n. 694 del 20 ottobre 2021](#) (e pronunce ivi richiamate) con cui è stato affrontato il caso di un imprenditore, escluso da una gara, per aver omesso di indicare nell’offerta economica l’intenzione di affidare parte delle opere impiantistiche/edili in subappalto nel rispetto del tetto del 40%. Sul Punto vedi focus [“Il Parere MIMS n. 998/2021 e il divieto integrale di subappalto”](#).

In tale caso, il riformulato [art. 105, comma 2 del codice](#) chiarisce che **tale limitazione** (laddove prevista in gara) **non sussiste qualora i subappaltatori siano iscritti nelle “white list”<sup>80</sup> ovvero nell’anagrafe antimafia** degli esecutori istituita per il SISMA 2016<sup>81</sup>.

Si ricorda che le **white-list** sono quelle attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, individuate dal comma 53 dell’articolo 1 della legge n. 190/2012 (c.d. Legge anticorruzione), ove viene prevista la possibilità per l’operatore economico di iscriversi alle liste **presso le Prefetture**<sup>82</sup>, previa la verifica di controlli preventivi sull’operatore economico che ha presentato apposita domanda.

In particolare, tali attività<sup>83</sup> sono:

- **estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti** (lett. c);
- **confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume** (lett. d);
- noli a freddo di macchinari (lett. e);
- **fornitura di ferro lavorato** (lett. f);
- **noli a caldo** (lett. g);
- autotrasporti per conto di terzi (lett. h);
- guardiania dei cantieri (lett. i);
- servizi funerari e cimiteriali (i-bis);
- ristorazione, gestione delle mense e catering (lett. i-ter);
- servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le **attività di risanamento e di bonifica** e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti (lett. i-quater).

<sup>80</sup> Le c.d. “white list” dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti nei settori esposti maggiormente a rischio, sono previste dall’art. 1, commi 52 e 53, della legge 6 novembre 2012, n. 190.

<sup>81</sup> Ai sensi dell’art. 30, comma 6 del decreto legge n. 189/2016.

<sup>82</sup> 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

<sup>83</sup> L’elenco delle prestazioni è aggiornabile entro il 31 dicembre di ogni anno con apposito Decreto del Ministero degli Interni, come definito dal comma 53 dell’articolo 1 della suddetta legge. L’ultima modifica è stata apportata, a far data dal 7 giugno 2020, dalla legge n. 40 del 5 giugno 2020 di conversione del DL n. 23 dell’8 aprile 2020 (cd. DL Liquidità), che ha introdotto l’art. 4-bis “Inserimento di nuove attività nella lista di cui all’articolo 1, comma 53, della legge 6 novembre 2012, n. 190”.

L'iscrizione alle "white list", sebbene volontaria, ha **natura obbligatoria** al fine della verifica antimafia funzionale alla stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività maggiormente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa<sup>84</sup>.

Inoltre, l'iscrizione nell'elenco **sostituisce la documentazione antimafia**<sup>85</sup> (comunicazione e informativa), sia per l'esercizio delle attività per cui l'impresa ha conseguito l'iscrizione sia 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<sup>86</sup>.

Quanto all'istanza di iscrizione alle *white list*<sup>87</sup> possono verificarsi due casi:

- a) l'impresa risulta già **censita** nella BDNA ed è possibile, se del caso, rilasciare l'informazione antimafia liberatoria (conseguentemente la Prefettura aggiorna l'elenco pubblicato sul proprio sito istituzionale);
- b) l'impresa **non è censita** ovvero gli accertamenti antimafia sono stati effettuati in data anteriore ai dodici mesi ovvero emerga l'esistenza di taluna delle situazioni di cui agli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6 del codice antimafia; in tal caso, la Prefettura attiverà i controlli antimafia, al fine di accertare l'assenza:
  - i. di cause di decadenza, di sospensione o di divieto, di cui all'art. 67 del codice antimafia;
  - ii. di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa, di cui all'art. 84 comma 3 del codice antimafia.

<sup>84</sup> Per attività maggiormente esposte al rischio, l'esecuzione (vedi paragrafo riguardante il "[rilascio dell'autorizzazione](#)") di un subappalto avente ad oggetto una delle attività tra quelle sopra elencate, è quindi subordinata all'accertamento, da parte della Stazione appaltante, dell'iscrizione dello stesso subappaltatore nella "White list" della Prefettura della provincia in cui ha sede; ciò, a prescindere dall'importo economico del sub-contratto e, quindi, riguarda anche i contratti di importo inferiore a € 150.000,00, che l'art. 83, comma 3, d.lgs. 159/2011 s.m.i. considera sottratti all'obbligo della documentazione antimafia.

<sup>85</sup> Più precisamente, l'art. 83-bis, comma 2, del D. Lgs. n. 159/2011 stabilisce che l'iscrizione sia nelle white-list (articolo 1 comma 52 e ss. della Legge n. 190/2012), sia nell'anagrafe antimafia degli esecutori (istituita dall'articolo 30 comma 10 del D.L. n. 189/2016, convertito dalla Legge n. 229/2016), equivalgono al rilascio dell'informazione antimafia.

<sup>86</sup> 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, se sussiste urgenza, può procedere nei successivi trenta giorni anche in assenza dell'informazione antimafia (vedi art. 92, commi 2 e 3 del codice antimafia, d.lgs. n. 159/2011). Ulteriore semplificazione è applicabile fino al 30 giugno 2023 alle verifiche antimafia in ragione delle quali opera sempre l'informativa liberatoria "provvisoria", riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, quindi anche nel caso in cui non ricorra l'urgenza (vedi paragrafo "[rilascio dell'Autorizzazione](#)").

<sup>87</sup> Da presentare anche in via telematica dall'impresa alla competente Prefettura (quella della sede legale impresa), nella quale deve essere indicato il/i settore/i per cui è richiesta l'iscrizione all'elenco.

**In assenza di cause ostative, la Prefettura procede all'iscrizione** dell'impresa richiedente **nelle white-list**, che sarà efficace per 12 mesi dalla data in cui è stata disposta. In caso contrario, la Prefettura adotta il provvedimento di diniego dell'iscrizione dandone comunicazione all'interessato.

Ne consegue che, dimostrata l'iscrizione nelle *white list*, la stazione appaltante non potrà imporre al concorrente di rispettare il tetto massimo al subappalto, così come stabilito nella documentazione di gara in funzione del rischio di infiltrazioni criminali.

Riguardo all'**elenco denominato "Anagrafe antimafia degli esecutori"**, questo è tenuto **presso la "Struttura di Missione"** per la prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata negli **interventi di ricostruzione post sisma 2016** nelle aree del centro Italia<sup>88</sup>.

Anagrafe in cui, ai sensi del decreto "Semplificazioni-bis"<sup>89</sup>, sono confluiti anche gli operatori economici già iscritti nella sezione speciale per la ricostruzione post sisma 2009 che ha colpito la Regione Abruzzo.

Similmente a quanto accade per le white-list, gli operatori economici interessati a partecipare, a qualunque titolo e per qualsiasi attività, agli **interventi di ricostruzione pubblica e privata nei comuni del "cratere"** devono essere iscritti, a domanda<sup>90</sup>, nel predetto elenco, successivamente all'espletamento con esito liberatorio delle verifiche di cui gli articoli 90 e seguenti del d.lgs. n. 159 del 2011, eseguite per qualsiasi importo o valore del contratto, subappalto o subcontratto.

Anche in questo caso, l'iscrizione permette all'impresa di superare i limiti al subappalto eventualmente stabiliti dalla stazione appaltante.

## **8. 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**, con l'obiettivo di fornire alle amministrazioni aggiudicatrici informazioni su chi è presente, tra l'altro, nei cantieri edili nei quali si stanno eseguendo lavori dei quali le stesse sono responsabili o su cui hanno un controllo diretto.

<sup>88</sup> Art. 30 decreto legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito con legge n. 229 del 15 dicembre 2016.

<sup>89</sup> Art. 54 del [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#).

<sup>90</sup> Le domande di iscrizione all'Anagrafe sono trasmesse per mezzo dell'apposita maschera accessibile all'indirizzo web "<https://anagrafe.sisma2016.gov.it>", corrispondente ad un'apposita piattaforma informatica.

Pertanto, nel caso di appalti di lavori o servizi da fornire, la Direttiva prevede che, dopo l'aggiudicazione dell'appalto e al più tardi all'inizio dell'esecuzione del contratto, **sussiste l'obbligo a carico della stazione appaltante di acquisire informazioni sui subappaltatori** (paragrafo 5 dell'art. 71).

Su tale premessa, è stato inizialmente motivato **l'obbligo di indicazione in gara del nominativo del subappaltatore**<sup>91</sup> e la conseguente esclusione dalla gara del concorrente che lo aveva indicato, laddove fossero riscontrate a carico dello stesso subappaltatore una o più cause di esclusione<sup>92</sup>.

A tale riguardo, **la Corte di Giustizia europea**<sup>93</sup> ha osservato che gli articoli 57 e 71 della direttiva 2014/24/UE, nonché il principio di proporzionalità **ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione.**

Conseguentemente, con il decreto "Sblocca cantieri"<sup>94</sup>, è **stato sospeso** - sia per gli appalti sia per le concessioni - **l'obbligo dichiarativo della terna** dei subappaltatori in sede di offerta nonché **l'obbligo di verifica in sede di gara, in capo agli stessi, del possesso dei necessari requisiti di partecipazione**, previsti originariamente dal Codice 50/2016.

Tale sospensione è stata prorogata **fino al 31 dicembre 2023**<sup>95</sup> dal decreto "Semplificazioni bis"<sup>96</sup>.

La definitiva abrogazione della terna potrebbe tuttavia arrivare con la legge europea 2019-2020 in via di approvazione - che tra le altre introduce modifiche agli articoli 80 e 105 del Codice<sup>97</sup>.

<sup>91</sup> Nell'articolo 105 comma 6 del codice si prevede che: *"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 [...]"*.

<sup>92</sup> Art. 80, comma 1, 5 e 7 del codice.

<sup>93</sup> Cfr. [sentenza "Tim SpA", Corte di Giustizia della UE, 30 gennaio 2020, causa C-395/18.](#)

<sup>94</sup> [D.L. 18 aprile 2019, n. 32](#), convertito dalla [Legge 14 giugno 2019, n. 55.](#)

<sup>95</sup> Il termine finale della sospensione era inizialmente fissato al 31 dicembre 2020 dall'art. 1, comma 18, secondo periodo della legge n. 55 del 2019, è stato così differito dall'art. 13, comma 2, lettera c), legge n. 21 del 2021 e dall'art. 49 del [D.L. 31 maggio 2021, n. 77 \(legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108\)](#).

<sup>96</sup> [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#)

<sup>97</sup> Vedi art. 8, comma 1, lettera b), del DDL [2169](#), rubricato *"Disposizioni in materia di contratti pubblici. Procedura di infrazione n. 2018/2273"*.

Con la sospensione della terna è rimasta irrisolta la problematica della **sostituibilità in gara del subappaltatore privo di requisiti**.

A tale riguardo, l'orientamento più aderente alla disciplina dell'Unione ritiene che non sia possibile la sostituzione del subappaltatore e, conseguentemente, che per evitare l'esclusione il concorrente debba **dimostrare i requisiti** per eseguire la prestazione **di almeno uno dei subappaltatori della terna, ovvero rinunciare al subappalto**, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni<sup>98</sup>.

In costanza di obbligo di terna, deve, invece, ritenersi pacifica la **possibilità di indicare il medesimo operatore economico in terne diverse** di concorrenti alla medesima gara; ciò nel presupposto che l'indicazione stessa non presupponesse un previo accordo tra le imprese interessate e, in ogni caso, non potesse costituire *ex se* prova di un collegamento tra imprese o di una turbativa della procedura di gara<sup>99</sup>.

#### **FOCUS - La sentenza "TIM S.p.A." della CGUE – Esclusione terna**

*Fino al 31 dicembre 2021, è sospesa l'applicazione del [comma 6 dell'art. 105](#) e del terzo periodo del [comma 2 dell'art. 174 del codice](#), ossia l'indicazione della terna di subappaltatori, rispettivamente negli appalti e nelle concessioni.*

*Conseguentemente, sono state sospese le verifiche, in fase di gara, sui requisiti generali dei soggetti indicati nella terna di subappaltatori (art. 80, commi 1, 2 e 5).*

*Tale disposizione è stata comunque oggetto di interesse da parte della Corte di Giustizia Europea, che ne ha valutato la compatibilità con il diritto dell'Unione, nella sentenza "Tim SpA" del 30 gennaio 2020 (causa C-395/18).*

*Secondo la CGUE, in linea di principio, l'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione*

<sup>98</sup> Cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 4 giugno 2020, n. 3504](#) nonché [Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere del 26 ottobre 2016, n. 2286](#), con cui si è ritenuta possibile la sostituzione del subappaltatore, anche quando indicato in gara, se sia risultato privo dei requisiti oppure della qualificazione per eseguire la prestazione da subappaltare. Sul punto anche ANAC (vedi [massima n. 137 del 3 maggio 2017](#) e [massima n. 270 del 27 settembre 2017](#)), e fra i TAR, *ex multis*, [TAR Lazio, Roma, Sez. III, 27 gennaio 2020, n. 1084](#) che richiama T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, n. 1122/2018.

<sup>99</sup> A tale proposito, si era espressa l'ANAC nel Bando-tipo n. 1 approvato con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, laddove al punto 9 precisava che "...È consentita l'indicazione dello stesso subappaltatore in più terne di diversi concorrenti" nonché la giurisprudenza come evidenziato nelle motivazioni alla sentenza del TAR Torino, 8 marzo 2017, n. 328.



*“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 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” del concorrente a causa della violazione commessa da un subappaltatore.*

*Infatti, tale automatismo priva, da un lato, l’operatore economico della possibilità di dimostrare la propria affidabilità, malgrado l’esistenza di una violazione compiuta da uno dei suoi subappaltatori e, dall’altro, l’amministrazione aggiudicatrice della possibilità di disporre di un margine di discrezionalità al riguardo.*

*La CGUE ha quindi confermato, in modo indiretto, le perplessità espresse già nel 2016 dal Consiglio di Stato, secondo cui occorre dare un’interpretazione comunitariamente orientata dell’art. 80, commi 1 e 5, del codice<sup>100</sup>.*

## 9. Subappalto facoltativo e necessario

Nel subappalto sono individuabili due tipologie di sub-contratto il cui elemento distintivo è da ricercare nella qualificazione dell’appaltatore, in ragione di ciò si distingue:

- a) **il subappalto ordinario o facoltativo** dove il concorrente possiede in proprio tutti i requisiti di qualificazione richiesti per l’esecuzione dell’opera e la scelta di affidare l’esecuzione di una parte ad un’impresa terza *“riveste carattere meramente eventuale e facoltativo, rispondendo a scelte discrezionali, organizzative ed economiche”*<sup>101</sup>. In sostanza, tale subappalto – fatto salvo l’onere di comunicare in gara la generica volontà di avvalersene - rileva solo ed esclusivamente nella fase esecutiva del contratto;
- b) **il subappalto “qualificante” o “necessario”**, in cui il concorrente, in mancanza di una idonea qualificazione nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria<sup>102</sup> previste dal bando o dall’invito, **è obbligato a fare affidamento sui requisiti di una o più imprese subappaltatrici** all’atto di presentazione dell’offerta, perché, altrimenti, verrebbe escluso a causa della carenza in termini

<sup>100</sup> Cfr. parere [Cons. di Stato n. 2286 del 3 novembre 2016](#), fatto proprio dall’ANAC nella delibera relativa al [Parere di Precontenzioso n. 487 del 3 maggio 2017 - rif. PREC 75/17/S.](#)

<sup>101</sup> Cfr. [Consiglio di Stato, sez. III, ord. n. 3702 del 10 giugno 2020.](#)

<sup>102</sup> Nel caso di scorporabili a qualificazione non obbligatoria il subappalto non è mai obbligatorio.

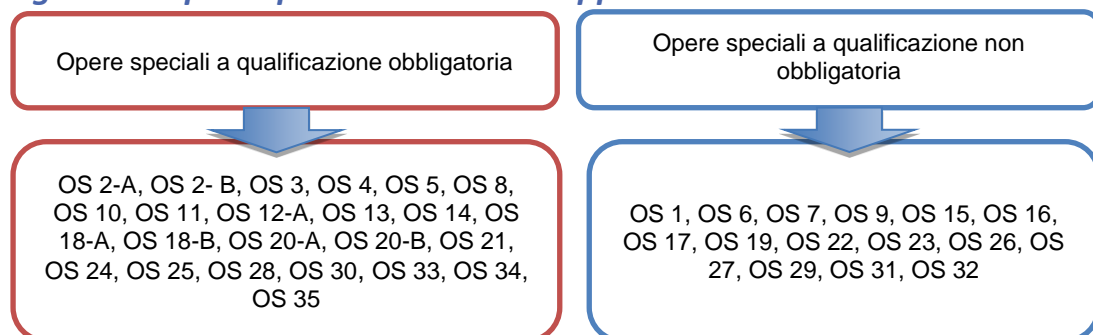


di qualificazione<sup>103</sup>. Ciò non toglie che si faccia riferimento al subappalto “necessario”, non solo quando il concorrente sia del tutto privo del requisito, ma anche qualora, possedendo solo parte del requisito di qualificazione previsto per la scorporabile, l’operatore economico debba integrarlo facendo ricorso al subappaltatore<sup>104</sup>.

Il subappalto “necessario” ha come corollario la **distinzione tra categorie di opere “a qualificazione non obbligatoria” e “a qualificazione obbligatoria”**<sup>105</sup> della categoria scorporabile.

Se tutte le categorie generali sono a qualificazione obbligatoria, parte delle specialistiche sono a qualificazione non obbligatoria (cfr. fig. 3).

**Figura 3 - Opere specialistiche e subappalto “necessario”**



Nelle **categorie “a qualificazione non obbligatoria”**, il subappalto è sempre facoltativo, perché l’appaltatore può sempre eseguire in proprio la categoria scorporabile specialistica, nonostante non sia specificatamente qualificato, purché questi possieda una classifica SOA, nella categoria prevalente, sufficiente a “coprire” anche l’importo della scorporabile<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> Cfr. [TAR Milano, 14 gennaio 2021, n. 114](#).

<sup>104</sup> Cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308](#).

<sup>105</sup> In tema di categorie a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria si veda l'art. 12, comma 2, lettera b), della legge n. 80 del 2014, secondo cui non possono essere eseguite direttamente dall’affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, «*le categorie di opere generali, nonché le categorie individuate [...] con l’acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni*».

<sup>106</sup> L’art. 92, comma 1 del d.P.R. 207/2010 recita con riferimento ai lavori “*I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall’impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente*”.

**Nel caso di categorie “a qualificazione obbligatoria”**, essendo richiesta la qualificazione specifica nella categoria scorporabile, se l’appaltatore non è qualificato per eseguirla direttamente (seppure possiede una classifica SOA, nella categoria prevalente, sufficiente a “coprire” l’importo di entrambe le categorie), **deve necessariamente subappaltarla** ad un soggetto abilitato.

La più recente giurisprudenza amministrativa ritiene l’istituto del subappalto “necessario” coerente con la vigente disciplina in tema di possesso dei requisiti da parte degli esecutori di appalti pubblici<sup>107</sup> (tanto da estenderla anche agli appalti di servizi) nonostante non sia esplicitamente prevista dal codice<sup>108</sup>.

Sotto un profilo più operativo, nel caso in cui l’impresa debba ricorrere al subappalto “necessario” (proprio perché priva della qualificazione per i lavori della categoria scorporabile), questa deve espressamente **manifestare in sede di gara tale sua volontà, indicando specificatamente le opere** che si intendono subappaltare<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> Cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, n. 5745 del 2019](#) e [id., sez. V, n. 2330 del 2020](#). Secondo tale orientamento, il subappalto qualificante, previsto in vigore del d.lgs. n. 163/2006, non appare infatti incompatibile con la disciplina vigente, ciò considerato che lo stesso ha trovato disciplina normativa nell’art. 109 del D.P.R. n. 207/2010 (Regolamento di esecuzione del previgente Codice dei contratti pubblici). Seppure la disciplina ivi contenuta è stata abrogata e sostituita dall’art. 12 del D.L. n. 47/2014 (L. conv. n. 80/2014), i primi due commi di quest’ultimo - che disciplinano, appunto, le categorie riguardanti opere speciali suscettibili di subappalto “necessario” in favore di imprese in possesso delle relative qualificazioni - sono transitoriamente vigenti fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all’articolo 216, comma 27-octies del codice (cfr. [TAR, Calabria, Catanzaro, sez. I, 18 giugno 2020, n. 1108](#) che richiama, *ex plurimis*, [TAR Piemonte, 17.1.2018, n. 94](#)). Peraltro, viene riconosciuta l’applicazione del subappalto “necessario” anche alle categorie super-specialistiche o SIOS (cfr. [TAR Campania, Salerno, 8 settembre 2020 n. 1099](#)).

Da notare che nello Schema tipo di disciplinare di gara per l’affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari, l’ANAC ha riproposto – sembrerebbe con riferimento alla sola terna - tale istituto, chiarendo che il concorrente può dimostrare il possesso del requisito relativo alle capacità tecniche (con esclusione, quindi dei requisiti di capacità economico/professionali) facendo affidamento sulle capacità tecniche possedute dal subappaltatore indicato (c.d. subappalto qualificante).

<sup>108</sup> Cfr. [Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 14 gennaio 2021, n. 114](#) e [Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 3 giugno 2019, n. 144](#). Sul punto si veda anche la delibera ANAC n. 462 del 27 maggio 2020, in cui viene chiarito che: *“il subappalto qualificante continua ad essere un istituto contemplato da specifiche disposizioni legislative e quindi di sicura applicabilità, anche a prescindere da un espresso richiamo nel bando di gara [...]”*.

