



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale

in

Governance delle
Organizzazioni Pubbliche

Tesi di Laurea

**L'evoluzione del rapporto tra
business community e stazione
appaltante nell'istituto del
subappalto**

Relatore

Ch. Prof. Giuliano Zanchi

Correlatore

Ch. Prof. Gaetano Zilio Grandi

Laureanda

Federica Molinaro

Matricola 881406

Anno Accademico

2020 – 2021

INDICE

INTRODUZIONE	6
---------------------------	---

CAPITOLO PRIMO

LE DIVERSE FORME DI COINVOLGIMENTO DELLA BUSINESS COMMUNITY NEL SISTEMA DELLE GARE D'APPALTO

1. Premessa.....	10
2. Partecipazione in forma aggregata alla procedura d'appalto.....	11
2.1. Consorzi fra società cooperative e consorzi stabili.....	11
2.2. Raggruppamenti temporanei di imprese.....	13
2.3. Consorzi ordinari.....	20
2.4. Reti di imprese.....	21
2.5. Gruppo europeo d'interesse economico (GEIE).....	25
3. Avvalimento.....	25
4. Subappalto.....	29
4.1. La definizione.....	30
4.2. Il subappalto in sede di presentazione dell'offerta.....	32
4.3. Il subappalto in sede di esecuzione del contratto.....	33

5. Il contraente generale.....	34
6. Differenze tra le configurazioni plurisoggettive dei partecipanti alle gare d'appalto.....	37

CAPITOLO SECONDO

IL SUBAPPALTO E ALTRI CONTRATTI DERIVATI

1. Premessa.....	40
2. Il subappalto nel Codice Civile e la sua natura di contratto derivato.....	42
3. Il subappalto nell'ambito del diritto pubblico.....	44
3.1. Il cottimo.....	46
4. Contratti simili assimilabili al subappalto.....	48
4.1. Forniture con posa in opera.....	49
4.2. Il nolo a caldo.....	50
5. Il subappalto necessario.....	51
5.1. Subappalto necessario ed avvalimento.....	52

CAPITOLO TERZO

L'EVOLUZIONE NORMATIVA DEL SUBAPPALTO NEGLI APPALTI PUBBLICI

1. Premessa.....	54
------------------	----

2. Il subappalto nel D. Lgs 163/2006.....	55
3. Il subappalto nella direttiva 24/2014/UE.....	59
4. Il subappalto nel D. Lgs 50/2016.....	62
5. Discipline a confronto.....	66

CAPITOLO QUARTO

RAPPORTO DIRETTO TRA STAZIONE APPALTANTE E SUBAPPALTATORE

1. Premessa.....	69
2. Il pagamento diretto.....	69
3. Il Reverse Charge.....	73

CAPITOLO QUINTO

LA SOGLIA DI SUBAPPALTO ED IL CONTROLLO SUI SUBAPPALTATORI

1. Premessa.....	76
2. La soglia di subappalto nell'ordinamento giuridico italiano: genesi e <i>ratio legis</i>	77
2.1. Le cd. opere superspecialistiche.....	80
3. L'Europa, le istanze di revisione della soglia di subappalto e relative conseguenze.....	81

3.1. L'intervento di Anac.....	85
3.2. L'intervento dell'Antitrust.....	87

CAPITOLO SESTO

VERSO LA RIFORMA DELL'ISTITUTO DEL SUBAPPALTO: PROPOSTE E CRITICHE

1. Premessa.....	89
2. Le proposte avanzate da Anac.....	90
2.1. Ripensare i limiti quantitativi al subappalto.....	91
2.2. Limiti più severi disposti dalle stazioni appaltanti.....	93
2.3. Formulare un sistema di controllo sui subappaltatori.....	94
2.4. Evitare comportamenti elusivi la disciplina antimafia.....	96
2.5. Agevolare le verifiche sui subappaltatori.....	96
CONCLUSIONI.....	98
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.....	101
RINGRAZIAMENTI.....	102

INTRODUZIONE

Nella tradizione giuridica pubblicistica di fine Ottocento, ed in particolare nei sistemi giuridici dell'Europa continentale, specie quelli di stampo francese come nel caso dell'ordinamento pubblicistico italiano, lo strumento tipico di espressione del potere connesso all'azione amministrativa era il provvedimento unilaterale, ossia l'atto di imperio proveniente dall'articolazione amministrativa competente dello Stato, che vedeva il destinatario (cittadino, impresa) in posizione di sostanziale soggezione. Atti come: concessioni, assunzioni al pubblico impiego erano tutti qualificati come provvedimenti amministrativi unilaterali.

A partire dagli inizi del Novecento le funzioni e le competenze delle amministrazioni pubbliche iniziarono ad ampliarsi e ben presto, ci si rese conto che la loro sfera d'azione si era sviluppata a tal punto da rendersi necessario delegare alcune funzioni a soggetti privati, laddove l'amministrazione con i propri mezzi non fosse in grado di adempiervi adeguatamente. Progressivamente il modello di Amministrazione basato esclusivamente su provvedimenti autoritativi è entrato in crisi: iniziarono quindi a fare ingresso nel panorama amministrativo forme negoziali di amministrazione di natura consensuale e di indole privatistica.

Il contratto in particolare si è rivelato strumento particolarmente duttile, in grado di adeguarsi alle esigenze della Pubblica Amministrazione per tutelare l'interesse pubblico nel dialogo con i cittadini, e non più da una posizione autoritativa e quindi sulla base di un rapporto di pura soggezione.

In questo senso, però, il contratto non è da intendersi alla stessa

stregua di un libero accordo tra privati, in quanto, dovendo il contraente pubblico perseguire le finalità istituzionali affidategli dall'ordinamento, non gode di un'autonomia negoziale paragonabile a quella che viene esercitata dai privati ai sensi dell'articolo 1322 del Codice Civile. In particolare, la scelta del contraente privato e la determinazione dell'accordo si configurano in modo significativamente diverso nei contratti pubblici rispetto a quanto accade nelle relazioni negoziali tra privati. L'autonomia negoziale, nella prospettiva dell'ente pubblico, ha valenza strettamente procedimentale e trova specifica normazione in una disciplina puntuale di derivazione comunitaria¹ che mira a contemperare le esigenze di tutela degli interessi pubblici senza, tuttavia alterare i principi fondamentali della libera concorrenza tipici del mercato unico europeo.

Le libertà su cui si fonda il mercato unico, si riflettono sotto diversi profili anche nella disciplina dei contratti pubblici. Si pensi alla previsione dell'art. 45 del D.Lgs 50/2016, secondo la quale le prestazioni oggetto del contratto possono essere svolte - a discrezione degli operatori economici stessi - da soggetti in forma singola, aggregati, organizzati in network o attraverso meccanismi di successivo ampliamento della comunità imprenditoriale impegnata nell'esecuzione del contratto pubblico, come nel caso dell'avvalimento o del subappalto.

La configurazione soggettiva adottata dalla parte imprenditoriale che ambisca ad entrare in relazione contrattuale con un ente pubblico costituisce, una scelta dalla quale scaturiscono conseguenze giuridiche anche significativamente diverse. Per ogni configurazione

¹ Inizialmente la disciplina nazionale in tema di contratti pubblici era contenuta nel D. Lgs 163/2006 che recepiva le direttive europee 17 e 18/2004, successivamente abrogata e sostituita dal D. Lgs 50/2016 in attuazione delle direttive CE 23,24,25/2014.

soggettiva di “comunità” imprenditoriale impegnata nell’esecuzione di un contratto pubblico vi sono differenti implicazioni sul piano giuridico in specie sul versante delle responsabilità nei confronti della stazione appaltante.

Si noti che tra le molteplici conformazioni adottabili dagli operatori economici, il legislatore nazionale ha, fin dagli inizi², imposto particolari limiti all’istituto del subappalto attraverso l’introduzione di una soglia quantitativa di prestazioni subappaltabili. Tale scelta trovava giustificazione in virtù del minor controllo in capo alla stazione appaltante sul soggetto esecutore, elemento caratteristico del subappalto, e, nel contesto economico nazionale, in relazione al rischio di infiltrazioni della criminalità organizzata per il tramite di imprese subappaltatrici.

L’impostazione adottata dal legislatore, nel corso del tempo, è andata progressivamente attenuandosi, da un lato su impulso della legislazione comunitaria, dall’altro in forza delle discipline susseguitesi in materia fiscale che introducono, anche in presenza di subappalto, nuove ipotesi di rapporto diretto tra stazione appaltante e subappaltatori. Per tal ragione, si è ritenuto necessario approfondire debitamente l’evoluzione del rapporto che si instaura tra stazione appaltante, operatore economico aggiudicatario e soggetto esecutore della prestazione oggetto del contratto in regime di subappalto.

Dopo un primo inquadramento in ordine alle possibili configurazioni di operatori economici affidatari di contratti pubblici e le implicazioni

² Si pensi che la prima normativa in tema di subappalto pubblico, la legge 2248/1865 vietava in toto il ricorso all’istituto, pena l’immediata rescissione del contratto. Successivamente l’impostazione rigida del legislatore si è ampliata con la previsione di un preciso procedimento autorizzatorio per l’applicazione dell’istituto in sede di esecuzione del contratto e con la contestuale definizione di un limite massimo di previsioni subappaltabili ai sensi dell’art. 118 del D. Lgs 163/2006.

giuridiche che conducono alla scelta dell'una soluzione piuttosto che dell'altra, si procederà con un'analisi approfondita dell'istituto del subappalto, con particolare riguardo alla sua configurazione giuridica nel contesto degli affidamenti di contratti pubblici e all'analisi dell'evoluzione normativa in materia, specie rispetto all'innalzamento della c.d. "soglia di subappalto", che restituisce una nuova immagine della relazione tra committenza pubblica e business community. Un tema, quello della "soglia di subappalto", che risulta tutt'altro che definito considerando la lettera di costituzione in mora della Commissione europea inerente la procedura di infrazione 2018/2273 ed alle sentenze della Corte di Giustizia Europea, V Sezione, nelle cause C-63/18 e C-402/18 che hanno dichiarato illegittime, ed in quanto tali disapplicabili, le disposizioni del D. Lgs 50/2016 – Codice dei Contratti Pubblici³ - che impongono un limite generale alle prestazioni subappaltabili a terzi nei contratti pubblici.

³ Il D. Lgs 50/2016 è noto anche definito come "Codice dei contratti pubblici", da qui l'abbreviazione Codice.

CAPITOLO PRIMO

LE DIVERSE FORME DI COINVOLGIMENTO DELLA BUSINESS COMMUNITY NEL SISTEMA DELLE GARE D'APPALTO

1. Premessa

Il sistema delle procedure ad evidenza pubblica, tradizionalmente ha la funzione di garantire che il perseguimento degli interessi pubblici avvenga nel rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento e libera concorrenza, garantendo altresì il più ampio grado di partecipazione alla procedura medesima degli operatori economici presenti sul mercato. In concreto accade che un singolo soggetto imprenditoriale possa non essere in grado di sostenere la qualità e/o la quantità di lavoro che è implicata in una procedura ad evidenza pubblica, talora anche per mancanza dei requisiti previsti nel bando ai sensi dell'articolo 83 del Codice. In tali evenienze, l'operatore economico reputa di maggior convenienza avvalersi della collaborazione di ulteriori soggetti per la partecipazione alla selezione pubblica e l'esecuzione del contratto pubblico medesimo.

La disciplina vigente mette a disposizione dell'impresa differenti modalità di coinvolgimento di imprese terze a cui l'operatore può fare ricorso, che si caratterizzano per la diversa densità di rapporto che intercorre tra gli operatori economici nel contesto del singolo rapporto.

2. Partecipazione in forma aggregata alla procedura d'appalto

È prassi che gli operatori economici che partecipino alla procedura di gara trovino conveniente associarsi tra loro secondo le differenti possibili forme di partecipazione plurisoggettiva che l'articolo 45 del Codice ammette. In tal modo più operatori economici che da soli non sarebbero in condizione, per le più varie ragioni, di partecipare singolarmente alla procedura ad evidenza pubblica, possono "associarsi" in senso lato e costituire un unico centro economico-giuridico di imputazione soggettiva del ruolo di interlocutore della Pubblica Amministrazione. Le opzioni che la disciplina primaria mette a disposizione degli operatori economici per configurare questo genere di "business communities" sono plurime e consentono ai soggetti interessati di scegliere la fattispecie che ritengono maggiormente vantaggiosa, tra quelle previste dal citato articolo 45 del D. Lgs 50/2016.

2.1. Consorzi fra società cooperative e consorzi stabili

La prima tipologia di aggregazione di operatori economici ammessi alle procedure di affidamento elencata dall'articolo 45 del Codice sono i consorzi di cui alle lettere b) e c) che, trovano espressa regolazione all'articolo 47 in riferimento ai requisiti necessari per partecipazione alle gare d'appalto.

I consorzi di cui si fa menzione sono i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 422/1909 e del D.Lgs C.p.S 1577/1947 e s.m.i., i consorzi tra imprese artigiane ed i

consorzi stabili⁴, i quali possono, altresì costituirsi in forma di società consortile. Per i soggetti citati, i requisiti indicati nella *lex specialis* di gara devono essere posseduti dal consorzio in quanto tale, ad eccezione dei requisiti inerenti la consistenza delle attrezzature, dei mezzi d'opera nonché dell'organico medio annuo, che vengono valutati in capo al consorzio cumulando le consistenze delle singole imprese consorziate.

I consorzi stabili - definiti all'articolo 45, comma 2, lett. c) – sono soggetti dotati di personalità giuridica formati da almeno tre consorziati che istituiscono una comune struttura di impresa, autonomamente organizzata e distinta da quella dei singoli consorziati, al fine di operare congiuntamente nel settore dei contratti pubblici per almeno cinque anni.

È doveroso precisare che i consorzi stabili di cui all'articolo 47 si distinguono dai consorzi ordinari, separatamente considerati nel Codice unitamente ai raggruppamenti temporanei di imprese⁵. L'elemento essenziale, individuato dalla giurisprudenza, per l'attribuzione della qualifica di consorzio stabile *“è il c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le*

⁴ Ex Art. 45, comma 2, lett. c): “I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che (...) abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore ai cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa”.

⁵ Si veda l'articolo 48 del decreto legislativo 50/2016.

*prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate).*⁶

I consorzi stabili, dunque si caratterizzano per una loro soggettività autonoma intrinseca che comporta l'eventuale imputazione agli stessi di responsabilità, siano esse di natura contrattuale ovvero extracontrattuale, riferibili alle condotte delle singole consorziate.

Il legislatore, con le più recenti modifiche normative al Codice introdotte dalla Legge 55 del 2019 c.d. "Sblocca Cantieri", ha previsto che i consorzi stabili possano eseguire le prestazioni oggetto del contratto attraverso la propria struttura ovvero avvalendosi dei consorziati indicati in sede di gara senza che tale pratica costituisca un subappalto, ed essi risponderanno in solido al consorzio stesso nei confronti della stazione appaltante. Ulteriore specifica è dedicata alla valutazione dei requisiti richiesti ai consorzi stabili per gli appalti di forniture e servizi, in quanto l'affidamento dei predetti è subordinato alla sussistenza dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria in capo ai singoli consorziati.

2.2. Raggruppamenti temporanei di imprese

Rientrano nella definizione di operatori economici aggregati al fine della partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici i raggruppamenti temporanei di imprese. Detti raggruppamenti sono costituiti da due o più soggetti aventi ciascuno forma individuale ovvero consorziata, che conferiscono mandato con rappresentanza ad uno di essi il quale esprime l'offerta. Mentre il codice dei contratti pubblici si limita a regolare in via principale i rapporti che intercorrono tra i raggruppamenti e le stazioni appaltanti, all'interno del raggruppamento temporaneo le parti possono regolare i loro rapporti

⁶ Cfr Consiglio di Stato, sez. V, 02.05.2017 n. 1984.

a loro piacimento, risultando quindi vincolate tra loro dalle condizioni poste nell'accordo tra loro intercorrente.

Il raggruppamento temporaneo di imprese, conosciuto anche con gli acronimi ATI o RTI, è un modello spesso ricorrente nella partecipazione alle gare pubbliche. Questa figura trova le sue radici nelle *joint venture*⁷ anglosassoni, modello gradualmente penetrato anche nella nostra prassi negoziale a partire dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso, quando con il recepimento⁸ delle direttive europee 71/305/CEE per i lavori e 77/62/CEE per le forniture, si è previsto per gli operatori economici la possibilità di formulare un'offerta congiunta per partecipare alla singola gara. Sebbene inizialmente la citata disciplina fosse piuttosto scarna in quanto si limitava a regolare esclusivamente la mera presentazione dell'offerta e non anche l'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto, ad oggi l'impulso delle direttive europee del 2014 nonché la maggior diffusione tra gli attori della business community nella scelta di tale modello di partecipazione, hanno spinto il legislatore a disciplinare puntualmente questo istituto.

Lo strumento del raggruppamento temporaneo verticale, implicando il cumulo dei requisiti previsti per l'accesso, permette l'ampliamento qualitativo – e non semplicemente quantitativo come nelle ipotesi dei raggruppamenti temporanei orizzontali - della platea delle imprese partecipanti alla procedura di gara, dando così concreta attuazione ad uno dei principi cardine della disciplina europea (e nazionale) in materia di contratti pubblici, ossia quello del *favor participationis*. Da

⁷ La *joint venture* consiste in un accordo, in forma contrattuale ovvero societaria, tra due o più agenti della business community che si impegnano a condividere risorse e ripartirsi utili o perdite, per il raggiungimento di uno specifico obiettivo.

⁸ I rispettivi recepimenti all'interno dell'ordinamento sono avvenuti attraverso la Legge 8 agosto 1977 n.584 e la Legge 30 marzo 1981 n. 113.

un lato, infatti, il raggruppamento temporaneo consente l'accesso alle gare pubbliche di importi rilevanti anche a piccole e medie imprese, che da sole non sarebbero in condizione di parteciparvi, e dall'altro consente a quest'ultime, se aggiudicatarie, di aumentare progressivamente la loro capacità tecnico finanziaria, l'esperienza e il background di relazioni con il settore pubblico che aumentano, per il futuro, la capacità di tali soggetti imprenditoriali di partecipare con sempre maggiori chances a ulteriori future procedure di evidenza pubblica.

A lungo si è discusso se la costituzione in RTI da parte di operatori economici che singolarmente possiedono i requisiti di accesso alle gare, potesse dar luogo a prassi anticoncorrenziali nonché venisse ad essere stravolta la finalità con cui era stato concepito inizialmente tale modello associativo. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (c.d. Autorità Antitrust), per definire il fenomeno, coniò per prima il termine "*ATI sovrabbondante*", ritenendo si dovesse vietare loro la partecipazione alle gare in quanto potenzialmente elusiva della concorrenza. Diversa fu, invece, la posizione adottata da dottrina e giurisprudenza che rispettivamente sostenevano l'incompatibilità di quell'orientamento con l'articolo 41 della Costituzione⁹ ovvero sostenevano la necessità di una valutazione caso per caso ed ex post in capo alla stazione appaltante sull'eventuale portata anticoncorrenziale della singola fattispecie in esame.

L'attuale orientamento prevalente si concentra non tanto sul ritenere l'ATI sovrabbondante illecito sotto il profilo antitrust, quanto piuttosto riconoscere che attraverso l'uso di tale strumento (di per sé lecito) gli

⁹ F. BERTINI "Brevi note in tema di associazioni temporanee di imprese: pratica lecita o intesa vietata"

operatori economici possano perseguire obiettivi illeciti¹⁰, prevedendo l'esclusione dalla procedura qualora la stazione appaltante rilevi finalità illegittime.