<sup>109</sup> Secondo il [Consiglio di Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308](#), l’impresa concorrente non deve limitarsi a dichiarare di voler fare ricorso al subappalto, ma deve altresì manifestare la volontà di avvalersi di subappalto “necessario”, cioè di subappaltare i lavori delle categorie scorporabili perché priva della corrispondente qualificazione. Nel caso specifico, la concorrente esclusa aveva invece dichiarato il possesso dei requisiti in proprio anche per le lavorazioni specialistiche in categoria scorporabile, salvo poi risultarne priva in corso di verifica durante la procedura di gara.

Ne consegue che, **in caso di omessa indicazione** della volontà di subappaltare le opere per quali non risulti qualificato, l'offerta del concorrente risulta incompleta, con la conseguenza della sua **esclusione dalla gara**<sup>110</sup>.

In tali ipotesi, **non sembra neppure possibile il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio**<sup>111</sup>, che consente di integrare carenze di elementi formali della domanda, non di certo una carenza sostanziale, incidente sui requisiti di partecipazione<sup>112</sup>.

### **FOCUS – Soccorso istruttorio e indicazione in gara del subappalto**

*È stata ampiamente approfondita dall'ANAC e dalla giurisprudenza la possibilità di applicare l'istituto del soccorso istruttorio<sup>113</sup> nel caso il concorrente ometta (del tutto o in parte) di dichiarare in gara quali lavori intenda subappaltare<sup>114</sup>.*

<sup>110</sup> Laddove il mancato possesso della qualificazione possa essere sostituito dal ricorso al subappalto, è evidente che l'istituto rileva in sede di partecipazione alla gara in quanto "sostitutivo" del requisito di qualificazione obbligatoria mancante. È stata pertanto ritenuta equivoca - e, quindi, foriera di causare l'esclusione del concorrente - la dichiarazione di voler subappaltare "opere categoria OS21, OS1, OS29, OG10 entro il limite del 30%", perché non garantiva la "copertura" del 100% della categoria OG10 non posseduta dal primo (cfr. [TAR Lombardia, Milano, 3 settembre 2021, n. 1965](#)).

<sup>111</sup> Art. 83, comma 9, del codice.

<sup>112</sup> Cfr. [TAR Lazio, Roma, I-bis, 7 gennaio 2019, n. 146](#).

<sup>113</sup> Il soccorso istruttorio sancisce il potere del responsabile unico del procedimento di colmare le lacune documentali presenti in qualunque procedimento amministrativo, chiedendo al diretto interessato la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete. L'istituto in esame, introdotto nell'ordinamento nazionale all'art. 6 della Legge n. 241/1990, c.d. "Legge sul procedimento amministrativo", sotto le spinte del diritto euro-unitario (cfr. dir. 71/305/CEE), è suscettibile di applicazione generalizzata a tutti i procedimenti amministrativi. Negli appalti pubblici, ai sensi dell'art. 83, comma 9 del codice, il soccorso istruttorio è applicato «*in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo [...], con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, .... In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa*».

<sup>114</sup> Sul punto si veda anche il paragrafo "[Preventiva indicazione dei lavori da subappaltare](#)".

*A tale proposito, viene fatta una importante distinzione per i casi in cui il subappalto rappresenti per il concorrente una facoltà, e non la via obbligatoria<sup>115</sup> per partecipare alla gara<sup>116</sup>.*

*Nel subappalto “facoltativo”, sarà applicabile il soccorso istruttorio qualora la stazione appaltante contesti la genericità della dichiarazione in sede di presentazione dell’offerta, con l’effetto di vietare il subappalto, laddove il concorrente non integri la propria dichiarazione (precisando le parti di opere che saranno affidate in subappalto), nel termine assegnato dall’Amministrazione nella sub-procedura di soccorso istruttorio<sup>117</sup>.*

*In ogni caso, l’eventuale persistenza dell’incompletezza delle indicazioni non determina l’esclusione dell’offerente che partecipa alla procedura, fintanto che non venga in rilievo il diverso profilo del difetto di qualificazione di quest’ultimo rispetto alle prestazioni interessate dal subappalto<sup>118</sup>.*

*Come osservato dall’ANAC<sup>119</sup> e dalla giurisprudenza<sup>120</sup>, l’istituto del soccorso istruttorio è infatti attivabile al fine di integrare dichiarazioni di gara incomplete, ma non invece per rimediare ai casi in cui una dichiarazione essenziale ai fini della partecipazione manchi del tutto<sup>121</sup>.*

<sup>115</sup> Vedi paragrafo dedicato al “[subappalto facoltativo e necessario](#)”, che approfondisce il caso in cui l’appaltatore non sia specificatamente qualificato per l’esecuzione dell’opera a qualificazione obbligatoria.

<sup>116</sup> Cfr. [Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2014 n. 1224](#).

<sup>117</sup> Cfr. [TAR Roma, 17 dicembre 2019, n. 14479](#).

<sup>118</sup> Nella determinazione n. [1/2015](#), riferita al previgente d.lgs. 163/2006, l’ANAC evidenziò che l’indicazione da parte del concorrente dei lavori o delle parti di opere che intende subappaltare, all’atto della presentazione dell’offerta, costituisce un presupposto *essenziale* in vista della successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante, ma non ai fini della partecipazione alla gara.

Dunque, la violazione dell’obbligo dichiarativo poteva costituire causa di esclusione solo qualora l’affidamento in subappalto costituisse un presupposto indispensabile per coprire la qualificazione necessaria ad eseguire determinate categorie di lavorazioni, delle quali il concorrente fosse sprovvisto.

<sup>119</sup> Cfr. [ANAC Parere di Precontenzioso n. 791 del 07/10/2020 - rif. PREC 190/2020/L](#).

<sup>120</sup> Cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 7 giugno 2021, n. 4298](#) e come la precedente [Cons. Stato, V, 4 maggio 2020, n. 2836](#).

<sup>121</sup> Cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 18 gennaio 2019, n. 471](#) secondo cui deve essere escluso il concorrente che non indica espressamente nella domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto, pur indicando nell’offerta tecnica che alcune prestazioni saranno realizzate da un soggetto terzo. Infatti, in tal caso manca l’espressione della volontà di ricorrere al subappalto, in contrasto con l’affidamento nell’offerta tecnica di talune prestazioni, peraltro qualificanti, a soggetti che sono rimasti estranei alla gara.

*Diversamente, invece, in caso di subappalto necessario, il soccorso istruttorio andrebbe ad intervenire su un requisito di qualificazione in gara e, pertanto, non può che essere vietato.*

*Infatti, ammettendo la possibilità di esprimere tardivamente – in sede di soccorso istruttorio - la volontà di subappaltare una quota dei lavori, verrebbe alterato il principio di par condicio tra i concorrenti, perché il concorrente potrebbe modificare l’offerta, integrandola con la previsione di un subappalto necessario per il possesso dei requisiti minimi di partecipazione, inizialmente non posseduto<sup>122</sup>.*

#### a. Indicazione del nominativo del subappaltatore necessario

La giurisprudenza<sup>123</sup> è ormai concorde nel ritenere che, neppure nel caso di subappalto necessario, vi sia l’obbligo per il concorrente di indicare, **in sede di offerta, il nominativo del subappaltatore**.

Sulla stessa linea interpretativa l’ANAC, che ha sempre ritenuto 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**<sup>124</sup>.

A tale riguardo, un punto di svolta è rappresentato dalla pronuncia dell’Adunanza Plenaria n. 9 del 2015<sup>125</sup>, in cui è stato osservato che, **ammettendo l’obbligo di indicazione preventiva del nominativo del subappaltatore**, si fornirebbe un’interpretazione confliggente con il testo delle disposizioni legislative e **si genererebbe confusione tra il subappalto e l’istituto dell’avvalimento**; ciò, senza considerare l’imposizione di un onere partecipativo sproporzionato e gravoso che **costringerebbe le concorrenti a scegliere anticipatamente l’impresa subappaltatrice**. Infine, in tal modo si concentrerebbe

<sup>122</sup> [TAR Lazio, Roma, Sez. I-Bis, 7 gennaio 2019, n. 146](#), seppure, in isolate sentenze, la giurisprudenza ha ammesso il soccorso istruttorio anche nei casi di mancata indicazione del subappaltatore “necessario” (cfr. [TAR Liguria, sez. II, 6 febbraio 2018, n. 112](#), [TAR Veneto n. 235/2017](#) e [TAR Palermo n. 2476/2015](#)).

<sup>123</sup> Cfr. [Consiglio di Stato, 15 febbraio 2021, n. 1308](#); id., [20 agosto 2019, n. 5745](#), id. [4 giugno 2020, n. 3504](#) e [13 agosto 2020, n. 5030](#) e [Consiglio di Stato, sez. III, ord. n. 3702 del 10 giugno 2020](#). Contra, cfr. [Consiglio di Stato, sez. IV, 3 marzo 2016, n. 879](#) e id., [sez. III, 18 novembre 2016, n. 4798](#), sebbene entrambe le pronunce sono riferite al d.lgs. 163/2006.

<sup>124</sup> 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](#).

<sup>125</sup> Cfr. [Adunanza Plenaria, sentenza 2 novembre 2015, n. 9](#), che, sebbene riferita alla previgente d.lgs. 163/2006, è stata confermata anche in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici dalla giurisprudenza, tra cui, [Cons. Stato, sez. V, n. 5745/2019](#), [TAR Lazio, Roma, sez. I bis, 7 gennaio 2019, n. 146](#) e più recentemente [Consiglio di Stato, sez. III, ord. n. 3702 del 10 giugno 2020](#).

l'attenzione sulle **sole imprese subappaltatrici** già indicate nella fase di partecipazione alla gara<sup>126</sup>, introducendo una rigidità non prevista dal codice.

Ne consegue che *“l’indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell’offerta non è obbligatoria, neanche nell’ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili”* super-specialistiche o SIOS<sup>127</sup>.

La giurisprudenza<sup>128</sup> si è altresì concentrata sulla possibilità di suddividere il requisito mancante tra più subappaltatori (il cd. **“subappalto frazionato”**<sup>129</sup>), applicando la disciplina dell’avvalimento che prevede espressamente tale facoltà<sup>130</sup>.

In particolare, è stata **oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’UE**<sup>131</sup>, **l’ammissibilità del subappalto “necessario” o “qualificante” nel caso in cui l’appaltatore**, in possesso della sola qualificazione per la categoria “prevalente” e non anche di quella scorporabile, ne **abbia frazionato i requisiti di partecipazione** tra più imprese subappaltatrici, cumulando i relativi importi di qualificazione<sup>132</sup>.

<sup>126</sup> Peraltro, l'[art. 105, comma 5 del codice](#) prevede che il subappalto delle categorie SIOS «*non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso*», ragione per cui potrebbe arriversi a ritenere erroneamente che sia indicabile una sola subappaltatrice per l’esecuzione del subappalto di una SIOS. Tale comma è tuttavia sospeso fino al 30 giugno 2023 ai sensi dell’art. 1, comma 18, secondo periodo della legge n. 55 del 2019, termine differito dall’art. 13, comma 2, lettera c), legge n. 21 del 2021 e dall’art. 49 del [D.L. 31 maggio 2021, n. 77 \(legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108\)](#) e potrebbe essere abrogato dall’articolo 8, comma 1, lettera c), della legge europea di prossima approvazione.

<sup>127</sup> Cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 20 luglio 2021, n. 5455](#).

<sup>128</sup> Cfr. [Consiglio di Stato, sez. III, ord. n. 3702 del 10 giugno 2020](#).

<sup>129</sup> Il frazionamento si rinviene nel caso in cui i soggetti qualificati ad eseguire la categoria subappaltata sono più di uno e raggiungono la qualificazione richiesta per la scorporabile mediante la somma dei requisiti posseduti da ciascuno di essi, non possedendoli nessuno per intero.

<sup>130</sup> Art. 89, comma 7 del codice.

<sup>131</sup> Cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, ord. coll. 10 giugno 2020, n. 3702](#), nella quale sono approfonditi i rapporti tra il subappalto “necessario” e l’avvalimento, evidenziandone differenze e punti di contatto, al fine di valutare se - nel silenzio delle norme riguardanti tale istituto - sia possibile estendere al subappalto, per via interpretativa, la disciplina di favore già dettata per l’avvalimento che consente la possibilità di frazionamento dei requisiti tra più imprese ausiliarie (art. 89, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016).

<sup>132</sup> Sull’ammissibilità del subappalto qualificante vedi anche [Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2330](#).

**FOCUS –Subappalto necessario e avvalimento (frazionato)**

*È indubbio che il subappalto “necessario” si avvicini all’istituto dell’avvalimento, consentendo al concorrente di utilizzare la qualificazione di un soggetto che rimane terzo rispetto al contratto di appalto stipulato con l’amministrazione.*

*Funzionalmente, infatti, sia il subappalto qualificante che l’avvalimento favoriscono l’accesso agli appalti pubblici soprattutto delle piccole e medie imprese, che in tal modo, possono partecipare alla gara, benché sprovviste della qualificazione necessaria<sup>133</sup>.*

*Ciò, fermo restando che, mentre l’avvalimento rileva nella fase di implementazione dei requisiti di partecipazione ad una gara, il subappalto è posto “a valle” del contratto di appalto e attiene alla sua esecuzione<sup>134</sup>.*

*Nell’avvalimento, infatti, è il concorrente, non specificatamente qualificato, che esegue l’appalto (tramite i mezzi e il personale prestat); diversamente, nel subappalto necessario, sono gli stessi soggetti dotati di autonoma e specifica qualificazione che eseguono le opere oggetto di subappalto.*

<sup>133</sup> Sul punto si è più volte espressa la Corte di Giustizia UE. Vedi. [CGUE, 26 settembre 2019, C-63/18](#), punto 27 e [CGUE, 27 novembre 2019, C-402/18](#), punto 39, coerente con gli obiettivi propri della direttiva 2004/18/CE e rafforzati dalla direttiva 2014/24/UE (v. considerando 1, 41, 78, 100 e 105 della direttiva 2014/24).

In particolare, la Corte di Giustizia ha ripetutamente ribadito: a) il diritto di ciascun operatore di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, «a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi», purché si dimostri all’amministrazione aggiudicatrice l’effettiva disponibilità dei mezzi necessari per eseguire l’appalto (cfr. [CGUE, 10 ottobre 2013, C-94/12](#), punti 29 - 35; [CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14](#), punti 23 e 28; [CGUE, 14 luglio 2016, C-406/14](#), punto 33); b) la libertà dell’offerente di scegliere la natura giuridica dei legami che intende allacciare con gli altri soggetti su cui fare affidamento per l’esecuzione di un determinato appalto (cfr. [CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14](#), punto 28); c) il generale principio di frazionabilità dei requisiti di partecipazione tra più imprese, suscettibile di deroga soltanto in presenza di comprovate circostanze eccezionali (cfr. [CGUE, 10 ottobre 2013, C-94/12](#); [CGUE, 14 luglio 2016, C-406/14](#)).

Ancora più in dettaglio, la [Corte di Giustizia nella sentenza C-94/12](#) (punto 31), ricorda che, nelle direttive europee, non sono previste limitazioni al cumulo di capacità dei subappaltatori al pari di quanto previsto per i raggruppamenti di operatori economici. Parimenti nella [sentenza C-406/14](#) (punto 33) sancisce la possibilità per gli offerenti di ricorrere al subappalto per l’esecuzione di una commessa pubblica, e ciò, in linea di principio, in modo illimitato.

<sup>134</sup> Il [Consiglio di Stato, sez. V, 4 giugno 2020 n. 3504](#) ha osservato che, a differenza di quanto accade con l’avvalimento, il rapporto con l’impresa subappaltatrice rileva nella fase dell’esecuzione dell’appalto, per come dimostrato dalle previsioni dell’[art. 105, comma 7](#) (in tema di obbligazioni che, come già detto, sorgono per l’affidatario solo dopo la stipulazione del contratto) e [comma 8 del codice](#) (in tema di responsabilità esclusiva dell’affidatario nei confronti della stazione appaltante), oltre che dei commi successivi dello stesso [art. 105](#), tutti attinenti alla fase esecutiva, e tutti applicabili ad ogni tipologia di subappalto.



*Tanto che, mentre nel primo caso il certificato di esecuzione dei lavori non riconosce l'ausiliaria quale esecutrice, di contro, nel secondo, i lavori sono attribuiti ai subappaltatori che li hanno eseguiti.*

#### b. Il subappalto necessario negli appalti misti

L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto<sup>135</sup> deve **possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal Codice per ciascuna prestazione** di lavori, servizi, forniture prevista nel contratto<sup>136</sup>. Pertanto, nel caso di un appalto misto servizi/lavori è dunque necessaria la qualificazione tanto per la prima che per la seconda prestazione, **secondo il c.d. "criterio della combinazione dei regimi giuridici"**<sup>137</sup>.

La peculiarità dell'appalto misto, che certamente **non esclude il ricorso al subappalto "facoltativo"**, potrebbe far sorgere qualche dubbio in merito a quello necessario, laddove utilizzato per eseguire una tipologia di prestazioni diverse da quelle in cui il concorrente è qualificato.

Sul punto, è intervenuta l'**ANAC**<sup>138</sup> che, fatto salvo il presupposto per cui il concorrente ad un appalto misto deve essere qualificato, si è espressa favorevolmente sulla **possibilità di ricorrere** al subappalto "necessario" (o "qualificante") **anche in relazione a ciascuna categoria di prestazione** oggetto dell'affidamento<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> I contratti misti di appalto sono quei contratti che presentano un oggetto multiplo, nel senso che contemplano allo stesso tempo almeno due delle seguenti tipologie di prestazioni: lavori, forniture e servizi. Nel codice tali contratti sono disciplinati dall'art. 28, il quale, al comma 1, stabilisce che, ai fini dell'aggiudicazione, occorre tener conto "dell'oggetto principale del contratto", inteso quale prestazione prevalente rispetto alle altre.

<sup>136</sup> Artt. 15 e 28, comma primo, ultimo periodo del codice.

<sup>137</sup> Tale qualificazione deroga al principio della prevalenza - utilizzato al primo periodo del medesimo art. 28, comma 1 - che individua la disciplina generale del contratto misto, ma si pone in continuità rispetto a quanto a suo tempo stabilito dall'art. 15 dell'abrogato d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, motivo per cui la qualificazione obbligatoria per ciascuna delle prestazioni oggetto dell'appalto assume il ruolo di vero e proprio requisito di partecipazione alla procedura di affidamento. Di contro, l'art. 8 co. 11-septies della legge 11 febbraio 1994, n. 109 assegnava alla qualificazione obbligatoria il diverso ruolo di requisito necessario ai fini dell'esecuzione dei lavori (cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 13 luglio 2020 n. 4501](#)).

<sup>138</sup> Cfr. [Delibera Anticorruzione del 27 maggio 2020, n. 462](#), inerente la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti di tre imprese per mancanza dei requisiti di qualificazione fissati dal disciplinare, relativamente alla categoria fornitura di arredi e attrezzature.

<sup>139</sup> L'Autorità, nel [parere rilasciato il 4 febbraio 2015 AG/1/2015/AP](#), aveva già dato atto dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui veniva «ritenuto applicabile» il subappalto



In tal caso, il concorrente deve **essere in possesso dei requisiti** atti a garantire lo svolgimento in proprio della percentuale di prestazione che, *ex lege* o, secondo la specifica disciplina di gara, deve garantire.

Concretamente, ciò significa che **il concorrente deve comunque rispettare la quota massima subappaltabile** (ed essere specificatamente qualificata per il residuo), con riferimento al complessivo importo di ciascuna prestazione di lavori, servizi o forniture che concorrono a comporre l'oggetto del contratto e, quindi, anche dell'invalicabile limite secondo cui non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle "categorie prevalenti" e dei contratti ad alta intensità di manodopera<sup>140</sup>.

Al riguardo, occorre tuttavia segnalare l'esistenza di un **orientamento giurisprudenziale**, secondo cui, negli appalti misti, è la normativa di settore ad **impedire il ricorso all'istituto del subappalto "necessario" tout court**, da parte di un operatore che sia privo dei requisiti di qualificazione e capacità prescritti dalle pertinenti disposizioni<sup>141</sup>.

Infatti, mentre l'articolo 14 del codice, per quanto riguarda l'individuazione della disciplina applicabile in caso di appalti misti, declina il noto **principio c.d. 'della prevalenza'**, al contrario, il successivo articolo 15, per quanto riguarda i requisiti di qualificazione e capacità richiesti ai concorrenti, fa invece riferimento al suddetto **principio c.d. 'della combinazione'**.

Si tratta - sempre secondo tale orientamento - di una scelta normativa ben chiara, per cui si è ritenuto che il concorrente, in possesso dei (soli) requisiti di qualificazione e capacità relativi alla tipologia di lavorazioni prevalenti, non potesse ritenersi idoneamente qualificato per eseguire l'intera prestazione. Il subappalto necessario non dovrebbe quindi divenire **l'escamotage per sopperire alla qualificazione in una tipologia di prestazioni** (ad es. forniture, invece di lavori) diversa da quella posseduta e **per la quale il concorrente non è assolutamente qualificato**.

Più genericamente, si può quindi concludere che **nei contratti misti il subappalto necessario non sia del tutto vietato**, ma è comunque necessario che l'operatore economico concorrente sia in possesso di tutti i requisiti prescritti per la specifica gara, in relazione ad ogni tipologia di prestazione, almeno per la quota di prestazioni non subappaltabili.