Il Codice, all'articolo 48, comma 1, ammette differenti tipologie di raggruppamenti: "verticale", "orizzontale" (a cui si aggiunge quello "misto"), ciascuno di essi avente una peculiare disciplina in ordine al possesso dei requisiti in capo ai partecipanti al raggruppamento, nonché al regime di responsabilità da applicarsi nei confronti della stazione appaltante.

2.2.1. Il RTI verticale

Prima di procedere con la trattazione è doveroso specificare che tale assetto è ammissibile soltanto in quelle procedure in cui la stazione appaltante abbia indicato espressamente nel bando le attività prevalenti o principali. Qualora nella *lex specialis* non vi sia distinzione alcuna tra categorie - prevalenti e scorporabili ovvero principali e secondarie¹¹ - sebbene gli operatori economici in sede di offerta abbiano indicato esplicitamente le prestazioni che singolarmente intendono eseguire, non si può ipotizzare la partecipazione alla procedura di gara di un RTI verticale. A riguardo, la posizione comune

¹⁰ "Non è infatti in discussione la funzione economico-sociale del contratto di associazione temporanea di imprese (a.t.i.) né la tipicità legale dello stesso, ma il suo concreto utilizzo con finalità anticoncorrenziale e, quindi, per il perseguimento di interessi illeciti. Con peculiare riguardo al corretto utilizzo degli strumenti associativi in sede di gara, nella segnalazione AS 251 del 7 febbraio 2003, l'Autorità antitrust ha effettivamente auspicato che le stazioni appaltanti, pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in a.t.i. da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara. Ciò perché l'a.t.i., proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, può facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse." (Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 settembre 2012 n. 5067).

¹¹ Negli appalti di lavori si distinguono le categorie principali e scorporabili, mentre per gli appalti di servizi e forniture si tratta di prestazioni principali e secondarie.

adottata dall'ANAC e dalla giurisprudenza conferma che *“in mancanza (incontestata) di una indicazione della lex specialis in ordine alla suddivisione del servizio in prestazioni “principale” e “secondarie”, che sola potrebbe conferire rilevanza giuridica (...) allo schema organizzativo di tipo “verticale”, quella specificazione non è idonea a produrre alcun effetto se non quello, appunto, di assolvere all’onere ex lege di precisare le “parti del servizio” che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti in associazione”* e dunque, la suddivisione *“resta “interna” all’unica prestazione, giuridicamente intesa (...) costituente oggetto dell’appalto”*¹². La distinzione tra categorie prevalenti e scorporabili dell’appalto operata dalla stazione appaltante si configura quindi come *conditio sine qua non* del modello associativo temporaneo di tipo verticale.

In questi raggruppamenti un unico operatore, il mandatario, *“realizza i lavori nella categoria prevalente”*¹³ – nel caso di appalti di lavori – ovvero *“esegue le prestazioni di servizi o forniture indicati come principali anche in termini economici”*¹⁴, in appalti riguardanti forniture o servizi. Ne consegue che, in ordine al regime di responsabilità nei confronti della stazione appaltante, ciascun operatore risponde in solido con la mandataria limitatamente alle prestazioni di propria competenza¹⁵, essendo possibile in tale configurazione individuare l’attività svolta da ogni operatore economico componente il raggruppamento.

Fatta eccezione per i requisiti di ordine generale¹⁶ che devono essere

¹² Consiglio di Stato, Sez. III, 26 aprile 2019, n. 2641.

¹³ Articolo 48, comma 1, D. Lgs 50/2016.

¹⁴ Articolo 48, comma 2, D. Lgs 50/2016.

¹⁵ Articolo 48, comma 5, D. Lgs 50/2016.

¹⁶ Requisiti di cui all’articolo 80, D. Lgs.50/2016.

posseduti da tutti i componenti e mantenuti per tutta la durata del contratto, analoga al regime della responsabilità è la disciplina dei requisiti previsti dall'articolo 83 del Codice in merito ai criteri di selezione. Essi devono essere posseduti dai singoli concorrenti limitatamente all'attività da svolgere, fermo che la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni oggetto del contratto in misura maggioritaria, in ogni caso¹⁷. Lo stesso meccanismo viene ad applicarsi negli appalti di lavori, per i quali il Codice prevede il sistema di qualificazione SOA¹⁸: la mandataria, infatti, dev'essere qualificata per i lavori della categoria prevalente, mentre per ogni altra mandante è sufficiente l'attestazione per la parte di lavori scorporabili che andrà ad eseguire¹⁹.

2.2.2. Il RTI orizzontale

Il RTI orizzontale, a differenza di quello verticale non presenta alcun limite in ordine alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, poiché è ammesso anche qualora le attività oggetto dell'appalto non vengano distinte in prevalenti e scorporabili. Ciò in ragione del fatto che nei raggruppamenti di tipo orizzontale tutti gli operatori economici del raggruppamento eseguono di concerto le medesime prestazioni oggetto del contratto, siano esse inerenti ad appalti di lavori ovvero di forniture e servizi²⁰. Diversamente rispetto a quanto previsto per il RTI verticale, non essendo distinguibile l'operatore economico esecutore

¹⁷ Articolo 83, comma 8, D. Lgs 50/2016.

¹⁸ La disciplina prevede che per i lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 Euro, gli operatori economici comprovino il possesso dei requisiti attraverso un'attestazione prodotta da organismi di diritto privato autorizzati, noti anche come società organismi di attestazione, da cui l'acronimo SOA. Vedasi articolo 84, commi 1 e 2, del Codice.

¹⁹ Articolo 48, comma 6, D. Lgs 50/2016.

²⁰ Articolo 48, commi 1 e 2, D. Lgs. 50/2016.

della singola prestazione, ciascun'impresa del raggruppamento nei confronti della stazione appaltante è responsabile in solido con tutte le altre.

Medesima *ratio legis* si applica per i requisiti che, siano essi di carattere generale²¹ ovvero soggettivo²², devono essere posseduti da tutte le imprese facenti parte del raggruppamento. Per quel che attiene, invece ai cosiddetti requisiti tecnici di carattere oggettivo individuati dall'articolo 83, comma 1, lett. b) e c) vengono ad essere soddisfatti dal raggruppamento nel suo complesso, in quanto è ammesso il cumulo degli stessi, fermo che la mandataria li posseda in misura maggioritaria ovvero fatte salve ulteriori specifiche inserite all'intero del bando di gara.

Particolare è, invece la disciplina da applicarsi negli appalti di lavori, poiché essendo per questi previsto il sistema di attestazione SOA, è da applicarsi quanto sancito dal secondo comma dell'articolo 92 del D.p.R. 207/2010²³ ossia che i requisiti di qualificazione richiesti dal bando siano posseduti dalla mandataria nella misura minima del 40% e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti ciascuna nella misura minima del 10%.

2.2.3. Il RTI misto

Vi è infine un'ulteriore tipologia di raggruppamento, cosiddetto "misto", derivante dalla combinazione delle caratteristiche dei precedenti, ossia la suddivisione orizzontale e verticale delle attività. Al pari del raggruppamento di tipo verticale, anche tale configurazione è

²¹ Articolo 80, D. Lgs 50/2016.

²² Articolo 83, comma 1, lett. a), D.Lgs 50/2016.

²³ Sebbene tale testo di legge sia stato abrogato dal D. Lgs 50/2016, il comma 2 dell'articolo 92 sopravvive in via transitoria ai sensi dell'articolo 215, comma 15 del D. Lgs 50/2016.

adottabile soltanto qualora la stazione all'interno della *lex specialis* dia indicazione della categoria prevalente ovvero di quelle scorporabili dell'appalto, in quanto le prime possono essere assunte solo da raggruppamenti di tipo verticale, mentre le seconde anche da modelli associativi di tipo orizzontale.

Per quanto attiene alla disciplina si applica volta per volta quella propria di ciascuna tipologia di raggruppamento sia in ordine al regime di responsabilità che al possesso dei requisiti. Per le prestazioni di categoria prevalente, tutte le imprese componenti il raggruppamento dovranno essere in possesso dei requisiti previsti dal bando di gara e risponderanno in solido nei confronti della stazione appaltante (connotati tipici del RTI orizzontale); mentre, per le prestazioni di categoria scorporabili, se sono svolte esclusivamente da alcune degli operatori economici componenti il raggruppamento, è valevole la disciplina dei raggruppamenti verticali, secondo cui i requisiti possono essere posseduti dal singolo in relazione alle prestazioni da svolgere e la responsabilità verso la committente è limitata alle prestazioni svolte.

Infine, sebbene il Codice preveda che tale configurazione sia adottabile in caso di appalti di lavori, la giurisprudenza²⁴ negli anni ha esteso l'adozione di tale raggruppamento anche per appalti di forniture e servizi.

2.3. Consorzi ordinari

Ulteriore tipologia di operatori economici ammessi dal codice degli appalti alle procedure di evidenza pubblica sono i consorzi ordinari di imprese²⁵, composti tra soggetti in forma individuale ovvero aggregata

²⁴ Vedasi a riguardo Consiglio di Stato, Sez. III, 7 agosto 2018, n. 4869.

²⁵ Articolo 45, comma 2, lett. e), D. Lgs 50/2016.

che, come disposto dall'articolo 2602 del Codice Civile si costituiscono attraverso la stipula di un contratto di consorzio, ovvero in forma di società consortile²⁶. Il contratto di consorzio trova disciplina specifica all'interno del Codice Civile agli articoli 2603 e seguenti che dettano le norme in materia di forma e contenuto dello stesso, durata, deliberazioni dei suoi organi, modifiche strutturali e alla composizione soggettiva e recesso dei suoi componenti dal contratto.