---

qualificante «*oltre che nel settore dei lavori pubblici... anche nel settore dei servizi e delle forniture*» (cfr. [Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900](#) e [Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 3 giugno 2019, n. 144](#)) e non costituisce neppure motivo di illegittimità del bando Anche nella [relazione AIR al Bando tipo n. 1/2017](#).

<sup>140</sup> [Art. 105, comma 1 del codice](#).

<sup>141</sup> Così [Consiglio di Stato, Sez. V, 7 agosto 2017 n. 3918](#) e, da ultimo, [TAR Napoli, Sez. II, 26 giugno 2021, n. 4374](#).



## PARTE SECONDA – Adempimenti a carico dell'appaltatore

### 1. Condizioni per l'affidamento del subappalto

Ai sensi dell'[art. 105, comma 4 del codice](#), 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**.

A tale proposito, la giurisprudenza civile ha chiarito 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<sup>142</sup>.

Rispetto alla disciplina civilistica del subappalto, 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**<sup>143</sup> e quali siano gli **obblighi che sorgono in capo all'impresa** appaltatrice, ove voglia affidare l'esecuzione di quota parte dei lavori ad un subappaltatore.

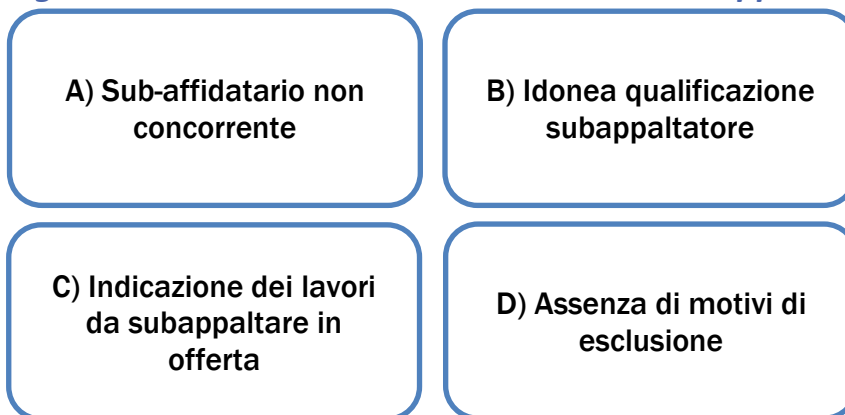
<sup>142</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. civile, sez. II, 11 agosto 1990, n. 8202. Negli appalti pubblici superata, tuttavia, occorre tenere conto del fatto che è stata da ultimo prevista la possibilità per la stazione appaltante di rivalersi anche sul subappaltatore per le prestazioni da quest'ultimo eseguite (vedi paragrafo "[responsabilità solidale del subappaltatore](#)").

<sup>143</sup> Ai sensi della Direttiva 2014/24, la stessa amministrazione aggiudicatrice può, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligata dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57. In tali casi le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione.

Riguardo a questi ultimi, il [comma 4](#) dell'art. 105 citato prevede che, ai fini dell'autorizzazione:

- a) deve essere indicato un subappaltatore che **non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento** dell'appalto;
- b) il **subappaltatore deve essere qualificato** nella relativa categoria sub-affidata<sup>144</sup>;
- 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;
- d) il concorrente deve dimostrare **l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80** in capo ai subappaltatori<sup>145</sup> (cfr. fig. 4).

**Figura 4 – Premesse all'autorizzazione del subappalto**



#### *a. Divieto di affidamento del subappalto ad altro concorrente*

A differenza di quanto previsto dal d.lgs. 163/2006, il codice stabilisce il divieto di autorizzare subappalti nei confronti di soggetti che abbiano partecipato autonomamente alla stessa procedura.

<sup>144</sup> L'articolo 8, comma 1, lett. c) n. 1. del DDL n. 2169, attualmente al Senato, recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020" alla fine della lettera prevede di aggiungere le seguenti parole: «e non sussistano a suo carico i motivi di esclusione di cui all'articolo 80».

<sup>145</sup> Ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lett. c) n. 2 del DDL n. 2169, "Legge europea 2019-2020" di cui alla nota precedente, la lettera sarà soppressa.

**L'operatore economico deve quindi preliminarmente scegliere di concorrere alla gara o avere la possibilità di intervenire nell'esecuzione dell'appalto in fase di esecuzione, laddove ovviamente sottoscriva un contratto di subappalto con l'aggiudicatario<sup>146</sup>.**

Sul fronte dell'appaltatore ciò significa che questi, in corso di esecuzione, può vedersi rifiutata l'autorizzazione al subappalto, per il fatto che l'impresa indicata si era già presentata alla gara di appalto in veste di concorrente.

La *ratio* della norma ha evidenti finalità anti-collusive, presupponendo che la **doppia partecipazione all'appalto - sia nella veste di concorrente che nella veste di subappaltatore** - rappresenti un elemento sufficiente a far supporre una concertazione tra concorrenti, foriera di possibili modifiche alla formulazione delle offerte (dirette a moltiplicare chances di aggiudicazione) in danno agli altri concorrenti.

Sul punto, una giurisprudenza antecedente all'attuale formulazione dell'[art. 105, comma 4, lett. a\) del codice](#), ammetteva l'ipotetico doppio ruolo di concorrente e subappaltatore indicato nella terna<sup>147</sup>.

Si arrivava a tale conclusione, partendo dalla previsione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui deve essere escluso l'operatore economico che si trovi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, *"in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale"*<sup>148</sup>.

<sup>146</sup> Il definitivo superamento di tale indicazione prevista dall'[art. 105, comma 4, lett. a\)](#) potrebbe arrivare con l'approvazione dell'art. 8 del disegno di legge "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2019-2020" (cfr. [AS 2169](#)).

<sup>147</sup> Cfr., *ex multis*, [Consiglio di Stato, Sez. V, 18 settembre 2019, n. 6234](#) e [TAR Piemonte, sez. II, 17 marzo 2017, n. 395](#), in cui è stato affermato che *"resta, a parere del collegio, non conforme al principio di proporzionalità desumerne l'automatica esclusione di un concorrente che risulti anche indicato da altri quale subappaltatore ... resta vero che l'indicazione di un soggetto come subappaltatore non implica necessariamente il suo formale coinvolgimento. In siffatto contesto l'esclusione automatica esorbita dal principio di proporzionalità"*.

<sup>148</sup> In materia di concorrenza, è ammesso il ricorso a prove indiziarie, purché le stesse si fondino su indizi gravi, precisi e concordanti. Infatti, è stata rilevata una pratica anticoncorrenziale realizzata attraverso la sistematica partecipazione in raggruppamenti temporanei di imprese, accompagnati in diversi casi da accordi "collaterali" – non conosciuti dalle stazioni appaltanti - di ripartizione dei lotti, nonché da accordi di subappalto con i quali le parti si impegnavano a non partecipare alle gare in concorrenza con gli altri membri del cartello a fronte dell'impegno delle altre parti a riconoscere loro una quota della commessa (cfr. [TAR Lazio, Roma, Sez. I, 2 luglio 2021, n. 8816](#)).

Pertanto, escluso ogni automatismo escludente, si richiedeva **una specifica valutazione**, da parte della stazione appaltante, circa il possibile carattere collusivo delle due offerte<sup>149</sup>, evidenziando il collegamento diretto ed immediato tra operatori in apparenza concorrenti<sup>150</sup>.

All'opposto, l'**indirizzo del legislatore** – di cui al citato [art. 105, comma 4, lett. a\)](#) - **si basa su quanto espresso dall'ANAC**, favorevole – seppur a specifiche condizioni - alla previsione del divieto in questione, in ragione dell'esperienza maturata con i **protocolli di legalità**<sup>151</sup>.

In particolare, l'ANAC riteneva che potesse applicarsi il divieto di doppia partecipazione *«nel rispetto del principio di proporzionalità, in un'ottica di temperamento della necessità di prevenire condotte anticoncorrenziali, anche aventi connotazione mafiosa, con il principio di libera organizzazione dei mezzi imprenditoriali»*<sup>152</sup>.

Ciò tuttavia imponeva all'amministrazione **una valutazione in concreto** - e quindi non in astratto, come nel caso della suddetta previsione del codice - **sull'effettiva utilità** del divieto, in ragione del livello di *“influenza mafiosa”* del contesto ambientale/segmento merceologico<sup>153</sup>.

Sul punto la Commissione Europea nel 2019 ha aperto una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia<sup>154</sup>, ritenendo che **la disciplina nazionale non è in linea con quella**

<sup>149</sup> Nel qual caso, si ricorda che la giurisprudenza prevede che l'onere della prova di tale distorsione del confronto concorrenziale ricada sulla parte che ne afferma l'esistenza al fine dell'altrui esclusione dalla gara, e la dimostrazione deve fondarsi su elementi di fatto univoci, desumibili sia dalla struttura imprenditoriale dei soggetti coinvolti, sia dal contenuto delle offerte presentate (Cfr. [Cons. Stato, V, n. 58/2018](#)).

<sup>150</sup> Cfr. [Cons. Stato, V, n. 69/2019](#).

<sup>151</sup> Vedi pareri in merito ed anche det. ANAC nn. [1/2015](#) e [4/2012](#).

<sup>152</sup> Cfr. [parere ANAC sulla Normativa del 12/03/2014 - rif. AG 9/14](#).

<sup>153</sup> Nella [causa C-425/14](#), richiamata dalla stessa Commissione, la Corte di Giustizia UE, con riferimento ai protocolli di legalità, ha dichiarato che non può comportare l'esclusione automatica dell'offerente da una procedura la mancata dichiarazione secondo la quale *«l'offerente [...] non subappalterà lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla medesima procedura»*. In particolare, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 22 ottobre 2015 in causa C- 425/14, Edilux, è stato affermato che è contrario al principio di proporzionalità imporre a un concorrente l'obbligo di dichiarare a pena di esclusione che non verranno subappaltate lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara. Trattasi, infatti, di una *“presunzione irrefragabile secondo la quale l'eventuale subappalto da parte dell'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione dell'appalto, a un altro partecipante alla stessa gara d'appalto derivi da una collusione tra le due imprese interessate, senza possibilità di dimostrare il contrario”*, che eccede quanto necessario al fine di prevenire comportamenti collusivi.

<sup>154</sup> Cfr. lettera di costituzione in mora della Commissione europea, inviata al Ministro degli Affari esteri e della Cooperazione Internazionale il 24 gennaio 2019 ([procedura di infrazione n.](#)

**comunitaria in quanto i divieti incondizionati sono incompatibili con il principio di proporzionalità.**

Giova, a tale proposito, ricordare che la lettera a) dell'[art. 105, comma 4 del codice](#) era stata già abrogata dal decreto “sblocca cantieri”<sup>155</sup>. Tuttavia, tale abrogazione è poi venuta meno, in sede di conversione in legge del medesimo decreto<sup>156</sup>.

La problematica sopra descritta rimane, quindi, attuale.

#### *b. Qualificazione del subappaltatore*

Negli appalti pubblici, **la qualificazione del subappaltatore segue la disciplina generale**, che, al di sotto dei 150.000 euro, prevede la possibilità di una qualifica in gara, effettuata dalla stazione appaltante, mentre, al di sopra di tale importo, contempla l’obbligo di possesso dell’attestazione SOA.

Ai sensi dell'[art. 105, comma 4, lett. b\)](#), il **subappaltatore deve essere qualificato “nella relativa categoria”**. La stessa lett. b) non chiarisce tuttavia nello specifico quale sia tale categoria.

Un particolare problema si pone quando occorre subappaltare lavorazioni non scorporate nel bando<sup>157</sup>.

È il caso, ad esempio, di lavorazioni di importo non superiore al 10 per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, oppure di importo non superiore a 150.000 euro e, come tali, non scorporate in una autonoma categoria.

Per tali lavorazioni, si ritiene che **il subappaltatore debba essere qualificato nella categoria dei lavori da eseguire.**

---

[2018/2273](#)); orientamento confermato nella [c.d. sentenza Tedeschi, 27 novembre 2019, causa C-402/18](#).

<sup>155</sup> [D.L. 18 aprile 2019, n. 32](#), convertito dalla [Legge 14 giugno 2019, n. 55](#).

<sup>156</sup> [Legge 14 giugno 2019, n. 55](#).

<sup>157</sup> Ai sensi dell’art. 3, comma 1 lett. oo-ter) del codice costituiscono “lavori di categoria scorporabile”, la categoria di lavori, «*individuata dalla stazione appaltante nei documenti di gara, tra quelli non appartenenti alla categoria prevalente e comunque di importo superiore al 10 per cento dell’importo complessivo dell’opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro ovvero appartenenti alle categorie di cui all’articolo 89, comma 11*».

A supporto di tale chiave di lettura, si ricorda che **l'attestazione SOA abilita l'operatore (subappaltatore) ad eseguire la tipologia di opere indicate nell'attestato.**

Si pensi ad un lavoro edile, con categoria unica OG1, in cui non sono state scorporate le opere di sbancamento (OS1). In tal caso, il subappaltatore deve essere qualificato per eseguire i lavori nella categoria OS1 (non la OG1), ossia nella categoria che riguarda le opere di «*scavo, ripristino e modifica di volumi di terra, realizzati con qualsiasi mezzo e qualunque sia la natura del terreno da scavare o ripristinare*»<sup>158</sup>.

Riguardo alle modalità di qualificazione del subappaltatore, **fino all'entrata in vigore del Regolamento** di attuazione del Codice, si applica la stessa disciplina prevista per l'appaltatore - ossia quella degli artt. da 60 a 96 del **D.P.R. 207/2010**<sup>159</sup> - cui si aggiungono, per le SIOS, il Decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248<sup>160</sup> e, per i beni culturali, il Decreto ministeriale 22 agosto 2017, n. 154<sup>161</sup>.

Pertanto, per i contratti di subappalto di importo pari o superiore a 150.000 euro è **richiesto il possesso dell'attestazione SOA di cui all'art. 84 del codice**, che rappresenta il requisito necessario e sufficiente all'esecuzione dei lavori<sup>162</sup>; mentre, per **quelli di importo inferiore** alla predetta soglia, **il subappaltatore può essere qualificato dalla stazione appaltante**, nel sub procedimento di autorizzazione al subappalto<sup>163</sup>.

<sup>158</sup> D.P.R. 207/2010, allegato A.

<sup>159</sup> Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*».

<sup>160</sup> Regolamento recante individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

<sup>161</sup> Regolamento sugli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016

<sup>162</sup> A tale proposito, il comma 7 dello stesso art. 84 del codice prevede, con esplicito riferimento al concorrente, che «*Per gli appalti di lavori di importo pari o superiore ai 20 milioni di euro, oltre alla presentazione dell'attestazione dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, la stazione appaltante può richiedere requisiti aggiuntivi finalizzati: a) alla verifica della capacità economico-finanziaria. [...]; b) alla verifica della capacità professionale per gli appalti per i quali viene richiesta la classifica illimitata. [...]*».

<sup>163</sup> Cfr. [Tar Lazio, Roma, sez. II-quater, 23 ottobre 2019, n. 12203](#), secondo cui è illegittimo impedire l'applicazione del regime semplificato previsto dall'art. 90, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010 ai fini della qualificazione degli operatori economici; ciò per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione contenuto nell'articolo 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 (in continuità con il previgente comma 1 bis dell'articolo 46 del d.lgs. n. 163/2016), non potendo la legge speciale di gara stabilire cause di esclusione "ulteriori" rispetto a quelle normativamente fissate. Sul punto vedi anche ANAC, [parere di precontenzioso 27 maggio \(dep. 9 giugno\) 2020, n. 463, Prec 45/2020/L](#).



In quest'ultimo caso, la qualificazione prevede:

- **in linea generale**<sup>164</sup>, la dimostrazione di: a) lavori analoghi<sup>165</sup> per importi equivalenti a quelli da eseguire, realizzati direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando; b) un costo complessivo sostenuto per il personale dipendente che non sia inferiore al 15% dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando; c) adeguata attrezzatura tecnica;
- **nei lavori riguardanti i beni culturali**<sup>166</sup>, la dimostrazione di: a) avere eseguito lavori direttamente e in proprio per un importo complessivo non inferiore a quello del contratto da stipulare o, in alternativa, avere il direttore tecnico con titolo idoneo secondo la disciplina vigente; b) avere un organico determinato secondo quanto previsto in merito all'idoneità organizzativa; c) essere iscritte alla competente Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

Entrambe le due opzioni impongono alla stazione appaltante di verificare in concreto il possesso dei requisiti di qualificazione dichiarati dai concorrenti, con particolare riferimento al rapporto di analogia che deve intercorrere tra i lavori eseguiti e i lavori da eseguire<sup>167</sup>.

<sup>164</sup> Art. 90 del d.P.R. 207/2010.

<sup>165</sup> Trattasi della qualificazione "semplificata" di cui all'art. 90 del d.P.R. n. 207/2010, in ragione del quale l'ANAC ([cfr. parere di precontenzioso n. 681 del 17/07/2019 - rif. PREC 95/19/L](#)) ha chiarito che l'unica modalità di comprova dell'avvenuta esecuzione di lavori, consentita dal Codice dei contratti (in forza dell'art. 86, comma 5-bis, d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 83 dell'ancora vigente d.P.R. n. 207/2010), è rappresentata dal Certificato di esecuzione dei lavori emessi dalla stazione appaltante, da cui evincere lavori analoghi a quelli oggetto di subcontratto. La valutazione dell'analogia dei lavori eseguiti nel quinquennio precedente, rispetto a quelli oggetto dell'appalto, deve essere intesa dalla stazione appaltante come coerenza tecnica tra la natura degli uni e degli altri, il cui accertamento è rimesso al giudizio discrezionale della stessa stazione appaltante (vedi anche [parere di precontenzioso ANAC n. 8 del 16 gennaio 2014](#)). Motivo per cui il rapporto di analogia tra categorie, stabilito in astratto nella deliberazione n. 165/2003, deve trovare un riscontro concreto ed oggettivo nella specificità del contenuto della singola procedura ad evidenza pubblica. Di contro, la descrizione della natura dei lavori oggetto dell'appalto in termini di categorie SOA è meramente indicativa, ponendosi, detti appalti, al di fuori del sistema di qualificazione SOA. In tale occasione, l'ANAC considera l'ipotesi di utilizzo di lavori eseguiti per committenti privati, per i quali si ricorda che l'art. 86 del d.P.R. 207/2010, al comma 5, prevede a corredo della domanda di qualificazione SOA: a) permesso a costruire, ovvero dichiarazione di inizio attività, relativi all'opera realizzata, ove richiesti, con allegata copia autentica del progetto approvato; b) contratto stipulato; c) fatture corrispondenti al quantitativo di lavori eseguiti; d) certificato di regolare esecuzione rilasciato dal direttore dei lavori.

<sup>166</sup> Art. 12 del DM 22 agosto 2017, n. 154, recante il Regolamento concernente gli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.

<sup>167</sup> Cfr. [ANAC Parere di Precontenzioso n. 747 del 30/09/2020 – rif. Prec. 157/2020/L](#) secondo cui «A prescindere dalla categoria di lavori indicata nell'oggetto – scrive l'Anac – le stazioni appaltanti

### c. Preventiva indicazione dei lavori da subappaltare

Ai sensi dell'[art. 105, comma 4, lett. c\)](#), grava sull'appaltatore **l'obbligo di dichiarare in gara la volontà di subappaltare**. L'affidamento in subappalto è infatti possibile, previa autorizzazione della stazione appaltante, purché all'atto dell'offerta siano indicati i lavori o le parti di lavori che si intendono subappaltare<sup>168</sup>.

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.

Ciò accade nel subappalto "necessario"<sup>169</sup>, **quando il concorrente non è qualificato** (in tutto o in parte) **nella categoria scorporabile** e, proprio per tale motivo, indica in gara che la subappalterà ad impresa idoneamente qualificata. In tal caso, l'istituto del subappalto rileva in sede di partecipazione alla gara, in quanto **"sostitutivo" del requisito di qualificazione mancante**<sup>170</sup>.

In ogni caso, l'operatore economico concorrente **è sempre tenuto ad indicare in modo tutt'altro che generico**, già in sede d'offerta, i lavori, i servizi e/o le forniture (o parti di essi/esse) **che intende subappaltare**.

Non manca, tuttavia, un orientamento minoritario secondo cui **la dichiarazione relativa al subappalto possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto** quanto meno nelle ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto<sup>171</sup>.

---

*sono chiamate a verificare che i lavori eseguiti possano ritenersi analoghi ai lavori in affidamento e, quindi, idonei a integrare la qualificazione richiesta nella lex specialis di gara. Tale accertamento è rimesso al giudizio discrezionale della stazione appaltante e il rapporto di analogia tra categorie deve trovare un riscontro concreto ed oggettivo nella specificità del contenuto della singola procedura ad evidenza pubblica, rientrando nell'esercizio della discrezionalità tecnica della stazione appaltante il giudizio sulla similarità tra lavori oggetto del contratto e lavori eseguiti dall'impresa nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando».*

<sup>168</sup> Tale disposizione è coerente con l'art. 71 della direttiva 2014/24/UE (appalti), in cui si prevede che l'amministrazione possa chiedere o essere obbligata dallo Stato membro a chiedere all'offerente di informarla sulle intenzioni di quest'ultimo in materia di subappalto.

<sup>169</sup> Vedi paragrafo dedicato al "[subappalto facoltativo e necessario](#)".

<sup>170</sup> Cfr. [TAR Milano, 3 settembre 2021, n. 1965](#).

<sup>171</sup> Cfr. [TAR Roma, 17 dicembre 2019 n. 14479](#).

#### d. Assenza dei motivi di esclusione

Il codice, all'[art. 105, comma 4, lett. d](#)), prevede che il concorrente dimostri l'**assenza dei motivi di esclusione, di cui all'articolo 80**, in capo ai subappaltatori<sup>172</sup>.