Per quanto attiene alla partecipazione degli stessi alle procedure di evidenza pubblica, essi soggiacciono alla medesima disciplina applicata ai raggruppamenti temporanei di impresa con necessaria indicazione, in sede di offerta, delle categorie di lavori ovvero le parti di servizi o forniture che gli operatori economici andranno a svolgere. Non sono invece applicabili le disposizioni concernenti l'obbligo di individuazione dell'impresa mandataria, in quanto, come anche ribadito sia da AVCP²⁷ che dal Consiglio di Stato²⁸ *"il mandato collettivo proprio dell'atto costitutivo del consorzio è conferito in favore degli organi del consorzio stesso"*.

Si rammenta che tali tipologie di consorzi si distinguono dai soggetti di cui all'articolo 45 comma 2 lett. a) e b) ossia consorzi fra società cooperative ovvero consorzi stabili poiché i consorzi ordinari non essendo in grado di operare con un'autonoma struttura di impresa, si avvalgono delle strutture imprenditoriali delle consorziate per l'esecuzione del contratto.

2.4. Reti di imprese

Tra i molteplici strumenti che l'ordinamento italiano pone a favore della

²⁶ Articolo 2615-ter del Codice Civile.

²⁷ Deliberazione AVCP n. 114 del 13.12.2006.

²⁸ Cons. di Stato, Sez. V, n. 2679/2000.

crescita dimensionale e dello sviluppo del tessuto economico imprenditoriale si annovera il contratto di rete, che va ad affiancarsi ai più tradizionali consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese. Il contratto di rete è stato introdotto in Italia con il decreto legge 5/2009 recante “Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi”, poi convertito con modificazioni dalla legge 9 aprile 2009, n. 33.

Mediante il contratto di rete *“più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato” e, per raggiungere tale fine, gli operatori economici aderenti si impegnano a collaborare, scambiarsi informazioni ovvero prestazioni*²⁹.

Il contratto di rete rientra quindi nel *genus* dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, non essendo finalizzato alla mera creazione di un soggetto giuridico distinto dai sottoscrittori, bensì al raggiungimento di obiettivi programmatici prefissati dalle imprese aderenti.

In ordine alla partecipazione delle reti di impresa alle gare d'appalto³⁰, è necessario evidenziare che, in seguito alle modifiche apportate dal D. L. 179/2012, il contratto può prevedere la nomina di un organo comune e l'istituzione di un fondo patrimoniale.

La nomina di un organo comune non è sufficiente per l'acquisto della soggettività giuridica che, tuttavia può essere acquisita attraverso la costituzione del fondo comune e successiva iscrizione della rete nel registro delle imprese. Inoltre, gli operatori economici all'interno del contratto possono prevedere, a loro discrezione che l'organo comune possa agire in rappresentanza delle imprese, ovvero in nome proprio. Nell'ipotesi in cui l'organo comune acquisti soggettività giuridica, esso

²⁹ Articolo 3, comma 4-ter, D. L. 5/2009.

³⁰ Articolo 45, comma 2, lett. f), D. Lgs 50/2016.

agisce in rappresentanza della rete, invece qualora non l'abbia, se non diversamente previsto all'interno del contratto, l'organo comune agisce in rappresentanza degli operatori economici sottoscrittori del contratto. Tali fattispecie, in sede di procedure di evidenza pubblica implicano differenti regole di partecipazione delle reti, così come disposto dalla deliberazione 3/2013 dell'ANAC³¹. Fermo che, in ogni caso, tutte le imprese della rete partecipanti siano in possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 80 del Codice e mantengano tali requisiti per tutta la durata dell'esecuzione del contratto pubblico in caso di aggiudicazione.

2.4.1. Rete dotata di organo comune con potere di rappresentanza, priva di soggettività giuridica.

Se la rete priva di soggettività giuridica è dotata di organo comune con potere di rappresentanza, quest'ultimo può svolgere il ruolo di impresa mandataria - analogamente a quanto previsto per i raggruppamenti temporanei - qualora tale organo sia in possesso dei requisiti di qualificazione, il contratto di rete conferisca il mandato all'organo rappresentante e tutte le imprese confermino espressamente detta volontà attraverso la sottoscrizione dell'offerta, ossia l'atto formale di partecipazione alla selezione del contraente.

Per quanto attiene al possesso dei requisiti di partecipazione per le imprese componenti la rete, trova applicazione per analogia quanto previsto per i raggruppamenti temporanei di imprese verticali ossia la *“corrispondenza sostanziale tra le quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione”*³², per permettere alla stazione

³¹ Determinazione ANAC del 23 aprile 2013, n. 3 avente ad oggetto *“partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici ai sensi degli articoli 34 e 37 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163”*.

³² Delibera Anac 3/2013, punto 2.1.2.

appaltante di verificare la sussistenza di tale condizione, nell'offerta dovranno essere specificate le rispettive quote di ciascun'impresa retista.

2.4.2. Rete dotata di organo comune e soggettività giuridica.

Quando la rete è dotata di organo comune e soggettività giuridica, essa agisce in rappresentanza della rete medesima e, dunque, l'offerta presentata dall'organo comune, unitamente alla copia autenticata del contratto di rete³³ impegna tutte le imprese sottoscrittrici nei confronti della stazione appaltante. Qualora la rete risulti aggiudicataria, il contratto verrà ad essere stipulato dall'organo comune in nome e per conto di tutte le imprese in rete, le quali, in caso di inadempimento, risponderanno in solido nei confronti della stazione appaltante. Salva l'ipotesi in cui, in caso di imprese esecutrici di lavori di categoria scorporabili, la responsabilità è della singola impresa in solido con la mandataria.

2.4.3. Rete dotata di organo comune privo di potere di rappresentanza

Nel caso in cui il contratto di rete escluda espressamente il potere di rappresentanza in capo all'organo comune, quest'ultimo agisce in nome proprio e l'aggregazione di imprese in rete partecipa alla procedura di evidenza pubblica nella forma del raggruppamento temporaneo di imprese; troveranno dunque integrale applicazione le regole previste per tale fattispecie, in particolare quanto disposto dall'articolo 48 del Codice³⁴.

³³ Avendo la rete soggettività giuridica, il contratto dovrà essere stipulato mediante atto pubblico, scrittura privata autenticata ovvero sottoscritto con firma elettronica o digitale autenticata da notaio o altro pubblico ufficiale.

³⁴ Delibera ANAC 3/2013, punto 2.2.

2.5. Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE).

Ultima tipologia di operatori economici aggregati ammessi alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica dal Codice è il gruppo europeo di interesse economico, noto anche con l'acronimo GEIE. Introdotto dal Regolamento CEE 2137/1985 e recepito nell'ordinamento italiano attraverso il decreto legislativo 240/1991, questo strumento nasce per promuovere e facilitare la cooperazione tra gli operatori economici provenienti da Stati membri differenti, seppure esso, ancor oggi, costituisca una prassi piuttosto rara nel panorama degli appalti pubblici.

Il gruppo si costituisce attraverso la stipula di un contratto redatto in forma scritta a pena di nullità, che dovrà poi essere iscritto nell'apposito registro nello Stato Membro in cui se ne è designata la sede. Con la stipula del contratto e la contestuale iscrizione al registro viene a crearsi un ente giuridico indipendente dotato di capacità giuridica propria che ha come obiettivo principale, non la realizzazione di profitti per se stesso, quanto l'agevolare e lo sviluppare l'attività economica dei suoi membri, ragion per cui il gruppo in sé può svolgere esclusivamente attività ausiliarie rispetto a quelle svolte singolarmente dai suoi membri³⁵.

3. Avvalimento

L'avvalimento costituisce un ulteriore *species* di coinvolgimento tra diversi operatori economici della business community ai fini dell'ampliamento della platea di partecipanti alle procedure di

³⁵ Articolo 3, commi 1 e 2, Reg. CEE 85/2137.

evidenza pubblica. L'istituto, di matrice pretoria, è andato affermandosi nel panorama degli appalti pubblici soprattutto su impulso della giurisprudenza comunitaria che già nel 1994 riconosceva il principio del c.d. "possessione *per relationem*"³⁶ ammettendo che, ai fini dell'iscrizione ad un albo, fosse sufficiente che la società capogruppo comprovasse il possesso dei requisiti ricorrendo alle capacità delle imprese consociate a condizione che la capogruppo fosse in grado di provare sostanzialmente che aveva modo di disporre dei mezzi necessari, sebbene non "appartenenti" ad essa in senso stretto. Ad oggi questo istituto trova disciplina all'interno dell'articolo 89 del Codice.

Attraverso l'avvalimento, un operatore economico, al fine della presentazione dei requisiti necessari per la partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica, può fare riferimento alla capacità di soggetti economici terzi (c.d. impresa ausiliaria o avvalsa), a condizione che il concorrente in sede di offerta dimostri alla stazione appaltante che avrà a disposizione le risorse di cui è carente per tutta la durata dell'appalto. Il codice ammette quindi l'applicazione dell'istituto per il soddisfacimento dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale previsti dal dell'articolo 83 lett. b) e c); resta dunque escluso l'avvalimento per i requisiti di idoneità professionale di cui alla lettera a) quali l'iscrizione nel registro della camera di commercio ovvero nei registri professionali o commerciali.

Per il possesso di determinati titoli di studio o esperienze professionali è invece possibile far ricorso all'avvalimento soltanto nell'ipotesi in cui siano i soggetti di cui il concorrente si è avvalso ad eseguire direttamente le relative prestazioni. Non è inoltre ammesso il ricorso

³⁶ CGUE 14 aprile 1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep I.

all'avvalimento per la comprova dei requisiti stabiliti dall'articolo 80 del Codice, in quanto trattandosi di requisiti di ordine generale che devono essere presenti in capo a chiunque si relazioni contrattualmente con la Pubblica Amministrazione, dovranno essere posseduti sia dall'operatore economico concorrente che dal soggetto di cui egli si avvale per tutta la durata del contratto³⁷.

Ulteriore esclusione è invece prevista dal decimo comma dell'articolo 89 inerente il soddisfacimento dei requisiti di iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali che devono essere posseduti dal concorrente per la partecipazione alla procedura d'appalto in quanto propri dell'imprenditore e non dell'impresa, come affermato unanimemente dalla giurisprudenza³⁸. Quest'ultima ammette invece il ricorso all'avvalimento per la certificazione di qualità aziendale, purché l'impresa ausiliaria metta a disposizione del concorrente *“tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione”*³⁹.

Il legislatore lascia libera discrezionalità circa il ricorso all'istituto da parte degli operatori economici, tuttavia prevede che per gli appalti di lavori, servizi ovvero operazioni di posa in opera, la stazione appaltante all'interno della *lex specialis* di gara abbia la facoltà di sottrarre l'avvalimento per i compiti essenziali prevedendo che quest'ultimi siano svolti direttamente dal concorrente stesso ovvero da un componente del raggruppamento.

Sebbene il concorrente possa liberamente scegliere di avvalersi anche

³⁷ Articolo 80, comma 1, D. Lgs 50/2016.

³⁸ Cons. Stato, Sez. V, n. 3698/2015.

³⁹ Cons. Stato, Sez. V, n. 2953/2017.

di più di un operatore economico ausiliario⁴⁰ - purché questi non partecipi alla medesima procedura in qualunque altra veste - il Codice vieta il c.d. “avvalimento a cascata” ossia impedisce all’impresa avvalsa di fare ulteriormente ricorso all’istituto; inoltre non è ammesso che all’interno della medesima procedura di gara più concorrenti si avvalgano della stessa impresa ausiliaria (c.d. divieto di avvalimento multiplo)⁴¹. L’integrazione soggettiva deve quindi essere sempre uniformata al principio di unicità del conglomerato imprenditoriale di pertinenza; lo stesso principio che impedisce, come poc’anzi ricordato, più in generale la partecipazione della medesima impresa a più compagini imprenditoriali nel contesto della medesima procedura, e ciò anche se in via sussidiaria e meramente potenziale.

Fermo che l’impresa ausiliaria è responsabile in solido con il concorrente nei confronti della stazione appaltante circa l’esecuzione del contratto, in questa fase essa può tuttavia assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati, venendo così a configurarsi il cosiddetto “subappalto in avvalimento”.⁴²

In relazione all’oggetto dell’avvalimento, nel corso del tempo è andata affermandosi nella prassi una distinzione tra il cd. “avvalimento operativo” e quello “di garanzia”. Il primo si configura nell’ipotesi in cui l’ausiliaria metta concretamente a disposizione dell’operatore economico per l’esecuzione del contratto i propri mezzi, risorse, fattori produttivi e *know how*. Viene invece a configurarsi l’avvalimento di garanzia nel momento in cui l’impresa ausiliaria, senza essere concretamente coinvolta nelle prestazioni oggetto dell’appalto, mette a disposizione del concorrente la propria solidità economica e

⁴⁰ Si configura in questo caso l’avvalimento plurimo.

⁴¹ Articolo 89, comma 7, D. lgs 50/2016.

⁴² Articolo 89, comma 8, D. Lgs 50/2016.

finanziaria al fine di assicurare una determinata soglia di affidabilità patrimoniale proporzionata ai rischi economici assunti con l'adempimento del contratto.

4. Subappalto

In questa sede, si intende esporre sommariamente la disciplina a cui è sottoposto questo particolare e molto diffuso tipo di subcontratto, appunto il subappalto, nonché i suoi tratti essenziali per come ricorrono nella prassi contrattuale; seguirà nei capitoli successivi la trattazione organica dell'istituto e della sua evoluzione normativa sino alle più recenti scelte normative e alle prospettive di ulteriore evoluzione nel prossimo futuro.

I soggetti affidatari di un contratto pubblico sono responsabili dell'esecuzione in proprio delle prestazioni oggetto del contratto d'appalto il quale non può essere, in ogni caso, ceduto a terzi. non può, quindi, ricorrere in forza di un espresso divieto legislativo l'ipotesi di un cambio soggettivo dell'affidatario, per l'evidente ragione che in tal modo verrebbe completamente sovvertito il procedimento di selezione del contraente privato. Pertanto, neppure con il consenso della stazione appaltante, è consentito modificare l'identità dell'aggiudicatario/contraente (tramite cessione della posizione contrattuale, ma anche attraverso altri eventuali meccanismi negoziali

equivalenti)⁴³. Tuttavia, sino al trenta per cento delle prestazioni⁴⁴ il contratto con la stazione appaltante può essere eseguito da soggetti terzi – cd. Subappaltatori – attraverso un contratto di subappalto, previa autorizzazione della stazione appaltante medesima.

4.1. La definizione

Il subappalto è un tipo di subcontratto, ossia di contratto che trae la sua ragione d'essere il altro e precedente contratto al quale esso è essenzialmente e funzionalmente collegato.

Non esiste una disciplina generale, né nel diritto privato né nel diritto pubblico, dei subcontratti, ma – in ragione del suo ampio utilizzo storicamente tanto negli appalti privati che in quelli pubblici – il particolare subcontratto che chiamiamo subappalto è stato al centro di attenzione da parte del legislatore, con particolare riferimento proprio alla disciplina in materia di contratti pubblici.

Il subappalto può essere considerato istituto rientrante nel novero delle forme di partecipazione plurisoggettiva alle gare d'appalto, che trova regolazione come tale all'interno del Codice all'articolo 105, il quale lo definisce come *“il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di tutto o parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del*

⁴³ È sempre possibile, invece, che la stazione appaltante non proceda con l'aggiudicazione ritenendo tutti i concorrenti inadeguati, o non proceda alla sottoscrizione del contratto con l'impresa aggiudicataria. La libertà dell'ente pubblico è limitata quindi alla scelta se individuare o meno un contraente e se procedere con la creazione della relazione contrattuale, non si estende alla libera individuazione della parte imprenditoriale al di fuori delle risultanze della procedura di selezione selezionata.

⁴⁴ Soglia in deroga ed innalzata al quaranta per cento fino al 30 giugno 2021, ai sensi 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 con la quale, considerato il periodo di emergenza sanitaria si è provveduto all'innalzamento del limite quantitativo delle prestazioni subappaltabili.

*contratto di appalto*⁴⁵. Si configura, dunque, subappalto ogni qualvolta la prestazione oggetto del contratto d'appalto non venga eseguita dall'operatore economico affidatario, bensì egli provveda ad affidarne l'esecuzione ad un soggetto terzo (appaltatore) che non appartiene al novero delle imprese concorrenti, siano esse collegate in regime di RTI/ATI, consorzio, GEIE o rete d'impresa.

Vengono inoltre assimilati al subappalto i contatti quali - a mero titolo esemplificativo, non esaustivo – la fornitura con posa in opera ovvero i noli a caldo⁴⁶, caratterizzati da un cospicuo impiego di manodopera quantificato dal Codice per *“importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare”*⁴⁷. Non si configura invece un subappalto per tutte le attività specifiche che vengano ad essere affidate a lavoratori autonomi, per la (sub)fornitura di prodotti informatici, l'affidamento di servizi ad imprenditori agricoli dei comuni montani se di importo inferiore ai 20.000,00 euro nonché tutte le prestazioni rese in forza di contratti continuativi di cooperazione⁴⁸ la cui stipula risulti essere precedente rispetto al contratto d'appalto⁴⁹.

⁴⁵ Art. 105, comma 2, primo periodo, D. Lg/s. 50/2016.

⁴⁶ Sebbene i suddetti contratti, non siano in sé equiparabili al subappalto, lo diventano nel momento in cui, superando gli importi dettati dal D. Lgs 50/2016, il valore economico della manodopera verrebbe a prevalere su quello della fornitura ovvero del noleggio.

⁴⁷ Art. 105, comma 2, 3 periodo, D. Lgs. 50/2016.

⁴⁸ Il tema dei contratti continuativi di cooperazione e del relativo dibattito in dottrina si sviluppa all'interno del presente testo unitamente alle differenti tipologie di subcontratto. In questa sede è sufficiente rammentare che essi rientrano nel più ampio *genus* dei sub-contratti aventi ad oggetto prestazioni rivolte a favore dell'operatore economico affidatario del contratto e non all'ente committente”

⁴⁹ Art.105, comma 3, D. Lgs 50/2016

4.2. Il subappalto in sede di presentazione dell'offerta

L'operatore che intende avvalersi del subappalto, ha l'onere, già in sede di offerta, di indicare le lavorazioni nonché la percentuale di prestazione che egli è intenzionato ad affidare a soggetti terzi in regime di subappalto. Se la procedura di evidenza pubblica è di importo superiore alle soglie comunitarie individuate dai primi due commi dell'articolo 35 del Codice⁵⁰, cd. Sopra—soglia comunitaria, ovvero l'appalto sia attinente ad attività soggette al rischio di infiltrazione mafiosa⁵¹ quali, sempre a titolo esemplificativo, lo smaltimento di rifiuti, noli, l'approvvigionamento di materiali inerti, il concorrente in questa sede deve indicare una terna di operatori economici subappaltatori. Tale previsione normativa - temporaneamente sospesa sino al 31 dicembre 2021 ai sensi della Legge 55 del 2019 e della Legge 21 del 2021 - era stata inizialmente inserita dal legislatore per consentire alla stazione appaltante di effettuare le dovute verifiche circa il subappaltatore al fine di prevenire il più possibile eventuali infiltrazioni mafiose all'interno del tessuto economico nazionale.

⁵⁰ "1. Ai fini dell'applicazione del presente codice, le soglie di rilevanza comunitaria sono: a) euro 5.350.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni; b) euro 139.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III (...); c) euro 214.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato VIII;d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX. 2. Nei settori speciali, le soglie di rilevanza comunitaria sono: a) euro 5.350.000 per gli appalti di lavori; b) euro 428.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione; c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX."