La *ratio* della norma è ovviamente quella di assicurare che il meccanismo del subappalto non diventi per talune imprese un mezzo per aggirare l'art. 80 del Codice, permettendo ad un soggetto non qualificato di intervenire in esecuzione.

Laddove tali **motivi siano comunque riscontrati dall'amministrazione, sarà negata l'autorizzazione** per carenza dei requisiti generali<sup>173</sup>, da parte del subappaltatore.

Sotto un profilo operativo, i requisiti possono essere dichiarati dai subappaltatori anche mediante il Documento di gara unico europeo (DGUE), trasmesso alla stazione appaltante per mezzo dell'aggiudicatario oppure mediante dichiarazione sostitutiva attestante il possesso dei requisiti di ordine generale.

Il [comma 12 dell'art. 105 del codice](#) prevede che **l'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori**, relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la **sussistenza dei motivi di esclusione** di cui all'art. 80 del codice<sup>174</sup>.

#### FOCUS – Verifica del subappaltatore della terna

*Con la sospensione sino a fine 2023 della terna di subappaltatori da indicare in gara (ad opera prima del decreto "Sblocca cantieri"<sup>175</sup> e poi del "Semplificazioni-bis"<sup>176</sup>), il nominativo del subappaltatore dovrà essere dichiarato solo in fase di autorizzazione al subappalto, ai fini dell'accertamento dei requisiti di quest'ultimo.*

<sup>172</sup> Cfr. direttiva 2014/24/UE (appalti), laddove stabilisce che la stessa amministrazione aggiudicatrice può, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligata dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori, a norma dell'articolo 57.

<sup>173</sup> Seppure il codice si parla di "motivi di esclusione", appare nel caso del subappaltatore più corretto riferirsi all'assenza dei requisiti generali. Infatti, il mancato possesso di tali requisiti non può costituire "motivo di esclusione" da parte dei subappaltatori, che in sé non sono concorrenti e non sono suscettibili di esclusione diretta.

<sup>174</sup> Come più volte affermato in giurisprudenza, è una facoltà afferente essenzialmente alla sola fase esecutiva di una parte della prestazione (cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 27 agosto 2021, n. 5563](#)).

<sup>175</sup> [D.L. 18 aprile 2019, n. 32](#), convertito dalla [Legge 14 giugno 2019, n. 55](#).

<sup>176</sup> [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#).

*Si è quindi ridimensionata ogni problematica relativa all'accertamento preventivo in gara dell'assenza dei motivi di esclusione (art. 80, comma 1 e ss. del codice).*

*Giova comunque ricordare che, prima di tali provvedimenti, quindi in vigore dell'[art. 105, comma 6 del codice](#), vi era un'importante distinzione sui controlli a seconda dell'importo dell'appalto.*

*Infatti, negli appalti sopra soglia, la stazione appaltante verificava contemporaneamente il concorrente e i subappaltatori, con notevole aggravio del procedimento di scelta del contraente, causa l'esponenziale incremento delle verifiche in sede di gara, molte delle quali su soggetti che non sarebbero stati mai chiamati ad operare in cantiere<sup>177</sup>.*

*Nel caso di appalti sotto soglia, tale incombenza incideva di meno sulla stazione appaltante, perché la verifica in merito all'assenza delle cause di esclusione, in capo al componente della terna, era prevista sui soli subappaltatori dell'aggiudicatario ([art. 105, comma 6 del codice](#)).*

*In entrambi i casi, ovverosia indipendentemente dall'importo dell'appalto, il concorrente doveva anticipare alcuni dei documenti generalmente richiesti in corso d'opera per l'autorizzazione del subappaltatore (dichiarazione circa l'assenza di motivi di esclusione/DGUE), così da permettere alla stazione appaltante il controllo circa il possesso di tutti i requisiti generali richiesti per l'esecuzione del subappalto.*

## 2. Richiesta di autorizzazione e obblighi dell'appaltatore

L'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve **depositare, almeno 20 (venti) giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione** delle relative prestazioni, la documentazione necessaria all'autorizzazione.

I subcontratti non assimilabili ai subappalti non sono soggetti ad autorizzazione preventiva, ma a semplice comunicazione.

<sup>177</sup> Cfr. [Tar Piemonte, sent. 28 febbraio 2017, n. 328](#) e ANAC che nello "schema tipo di disciplinare di gara per l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari", ha precisato che nel caso di subappalto "qualificante" o "necessario", i subappaltatori devono altresì dichiarare, oltre al possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del codice, anche il possesso dei requisiti di cui all'art. 83 relativi alla prestazione oggetto di subappalto, compilando le relative parti del DGUE.

Nel caso in cui l'appaltatore sia **un consorzio stabile**<sup>178</sup>, è **il consorzio stesso a dover chiedere l'autorizzazione**<sup>179</sup>.

Riguardo ai **raggruppamenti temporanei di imprese**, si segnala che, secondo un orientamento risalente, è **la mandataria a chiedere l'autorizzazione**, in quanto è quest'ultima titolare del contratto<sup>180</sup>.

Alla richiesta di autorizzazione<sup>181</sup> è allegato:

1. **il contratto di subappalto**, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, che indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto, sia in termini prestazionali che economici<sup>182</sup>; lo stesso è corredato di un'apposita clausola con cui le parti contraenti dichiarano di assumere gli **obblighi in materia di tracciabilità dei flussi finanziari** previsti dall'art. 3, comma 9, della legge 136/2010 (a pena di nullità assoluta), con indicazione anche separata del numero di conto corrente dedicato (riferito al subappaltatore)<sup>183</sup>;

<sup>178</sup> L'art. 1, comma 20, lettera i), della legge n. 55 del 2019, di conversione del decreto "sblocca cantieri", ha modificato l'art. 47, comma 2 del codice che ora prevede «*I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f) eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto*».

<sup>179</sup> Cfr. [Tar Veneto, Sez. I, Ordinanza cautelare 15 gennaio 2021, n. 22](#), che richiama a supporto la sentenza del [Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2015, n. 244](#), e [delibera ANAC, parere sulla Normativa n. 208 del 01/03/2017 - rif. AG 7/2017/AP](#), che, a sua volta, richiama la sentenza del [Cons. Stato, sez. VI, 29 aprile 2003 n. 2183](#). Secondo tale orientamento, la consorziata esecutrice non appare di per sé legittimata a richiedere l'autorizzazione al subappalto e a sottoscrivere il relativo contratto, dovendo tali adempimenti essere eseguiti dal consorzio stabile, in virtù della natura di soggetto contraente assunta da quest'ultimo nell'ambito della gara e da esso mantenuta anche nelle successive fasi di esecuzione del contratto.

<sup>180</sup> Cfr. Parere AVCP 19 dicembre 2013 AG 51/13 e ITACA del 21 aprile 2011 "Supporto Tecnico Giuridico: risposte ai quesiti più frequenti in materia di contratti pubblici Volume 1° Servizio Contratti Pubblici Servizio Contratti Pubblici-SCP" (p. 57). Sul punto, la giurisprudenza più risalente ha altresì ritenuto che sia la mandataria a dover sottoscrivere i contratti di subappalto (cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2007, n. 5906](#)).

<sup>181</sup> Con l'[art. 105, comma 7, primo periodo, del codice](#), come modificato in sede di conversione del decreto "Semplificazioni-bis", l. 108/2021, l'affidatario non deve più certificare direttamente l'assenza di motivi di esclusione da parte del subappaltatore.

<sup>182</sup> [Art. 105, comma 7, ultimo periodo del codice](#).

<sup>183</sup> Sul punto si veda il paragrafo "[tracciabilità dei flussi finanziari del subappaltatore](#)".

## 2. la dichiarazione del subappaltatore<sup>184</sup>:

- a) attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del codice, specificando l'eventuale iscrizione alle white-list della Prefettura di competenza del subappaltatore<sup>185</sup> (che diviene obbligatoria qualora l'oggetto del subcontratto preveda la realizzazione di attività di cui all'art. 1, commi 53 e 54, della legge 6 novembre 2012, n. 190<sup>186</sup>), e il possesso dei requisiti speciali<sup>187</sup> (il codice richiama gli articoli 83 e 84 dello stesso codice);
- b) di eventuale iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali<sup>188</sup>;

<sup>184</sup> In aggiunta alle dichiarazioni minime previste dal codice, può essere valutata dall'appaltatore l'opportunità di far dichiarare al subappaltatore che rispetterà gli obblighi previsti a suo carico dal codice e, in particolare, l'obbligo di garantire nei confronti della stazione appaltante gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto (cfr. art. 105, [comma 8](#) e [comma 14](#)) e - qualora le attività oggetto di subappalto siano caratterizzanti l'appalto ovvero riguardino lavorazioni relative a categorie prevalenti - l'obbligo di riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro (cfr. [art. 105, comma 14](#) e focus "[FOCUS – Nota INL n. 1507/2021 e il trattamento economico e normativo](#)").

<sup>185</sup> Per subappalti di importo superiore a 150.000 euro, la disciplina antimafia, d.lgs. 159/2011, prevede che le stazioni appaltanti acquisiscano l'informazione di cui all'art. 84, comma 3, prima di autorizzare i subcontratti (art. 91, comma 1). Pertanto, in mancanza di iscrizione alla white list ex art. 1, comma 52-bis, legge 190/2012 - che sostituisce della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche per attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta - il subappaltatore, dovrà indicare le generalità di tutti i soggetti elencati all'art. 85 s.m.i., con i relativi familiari conviventi, e quelli di cui al primo periodo del comma 5 dell'art. 91 del medesimo D Lgs. 159/2011 s.m.i., al fine di consentirne la relativa verifica.

decisionale e gestorio la società determinandone in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi

<sup>186</sup> Sul punto si veda il paragrafo "[White List e anagrafe antimafia](#)".

<sup>187</sup> A tale scopo, può essere utilizzato il DGUE redatto dal subappaltatore oppure una dichiarazione sostitutiva di questo attestante la sussistenza dei requisiti generali di cui all'art. 80, commi 1, 2, 4 e 5 del codice e in relazione alla prestazione subappaltata il riferimento all'attestazione SOA posseduta, in corso di validità, oppure, in alternativa, nel caso di appalti di importo inferiore a 150.000 euro, quanto previsto per gli appalti di importo inferiore a tale soglia di cui agli artt. 90 del d.P.R. n. 207/2010 o 12 del decreto Mibact n. 154/2017 per gli interventi sui beni culturali.

<sup>188</sup> Dopo alterne interpretazioni, l'Autorità ha deliberato di modificare la propria posizione interpretativa e ritenere che il requisito di iscrizione all'albo dei gestori ambientali richiesto nelle gare di affidamento dei contratti pubblici sia un requisito di partecipazione e non di esecuzione (Cfr. [Comunicato del Presidente dell'Autorità del 27 07 2017](#)).

Tuttavia, il [Tar Piemonte, Sez. I, 5 gennaio 2021, n. 9](#) ha comunque ritenuto legittima l'ammissione alla gara di un concorrente, che aveva reso in sede di offerta la dichiarazione di voler subappaltare le prestazioni per le quali era sprovvisto della qualificazione, in specie dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria 1 – sottocategoria D1 e D4. Inoltre, è stato osservato che tale requisito previsto dal codice come requisito di partecipazione (art. 89, comma 10 del codice) può divenire un mero requisito di esecuzione dell'appalto laddove rappresenti una parte

3. la **dichiarazione dell'appaltatore** 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)<sup>189</sup>.

Fermo restando che non sussiste un vero e proprio obbligo in tal senso, lascio alla vostra valutazione se inserirla come facoltà, in quanto potrebbe rappresentare una maggior tutela per l'appaltatore.

Ai sensi dell'art. 105, comma 9, terzo periodo, del codice, 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 dei **piani di sicurezza di cui al d.lgs. del 9 aprile 2008, n. 81**, di cui l'affidatario è tenuto a garantirne la compatibilità tra loro e la coerenza con il piano da egli stesso presentato<sup>190</sup>.

In corso di esecuzione, gli ulteriori obblighi previsti dall'art. 105 del codice a carico dell'appaltatore sono:

- indicare il subappaltatore sui cartelli di cantiere, ove non già indicato<sup>191</sup>;
- corrispondere i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso<sup>192</sup>;
- rispondere in solido dell'osservanza del 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 delle norme anzidette - da parte dei subappaltatori, nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese

---

soltanto residuale e servente rispetto al complesso delle prestazioni affidate (cfr. [Cons. di Stato, V, 23 luglio 2018, n. 4445](#)).

<sup>189</sup> [Art. 105, comma 18 del codice](#).

<sup>190</sup> [Ai sensi dell'art. 105, comma 17 del codice](#) «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. Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o di consorzio, detto obbligo incombe al mandatario. Il direttore tecnico di cantiere è responsabile del rispetto del piano da parte di tutte le imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori».

<sup>191</sup> [Art. 105, comma 15 del codice](#).

<sup>192</sup> Ai sensi dell'art. 105, comma 14, terzo periodo: «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».



nell'ambito del subappalto<sup>193</sup>.

Con riferimento, infine, alla documentazione per la verifica dell'idoneità tecnico professionale, di cui all'allegato XVII del d.lgs. 81/2008 e s.m.i., il citato Testo Unico sulla salute e sicurezza sul lavoro prevede, in caso di subappalto, la verifica dell'idoneità dei subappaltatori.

In tale caso, pur non sussistendo l'obbligo di allegare la relativa documentazione alla richiesta di autorizzazione, potrebbe essere, comunque, opportuno, per le imprese affidatarie, allegare quest'ultima, al fine di "accelerare" la verifica che il citato testo unico pone anche in capo alla stazione appaltante.

### 3. Rilascio dell'autorizzazione

L'autorizzazione al subappalto ha lo scopo di verificare la ricorrenza dei presupposti soggettivi, oggettivi e formali **per il subappalto**, potendo essere negata in loro difetto o per la sussistenza di cause ostative; ciò al fine di evitare l'eventuale elusione delle norme in tema di qualificazione dell'impresa subappaltatrice, verifiche antimafia, (eventuali) limiti al subappalto e normativa a tutela del lavoro.

Per quanto riguarda i requisiti del subappaltatore, la stazione appaltante **verifica le relative dichiarazioni tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici** prevista dall'art. 81 dello stesso codice<sup>194</sup> e provvede al **rilascio dell'autorizzazione entro trenta giorni** dalla relativa richiesta<sup>195</sup>; tale termine può essere prorogato una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi<sup>196</sup>.

<sup>193</sup> [Art. 105 comma 9 del codice.](#)

<sup>194</sup> Tale specificazione è stata introdotta dalla legge di conversione n. 108/2021 e implica un'impostazione delle funzioni della Banca dati presso l'ANAC con funzioni non ancora disponibili (vedi [paragrafo dedicato alla BDNCP](#)).

<sup>195</sup> [Art. 105, comma 18 del codice](#) non ammette, come nell'ambito civilistico, l'autorizzazione espressa oralmente o addirittura tacitamente, che comunque presuppone l'accettazione da parte del committente, per *facta concludentia*, a che i lavori siano eseguiti da impresa diversa dall'appaltatore (Cass. Civ., 4 maggio 1982, n. 2757).

<sup>196</sup> [Art. 105, comma 14.](#)



Per i **subappalti o cottimi di importo inferiore al 2%** dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro<sup>197</sup>, i suddetti **termini per il rilascio dell'autorizzazione** da parte della stazione appaltante sono **dimezzati**<sup>198</sup>.

Come già riportato nel previgente codice, **trascorso tale termine** senza che si sia provveduto a dare alcuna risposta, **l'autorizzazione si intende concessa**<sup>199</sup>.

In merito agli strumenti di controllo del rispetto, da parte del subappaltatore, della normativa antimafia, si ricorda che, **fino al 30 giugno 2023**<sup>200</sup>, è prevista **una procedura semplificata di rilascio dell'informativa antimafia (provvisoria)**, in deroga a quanto previsto dall'art. 92, commi 2 e 3 del codice antimafia, d.lgs. n. 159/2011<sup>201</sup>, fino ad oggi circoscritta ai soli casi di urgenza.

In particolare, l'informativa liberatoria provvisoria viene rilasciata immediatamente dopo la consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia o alle risultanze delle altre banche dati<sup>202</sup>. Con tale informativa viene riconosciuta alle

<sup>197</sup> Fermo restando quanto previsto dall'[art. 105, comma 18 del codice](#), per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, l'affidatario è tenuto a comunicare alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, unicamente 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.

<sup>198</sup> Il subappalto di lavorazioni pubbliche, quale che ne sia l'importo, è quindi soggetto ad autorizzazione; l'importo, nel sistema vigente, rileva infatti ai soli fini della durata massima del procedimento autorizzatorio (di trenta giorni per gli importi più elevati; di quindici giorni per gli altri). Dal punto di vista sistematico, è stato osservato che la rilevanza degli interessi pubblici coinvolti non può restare influenzata dall'importo delle lavorazioni da subappaltare, anche perché esentare da autorizzazione una fascia di subappalti renderebbe di difficile controllo il fenomeno dei frazionamenti abusivi (*cf.* [Consiglio di stato, sez. V, 21 novembre 2007, n. 5906](#)).

<sup>199</sup> In caso di subappalto non autorizzato, l'art. 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646, prevede sanzioni, anche di natura penale, sia a carico dell'affidatario che del subappaltatore / affidatario del cottimo, dopo le modifiche dell'art. 25 del D.L. 113/2018 (c.d. "decreto Sicurezza").

<sup>200</sup> Ciò per effetto del primo comma dell'art. 3 del decreto "semplificazioni" ([decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con la legge 11 settembre 2020, n. 120](#)) e successivamente prorogato dal decreto "Semplificazioni-bis" (*cf.* art. 51, comma 1., lett. "c", pp. 1 e 2, del [D.L. 31 maggio 2021, n. 77, legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108](#)), secondo cui le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, mediante il rilascio della informativa liberatoria provvisoria, immediatamente conseguente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia ed alle risultanze delle banche dati, anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito, a condizione che non emergano nei confronti dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia le situazioni di cui agli articoli 67 e 84, comma 4, lettere a), b) e c), del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

<sup>201</sup> Sul punto si veda il paragrafo "[white List e anagrafe antimafia](#)".

<sup>202</sup> L'art. 3, comma 3 del decreto "semplificazioni", [D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con la legge 11 settembre 2020, n. 120](#), ha previsto, in aggiunta alle semplificazioni di cui al primo comma

amministrazioni la facoltà di stipulare, approvare o **autorizzare** i contratti e – **per quanto qui interessa - i subcontratti relativi a lavori**, servizi e forniture, sotto condizione risolutiva, laddove non emergano provvedimenti o situazioni ostative.

Nel caso in cui **la stazione appaltante**, in un secondo momento, accerti che siano venute meno - o mancavano sin dall'inizio - le condizioni necessarie al rilascio della stessa autorizzazione, **può provvedere alla revoca dell'autorizzazione**.

Il rilascio dell'autorizzazione concerne lo specifico subappalto per il quale si è fatto richiesta; pertanto, l'affidatario deve 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 di qualificazione del subappaltatore, in relazione alla prestazione subappaltata.

Da ultimo, l'art. 49, comma 3 del "Semplificazioni-bis"<sup>203</sup> ha previsto **per le amministrazioni competenti**, l'obbligo di:

- 1) assicurare la piena operatività della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici;
- 2) adottare il documento relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera;
- 3) adottare, entro 90 giorni, il regolamento volto ad individuare le diverse tipologie di attività suscettibili di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa per le quali, in relazione allo specifico settore d'impiego e alle situazioni ambientali che determinano un maggiore rischio di infiltrazione mafiosa, è sempre obbligatoria l'acquisizione della documentazione "antimafia", indipendentemente dal valore delle stesse.

#### **FOCUS – Autorizzazione del cottimo**

*Al pari del subappaltatore, anche il cottimista deve essere autorizzato, considerato che anche quest'ultimo assume nei confronti dell'appaltatore l'obbligazione di eseguire a proprio rischio e con la propria autonoma organizzazione, una parte di lavori oggetto dell'appalto.*

---

dell'art. 3 del decreto 76/2020, la consultazione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, nonché l'immediata acquisizione degli esiti delle interrogazioni, anche demandate al gruppo interforze, tramite il 'Sistema di indagine' gestito dal Centro elaborazione dati del Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno, di tutte le ulteriori banche dati disponibili.

<sup>203</sup> [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#).

*La differenza del cottimo rispetto al subappalto classico riguarda la prestazione del cottimista, che fornisce tutta la manodopera, utilizzando, in tutto o in parte, i materiali e/o mezzi forniti dall'appaltatore.*

*Il codice fornisce la definizione di cottimo come «l'affidamento della sola lavorazione relativa alla categoria subappaltabile ad impresa subappaltatrice in possesso dell'attestazione dei requisiti di qualificazione necessari in relazione all'importo totale dei lavori affidati al cottimista e non all'importo del contratto, che può risultare inferiore per effetto dell'eventuale fornitura diretta, in tutto o in parte, di materiali, di apparecchiature e mezzi d'opera da parte dell'appaltatore»<sup>204</sup>.*

*La particolarità del cottimo – secondo la giurisprudenza<sup>205</sup> – risiede nel fatto che la stazione appaltante, ai fini dell'autorizzazione, è tenuta a verificare la qualificazione del cottimista, sommando all'importo del relativo contratto il valore di quanto fornito dall'appaltatore.*

*Non sussiste, invece, alcuna differenza sotto il profilo della struttura d'impresa e dell'organizzazione, in quanto la stessa norma definisce il cottimista “impresa subappaltatrice” e ad esso richiede il possesso di tutti i requisiti di qualificazione propri del subappaltatore.*

*Ciò comporta che il cottimista non possa mettere a disposizione dell'appaltatore una mera prestazione lavorativa, poiché in tal modo realizzerebbe la fattispecie dell'interposizione illecita di manodopera.*

*In tale ottica, la giurisprudenza ha ritenuto probante della genuinità del subcontratto che la responsabilità dell'utilizzo dei mezzi, eventualmente forniti dall'appaltatore, rimanga totalmente in capo al cottimista<sup>206</sup> oppure che il subcontraente apporti il know-how, i software e, in genere, i beni immateriali fondamentali per l'esecuzione del contratto<sup>207</sup>.*

<sup>204</sup> Art. 3, comma 1 lett. *ggggg-undecies*) del codice, che riproduce in buona sostanza l'abrogato art. 170, comma 6 del d.P.R. 207/2010.