⁵¹ Attività elencate all'articolo 1, comma 53, L. 190/2012.

4.3. Il subappalto in sede di esecuzione del contratto

Nel corso di esecuzione del contratto, qualora l'affidatario ne ravvisi la necessità, può avvalersi del subappalto esclusivamente se dichiarato in precedenza in sede di presentazione dell'offerta. Il subappalto non è quindi una soluzione opportunistica che può essere utilizzata dal concorrente risultato aggiudicatario. Il contratto di subappalto dovrà quindi essere depositato presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima dell'inizio effettivo delle attività. Ai fini dell'autorizzazione del subappalto rilasciato dalla stazione appaltante, è innanzitutto necessario che il subappaltatore non abbia partecipato alla procedura di evidenza pubblica⁵². Oltre a quanto già ricordato in ordine all'univocità se così non fosse, infatti, si correrebbe il rischio di affidare parte delle prestazioni ad un operatore economico che in sede di gara non era stato individuato quale miglior offerente adatto al soddisfacimento delle esigenze della pubblica amministrazione. Le prestazioni oggetto del contratto di subappalto possono essere altresì svolte esclusivamente da soggetti che siano qualificati nella relativa categoria e, qualora la tipologia di attività lo preveda, in possesso delle relative autorizzazioni. È pacifico che nei confronti di ogni operatore economico che abbia accesso, direttamente ovvero indirettamente, a risorse economiche pubbliche deve essere verificata l'insussistenza dei motivi di esclusione previsti dall'articolo 80 del Codice per tutta la durata del contratto. Nella fattispecie in esame spetta al concorrente aggiudicatario l'onere di dimostrare l'insussistenza di motivi di esclusione in capo all'operatore economico scelto quale subappaltatore⁵³.

Qualora nel corso di esecuzione del contratto di subappalto si configuri

⁵² Art. 105, comma 4, lett. a), D. Lgs 50/2016

⁵³ Art. 105, comma 4, lett. d), D. Lgs 50/2016

un'interdittiva prefettizia in capo al subappaltatore, l'autorizzazione al subappalto si intende revocata. È facoltà degli operatori economici opporsi in ordine a tale recesso e la giurisdizione della controversia è di competenza del giudice amministrativo in quanto la revoca dell'autorizzazione al subappalto deve ritenersi "*espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica diretto a soddisfare l'esigenza di evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali con soggetti e imprese nei confronti dei quali emergono sospetti di collegamenti con la criminalità organizzata*"⁵⁴.

Sebbene le prestazioni oggetto del contratto vengano effettuate dal subappaltatore, nei confronti della stazione appaltante è responsabile in via esclusiva l'aggiudicatario. L'unica ipotesi in cui si configura la responsabilità del subappaltatore in solido a quella dell'aggiudicatario attiene agli obblighi retributivi e contributivi verso i dipendenti⁵⁵, fatte salvi i casi in cui sia la stazione appaltante a corrispondere direttamente al subappaltatore gli importi a lui dovuti⁵⁶. Si noti come il legislatore nel disciplinare integralmente l'istituto si soffermi sin da subito nel dettare norme a tutela del lavoro e della manodopera coinvolta nel contratto di subappalto.

5. Il contraente generale

L'istituto del contraente generale, noto anche come *general contractor*, si annovera tra le *species* degli affidamenti particolari unitamente al

⁵⁴ L.R. PERFETTI. "Codice dei Contratti Pubblici commentato II edizione", Vicenza, Wolters Kluwer, 2017, p. 969

⁵⁵ Art. 105, comma 8, D. Lgs 50/2016.

⁵⁶ Art 105, comma 13, lett. a) e c), D. Lgs 50/2016.

partenariato pubblico privato e alle società *in house*. Anch'esso nasce e si sviluppa nel mondo giuridico anglosassone in relazione alla realizzazione di opere di notevoli dimensioni per le costruzioni delle quali vi era la necessità di snellire e razionalizzare le procedure.

In Italia l'istituto era stato introdotto già nel previgente Codice, dei contratti pubblici, il D. Lgs 163/2006⁵⁷, in quanto l'affidamento a contraente generale rende possibile il contemperamento di due esigenze complementari: l'aumento di infrastrutture strategiche sul territorio ed il risparmio di tempi e spesa per la loro realizzazione.

Successivamente, con l'introduzione del nuovo Codice la disciplina previgente è stata abrogata e modificata in ordine all'esigenza di ridurre gli ampi poteri che erano conferiti al contraente generale e che gli consentivano di agire in una situazione di monopolio.

Secondo quanto previsto dal vigente Codice, il soggetto aggiudicatore, ossia l'ente soggetto al rispetto della disciplina di evidenza pubblica, può scegliere di affidare ad un operatore economico, purché abbia adeguate capacità organizzative, tecnico-realizzative e finanziarie, la realizzazione di opere secondo quanto previsto dal progetto definitivo redatto direttamente dall'ente⁵⁸. Se l'importo per la realizzazione dell'opera è pari o superiore a 100 milioni di euro, la stazione appaltante può quindi procedere con l'adozione di questa tipologia di affidamento motivando la scelta in ragione della complessità dell'opera e dell'esigenza di garantirne qualità, sicurezza ed economicità.

L'individuazione del contraente generale è in ogni caso soggetta alla disciplina di evidenza pubblica mediante l'indizione di una gara d'appalto avente ad oggetto il progetto definitivo. Individuato

⁵⁷ Cfr Artt. 176 e ss, D. Lgs 163/2006.

⁵⁸ Art. 194, comma 1, D. Lgs. 50/2016.

l'operatore economico che funge da contraente generale egli assumerà le funzioni di coordinamento tipiche dell'organismo pubblico dovendo, secondo quanto previsto dal Codice provvedere a predisporre il progetto esecutivo e svolgere tutte le attività tecnico amministrative necessarie al prefinanziamento dell'opera nonché alla definizione delle sue modalità di gestione e degli eventuali soggetti gestori. Residua, invece, in capo alla stazione appaltante l'onere di vigilanza sull'operato dell'contraente⁵⁹.

Il contraente generale, qualora si componga di più soggetti, deve costituirsi in società di progetto, avente forma consortile, per azioni ovvero a responsabilità limitata, altrimenti può provvedere all'esecuzione unitaria qualora sia un operatore economico individuale. Egli deve, con qualsiasi mezzo, provvedere alla realizzazione dell'opera, eseguendo direttamente i lavori qualora in possesso delle dovute attestazioni ovvero affidando l'esecuzione a soggetti terzi⁶⁰, se in possesso di tutti i requisiti di qualificazione previsti dall'articolo 84 del Codice. In linea generale, il sub-contratto stipulato tra il soggetto terzo esecutore ed il contraente generale genera un rapporto di diritto privato, di conseguenza residua in capo al contraente generale ampia autonomia in ordine alla scelta del soggetto terzo, purché esente da motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80 del Codice. Il soggetto terzo a sua volta, se autorizzato, potrà liberamente subappaltare le prestazioni secondo quanto disposto dall'articolo 105 del Codice, poiché sebbene il contratto principale sia un contratto di diritto privato, si applica la disciplina del comma 7 dell'articolo 194 del Codice⁶¹.

⁵⁹ Art. 194, commi 2 e 3, D. Lgs. 50/2016.

⁶⁰ Art. 194, comma 6, D. Lgs. 50/2016.

⁶¹ *“Il contraente generale può eseguire i lavori affidati direttamente, nei limiti della qualificazione posseduta, ovvero mediante affidamento a soggetti terzi. I terzi*

Trova invece integrale applicazione il Codice dei contratti pubblici se il contraente generale ha carattere di “organismo di diritto pubblico⁶²” e, dunque, interamente soggetto alla disciplina pubblicistica⁶³. Pertanto, nell'affidare i lavori ad un soggetto terzo, questo dovrà essere individuato attraverso una procedura di evidenza pubblica e il contratto che ne deriva avrà, a tutti gli effetti, carattere pubblicistico. Il soggetto terzo godrà in ogni caso della facoltà di affidare parte delle prestazioni ad altri operatori economici, fermi i limiti previsti dall'articolo 105 del Codice in materia di subappalto.

6. Differenze tra le configurazioni plurisoggettive dei partecipanti alle gare d'appalto

Le configurazioni plurisoggettive, appena illustrate, si distinguono tra loro tanto per la disciplina normativa applicata quanto, e prima ancora, per le loro specificità strutturali e funzionali, motivo per cui il legislatore li ha disciplinati in differenti parti del Codice.

Consorzi, raggruppamenti temporanei, reti di impresa e GEIE sono configurazioni che si caratterizzano per il più ampio coinvolgimento

affidatari di lavori del contraente generale devono a loro volta possedere i requisiti di qualificazione previsti dall'articolo 84, e possono subaffidare i lavori nei limiti e alle condizioni previste per gli appaltatori di pubblici lavori; ai predetti subaffidamenti si applica l'articolo 105.”

⁶² Gli organismi di diritto pubblico trovano definizione ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettera d) secondo cui si intende “*qualsiasi organismo, anche in forma societaria (...), istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.*”

⁶³ Art. 194, comma 6, D. Lgs. 50/2016.

della business community che si rapporta direttamente con la stazione appaltante dal momento di presentazione dell'offerta sino al termine dell'esecuzione del contratto. Dette configurazioni, adottabili a libera discrezione degli operatori economici, si differenziano tra loro per un carattere di maggiore o minore stabilità: i consorzi sono soggetti che implicano una maggiore durata del rapporto tra le imprese componenti, si pensi che i consorzi stabili costituiscono una loro struttura di imprese autonoma per operare per almeno cinque anni nell'ambito dei contratti pubblici, il che sottintende che la medesima configurazione possa essere utilizzata per la partecipazione a molteplici gare d'appalto. Diversamente, invece, gli RTI, le reti di imprese ed i GEIE sebbene si caratterizzino, al pari dei consorzi, per la parità di livello su cui sono posti gli operatori economici che li compongono, sono altresì tipizzati di un carattere di maggiore temporaneità, potendo anche adottare tale struttura per la singola partecipazione alla procedura di evidenza pubblica, ciò che peraltro accade nella stragrande maggioranza dei casi.