<sup>205</sup> La *ratio* di richiedere l'importo totale dei lavori affidati al cottimista e non all'importo del contratto è da ravvisare nel fatto che il cottimista deve in ogni caso essere in grado di utilizzare i materiali e le attrezzature fornite, ai fini di eseguire la lavorazione subaffidata, il che risponde al criterio generale a cui è informato il sistema di esecuzione dei lavori pubblici, ossia che l'appaltatore può eseguire solo i lavori per i quali è qualificato, sia in termini qualitativi che quantitativi (cfr. [TAR Ancona, Sez. I, 23 aprile 2020, n. 252](#)).

<sup>206</sup> Cfr. [TAR Veneto – Venezia, III, Sent. 19 marzo 2015, n. 314](#); [TAR Lombardia, Sez. I, sentenza 13 novembre 2008, n. 1627](#); Circolare del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali prot. 25/l/0015813 del 22 ottobre 2009.

<sup>207</sup> Cfr. Suprema Corte di Cassazione civile, con la sentenza n. 14371 dell'8 luglio 2020 ed anche Cassazione Civile, Sez. Lav., 9 novembre 2020, n. 25053.

*Ulteriore problematica è quella della quota di subappalto/cottimo autorizzabile.*

*Al riguardo, sembra sussistere un solo precedente giurisprudenziale<sup>208</sup>, secondo cui non è suscettibile di interpretazione estensiva la disposizione che impone, per il calcolo della qualificazione minima del subappaltatore, di sommare all'importo del contratto di cottimo anche il materiale e le attrezzature/mezzi forniti dall'appaltatore.*

*Infatti, dal punto di vista sostanziale, la fornitura dei materiali e dei mezzi/attrezzature è eseguita direttamente dall'appaltatore, non avrebbe quindi senso imputarla alla quota di subappalto.*

*In senso contrario, nella stessa sentenza viene richiamato il parere del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 161 del 16 gennaio 2018.*

#### 4. Importo corrisposto al subappaltatore

Il contratto di subappalto prevede il **pagamento di un corrispettivo in danaro da parte dell'appaltatore/committente.**

A seguito della riforma attuata dal decreto "Semplificazioni-bis"<sup>209</sup>, nel codice dei contratti, **non è più prevista alcuna limitazione numerica al ribasso applicabile dall'appaltatore al proprio subappaltatore** (sui prezzi applicati per l'esecuzione dell'appalto). Prima di detta riforma, era invece vigente un limite del 20% al ribasso<sup>210</sup>, che, tuttavia, aveva comportato l'apertura di una procedura di infrazione in quanto non compatibile con le direttive eurounitarie<sup>211</sup>.

<sup>208</sup> Cfr. [TAR Ancona, Sez. I, 23 aprile 2020, n. 252](#).

<sup>209</sup> [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#).

<sup>210</sup> Nella previgente formulazione dell'articolo 105 del codice era stato confermato rispetto al precedente d.lgs. 163/2006 che l'affidatario dovesse 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.

<sup>211</sup> Cfr. lettera di costituzione in mora della Commissione europea, inviata al Ministro degli Affari esteri e della Cooperazione Internazionale il 24 gennaio 2019 ([procedura di infrazione n. 2018/2273](#)) con la quale l'Unione Europea ha segnalato che alcune disposizioni contenute nel codice appalti – come già modificato dal d.lgs. n. 56/2017, il cd. Correttivo – non apparivano conformi alla corrispondente normativa europea recata dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE. Nella sentenza 27/11/2019, causa C-402/18, la Corte di giustizia veniva altresì chiarito che tale limite era idoneo a rendere meno allettante la possibilità di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, contrastando con l'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile anche alle piccole e medie imprese. Inoltre,

Il corrispettivo fissato per la prestazione in subappalto è quindi lasciato alla libera contrattazione tra appaltatore e subappaltatore, seppure lo stesso codice palesa l'esigenza di garantire la tutela dei lavoratori dagli eccessivi ribassi applicati ai subappaltatori ([art. 105, comma 14 del codice](#)).

Infatti, viene stabilito che il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli **stessi standard qualitativi e prestazionali** previsti nel contratto di appalto e **riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale**, inclusa l'applicazione dei **medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro**<sup>212</sup>, qualora le attività oggetto di subappalto:

- coincidano con quelle **caratterizzanti l'oggetto dell'appalto** ovvero
- riguardino le **lavorazioni relative alle categorie prevalenti** e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.

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.

Si ricorda in proposito che i **costi della sicurezza** e della **manodopera** sono riportati, nei documenti posti a base di gara dalla stazione appaltante<sup>213</sup> e che il concorrente ha 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<sup>214</sup>.

Sotto tale profilo, in giurisprudenza, è stato osservato che in gara il mero ricorso al subappalto non può essere invocato, di per sé, quale elemento di giustificazione dell'offerta anomala, traducendosi in un sostanziale trasferimento dell'anomalia sul subappaltatore, la cui offerta si sottrae peraltro al vaglio della Commissione di gara<sup>215</sup>.

---

contribuisce a una concorrenza rafforzata e quindi all'obiettivo perseguito dalle direttive adottate in materia di appalti pubblici la possibilità che un offerente sia in grado di limitare i propri costi in ragione dei prezzi che egli negozia con i subappaltatori.

<sup>212</sup> [Art. 105, comma 9 del codice](#).

<sup>213</sup> Art. 23, comma 16, del codice

<sup>214</sup> Art. 95, comma 10 del codice.

<sup>215</sup> Ciò in ragione del principio secondo cui «*il concorrente che intenda avvalersi del subappalto ha l'onere di rendere puntualmente edotta l'amministrazione dell'effettivo costo del personale fornitogli dal subappaltatore, al fine di consentirle un effettivo controllo della sostenibilità economica dell'offerta*» (cfr. [Cons. St., Sez. V, 8 marzo 2018, n. 1500](#) e [TAR FVG, Trieste, 12 ottobre 2020, n. 348](#)).

**FOCUS – Nota INL n. 1507/2021 e il trattamento economico e normativo**

*L'Ispettorato del lavoro, con nota 1507 del 6 ottobre 2021, ha fornito indicazioni operative al proprio personale ispettivo in merito alla modifica apportata, dal "Semplificazioni-bis"<sup>216</sup>, all'art. 105, comma 14, del codice in materia di subappalto nell'ambito dei lavori pubblici.*

*Nello specifico, l'art. 49, comma 1, lett. b) punto 2 del "Semplificazioni-bis" ha sostituito come segue il primo periodo del citato comma 14: "Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. [...]".*

*La suddetta disposizione ha introdotto una misura di garanzia per i lavoratori dipendenti del subappaltatore, qualora sussista una delle seguenti condizioni: le attività subappaltate devono essere ricomprese nell'oggetto dell'appalto, secondo quanto previsto nel capitolato, e non essere marginali o meramente accessorie rispetto all'opera (o al servizio) complessivamente appaltato, oppure devono rientrare nella categoria prevalente<sup>217</sup>, in tal caso, devono essere incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.*

*Tale norma prevede che, ricorrendo una delle suddette condizioni, i lavoratori del subappaltatore abbiano diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe riconosciuto l'appaltatore/subappaltante al proprio personale impiegato, in ragione del CCNL da questo applicato.*

*Il CCNL di riferimento, applicato dal contraente principale, va identificato considerando il disposto dell'art. 30, comma 4, del codice in tema di principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni, secondo cui "Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di*

<sup>216</sup> [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#).

<sup>217</sup> L'art. 3 comma 1 lett. oo-bis) del codice definisce prevalente «la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara».

*applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente”.*

*In proposito, l'INL ricorda che il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con la nota n. 14775 del 26 luglio 2016, ha sottolineato come tale selezione del CCNL vada fatta, in ogni caso, in relazione all'oggetto del contratto di appalto e non alle tipologie di attività esercitate eventualmente dall'operatore economico<sup>218</sup>.*

*Individuato il CCNL di riferimento, applicato dal contraente principale nei termini sopra illustrati, è necessario, quindi, verificare il ricorrere delle condizioni previste dal nuovo comma 14 dell'art. 105, sopra citato. In tal caso, il subappaltatore ha l'obbligo di “riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale” in relazione alle medesime attività lavorative.*

*Per quanto sopra esposto, nei casi in cui gli ispettori del lavoro riscontrino, in riferimento ai singoli istituti retributivi o normativi (es. ferie, permessi, orario di lavoro, disciplina delle tipologie contrattuali), condizioni inferiori rispetto a quelle previste dal CCNL applicato dall'appaltatore, potranno provvedere ad adeguare, adottando un provvedimento di disposizione ex art. 14 del d.lgs. n. 124/2004<sup>219</sup>, il trattamento da corrispondere ai lavoratori interessati per tutto il periodo di impiego nell'esecuzione del subappalto.*

*L'adeguamento del trattamento retributivo comporta, ovviamente, una rideterminazione dell'imponibile ai fini contributivi, dando luogo ai conseguenti recuperi.*

*L'INL ricorda, infine, che i differenziali retributivi e contributivi sono oggetto di responsabilità solidale (espressamente richiamata dal comma 8 dello stesso art. 105 del codice).*

<sup>218</sup> Cfr. [Cons. Stato sent. n. 1406/2020](#) e sent. n. [5574/2019](#).

<sup>219</sup> Il testo vigente prevede: “Disposizioni del personale ispettivo: 1. Il personale ispettivo dell'Ispettorato nazionale del lavoro può adottare nei confronti del datore di lavoro un provvedimento di disposizione, immediatamente esecutivo, in tutti i casi in cui le irregolarità rilevate in materia di lavoro e legislazione sociale non siano già soggette a sanzioni penali o amministrative. 2. Contro la disposizione di cui al comma 1 è ammesso ricorso, entro quindici giorni, al direttore dell'Ispettorato territoriale del lavoro, il quale decide entro i successivi quindici giorni. Decorso inutilmente il termine previsto per la decisione il ricorso si intende respinto. Il ricorso non sospende l'esecutività della disposizione. 3. La mancata ottemperanza alla disposizione di cui al comma 1 comporta l'applicazione della sanzione amministrativa da 500 euro a 3.000 euro. Non trova applicazione la diffida di cui all'articolo 13, comma 2, del presente decreto”.



### a. Inquadramento giuridico dell'obbligo di pagamento diretto

Il Codice dei contratti stabilisce i casi in cui le stazioni appaltanti **corrispondono direttamente l'importo dovuto** al subappaltatore<sup>220</sup>, al cottimista, al prestatore di servizi e al fornitore di beni o lavori<sup>221</sup>.

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<sup>222</sup>.

Il pagamento diretto costituisce **una delegazione di pagamento ex lege, che non ingenera alcun obbligo della stazione appaltante nei confronti dei subappaltatori**: l'amministrazione pagando i subappaltatori estingue la propria obbligazione nei confronti dell'appaltatore e, in virtù della delegazione, estingue anche l'obbligazione dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore.

Come già precisato, **i rapporti giuridici restano comunque distinti e autonomi**: il contratto principale, stipulato tra la stazione appaltante e l'appaltatore, nonché quello di subappalto tra l'appaltatore e il subappaltatore<sup>223</sup>. Infatti, anche in caso di pagamento diretto, **non si crea tra la stazione appaltante ed il subappaltatore alcun rapporto diretto di debito/credito**: il subappalto mantiene comunque un elevato grado di autonomia rispetto al contratto di appalto<sup>224</sup>.

<sup>220</sup> Con riferimento al subappalto, il codice rispetta in tal modo lo specifico criterio definito nella legge 11/2016, che imponeva di configurare normativamente *"l'obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore o anche su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, per i servizi, le forniture o i lavori forniti"*.

<sup>221</sup> [Art. 105, comma 13 del codice.](#)

<sup>222</sup> Con il codice dei contratti 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...»*.

<sup>223</sup> Cfr. Suprema Corte Cassazione con la sentenza n. 18893 dell'11 settembre 2020, secondo cui il carattere derivato del subappalto non può determinare l'automatica estensione dei patti e delle condizioni dell'appalto al secondo contratto, il quale resta strutturalmente distinto dal negozio principale. Non sussiste alcun rapporto diretto tra committente e subappaltatore (legato da vincolo negoziale solamente con l'appaltatore), e sotto tale profilo il consenso, espresso dal committente all'esecuzione, in tutto o in parte, delle opere in subappalto, è finalizzato *«soltanto a rendere legittimo, ex art. 1656 cod. civ., il ricorso dell'appaltatore a tale modalità di esecuzione della propria prestazione»*.

<sup>224</sup> Cfr., ex multis, Cass. civ., Sez. II, n. 22344/2009 e [deliberazione AVCP n. 157/2004](#).



Tuttavia, occorre evidenziare che a seguito della revisione dell'art. 105 ad opera del decreto "Semplificazioni-bis"<sup>225</sup>, **il subappaltatore è responsabile in solido, a far data dal 1° novembre 2021, con il contraente principale, nei confronti della stazione appaltante** in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto; conseguentemente, l'Amministrazione potrà agire in via diretta anche nei confronti del subappaltatore, per far valere eventuali vizi e difformità a lui addebitabili.

Da notare che, nel testo del nuovo codice, non è più presente **la disciplina del d.lgs. 163/2006** (articolo 118, comma 3), **che prevedeva l'obbligo degli affidatari di trasmettere copia delle fatture quietanzate** relative ai pagamenti corrisposti al subappaltatore o cottimista.

*b. I casi di pagamento diretto*

Il codice estende le ipotesi di pagamento diretto.

In particolare, si prevedono **tre casi in cui la stazione appaltante è obbligata al pagamento diretto** al "subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori" (cfr. fig. 5) ossia:

- a) quando il subappaltatore e cottimista è una microimpresa o piccola impresa;
- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;
- c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

**Figura 5 – Imprese con pagamento diretto**

Caratteristiche sub-contraente				Fattispecie pagamento diretto		
Tipologia	Occupati	Alternativamente		Subappaltatore o cottimista	Inadempimento	Richiesta subappaltatore (cfr. natura contratto)
		Fatturato annuo (mln euro)	Bilancio annuo (mln euro)			
Micro impresa	<10	≤2	≤2	SI	SI	SI
Piccola impresa	<50	≤10	≤10	SI	SI	SI
Media impresa	<250	≤50	≤43		SI	SI
Altro	-	-	-		SI	SI

Fonte: ANCE

<sup>225</sup> [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#).

Per quanto riguarda il primo caso, previsto **nella lettera a)**, 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<sup>226</sup>.

Il **secondo caso di cui alla lettera b)** rimane di difficile applicazione, poiché **mancono specifiche indicazioni circa l'eventuale natura dell'inadempimento e sulla necessità di un suo definitivo accertamento**<sup>227</sup>. Nella norma non viene, altresì, individuato il soggetto che dovrà accertare il ricorrere dei presupposti di legge.

Ai fini dell'accertamento di cui alla lettera b), si potrebbe quindi ipotizzare, qualora ricorra la circostanza in esame, che l'amministrazione interessata – verosimilmente nella persona del RUP - proceda ad una **formale contestazione dell'addebito all'appaltatore**, assegnando allo stesso **un termine adeguato a fornire i chiarimenti** necessari a giustificare l'omesso tempestivo pagamento.

Spetterà, poi, **all'appaltatore dimostrare al RUP l'illegittimità della richiesta** del subappaltatore. Solo **nel caso in cui siano valutate negativamente le giustificazioni** addotte in merito all'omesso tempestivo adempimento di tale obbligo contrattuale, **la stazione appaltante potrà disporre l'ammissione del soggetto al pagamento diretto**<sup>228</sup>.

Sotto un profilo meramente interpretativo, le maggiori perplessità derivano dalla **terza ipotesi di pagamento diretto ossia quella sub c)**, che si sviluppa quando vi è la richiesta del subappaltatore. In tal caso, il codice prevede un'unica condizione, ossia, la natura del contratto, che deve consentirlo.

In mancanza di un chiarimento sulla natura del contratto, si ritiene che anche quest'ultima fattispecie debba essere giudicata dal RUP, caso per caso.

Infine, nel codice è fatta salva la facoltà per le **regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e Bolzano di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto** dei subappaltatori<sup>229</sup>.

<sup>226</sup> La definizione è presente all'art. 3, comma 1, let. aa) del codice. Da notare che il pagamento diretto dei subappaltatori – qualificabili come microimpresa o piccola impresa - era già stato reso obbligatorio, in caso 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”.

<sup>227</sup> A tale proposito, si ricorda che le vicende relative alla fase esecutiva del rapporto contrattuale sono riservate alla cognizione del Giudice Ordinario, mentre sono rientranti nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo quelle che afferiscono al tratto procedimentale ‘pubblicistico’ dell'appalto.

<sup>228</sup> Anche nel [Comunicato del Presidente ANAC del 25 novembre 2020](#) non viene affrontata la problematica.

<sup>229</sup> [Art. 105, comma 21 del codice.](#)

### c. *Congruità della manodopera*

Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare, la stazione appaltante acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva o DURC (on line) relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori prima di procedere al pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto<sup>230</sup>.

Il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità dell'incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato<sup>231</sup>.

A tale proposito, il 1° novembre 2021 è entrato in vigore il sistema di verifica congruità della manodopera impiegata nella realizzazione dei lavori edili, come definito dal Decreto Ministeriale n. 143 del 25 giugno 2021, che recepisce quanto previsto dall'Accordo collettivo del 10.09.2020 e della relativa tabella recante gli indici di congruità.

Tale decreto, in fase di prima applicazione dell'articolo 8, comma 10-bis,<sup>232</sup> del D.L. n. 76/2020, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 120/2020, ha introdotto le seguenti disposizioni<sup>233</sup>:

- la verifica di congruità si applica ai lavori edili per i quali verrà effettuata la denuncia di inizio attività alla Cassa Edile/Edilcassa territorialmente competente **dal 1° novembre 2021**;
- è riferita all'incidenza della manodopera relativa allo **specifico intervento realizzato nel settore edile, nei lavori pubblici e nei lavori privati** (il cui valore risulti complessivamente pari o superiore a 70.000 euro), eseguiti da parte di imprese

<sup>230</sup> Vedi anche capitolo "[Regolarità nelle retribuzioni e dei contributi](#)".

<sup>231</sup> Art. 105, comma 16 del codice che prosegue: "*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*".

<sup>232</sup> Vedi anche capitolo "[Regolarità nelle retribuzioni e dei contributi](#)".

<sup>233</sup> Al documento unico di regolarità contributiva è aggiunto quello relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera relativa allo specifico intervento, secondo le modalità indicate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

<sup>233</sup> Visto il [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#), recante "*Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative*", e in particolare l'articolo 49, comma 3, lett. b), il quale stabilisce che le amministrazioni competenti adottano il documento relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera, di cui all'articolo 105, comma 16, del codice, d.lgs. n. 50 del 2016.

- affidatarie, in appalto o in subappalto, ovvero da lavoratori autonomi coinvolti a qualsiasi titolo nella loro esecuzione;
- per la verifica della congruità si tiene conto delle informazioni dichiarate dall'impresa principale alla Cassa Edile/Edilcassa territorialmente competente, con riferimento al **valore complessivo dell'opera**, al **valore dei lavori edili** previsti per la realizzazione della stessa, alla **committenza**, nonché alle eventuali **imprese subappaltatrici e subaffidatarie**;
  - per i lavori pubblici, la congruità dell'incidenza della manodopera sull'opera complessiva è richiesta dal committente o dall'impresa affidataria in occasione della presentazione dell'ultimo SAL da parte dell'impresa, prima di procedere al saldo finale dei lavori;
  - in caso di esito negativo della verifica di congruità, l'impresa affidataria, chiamata a versare alla cassa edile entro 15 giorni, l'importo corrispondente alla differenza di costo del lavoro necessaria per raggiungere la percentuale stabilita per la congruità, verrà iscritta in BNI (banca nazionale delle imprese irregolari);
  - l'esito negativo della verifica di congruità **referita alla singola opera**, pubblica o privata, incide, dalla data di emissione, sulle successive verifiche di regolarità contributiva **finalizzate al rilascio per l'impresa affidataria del DURC online**.

#### d. *L'esecuzione del pagamento del subappaltatore*

Ai sensi dell'articolo 113-*bis* del codice, la stazione **appaltante procede al pagamento** del corrispettivo in favore dell'appaltatore all'esito del completamento dell'iter procedurale di verifica dell'avanzamento dei lavori oggetto dell'appalto<sup>234</sup>.

Nel contratto di subappalto o nel sub-contratto **può essere previsto che l'appaltatore proceda al pagamento** delle spettanze dovute al subappaltatore/fornitore **dietro presentazione di fattura**, anche a prescindere dall'adozione del SAL da parte della stazione appaltante.

In caso di pagamento diretto, invece, sono ipotizzabili i seguenti passaggi procedurali:

- a) il Direttore dei lavori emette il SAL;
- b) l'appaltatore comunica alla stazione appaltante l'importo delle prestazioni eseguite dal subappaltatore;
- c) il RUP emette il **certificato di pagamento** corrispondente al SAL e comunica alla tesoreria l'emissione di tanti mandati di pagamento quante sono le imprese subappaltatrici a cui deve essere corrisposto il pagamento diretto;

<sup>234</sup> [Comunicato del Presidente ANAC del 25 novembre 2020](#), contenente "Indicazioni in merito all'articolo 105, comma 13, lettera a) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 in materia di pagamento diretto al subappaltatore che rivesta la qualifica di micro o piccola impresa".

- d) la tesoreria della stazione appaltante emette **il mandato di pagamento a favore dell'appaltatore e quelli a favore dei subappaltatori.**

Il pagamento del o dei subappaltatori avviene ovviamente sul conto corrente dedicato ai sensi dell'art. 3 della legge n. 136/2010, secondo quanto quantificato dallo stesso appaltatore.

Infatti, neppure a seguito di attivazione del pagamento diretto sorge un rapporto obbligatorio tra subappaltatore e stazione appaltante, perché il vincolo giuridico di quest'ultima permane esclusivamente con l'appaltatore.

Conseguentemente, la stessa stazione appaltante non può che **fare riferimento alla quantificazione dei lavori del subappaltatore fatta dall'affidatario** e quindi agli importi da erogare al subcontraente comunicati dall'affidatario, senza che, sostanzialmente, sia necessario interpellare anche il subappaltatore.

#### *e. Rinuncia al pagamento diretto*

L'ANAC<sup>235</sup>, al fine di favorire la corretta ed omogenea applicazione delle disposizioni che regolano il subappalto, ha chiarito la **derogabilità contrattuale dell'obbligo di pagamento diretto** da parte delle stazioni appaltanti alle micro o piccole imprese.

Secondo la stessa Autorità, ciò emerge dall'[art. 105, comma 13, lettera a\) del codice](#), che prevede l'obbligo, a carico delle stazioni appaltanti, di provvedere al pagamento diretto nei confronti del subappaltatore, cottimista, fornitore o prestatore di servizi che rivesta la qualifica di micro o piccola impresa.

Tale disposizione, osserva L'ANAC, se da un lato sottrae le micro e piccole imprese dal rischio di insolvenza dell'appaltatore, dall'altro le espone ai ritardi della stazione appaltante nell'emissione dei SAL e nell'esecuzione dei pagamenti, compromettendo, di fatto, l'efficacia del meccanismo di tutela approntato dal legislatore.

Coerentemente, deve ritenersi che se alle stazioni appaltanti, soggette ad obbligo di natura vincolante, è preclusa la possibilità di determinarsi in senso contrario, di contro, **alle piccole e medie imprese, titolari di un diritto potestativo, è permesso rinunciare liberamente al beneficio**, in quanto previsto nel loro esclusivo interesse (fatto salvo il ripristino del pagamento diretto a cura della stazione appaltante nel caso di inadempimento dell'appaltatore).

<sup>235</sup> Cfr. [Comunicato del Presidente ANAC del 25 novembre 2020](#) cit.

Detta rinuncia, precisa l'ANAC, deve essere manifestata per iscritto e subordinata alla preventiva accettazione da parte della stazione appaltante oppure essere espressa nell'ambito di una specifica clausola inserita nel contratto di subappalto.

## 5. La tracciabilità dei flussi del subappaltatore

Ai sensi dell'art. 3, comma 1 della legge n. 136/2010, **la tracciabilità dei flussi finanziari trova applicazione**, tra l'altro, anche ai **pagamenti derivanti da contratti di subappalto**, subfornitura e subcontratti.

A tale proposito, l'ANAC<sup>236</sup> ha chiarito la sussistenza dei seguenti obblighi:

- a) l'inserimento nel subcontratto delle clausole che regolano la tracciabilità (richiamando anche l'obbligo di inserimento delle stesse negli ulteriori eventuali subcontratti);
- b) la comunicazione, da parte del subcontraente, del/dei conti correnti dedicati e dei soggetti delegati che operano sugli stessi;
- c) il pagamento, da parte dell'appaltatore, dei corrispettivi attraverso i conti correnti dedicati e mediante il codice CIG dell'appalto principale;
- d) la comunicazione dell'appaltatore alla stazione appaltante dei contratti stessi, anche per estratto<sup>237</sup>.

Si riportano di seguito schemi di clausole che l'ANAC ha elaborato al fine di regolare la tracciabilità nei subappalti e nei sub-contratti:

1. Schema della clausola da inserire nel **contratto tra stazione appaltante ed appaltatore** ai sensi della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche:

Art. (...) (Obblighi dell'appaltatore relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari)

- a. *L' appaltatore (...) assume tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche.*
- b. *L' appaltatore si impegna a dare immediata comunicazione alla stazione appaltante ed alla prefettura-ufficio territoriale del Governo della provincia di*

<sup>236</sup> Vedi [FAQ ANAC n. A15](#): "Con quali modalità si attua la disciplina della tracciabilità finanziaria nei subappalti e nei subcontratti?".

<sup>237</sup> Vedi par. 7 della [Determinazione ANAC n. 4/2011 aggiornata con delibera n. 556/2017](#), concernente le Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136.

*(...) della notizia dell'inadempimento della propria controparte (subappaltatore/subcontraente) agli obblighi di tracciabilità finanziaria.*

2. Schema della clausola da inserire nel **contratto tra appaltatore e subappaltatore/subcontraente** ai sensi della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche:

Art. (...) (Obblighi del subappaltatore/subcontraente relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari)

- a. *L'impresa (...), in qualità di subappaltatore/subcontraente dell'impresa (...) nell'ambito del contratto sottoscritto con l'Ente (...), identificato con il CIG n. (...)/CUP n. (...), assume tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche.*
- b. *L'impresa (...), in qualità di subappaltatore/subcontraente dell'impresa (...), si impegna a dare immediata comunicazione all'Ente (...) della notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria.*
- c. *L'impresa (...), in qualità di subappaltatore/subcontraente dell'impresa (...), si impegna ad inviare copia del presente contratto all'Ente (...).*

L'appaltatore, il subappaltatore o il subcontraente che ha notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria, provvede a darne immediata comunicazione alla stazione appaltante e alla prefettura-ufficio territoriale del Governo della provincia ove ha sede la stazione appaltante o l'amministrazione concedente.

#### **FOCUS – La tracciabilità nei subappalti del sisma**

*In data 9 marzo 2021, il Commissario straordinario per la ricostruzione del sisma del 2016, ha espresso parere in merito alla corretta applicazione della disciplina dettata dall'art. 30, comma 13 del decreto legge 189/2016, in materia di tracciabilità dei flussi finanziari.*

*I dubbi applicativi vertono in particolare sull'ammissibilità di pagamenti tramite lo strumento della ricevuta bancaria (RI.BA.); sulla definizione del concetto di filiera, nonché sull'obbligatorietà di apertura del conto corrente da parte di subappaltatori e subcontraenti della filiera.*

*A tale proposito, il parere richiama anche agli interventi dell'ANAC in materia di tracciabilità di flussi finanziari, al fine di risolvere gli aspetti applicativi disciplinati sia dalla normativa speciale (artt. 30<sup>238</sup> e 31, decreto legge n. 189/2016; legge 13 agosto 2010, n.136 e ss.mm.ii.), che dalla norma secondaria (ordinanza n. 19 del 2017) insieme con le ulteriori indicazioni risolutive e puntuali rinvenibili in altri atti interpretativi (delibere o linee guida ANAC, convenzioni o vademecum della Struttura commissariale, etc.). Sono altresì citati gli ulteriori obblighi di cui al secondo comma dell'art. 6 della legge n. 136/2010, a cui fa espresso rinvio il decreto Sisma<sup>239</sup>.*

*Dunque, tenuto conto che l'appaltatore assume tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari, ai sensi della L. n. 136/2010 e secondo le precitate previsioni del decreto legge Sisma, al quesito è stato dato riscontro positivo nella misura in cui è doveroso utilizzare e fornire ogni mezzo idoneo a consentire l'attività di monitoraggio sui flussi finanziari collegati al sisma.*

*Pertanto tutti gli operatori economici coinvolti a qualunque titolo nei processi di ricostruzione, pubblica e privata, riconducibili alle attività del Sisma Centro Italia, sono sottoposti agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari previsti dalla normativa primaria vigente, nonché dalle Delibere e Determinazioni adottate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, recanti linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari, ai sensi dell'art. 3 della Legge 13 agosto 2010, n. 136.*

<sup>238</sup> L'art. 30, comma 13 del decreto legge 189/2016 recita che: «Ai contratti, subappalti e subcontratti relativi agli interventi di ricostruzione, pubblica e privata, si applicano le disposizioni in materia di tracciamento dei pagamenti di cui agli articoli 3 e 6 della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modificazioni»; il successivo art. 31, primo comma, stabilisce ulteriormente che: «nei contratti per le opere di ricostruzione stipulati tra privati è sempre obbligatorio l'inserimento della clausola di tracciabilità finanziaria, che deve essere debitamente accettata ai sensi dell'art. 1341, comma 2, cod. civile. Con detta clausola l'appaltatore assume gli obblighi di cui alla Legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modificazioni, nonché quello di dare immediata comunicazione alla Struttura di cui all'art. 30 dell'eventuale inottemperanza dei propri subappaltatori o subaffidatari agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari», con l'ulteriore precisazione, al terzo comma, che «nel caso in cui sia accertato l'inadempimento ad uno degli ulteriori obblighi di cui all'articolo 6, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136, è disposta la revoca parziale del contributo, in misura corrispondente all'importo della transazione effettuata».

<sup>239</sup> Nella norma si legge appunto che «le transazioni relative ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui all'articolo 3, comma 1, effettuate su un conto corrente non dedicato ovvero senza impiegare lo strumento del bonifico bancario o postale o altri strumenti di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni comportano, a carico del soggetto inadempiente, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria dal 2 al 10 per cento del valore della transazione stessa. La medesima sanzione si applica anche nel caso in cui nel bonifico bancario o postale, ovvero in altri strumenti di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni, venga omessa l'indicazione del CUP o del CIG di cui all'articolo 3, comma 5».



*A tale proposito, la convenzione ABI-CDP<sup>240</sup> prevede che il beneficiario del contributo debba aprire un conto corrente, ovvero impiegarne uno già in proprio possesso presso un istituto di credito aderente al consorzio CBI, che sia in ogni caso dedicato in via esclusiva ai movimenti collegati alla ricostruzione sul quale fare convergere le risorse finanziarie autorizzate dal Commissario per il pagamento dei soggetti (destinatari dei pagamenti) che operano su incarico del beneficiario per l'intervento edilizio.*

*Pertanto, in riscontro al quesito posto, il parere conclude che si rinvergono sufficienti elementi chiari e univoci rispetto alla possibilità di utilizzare qualsiasi strumento di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni, seguendo le indicazioni contenute nella richiamata linea guida dell'ANAC.*

## 6. D.G.U.E.

L'articolo 52 del decreto "Semplificazioni-bis"<sup>241</sup> ha sospeso, fino al 31 dicembre 2023, l'onere per i concorrenti di indicare nelle loro offerte una terna di subappaltatori per gli appalti di valore pari o superiore alle soglie UE, e per gli appalti che, pur essendo di valore inferiore alle soglie UE, riguardino specifiche attività particolarmente esposte al rischio d'infiltrazione mafiosa<sup>242</sup>.

Tale sospensione ha eliminato gli adempimenti posti a carico del concorrente laddove volesse o dovesse ricorrere al subappalto, nonché tutte le problematiche connesse alla loro sostituzione in gara.

Tuttavia, l'effetto più immediato di tale sospensione è che il concorrente per questi soggetti non è più tenuto a presentare in gara né il DGUE<sup>243</sup>, né il passOE.

<sup>240</sup> Il riferimento è la convenzione ABI-CDP "Plafond sisma centro Italia 2016" reperibile al seguente link: <https://sisma2016.gov.it/2016/12/16/pubblicati-gli-atti-necessari-ai-fini-della-concessione-dei-finanziamenti-ammortizzati-attribuito-il-mechanismo-del-credito-di-imposta/> e le disposizioni ivi prescritte.

Occorre, tuttavia, per completezza, aggiungere che, sulla stessa materia, valgono le istruzioni e il vademecum operativo della Struttura commissariale cui si rinvia ai fini pratici (link <https://assistenza.sisma2016.gov.it/knowledgebase.php?article=57>).

<sup>241</sup> [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#).

<sup>242</sup> Il definitivo superamento di tale indicazione potrebbe arrivare con l'approvazione dell'art. 8 del disegno di legge "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2019-2020" (cfr. [AS 2169](#)).

<sup>243</sup> Infatti, era nelle ipotesi di cui al sopracitato comma 6 concernente l'obbligo di indicare una terna di subappaltatori, che i subappaltatori proposti compilavano il proprio DGUE, fornendo le indicazioni necessarie alla verifica dei propri requisiti.

**L'appaltatore si limita quindi a chiarire nella parte II del DGUE, concernente le "Informazioni sull'operatore economico" (campo "D"), che intende subappaltare parte del contratto a terzi, elencando le prestazioni o lavorazioni che intende subappaltare.**

Per quanto riguarda il Documento di gara unico europeo<sup>244</sup>, resta fermo che il subappaltatore può comunque utilizzarlo in sede di autorizzazione, quindi nella fase successiva alla gara, per la dimostrazione del possesso dei requisiti necessari all'affidamento<sup>245</sup>.

## 7. Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici

Con la revisione dell'art. 29 del Codice ad opera del decreto "semplificazioni -bis"<sup>246</sup>, **viene soppressa la (mai avviata) Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti - denominata Banca dati nazionale degli operatori economici – le cui funzioni sono state formalmente conferite alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici (BDNCP) dell'ANAC<sup>247</sup>.**

Tale Banca dati diverrà **uno strumento indispensabile per l'ammissione degli operatori economici alle gare** (e per la permanenza degli stessi nei mercati elettronici), rendendo possibile la verifica on-line dei requisiti di partecipazione (anche mediante interoperabilità fra sistemi) **e per l'acquisizione della documentazione comprovante il**

<sup>244</sup> Con le [Linee guida n. 3 del 18 luglio 2016 dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti](#) sono state elaborate alcune indicazioni utili alla compilazione del modello di formulario di Documento di Gara unico Europeo (DGUE), approvato dal Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016.

<sup>245</sup> In quest'ultimo caso, il subappaltatore compila: *a)* la Parte II del DGUE, riportanti le informazioni sull'operatore economico; *b)* la Parte III, relativa al possesso dei requisiti generali/assenza di motivi di esclusione; *c)* la Parte IV, concernente la qualificazione/criteri di selezione (nel modello di DGUE, è riportata la locuzione "ove pertinente") se previsto dal bando, dall'avviso o dai documenti di gara; *d)* la Parte VI, riportante le dichiarazioni finali ossia la firma del dichiarante.

Nelle stesse Linee Guida per la compilazione del DGUE, è altresì chiarito che in caso di obbligatoria indicazione della terna, resta fermo l'onere delle stazioni appaltanti di verificare il permanere dei requisiti in capo alle imprese subappaltatrici nelle successive fasi della procedura, compresa la fase di esecuzione del contratto. Pertanto, l'indicazione preventiva del nominativo era comunque prevista per i soli subappaltatori appartenenti alla terna, sebbene la nota n. 37 dello stesso DGUE, rimanda alla parte II lettera "c" dello stesso documento.

<sup>246</sup> [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#).

<sup>247</sup> Art. 81, comma 1 del codice.

**possesso dei requisiti** di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario **del subappaltatore**<sup>248</sup>.

Nelle more dell'avvio della stessa BDNCP, rimane operativo il sistema AVCpass (*medio tempore*, ancora applicabile) che, come evidenziato dall'ANAC nelle "FAQ AVCpass", permette alle stazioni appaltanti e agli enti aggiudicatori l'acquisizione "in gara" dei documenti a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici (F.A.Q. n. 1).

Ne consegue che, nelle more dell'implementazione delle funzioni dell'attuale BDNCP, la verifica, da parte della stazione appaltante, sull'idoneità dei subappaltatori non beneficia, al momento, di uno specifico supporto informatico predisposto dall'ANAC<sup>249</sup>.

#### **FOCUS – La riforma informatica e il futuro dell'AVCpass**

*Il decreto "Semplificazioni bis", D.L. n. 77/2021, interviene sulla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici o BDNCP dell'ANAC, trasformandola per le SA nell'unica piattaforma su cui inserire – attraverso l'interconnessione con le piattaforme digitali utilizzate - dati e atti sottoposti ad obbligo di pubblicazione, quale punto di riferimento per la trasparenza nei contratti pubblici.*

*Rispetto alla inattuata BDNOE del MIT, la BDNCP: a) contiene i requisiti individuati dalla stessa ANAC; b) prevede per partecipare alle singole gare un **fascicolo virtuale dell'OE**, contenente certificati, attestazioni SOA e (ndr. servizi e forniture) criteri di selezione che lo*

<sup>248</sup> La disposizione è stata introdotta in sede di conversione del decreto "Semplificazioni-bis" di cui alla nota 245.

<sup>249</sup> L'attuale AVCpass, essendo un sistema informatico nato per velocizzare le verifiche sui concorrenti in gara, non consente alla stazione appaltante il riscontro, in fase esecutiva, dei requisiti dei subappaltatori da autorizzare. In vigenza della terna dei subappaltatori, invece, era nato il problema di come utilizzare l'AVCpass per verificare i subappaltatori in gara. Infatti, tale sistema informatico, basato sul previgente d.lgs. 163/2006 (ove la terna di subappaltatori non era prevista), non ha mai elencato i subappaltatori tra i soggetti che possono essere verificati. Per tale motivo, su indicazione dell'ANAC, il subappaltatore indicato doveva generare (attraverso l'AVCpass) un proprio PassOE (parziale), classificandosi come "Mandante in RTI", e, a sua volta, il concorrente - che lo aveva indicato - generava il PassOE (complessivo e finale da inserire nella busta contenente la documentazione amministrativa), con il ruolo di "Mandatario in RTI" (F.A.Q. n. 16). Attraverso questa *functio*, la stazione appaltante, successivamente all'apertura delle buste, a conclusione delle operazioni di gara e nel corso del sub-procedimento di verifica, poteva riscontrare il ruolo dei singoli soggetti e, accedendo al sistema AVCpass, accertare sia i requisiti del concorrente sia quelli dei subappaltatori appartenenti alla terna.

stesso carica (come l'attuale AVCpass); c) offre a OE e SA in tempo reale i certificati attestanti i requisiti generali.

A tale proposito, vengono confermati alcuni concetti già presenti nel "fascicolo virtuale" dell'AVCpass, tra cui, la possibilità di utilizzare i certificati raccolti per più gare, e la costituzione di un "contenitore" informatico unico ove raccogliere le informazioni di cui l'amministrazione necessita per accertarsi dei requisiti del concorrente (art. 81, comma 4 del Codice).

L'obiettivo sembrerebbe quello di far cooperare, per l'implementazione di tale fascicolo, le amministrazioni responsabili e gli operatori economici interessati per rendere disponibili le informazioni («in tempo reale» e «in formato digitale»).

Viene infine previsto che l'ANAC possa predisporre elenchi di operatori economici già accertati e le modalità per l'utilizzo degli accertamenti per gare diverse, fino alla data di entrata in vigore del provvedimento che stabilirà per quali requisiti è obbligatoria la verifica attraverso la BDNCP, nonché i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati (art. 81, comma 4-bis del Codice).

## PARTE TERZA – Esecuzione subappalto

### 1. Responsabilità solidale dell'appaltatore

La responsabilità solidale rappresenta la **coobbligazione di due o più soggetti rispetto alla medesima prestazione**.

Ai sensi dell'art. 1292 del codice civile «l'obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri; oppure quando tra più creditori ciascuno ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori».



Dopo aver **pagato l'intero debito, il coobbligato può rivalersi verso gli altri**, esercitando l'azione di regresso e quindi ripetendo da ciascuno solo la parte per cui è obbligato.

La responsabilità solidale, che **mira a rafforzare la posizione del creditore**, svolge un ruolo importante negli appalti pubblici, alla luce delle modifiche introdotte nel testo del codice dal decreto "Semplificazioni-bis".<sup>250</sup>

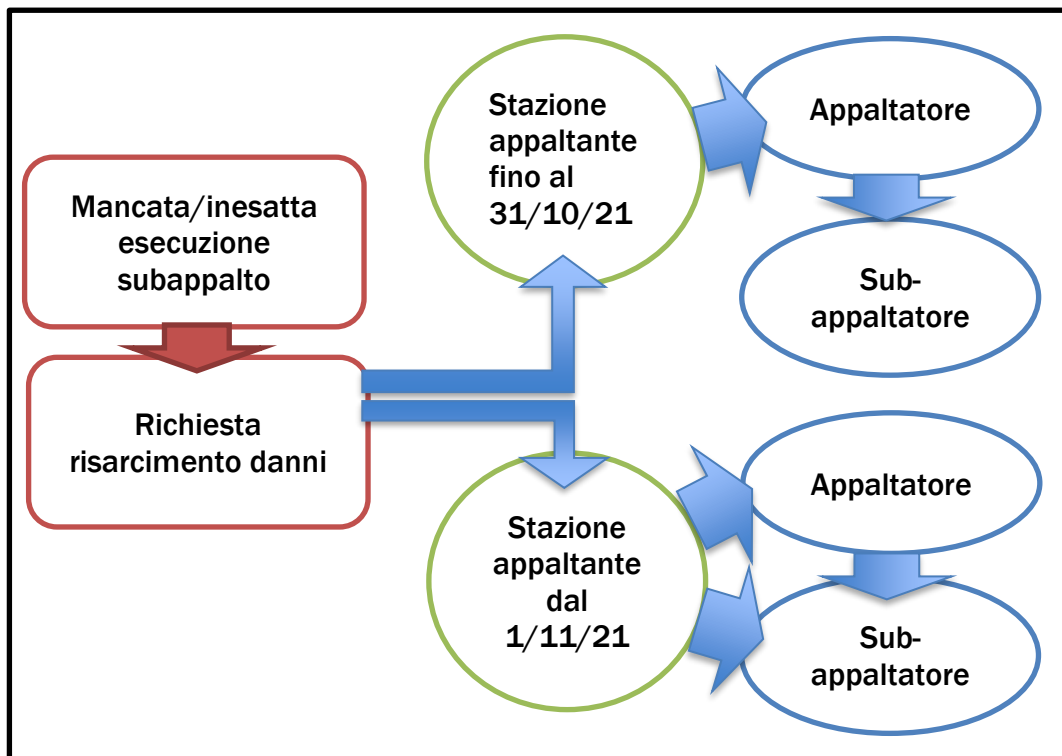
In particolare, ai sensi dell'[art. 105, comma 8 del codice](#), come riformulato, si prevede:

- **fino al 31 ottobre 2021, la responsabilità in via esclusiva del contraente principale nei confronti della stazione appaltante**, conseguentemente l'Amministrazione può agire solo nei confronti dell'appaltatore, anche per far valere eventuali vizi e difformità addebitabili al subappaltatore;
- **a partire dal 1° novembre 2021, la responsabilità in solido**, tra contraente principale e subappaltatore, nei confronti della stazione appaltante, **in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto**, conseguentemente l'Amministrazione potrà agire in via diretta anche nei confronti del subappaltatore,

<sup>250</sup> [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#).

per far valere eventuali vizi e difformità a lui addebitabili (cfr. fig. 6).