Avvalimento e subappalto si può affermare che costituiscono delle esternalizzazioni, quindi determinino un coinvolgimento di soggetti terzi rispetto alla business community che si confronta con la stazione appaltante, anch'esse attuate a discrezionalità dell'operatore economico che intende partecipare alla procedura pubblica di gara. Attraverso l'avvalimento l'impresa affida ad un terzo la garanzia nei confronti della stazione appaltante in ordine al possesso dei requisiti ovvero i mezzi o requisiti necessari per prendere parte alla gara d'appalto. Il subappalto, invece, può essere individuato alla stregua di un "supporto quantitativo" che l'impresa richiede ad un soggetto terzo nell'esecuzione del contratto di cui è affidataria: esso, in particolare, si caratterizza per il rapporto di subalternità che si viene a delineare tra il subappaltatore ed appaltatore che, nel corso degli anni, ha spinto il

legislatore a dettare una rigorosa disciplina al fine di evitare che la stazione appaltante perda il controllo sul soggetto esecutore dell'oggetto del contratto.

Interessante notare come la disciplina sul subappalto stia subendo profonde modifiche, soprattutto in ordine alla *ratio* dell'istituto che proprio per questo suo carattere di subalternità, non era considerato favorevolmente dal legislatore ma che, anche dietro sollecitazione della giurisprudenza comunitaria, potrà essere oggetto a breve oggetto di intensa attività di riforma al fine di rimuovere di alcuni vincoli imposti dal legislatore italiano, e che consentiranno agli operatori economici di ricorrere più agevolmente all'istituto.

L'affidamento a contraente generale è una prassi che, diversamente dalle configurazioni precedenti, la stazione appaltante ha la facoltà di adottare qualora ricorrano i presupposti evidenziati in precedenza; il contraente generale è dunque tenuto ad occuparsi non esclusivamente dell'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, bensì assume un ruolo di coordinamento fungendo anche da stazione appaltante.

IL SUBAPPALTO E ALTRI CONTRATTI DERIVATI

1. Premessa

Il subappalto viene disciplinato all'interno del Codice dei contratti pubblici all'interno del dispositivo dell'articolo 105 che lo definisce quale *“contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto”*.⁶⁴

Dunque, al fine di una trattazione organica dell'istituto del subappalto, si ritiene opportuno inquadrare, almeno sommariamente il concetto del contratto d'appalto, da cui il subappalto deriva e rispetto al quale esso si pone in necessario collegamento funzionale.

L'appalto rientra nel novero dei contratti tipici previsti dal libro quarto del Codice Civile. Troviamo la definizione dell'appalto all'art. 1655 del Codice Civile: *“l'appalto è il contratto con il 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.”*⁶⁵ L'accordo tra le parti è qui in funzione di un (pre)determinato risultato finale (un'opera o un servizio). Secondo una tradizionale classificazione privatistica delle obbligazioni, con la

⁶⁴ Art. 105 comma 2, D. Lgs 50/2016

⁶⁵ Cfr. Abello, L., *Appalto (contratto di)*, in N.D.I., I, Torino, 1937, 525-550; Amore, G., *Appalto e claim*, Padova, 2007; Id., *Appalto nel diritto privato*, in Digesto IV ed., Disc. priv., Sez. comm., I, Torino, 1987, 165-175; Carullo, A.-Iudica, G., *Comment. breve alla legisl. sugli appalti pubbl. e priv.*, Padova, 2009; Cervale, M.C., Cianflone, A.-Giovannini, G., *L'appalto di opere pubbliche*, XI ed., Milano, 2003; Costanza, A., a cura di, *L'appalto privato*, Torino, 2000; Cuneo, A., *Appalti pubblici e privati*, VII ed., Padova, 1972; De Tilla, M., *L'appalto privato*, II ed., in *Il diritto immobiliare*, Milano, 2007; U. Raetta, U.-Vaccà, C., *Il contratto internazionale d'appalto*, Milano, 1992.

conclusione di questo contratto l'appaltatore assume un'obbligazione di risultato che dovrà realizzare a favore del committente, organizzando a sua discrezione tutti i mezzi necessari per la realizzazione dell'opera o del servizio, ed assumendo su di sé ogni rischio e responsabilità connesso all'esecuzione della sua obbligazione. Si suol dire in tal senso che il contratto di appalto è un contratto essenzialmente imprenditoriale, nel senso che l'appaltatore – proprio in ragione del tipo di rischio che si assume e della necessaria composizione dei mezzi per eseguire la sua obbligazione – riveste necessariamente la veste di imprenditore.

La controprestazione dovuta dal committente è rappresentata da un corrispettivo, che nella sua forma essenziale è costituito da una somma di denaro che il committente si impegna a pagare all'appaltatore per la prestazione svolta. Il Codice Civile ammette poi che la prestazione oggetto del contratto d'appalto possa essere conferita ad un soggetto terzo, previa autorizzazione del committente; tale norma, rubricata all'articolo 1656 del Codice Civile, non dà però alcuna definizione *ex lege* dell'istituto del subappalto. Viene però in luce un elemento molto rilevante nel contesto più ampio di analisi che qui si intende assumere: il Codice Civile, nell'unica occasione in cui si occupa di subappalto, lo fa in termini di restrizione, mostrando un atteggiamento tendenzialmente di sfavore verso questo subcontratto, pur consentendo alle parti di ritenerlo invece opportuno.

Il contratto di subappalto disciplinato all'interno del Codice dei contratti pubblici rientra nel più ampio *genus* dell'omonima figura civilistica, sebbene però tra le due si possano comunque individuare alcuni punti di incontro, anche in considerazione del fatto che le rispettive normative sono profondamente differenti, ciò necessariamente in funzione dei diversi interessi tutelati.

2. Il subappalto nel Codice Civile e la sua natura di contratto derivato

Sebbene, come anticipato, il subappalto non trovi definizione normativa, la presenza di una costante giurisprudenza che si è lungamente occupata di questo contratto, molto diffuso nella prassi, consente di offrire un puntuale inquadramento giuridico a detta fattispecie contrattuale. Secondo una massima giurisprudenziale ricorrente, il subappalto è il “*contratto d’appalto con cui l’appaltatore delega ad un terzo (subappaltatore) l’incarico di eseguire i lavori, ovvero i servizi, già da lui assunti nell’originario contratto d’appalto*”. Con il subappalto viene affidata l’esecuzione di servizi o delle opere appaltate con precedente contratto ad un soggetto terzo, economicamente e giuridicamente distinto dall’appaltatore, il subappaltatore, che svolge la prestazione attraverso la propria organizzazione e assumendosene il rischio. La presenza dei caratteri di autonomia in capo al subappaltatore è la *condicio sine qua non* affinché si configuri subappalto.

In generale, il contratto di subappalto ha natura di contratto derivato, di conseguenza, le vicende del contratto d’appalto (principale) – quali l’annullamento o la risoluzione dello stesso – si riflettono necessariamente anche sul contratto di subappalto. Non hanno però

luogo fenomeni di cessione⁶⁶ del contratto, né si configura nessun tipo di subentro⁶⁷ del subappaltatore nella posizione dell'appaltatore: il subappalto resta quindi un contratto che esprime i suoi effetti obbligatori tra appaltatore e subappaltatore, al quale il committente risulta estraneo sia formalmente che sostanzialmente, non acquistando diritti, né assumendo obbligazioni nei confronti del subappaltatore, e conservando *in toto* quelli originari verso l'appaltatore/subappaltante.

Nel subappalto, il committente viene coinvolto esclusivamente con riferimento al suo necessario consenso a che un soggetto terzo, diverso dall'appaltatore, esegua in tutto o in parte le opere o i servizi appaltati⁶⁸. Nella logica della disciplina privatistica il committente gode in merito dei più ampi margini di discrezionalità e non è soggetto ad alcun vincolo di natura procedimentale. A tal proposito la Corte di Cassazione con la sentenza del 4 maggio 1982, n. 2757 ha specificato che non sia necessario che l'autorizzazione al subappalto sia espressa, fermo restando che essa sia desumibile almeno *per facta concludendia*. La motivazione del necessario consenso va ricercata nel fatto che l'appalto è un contratto fondato sull'*intuitu personae*, per cui non è consentita la sostituzione del soggetto che è tenuto ad eseguire l'obbligazione tipica senza il consenso del committente.

In ordine, invece, al regime della responsabilità nei confronti del committente per le prestazioni eseguite dal subappaltatore, è responsabile in via principale l'appaltatore, in quanto egli resta, a

⁶⁶ La cessione contrattuale, ai sensi degli artt. 1406 e ss. del Codice Civile è lo strumento giuridico con il quale una parte può farsi sostituire da un terzo nella propria posizione contrattuale, a condizione che vi sia il consenso della controparte.

⁶⁷ Il subentro è la conseguenza della successione o della sostituzione di una delle parti nel contratto.

⁶⁸ Cfr. Art 1656 Codice Civile

prescindere dal contratto di subappalto, l'unico interlocutore agli occhi del committente.

Sebbene in linea generale al contratto di subappalto si applichi, nei consueti limiti di compatibilità, la disciplina del contratto d'appalto anche in regime di responsabilità⁶⁹, sia la dottrina⁷⁰ che la giurisprudenza⁷¹ hanno evidenziato alcune varianti in merito.