**Figura 6 – Responsabilità dei lavori subappaltati**



Rimane invece **immutato il secondo periodo** del comma 8, in ragione di cui l'aggiudicatario continua ad essere responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276<sup>251</sup>.

Al riguardo, si rileva che il regime decadenziale dei due anni, di cui al suddetto art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, trova applicazione esclusivamente all'azione esperita nei confronti del

<sup>251</sup> Con l'ordinanza n. 29407 del 15.11.2018, la Cassazione afferma che, in materia di appalti pubblici, non è applicabile alle PA il regime di responsabilità solidale previsto, dall'art. 29 del d.lgs. 276/2003, in caso di omesso versamento dei contributi dovuti dall'impresa in relazione ai lavoratori utilizzati nell'appalto. Il comma 2 di quest'ultimo articolo stabilisce che il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Il committente che ha eseguito il pagamento è tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d'imposta e può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato.

responsabile solidale da parte dal lavoratore e, pertanto, riguarda solo il soddisfacimento dei crediti retributivi<sup>252</sup>.

Non è, invece, applicabile all'azione promossa dagli Enti previdenziali per il soddisfacimento della pretesa contributiva, che resta soggetta alla sola prescrizione di cinque anni, di cui all'art. 3, co. 9 della L. n. 335/1995.

Ciò in quanto, secondo la consolidata giurisprudenza, il rapporto di lavoro e il rapporto previdenziale, seppur connessi, sono distinti tra loro. L'obbligazione contributiva in capo all'INPS deriva dalla legge, ha natura pubblicistica e risulta, pertanto, indisponibile.

Allo stesso modo, rimane immodificata la disposizione secondo cui il **pagamento diretto del subappaltatore**, previsto nelle sopra riportate lettere **a) e c)** di cui [al comma 13 dell'articolo 105 del codice](#) (ossia per MPMI e su richiesta del subappaltatore), **libera l'appaltatore dalla responsabilità solidale** "di cui al primo periodo" (vedi relativo focus).

**Non si verifica 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**. In tale ipotesi, l'appaltatore rimane quindi soggetto alla responsabilità solidale<sup>253</sup>.

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, sarebbe opportuno fossero oggetto di una indicazione specifica nel contratto di subappalto, ciò proprio al fine di evidenziare il rispetto da parte dell'appaltatore del divieto del loro ribasso<sup>254</sup>.

Lo stesso affidatario è, altresì, responsabile dell'osservanza da parte del subappaltatore del **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, nonché della **trasmissione**, tramite i subappaltatori e prima dell'inizio dei lavori, della documentazione attestante **l'avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa Edile, assicurativi e antinfortunistici**.

<sup>252</sup> Cfr. pronunce della Corte di Cassazione n. 22110 del 4/9/2019; n. 18004 del 4/7/2019; n. 13650 del 21/5/2019; n. 8662 del 28/03/2019.

<sup>253</sup> Per le concessioni, rimane immutato l'art. 174, comma 5, del codice, che stabilisce «*il concessionario resta responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. Il concessionario è obbligato solidalmente con il subappaltatore nei confronti dei dipendenti dell'impresa subappaltatrice, in relazione agli obblighi retributivi e contributivi previsti dalla legislazione vigente*».

<sup>254</sup> [Art. 105, comma 14 del codice](#).



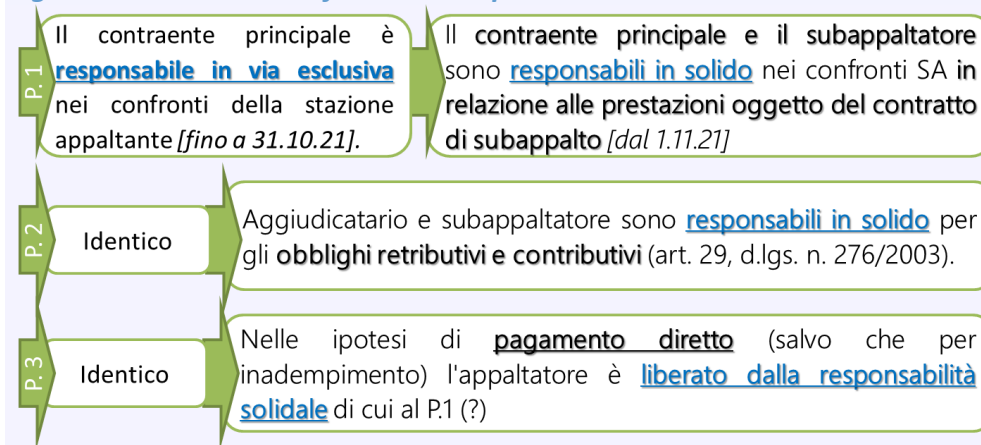
L'acquisizione del DOL (Durc On line) avviene invece d'ufficio ad opera della stazione appaltante e consente il pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto e del subappalto (previsioni queste già contenute nell'articolo 118 del vecchio codice e riportate rispettivamente ai commi 9 e 10 dell'articolo 105).

### FOCUS – Responsabilità solidale e pagamento diretto

All'art 105, comma 8, ultimo periodo, del codice, viene fatto rinvio al primo periodo dello stesso comma per chiarire quando, in caso di pagamento diretto del subappaltatore, viene meno la responsabilità solidale dell'appaltatore nei confronti della stazione appaltante.

Il rinvio del terzo periodo è stato sin ora interpretato in relazione agli obblighi retributivi e contributivi nei confronti del personale dipendente del subappaltatore, previsti al secondo periodo; considerato che al primo periodo il testo non riportava alcuna responsabilità solidale, ma si limitava a stabilire che il contraente principale fosse responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante (cfr. fig. 7).

#### Figura 7 – Schema modifiche alla responsabilità solidale



A conferma di ciò, la nota n. 62/2020 l'INL (Ispettorato Nazionale del Lavoro) ha chiarito, tra l'altro, che "la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'articolo 105".

Ciò posto, non è però chiaro se, dopo la suddetta riformulazione, sia ancora da ritenersi errato il riferimento, operato dall'ultima parte del **comma 8**, alla responsabilità di cui al primo periodo dell'articolo 105, posto che in quest'ultimo, ora, vi è un richiamo alla "responsabilità solidale".



*Infatti, il riferimento del terzo periodo potrebbe essere inteso nel senso che (ferma restando la responsabilità solidale dell'appaltatore nei confronti del personale del subappaltatore), nei casi di pagamento diretto, laddove non causato dall'inadempimento dell'appaltatore, potrebbe venir meno la responsabilità solidale di quest'ultimo nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni eseguite in subappalto.*

*A tale lettura, potrebbe però essere opposto che la stazione appaltante, in tal modo, verrebbe privata quantomeno delle garanzie (assicurative o bancarie) rilasciate a suo favore dall'appaltatore per il mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi e oneri previsti dal contratto di appalto.*

*Pertanto, stante la delicatezza del tema, l'ANCE si farà carico di sottoporre la questione agli interlocutori istituzionali di riferimento.*

## 2. Regolarità nelle retribuzioni e dei contributi

Ai fini del pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la stazione appaltante deve sempre acquisire (d'ufficio) il **documento unico di regolarità contributiva "on line"** (o DOL<sup>255</sup>), in corso di validità, e relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori<sup>256</sup>.

Infatti, nel caso di pagamento diretto, la stazione appaltante verifica nei confronti del subappaltatore l'esistenza degli stessi presupposti previsti a carico dell'appaltatore, tra cui la regolarità nel pagamento delle retribuzioni e dei contributi del personale previste a carico dell'appaltatore.

I subappaltatori sono, infatti, tenuti ad osservare integralmente, per i propri dipendenti, il **trattamento economico e normativo** (trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto (TFR), contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto) stabilito dai contratti collettivi (nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le

<sup>255</sup> Il DOL è documento unico di regolarità contributiva (on Line), che attesta l'adempimento, da parte dell'impresa, degli obblighi normativi e contrattuali nei confronti di INPS, INAIL e, per le imprese edili, Casse Edili. Il DOL è necessario negli appalti e subappalti di lavori pubblici per la verifica dei requisiti per la partecipazione alle gare, per l'aggiudicazione dell'appalto, per la stipula del contratto, per gli stati d'avanzamento lavori e per le liquidazioni finali. Lo stesso DOL, sempre nell'ambito degli appalti pubblici, è utilizzato per le attestazioni SOA.

<sup>256</sup> [Art. 105, comma 9 del codice](#), nel quale si specifica altresì che 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](#).

prestazioni) e dalle norme vigenti<sup>257</sup>, e l'appaltatore è a sua volta responsabile "in solido" per i medesimi adempimenti nei confronti dei dipendenti dei subappaltatori (cioè, ovviamente per le sole prestazioni rese nell'ambito del subappalto).

In caso di accertata **inadempienza del subappaltatore**, resta escluso l'appaltatore da qualsiasi sanzione civile, di cui risponde solo il responsabile dell'inadempienza (art. 29, comma 2 del d.lgs. 276/2003).

Nei limiti di quanto già approfondito, **la responsabilità solidale dell'affidatario viene meno nel caso di pagamento diretto al subappaltatore**, con eccezione del caso dell'inadempienza dell'appaltatore, in cui tale responsabilità permane<sup>258</sup>.

#### **FOCUS – Vincolo solidaristico per i dipendenti del sub fornitore**

*L'istituto della responsabilità solidale è applicabile anche ai crediti di lavoro dei dipendenti del subfornitore e, pertanto, il committente/appaltatore è obbligato in solido (anche) con il subfornitore, relativamente ai crediti lavorativi, contributivi e assicurativi dei dipendenti di questi, al pari quindi di quanto lo è verso i dipendenti del subappaltatore.*

*Con la Sentenza n. 254 del 6 dicembre 2017, la Corte Costituzionale, dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 29, comma 2, del D.Lgs n. 276/2003, ha ritenuto possibile operare l'estensione della responsabilità del committente/appaltatore ai crediti di lavoro dei dipendenti del subfornitore.*

*Ciò in quanto, l'introduzione della norma sulla responsabilità solidale - che vuole proprio evitare che i meccanismi di decentramento e di dissociazione fra la titolarità del contratto di lavoro e l'utilizzazione della prestazione vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale –non giustifica una esclusione della garanzia nei confronti dei dipendenti del subfornitore, atteso che la tutela del soggetto che assicura un'attività lavorativa indiretta non può non estendersi a tutti i livelli di decentramento.*

<sup>257</sup> [Art. 105, comma 9](#) e [art. 105, comma 14](#) del codice nonché il capitolo dedicato ad "[Importo corrisposto al subappaltatore](#)".

<sup>258</sup> Dalla lettura piana dell'ultimo periodo dell'[art. 105, comma 8 del codice](#) a venire meno è la responsabilità solidale dell'appaltatore nei confronti dell'amministrazione non nei confronti dei dipendenti del subappaltatore. A tale proposito, si rimanda alle considerazioni espresse nel relativo focus "[Responsabilità solidale e pagamento diretto](#)".

a. *Intervento “contributivo” sostitutivo della SA*

Il **personale impiegato nell'appalto** – quindi anche quello del subappaltatore – è soggetto alla **garanzia** dei crediti di lavoro, rappresentata dall'istituto dell'**intervento sostitutivo della stazione appaltante**, che si inserisce nei rapporti tra appaltatore/subappaltatore e loro dipendenti<sup>259</sup>.

Il **committente pubblico** è la parte attiva nelle **verifiche degli adempimenti contributivi e retributivi** a cui sono tenuti i soggetti coinvolti nell'appalto<sup>260</sup>.

Proprio in conseguenza di tali verifiche, il codice<sup>261</sup> prevede **un intervento “contributivo” sostitutivo** da parte dell'amministrazione<sup>262</sup>, **volto a sanare le inadempienze contributive del datore di lavoro**, indipendentemente dal fatto che questi sia l'affidatario o un subappaltatore.

**I lavoratori interessati da tale tutela sono quelli impiegati nello specifico appalto.**

L'intervento **sostitutivo interviene durante la fase esecutiva del contratto**, qualora venga accertata l'irregolarità contributiva dell'impresa, ossia **vengano riscontrate** dall'amministrazione inadempienze **evidenziate nel Documento Unico di Regolarità Contributiva on line (DOL)**<sup>263</sup>.

<sup>259</sup> Le norme fondamentali a tale riguardo sono l'art. 30 del codice, l'articolo 1676 del codice civile e l'articolo 29, comma 2, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

Come noto, per esplicita previsione, il d.lgs. 276/2003 non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale (art. 1 co. 2 d.lgs. 276/2003): in materia di appalti pubblici, <sup>260</sup> Sono inclusi, se previsti, anche i contributi di provenienza comunitaria, così come previsto dal decreto “Lavoro”, decreto legge n. 20 marzo 2014, n. 34, convertito in legge 16 maggio 2014, n. 78).

<sup>261</sup> L'articolo 30, commi 5, 5 bis e 6 del codice hanno sostituito gli articoli 4 (dedicato all'intervento sostitutivo in caso di inadempienza contributiva dell'esecutore) e 5 (riservato all'intervento sostitutivo in caso di inadempienza retributiva dell'esecutore e del subappaltatore), previsti dal d.P.R. n. 207/2010 che aveva introdotto per la prima volta nell'ordinamento Italiano la possibilità per la stazione appaltante di sanare le mancanze nei confronti dei lavoratori dell'aggiudicatario.

<sup>262</sup> Il novero dei soggetti chiamati ad attivare l'intervento sostitutivo comprende la pubblica amministrazione, le amministrazioni aggiudicatrici, gli organismi di diritto pubblico, gli enti aggiudicatori, gli altri soggetti aggiudicatori e stazioni appaltanti (cfr. il cd. decreto “del fare”, decreto legge n. 69/2013, convertito con modifiche dalla legge 98/2013).

<sup>263</sup> L'art. 105, comma 9, prevede che 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 (DURC) in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori. L'articolo 31, commi 3 e 8-bis, della legge n. 98/2013, in cui si prevede che in caso di DURC da cui emerga un'inadempienza contributiva relativa a uno o più soggetti impiegati nell'esecuzione del contratto, le amministrazioni trattengono dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza.

Il principio a base di tale istituto è quello di **impiegare i crediti che l'impresa/datore di lavoro ha nei confronti dell'amministrazione** committente al fine di effettuare, tramite quest'ultima (che quindi si "sostituisce" al datore di lavoro), **i versamenti dovuti ad INPS, INAIL e Casse edili** (cfr. fig. 8 del paragrafo seguente).

Nel caso in cui il **debito** delle stazioni appaltanti nei confronti delle imprese esecutrici dell'appalto **sia inferiore** a quanto dovuto agli Istituti e alle Casse edili, **le relative somme sono ripartite** tra gli Istituti e le Casse edili creditori, in proporzione dei crediti di ciascun Istituto e Cassa evidenziati nel **DOL** o comunicati dai medesimi, a seguito di richiesta della stazione appaltante.

Sul punto, il codice prevede che – in caso di irregolarità del **DOL** relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'articolo 105, impiegato nell'esecuzione del contratto - **la stazione appaltante trattiene** dal certificato di pagamento **l'importo corrispondente all'inadempienza** per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile<sup>264</sup>.

Anche laddove l'impresa sia regolare, **l'amministrazione** opera sull'importo netto progressivo delle prestazioni **una ritenuta dello 0,50%**; le ritenute possono essere **svincolate soltanto in sede di liquidazione finale**, dopo l'approvazione da parte della Stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva<sup>265</sup>.

In sintesi, **nel caso in cui vi sia il pagamento diretto del subappaltatore** e dalla verifica eseguita attraverso il **DOL** **emerge una situazione debitoria** del subappaltatore nei confronti degli enti previdenziali, **la stazione appaltante**:

1. **paga** (senza ritardi) l'appaltatore sottraendo l'importo del debito dalla **quota di SAL maturato**;
2. **paga** quanto eventualmente residua a favore del **subappaltatore, scomputando le somme** delle quali esso risulta debitore nei confronti **degli enti previdenziali** (quindi senza nessuna incidenza sulla quota dell'appaltatore);
3. **versa le somme trattenute agli enti previdenziali**, in sostituzione del subappaltatore inadempiente, così come previsto dall'art. 30 del codice.

<sup>264</sup> [Art. 105, comma 10](#) e art. 30, comma 5 del codice.

<sup>265</sup> Art. 30, comma 5-bis del codice e Circolare n. 3/2012 il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali Circolare, seppure riferita a quanto previsto in termini di ritenute indicate dall'abrogato art. 4, comma 3 del d.P.R. n. 207/2010.

b. *Intervento “retributivo” sostitutivo della SA*

Il trattamento economico e normativo da riconoscere al personale impiegato nell'appalto è quello stabilito dal **contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore** e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente<sup>266</sup>.

Il codice prevede il c.d. **“intervento sostitutivo retributivo”**<sup>267</sup> a favore dei dipendenti del subappaltatore, che si basa sul regime di responsabilità civilistica dell'appaltatore (e committente) per l'erogazione delle retribuzioni nei confronti delle maestranze impiegate nello specifico appalto<sup>268</sup>.

Nel caso di stazioni appaltate pubbliche, l'intervento sostitutivo retributivo è regolato dal codice dei contratti <sup>269</sup> che **impone il pagamento diretto da parte delle amministrazioni delle retribuzioni dei dipendenti impiegati nell'esecuzione dell'appalto.**

In particolare, **il responsabile unico del procedimento**, dopo aver constatato la mancata corresponsione delle retribuzioni, **invita per iscritto il soggetto inadempiente**, ed in ogni caso l'affidatario, ad adempiere entro un termine di 15 giorni.

**In mancanza sia del pagamento che di una contestazione** sulla fondatezza della richiesta, entro il termine assegnato, **l'amministrazione provvede direttamente, attraverso**

<sup>266</sup> Art. 30, comma 4, e successivo [art. 105, comma 9 del codice](#), in cui si stabilisce che «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 [...]».

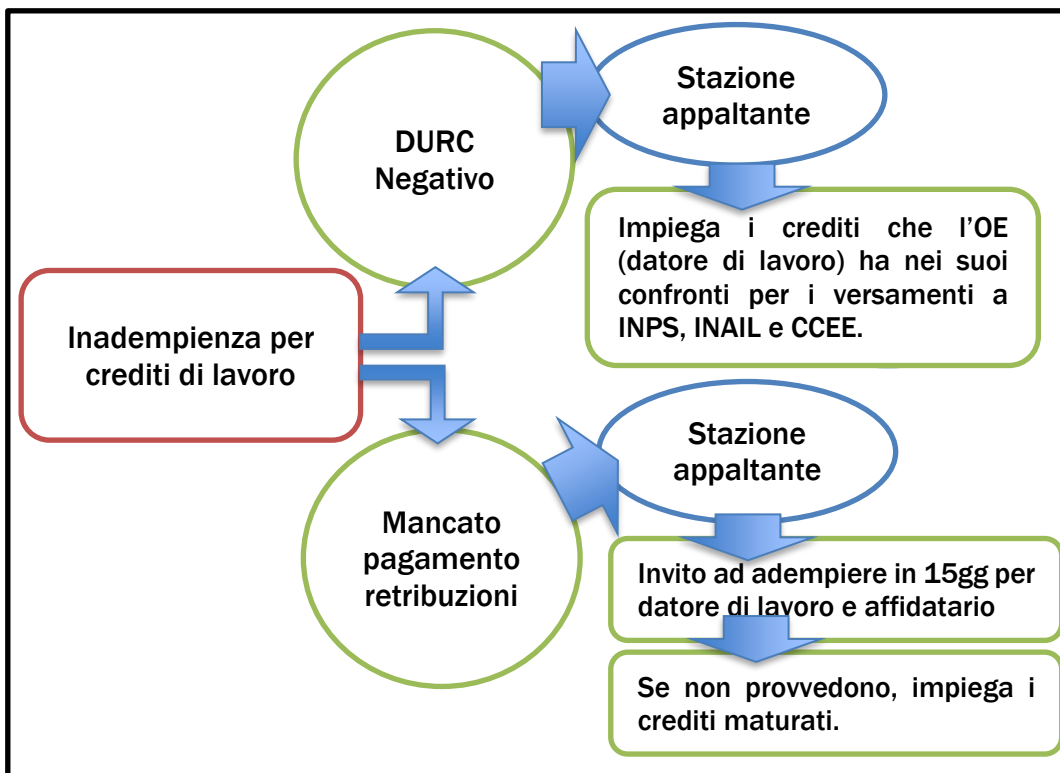
<sup>267</sup> Art. 30, comma 6, del codice.

<sup>268</sup> È stato osservato che «la responsabilità prevista dall'art. 1676 cod. civ., applicabile anche alle pubbliche amministrazioni, al pari dell'intervento sostitutivo di cui al d.lgs. n. 163/2006, opera nei limiti di quanto è dovuto dal committente all'appaltatore, mentre l'art. 29 comporta la responsabilità dell'appaltante anche nell'ipotesi in cui lo stesso abbia già adempiuto per intero la sua obbligazione nei confronti dell'appaltatore. Detta responsabilità, pertanto, non può essere estesa alle pubbliche amministrazioni, in relazione alle quali vengono in rilievo interessi di carattere generale che sarebbero frustrati ove si consentisse la lievitazione del costo dell'opera pubblica, quale conseguenza dell'inadempimento dell'appaltatore nei confronti dei propri dipendenti» (cfr. Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 22.07.2019 n. 19673).

<sup>269</sup> L'art. 30, comma 6 del codice ha riproposto la vecchia norma e lo stesso procedimento del previgente art. 5 del d.P.R. n. 207/2010, ma con la novità che l'intervento sostitutivo per inadempimento retributivo dell'impresa affidataria diventa un obbligo per la stazione appaltante.

**pagamento diretto nei confronti dei lavoratori delle retribuzioni arretrate**, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'articolo 105 del codice (*cf.* fig. 8).

**Figura 8 – Sintesi potere sostitutivo SA**



### 3. Le verifiche del direttore dei lavori

Il direttore dei lavori è il soggetto preposto al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento, pertanto lo stesso opera anche in fase esecutiva del subappalto, al fine di verificare che i lavori siano eseguiti a regola d'arte ed in conformità al progetto e al contratto.

A tal fine, questi - oltre alla generale responsabilità del coordinamento e della supervisione dell'attività svolte in cantiere - ha la **specificità responsabilità dell'accettazione dei materiali utilizzati**, sulla base anche del controllo quantitativo e qualitativo degli accertamenti ufficiali delle caratteristiche meccaniche e in aderenza alle vigenti disposizioni delle norme tecniche per le costruzioni.

Con particolare riferimento alle imprese **subappaltatrici autorizzate**, il **direttore dei lavori**<sup>270</sup>, con l'ausilio dei direttori operativi e degli ispettori di cantiere (ove nominati):

- a. **verifica** la loro **presenza in cantiere**, nonché quella dei subcontraenti, che non sono subappaltatori, i cui nominativi sono stati comunicati alla stazione appaltante ai sensi dell'[art. 105, comma 2 del codice](#);
- b. **controlla** che **svolgano effettivamente la parte di prestazioni ad esse affidata** nel rispetto della normativa vigente e del contratto stipulato;
- c. **registra** le **contestazioni dell'esecutore sulla regolarità dei lavori eseguiti** dal subappaltatore e, ai fini della sospensione dei pagamenti, **quantifica la quota di prestazione oggetto di contestazione**;
- d. **provvede**, entro le 24 ore, **alla segnalazione al RUP dell'inosservanza**, da parte dell'esecutore, **delle disposizioni ex art. 105** del codice.

Inoltre, si ricorda che, con la riformulazione dell'[art. 105, comma 14 del codice](#) al direttore dei lavori viene, per competenza, demandato il compito **di verificare che il subappaltatore garantisca gli stessi standard qualitativi e prestazionali** previsti nel contratto di appalto.

Con riferimento ai contratti non assimilabili al subappalto (inerenti alle forniture con posa in opera ed i noli a caldo), l'ANAC ha evidenziato che **l'insussistenza dell'obbligo di autorizzazione preventiva non può** ovviamente **intendersi come assenza di qualsiasi regola** e quindi di potestà di controllo da parte degli organi dell'Amministrazione<sup>271</sup>.

Pertanto, anche con riferimento a questi ultimi contatti, va riconosciuto **ai soggetti preposti alla conduzione dell'appalto** (Responsabile Unico del Procedimento, Direttore dei Lavori, Coordinatore per la Sicurezza in fase di Esecuzione) **il diritto-dovere di esercitare il ruolo attribuito in forza di legge**, con ciò potendo configurare – indirettamente – delle limitazioni nel ricorso agli anzidetti sub-affidamenti.

#### 4. Il subappalto non autorizzato

**Il reato di subappalto non autorizzato**<sup>272</sup> - strettamente connesso all'attività di verifica del direttore dei lavori<sup>273</sup> - punisce **colui che concede** (anche di fatto) **in subappalto o cottimo l'esecuzione dell'opera appaltata senza l'autorizzazione** dell'autorità

<sup>270</sup> Art. 7 del D.M. 7 marzo 2018, n. 49.

<sup>271</sup> Cfr. determinazione [ANAC del 27 febbraio 2003, n. 6](#), concernente i sub-affidamenti non qualificabili come subappalti, ai sensi dell'art. 18, comma 12, della legge 19 marzo 1990, n. 55 - Facoltà di controllo esercitabili dalla stazione appaltante.

<sup>272</sup> La fattispecie è sancita dall'art. 21, comma 1 della legge 13 settembre 1982, n. 646 e s.m.i..

<sup>273</sup> Vedi capitolo 3, concernente "[le verifiche del direttore dei lavori](#)".

competente. In tal caso, la pena è della **reclusione da 1 a 5 anni** e della multa non inferiore a 1/3 del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad 1/3 del valore complessivo dell'opera<sup>274</sup>.

La riforma del reato nel 2018, oltre a inasprire le sanzioni, lo ha convertito da **fattispecie contravvenzionale a delittuosa**, richiedendo pertanto, quale elemento soggettivo, il dolo<sup>275</sup>.

La qualifica di "delitto" di tale reato, consente, tra l'altro:

- a. l'astratta applicabilità delle **misure cautelari**;
- b. l'impossibilità di ricorrere all'oblazione di cui all'art. 162 e 162-bis cod. pen., come causa di estinzione del reato;
- c. la possibile configurazione del **delitto tentato** di cui all'art. 56 cod. pen. (istituto non applicabile alle contravvenzioni) **o a titolo di concorso di persone** ex art 110 cod. pen., in capo al direttore dei lavori ovvero al responsabile del dirigente;
- d. la possibilità di effettuare **intercettazioni**<sup>276</sup>, nell'ipotesi (discussa in dottrina) di ricondurre tale reato tra quelli contro la pubblica amministrazione.

In ogni caso, è (ed era già) **data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto**<sup>277</sup>.

<sup>274</sup> Nella precedente formulazione era previsto che, 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").

<sup>275</sup> La fattispecie sancita dall'art. 21, comma 1 della legge 13 settembre 1982, n. 646 e s.m.i., è stata profondamente riformata dal decreto "Sicurezza", [D.L. 4 ottobre 2018, n. 113](#) convertito dalla L. 1° dicembre 2018 n. 132, che ha qualificato tale fattispecie di reato come delitto e non più come contravvenzione.

<sup>276</sup> Ai sensi dell'art. 266, co. 1, lett. b) del c.p.p., l'intercettazione è consentita nei procedimenti relativi a delitti contro la pubblica amministrazione; motivo per cui considerato tale reato come riconducibile in tale ambito potrebbero essere utilizzati in fase d'indagine strumenti quali le captazioni ambientali (vedi in proposito il successivo comma 2), nei limiti di quanto previsto dalle norme in materia.

<sup>277</sup> In merito alla risoluzione di un contratto di appalto pubblico per subappalto non autorizzato quale motivo di esclusione dalla partecipazione ad una successiva gara d'appalto si veda [CGE, sez. IV, 3 ottobre 2019, in C-267/18](#). In tale pronuncia viene altresì precisato che, prima di pronunciare tale esclusione, l'amministrazione aggiudicatrice deve però, in conformità dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva sopra citata, letto in combinato disposto con il considerando 102 di quest'ultima, lasciare la possibilità a detto operatore economico di presentare le misure correttive da esso adottate a seguito della risoluzione del precedente contratto di appalto pubblico.



Ne consegue che il subappalto non autorizzato non integra esso stesso una clausola risolutiva espressa ex art. 1456 del cod. civ., e non determina la cessazione automatica degli effetti del contratto al verificarsi dell'evento<sup>278</sup>, ma sarà l'amministrazione a valutarne l'opportunità caso per caso.

## 5. Emissione dei certificati di esecuzione dei lavori

L'[art. 105, comma 22, del codice](#) disciplina il rilascio dei **certificati di esecuzione dei lavori**<sup>279</sup> (CEL) ai subappaltatori, 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<sup>280</sup>.

Al riguardo, si evidenzia che, nelle more dell'adozione del nuovo regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione del codice, **la disciplina applicabile è quella del d.P.R. 207/2010**<sup>281</sup>, che al comma 1 lett. a) stabilisce: «*le lavorazioni eseguite dalle imprese subappaltatrici sono classificabili ai sensi delle tabelle di cui all'allegato A;*

<sup>278</sup> Cfr. parere ANAC AG 16/2012 del 27 settembre 2012 e Delibera n. 26 dell'8 aprile 2015.

<sup>279</sup> il certificato di esecuzione dei lavori è "un atto rientrante nella categoria dei c.d. accertamenti costitutivi, poiché l'effetto dell'accertamento è quello di costituire il requisito in capo all'impresa che richiede il certificato" (ex multis [Consiglio di Stato, sez. V, 07.06.2021 n. 4298](#)).

<sup>280</sup> Come osservato in giurisprudenza (cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1320](#)), il certificato di esecuzione dei lavori, disciplinato dall'art. 86, comma 5 – bis, del codice, è necessario alla qualificazione SOA e quindi per la dimostrazione del possesso del requisito di idoneità tecnica – organizzativa, costituito dall'aver svolto lavori per un certo importo in una certa categoria in quanto la committenza certifica l'avvenuta esecuzione in maniera regolare e con buon esito dei lavori, nonché se risultano, e con quale esito, le contestazioni reciprocamente mosse dalle parti contrattuali in seguito all'esecuzione dei lavori. Il C.E.L. non attesta quindi l'affidabilità dell'impresa nell'esecuzione di tutte le obbligazioni sorte dal contratto di appalto, ma solo la corretta esecuzione dei lavori, ossia la sua capacità tecnico – organizzativa, ed è per questa ragione che può senz'altro ammettersi che la committenza certifichi anche lavori eseguiti in forza di contratto non ancora concluso, ma che, nondimeno l'impresa deve essere in possesso del C.E.L., con il quale intende dar prova del requisito, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta.

<sup>281</sup> Vedi comma 27-octies dell'art. 216 del codice - introdotto dalla lettera gg), numero 4, del comma 20, lettera gg), dell'art. 1 del [D.L. 18 aprile 2019, n. 32](#), o decreto "sblocca cantieri", convertito con modificazioni dalla [Legge 14 giugno 2019, n. 55](#) – che stabilisce: «*Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disciplina già contenuta negli articoli dal 186 al 193 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Sino alla predetta data, si applica, altresì, la specifica disciplina transitoria prevista all'articolo 189, comma 5, del medesimo decreto legislativo*». Il testo previgente prevedeva un 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).

*l'impresa subappaltatrice può utilizzare per la qualificazione il quantitativo delle lavorazioni eseguite».*

Coerentemente, il citato [comma 22](#) del codice 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.**

Nella compilazione del CEL, tale disposizione viene attuata con l'inserimento dei lavori eseguiti dall'appaltatore (definiti nella categoria e negli importi) nell'apposita sezione 6.3 denominata "lavorazioni eseguite dalle imprese subappaltatrici", che riporta in una apposita tabella, le lavorazioni associate agli operatori economici che hanno eseguito opere in subappalto (cfr. fig. 9 e 10).

**Figura 9 – Inserimento dati del subappaltatore**

**Figura 10 – Quadro CEL riservato al subappaltatore**

**Quadro 6.3 Lavorazioni eseguite dalle imprese subappaltatrici**

N.O.	RAGIONE SOCIALE E GIURIDICA		CF	DATI LAVORI					
	(r.s. imp 1)	(r.g. imp 1)		CAT	(Codice Cat)	(Declaratoria Cat)			
1	ESTREMI AUT.	(estremi provvedimento S.A.)	(C.F. impresa 1)	INIZIO	(data)	FINE	(data)	IMPORTO CONTAB.	(in cifre)
n	(r.s. imp n)	(r.g. imp n)	(C.F. impresa n)	CAT	(Codice Cat)	(Declaratoria Cat)			
	ESTREMI AUT.	(estremi provvedimento S.A.)		INIZIO	(data)	FINE	(data)	IMPORTO CONTAB.	(in cifre)

A valle di tale inserimento, nella formazione del CEL<sup>282</sup>, **i subappaltatori possono richiedere alle stazioni appaltanti i certificati** relativi alle prestazioni oggetto di appalto realmente eseguite<sup>283</sup>.

<sup>282</sup> Vedi "Manuale utente (mu) - certificati esecuzione lavori" dell'ANAC).

<sup>283</sup> Il comma 22 non dispone termini massimi di rilascio del certificato, neppure viene prevista un'azione diretta del subappaltatore per ottenerne il rilascio, in caso di inerzia della stazione appaltante.

## 6. Disposizioni di chiusura

Le disposizioni sul subappalto di cui all'[art. 105, comma 2, del codice](#) si applicano 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.

Tali disposizioni, secondo lo stesso comma, si applicano anche alle **associazioni in partecipazione**<sup>284</sup>, quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto<sup>285</sup>.

In gara, invece, il ricorso a tale istituto è vietato ai sensi dell'art. 48, comma 9, primo periodo, del codice, al fine di evitare che l'associato (soggetto estraneo all'appaltatore) possa condizionare l'attività del concorrente, esercitando su questa impresa forme di controllo (art. 2552 cod. civ.).

---

<sup>284</sup> L'associazione in partecipazione è un contratto con il quale un imprenditore (detto associante) attribuisce ad un altro soggetto (detto associato) la partecipazione agli utili dell'impresa o di uno o più affari, verso il corrispettivo di un determinato apporto (*cf.* artt. 2549-2554 del codice civile)

<sup>285</sup> [Art. 105, comma 20, del codice](#).



## NORMATIVA

### *Art. 105. (Subappalto)<sup>286</sup>*

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. ***A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera<sup>287</sup>.*** È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.



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,~~

<sup>286</sup> Ai sensi dell'art. 1, comma 78, della L. 27 dicembre 2019, n. 160, le disposizioni del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi concernenti lavori, servizi e forniture affidati dai Corpi dei vigili del fuoco volontari e o Unioni delle province autonome di Trento e di Bolzano e dalla componente volontaria del Corpo valdostano dei vigili del fuoco, nell'ambito delle proprie attività istituzionali. Ulteriori limitazioni sono previste in materia di immigrazione dall'art. 86-bis D.L. 17 marzo 2020 n. 18, inserito dalla legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27.

<sup>287</sup> Il comma 1 (nella parte in grassetto corsivo) è stato così modificato dall'art. 49, comma 1, lettera b), sub. 1), del [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), convertito dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#).

**servizi o forniture**<sup>288</sup> *Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11, dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 del medesimo articolo 1*<sup>289</sup> *ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229*<sup>290</sup>. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti 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.

3. Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto:

<sup>288</sup> Il periodo è sbarrato perché abrogato a far data dal 1° novembre 2021. Da notare che seppure, fino al 31 ottobre 2021, la norma prevedeva ancora il limite del 30%, derogato e portato al 40% fino al 31 maggio 2021, dall'art. 1, comma 18, secondo periodo, della legge n. 55 del 2019 e dell'art. 13, comma 2, lettera c), legge n. 21 del 2021, tale limite era stato portato – da ultimo - al 50%, a far data dal 1° giugno 2021, dall'articolo 49, comma 1, lettera a), primo periodo, del [D.L. 31 maggio 2021, n. 77 \(legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108\)](#). Sugli effetti di tale modifica si veda il capitolo "[Limiti quantitativi al subappalto](#)".

<sup>289</sup> Il riferimento «del medesimo articolo 1» deve essere così letto: «dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 190 del 2012, contenente «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*».

<sup>290</sup> Il secondo periodo del comma 2 (nella parte in grassetto corsivo) è così sostituito, a far data dal 1° novembre 2021, ai sensi dell'art. 49, comma 2, lettera a), del [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), che impone alle stazioni appaltanti, previa adeguata motivazione da esplicitare nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, di indicare nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario; sul punto si veda capitolo "[Limiti quantitativi al 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;
- 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.

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<sup>291</sup>;
- b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria<sup>292</sup>;
- 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.

<sup>291</sup> La lettera a) era stata abrogata dall' art. 1, comma 1, lett. v), n. 2), [D.L. 18 aprile 2019, n. 32](#), o decreto "Sblocca cantieri", ma in sede di conversione del decreto (v. [Legge 14 giugno 2019, n. 55](#)) tale modifica non è stata confermata. Da notare che, in ogni caso, l'art. 1, comma 2, della citata Legge n. 55/2019 dispose che restavano comunque validi gli atti e i provvedimenti adottati e venivano fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dell'art. 1 del suddetto D.L. n. 32/2019.

<sup>292</sup> Ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lett. c) n. 1. del [DDL n. 2169](#), attualmente al Senato, recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020" potrebbero essere aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e non sussistano a suo carico i motivi di esclusione di cui all'articolo 80». Conseguentemente, verrebbe soppressa la lettera d) del presente comma.

~~5. 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<sup>293</sup>.~~

*[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<sup>294</sup>.]*

7. 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 **la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e il possesso dei requisiti speciali di cui agli articoli 83 e 84. La stazione appaltante verifica la dichiarazione di cui al secondo periodo del presente comma tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 81<sup>295</sup>**. Il contratto

<sup>293</sup> il testo sbarrato è stato abrogato. Infatti, dal 1° novembre 2021, il comma 5 è abrogato, ai sensi dell'articolo 49, comma 2, lettera b), del [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#); fino a tale data, ai sensi del comma 1, lettera a), primo periodo, dello stesso articolo del decreto-legge n. 77 del 2021, anche per queste categorie superspecializzate il subappalto non poteva superare la quota del 50%; sul calcolo si veda capitolo "[Lavorazioni super-specialistiche o SIOS](#)".

<sup>294</sup> Il comma è tra parentesi perché sospeso fino al 30 giugno 2023, ai sensi dell'art. 1, comma 18, secondo periodo, della legge n. 55 del 2019. Il termine ivi previsto è stato inizialmente differito a fine anno, dall'art. 13, comma 2, lettera c), legge n. 21 del 2021 e, in ultimo, sino al 2023 dall'art. 49 del [D.L. 31 maggio 2021, n. 77](#), [legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108](#). Tale comma potrebbe essere abrogato, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lett. c) n. 1. della legge europea 2019-2020, di cui al DDL [2169](#).

<sup>295</sup> Il comma 7, secondo periodo (nella parte in grassetto corsivo) è stato modificato dalla [legge 29 luglio 2021, n. 108](#) di conversione al decreto "Semplificazioni-bis". Il previgente testo riportava "l'affidatario trasmette la dichiarazione 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". Sugli effetti di tale modifica si veda il capitolo "[Richiesta di autorizzazione e obblighi dell'appaltatore](#)".



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.

~~8. Il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante~~ **Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto**<sup>296</sup>. 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 periodo<sup>297</sup>.

9. 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.

10. 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.

---

<sup>296</sup> Il testo sbarrato è abrogato. La parte in grassetto corsivo è entrata in vigore a far data dal 1° novembre 2021, ai sensi dell'art. 49, comma 2, lettera c), del [D.L. 31 maggio 2021, n. 77, legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108](#). Sugli effetti di tale modifica si veda il capitolo "[Responsabilità solidale dell'appaltatore](#)".

<sup>297</sup> La responsabilità solidale era prevista nel testo iniziale del codice solo dal secondo periodo, per cui la norma veniva interpretata nel senso di ritenere liberato l'appaltatore dagli obblighi retributivi e contributivi, in caso di pagamento diretto del subappaltatore; di contro, con la modifica del primo comma riportata nella nota precedente, la lettura potrebbe cambiare: sul punto si veda il focus "[Responsabilità dei lavori subappaltati](#)".

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.

12. L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.

13. La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore<sup>298</sup>, 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;
- c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

~~14. 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~~ *Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale<sup>299</sup>.*

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.

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

<sup>298</sup> In merito a tale obbligo, vedi anche le indicazioni in merito contenute nel Comunicato ANAC 25 novembre 2020.

<sup>299</sup> Il testo sbarrato è abrogato, la parte in grassetto corsivo è stata introdotta dall'art. 49, comma 1, lettera b), sub. 2) del [D.L. 31 maggio 2021, n. 77, legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108](#), a far data dal 1° giugno 2021. Sugli effetti di tale modifica si veda il capitolo "[Importo corrisposto al subappaltatore](#)".

16. 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<sup>300</sup>. 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.

17. 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. Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o di consorzio, detto obbligo incombe al mandatario. Il direttore tecnico di cantiere è responsabile del rispetto del piano da parte di tutte le imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori.

18. 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.

19. L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto.

20. 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

---

<sup>300</sup> Ai sensi dell'art. 49, comma 3, lettera b), del [D.L. 31 maggio 2021, n. 77 \(legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108\)](#), le amministrazioni competenti «*adottano il documento relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera, di cui all'articolo 105, comma 16, del citato decreto legislativo n. 50 del 2016 e all'articolo 8, comma 10-bis, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120*».

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.

21. 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.

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.