In primis, non è sufficiente che l'affidatario accetti l'opera del subappaltatore senza riserva alcuna. Infatti, poiché il contratto di subappalto è intrinsecamente vincolato al contratto d'appalto, la piena accettazione dell'opera svolta dal subappaltatore è condizionata al parere favorevole reso dalla committente.

Medesima logica è da adottarsi qualora l'appaltatore intenda rivalersi sul subappaltatore per i danni causati dall'inadempimento del subappaltatore: il primo non potrà agire in giudizio contro quest'ultimo se il committente non abbia denunciato vizi o difformità e, come specificato dall'articolo 1670 del Codice Civile, l'affidatario avrà 60 giorni di tempo, a pena di decadenza, per portare il subappaltatore a conoscenza della predetta denuncia.

3. Il subappalto nell'ambito del diritto pubblico

L'istituto del subappalto nell'ambito dei contratti pubblici si configura in modo diverso dal contesto privatistico. In ambito pubblico, vi è un ventaglio eterogeneo di esigenze che il legislatore ha inteso tutelare:

⁶⁹ Artt. 1668 e 1669 del Codice Civile

⁷⁰ Novissimo Digesto italiano, diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula, Unione tipografico-editrice Torinese, Torino 1957, vol. 1.1, pagg. 688 e ss.

⁷¹ Sent. C. Cass. Civ. 16.04.2015, n. 7752.

il principio dell'esecuzione in proprio di contratti pubblici da parte dei loro aggiudicatari, l'evitare che attraverso lo strumento del subappalto venga eluso il principio della necessario possesso dei requisiti di legge nonché di un'idonea qualificazione degli esecutori di contratti pubblici, l'impedire l'esecuzione anche parziale dell'oggetto del contratto da parte di operatori facenti parti di organizzazioni criminali nonché impedire l'aggiramento della normative in materia di tutela di lavoro. Per tali motivazioni, la disciplina dell'istituto del subappalto, per come lo si trova disciplinato nel Codice dei contratti pubblici, ha in comune con quella del rispettivo istituto civilistico esclusivamente la natura di contratto derivato e la subordinazione dell'attività di subappalto al consenso da parte della committenza.

Il subappalto, nella prospettiva assunta dal legislatore pubblico, costituisce una deroga al principio del divieto di cessione dei contratti pubblici. Infatti, come stabilito dal primo comma dell'articolo 105 del Codice e in seguito rimarcato dalla giurisprudenza, nell'ambito della contrattualistica pubblica vige il principio generale e di ordine pubblico di immodificabilità del contraente selezionato con gara pubblica, quindi l'allocatione parziale dell'esecuzione ad un soggetto terzo può essere realizzata e produrre effetti giuridici solo nel rispetto di specifiche condizioni di legge.

Con il contratto di subappalto, l'affidatario di un contratto pubblico, conferisce ad un soggetto terzo, il subappaltatore, l'incarico di svolgere una parte dell'oggetto del contratto d'appalto con contestuale assunzione dell'organizzazione e del rischio dell'esecuzione a proprio carico. L'essenza della fenomenologia relazione del subappalto è la terzietà del subappaltatore rispetto all'appaltante: il subappaltatore esegue le prestazioni oggetto del contratto attraverso la propria organizzazione di impresa, in posizione d'indipendenza e autonomia

rispetto all'appaltatore⁷².

L'autonomia organizzativa non è però sufficiente ad inquadrare formalmente la fattispecie come subappalto; infatti, qualora l'operatore economico terzo esegua le prestazioni attraverso la sua autonoma organizzazione ma si avvalga nell'esecuzione - anche solo parzialmente - di manodopera, mezzi e materiali dell'appaltatore, il contratto in essere rientra nel cd. "affidamento a cottimo", sebbene sostanzialmente entrambe le ipotesi contrattuali siano soggette alle limitazioni previste dall'articolo 105 del Codice.

Al fine di delineare l'ambito di applicazioni delle disposizioni in materia di subappalto occorre tenere in considerazione che il legislatore ritiene assimilabile al subappalto - e quindi estensibile la relativa disciplina - qualsiasi altro contratto derivato da quello principale d'appalto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedano l'impiego di manodopera in misura maggioritaria⁷³ e contestualmente abbiano importo superiore al 2% delle prestazioni affidate in appalto ovvero abbiano importo superiore a 100.000 euro.⁷⁴ Qualora non vengano rispettate contestualmente entrambe le condizioni, si configurerà un sub-contratto non assimilabile a subappalto ma di cui l'appaltatore dovrà ugualmente dare notizia alla stazione appaltante specificando nome del sub-contraente, importo del sub-contratto, oggetto dello stesso ed i dati relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari.

3.1. Il cottimo

Innovazione introdotta dal D. Lgs 50/2016 riguarda il cottimo: infatti,

⁷² A.V.C.P. parere 20 dicembre 2020 AG 25/2012

⁷³ L'incidenza viene calcolata in termini economici e si configura ogni qualvolta il costo della manodopera e del personale sia superiore al 50% del subcontratto da affidare.

⁷⁴ Art. 105, comma 2, 3° periodo, D. Lgs 50/2016

se nel previgente d. lgs 163/2009 il cottimo era considerato un contratto alternativo al subappalto e quindi stipulabile anche con soggetti terzi rispetto ai subappaltatori, nella normativa vigente vi è una quasi totale assimilazione tra subappalto e cottimo, infatti è soggetto alla medesima disciplina autorizzativa dettata dall'articolo 105 del Codice.

Lo stesso Codice definisce il cottimo quale *“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”*⁷⁵.

Il cottimo quindi appare come un contratto di affidamento che differisce da quello di subappalto in quanto avente ad oggetto lavorazioni di minor complessità e di importo minore, ciò in ragione dell’eventualità in cui sia proprio l’appaltatore a fornire materiali, apparecchiature e mezzi d’opera necessari per eseguire le prestazioni. Stante alla definizione data dal Codice il cottimo ad una prima superficiale lettura della norma parrebbe che il cottimo fosse totalmente sovrapponibile al subappalto, in realtà nella realtà vi sono alcune differenze. Essendo il cottimo un contratto avente ad oggetto prestazioni di minor complessità ed aventi importo minore, il legislatore ha previsto che l’autorizzazione venga rilasciata all’esito di una procedura di verifica semplificata e meno stringente di quella prevista per il subappalto. Ai sensi del comma 18 dell’articolo 105 del Codice, per l’autorizzazione

⁷⁵ Art. 3, lett. ggggg-undecies) del Codice.

al cottimo, o in genere dei subappalti di importi minori, è sufficiente una verifica semplificata che non mira ad accertare la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del Codice.

4. Contratti simili assimilabili al subappalto

L'articolo 105 del Codice, al secondo comma, prevede espressamente che quando ricorrano le condizioni indicate⁷⁶, qualsiasi contratto, a prescindere dal suo *nomen iuris*, sia assimilabile al subappalto propriamente inteso e dunque soggetto alla relativa disciplina. La ratio legis è quella di assoggettare alle norme limitative del subappalto tutte quelle sub-prestazioni di qualche rilievo economico rispetto all'appalto nelle quali l'elemento lavoro prevalga su quello della manodopera, ciò al fine di assicurare maggiori garanzie alla stazione appaltante, destinataria finale dell'opera ovvero del servizio, nonché di salvaguardare i lavoratori coinvolti contro comportamenti speculativi ed elusione delle norme applicabili in materia da parte dei sub-contrattenti. All'interno del Codice vengono indicati come contratti simili, a mero titolo esemplificativo, le forniture con posa in opera ed i noli a caldo. È doveroso però precisare che a prescindere dal *nomen iuris* attribuito al rapporto negoziale dalle parti, *“deve considerarsi vietato ogni sub-contratto che nella sostanza, al fine di aggirare il divieto legislativo, miri a raggiungere lo stesso risultato che si realizza con il subappalto o con il cottimo, ossia l'esecuzione di tutti o parte dei lavori oggetto dell'appalto senza l'autorizzazione della stazione*

⁷⁶ Ossia l'importo del contratto sia superiore al 2 per cento delle prestazioni affidate ovvero di importo complessivo superiore ad euro 100.000 e l'incidenza dell'impiego della manodopera del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.

appaltante".⁷⁷

Non è, però, sempre agevole distinguere il subappalto da affidamenti simili, sebbene tale distinzione sia necessaria nel caso in cui la prestazione oggetto del subcontratto abbia importo inferiore a 100.000 euro o al 2% del contratto d'appalto e la manodopera non sia l'elemento prevalente, poiché non è da applicarsi il regime previsto per il subappalto.

4.1. Forniture con posa in opera

La fornitura con posa in opera è una fattispecie contrattuale mista in cui oltre all'obbligazione di vendita – prestazione del "dare" - è prevista un'attività di impresa fornitrice attraverso l'impiego di manodopera o maestranze in genere, per l'utilizzo dei materiali forniti: si configura quindi, la fornitura con posa in opera ogniqualvolta la componente lavori sia di fatto accessoria, prevalendo l'attività del "dare" rispetto a quella del "facere".

Il Ministero dei Lavori Pubblici, con la circolare 9 marzo 1983, n. 477/UL ha ulteriormente inquadrato tale fattispecie specificando che il carattere distintivo della fornitura con posa in opera è da rinvenirsi nel fatto che essa si occupa esclusivamente nell'installazione del bene fornito, non occupandosi di trasformazione di materiali grezzi. Coerentemente a tale principio, anche l'ANAC⁷⁸ si è espressa in merito, sottolineando che, la differenza tra la fornitura con posa in opera ed il subappalto non è correlata al valore economico del materiale fornito rispetto al valore complessivo del sub-contratto. La fornitura con posa in opera, si caratterizza per il fatto che la posa in opera si sostanzia in prestazioni esecutive strumentali all'installazione

⁷⁷ AVCP, parere 8 marzo 2012, n 38.

⁷⁸ A. V.C.P., atto di regolazione 31.1.2001, n. 5

dei beni prodotti in serie onde renderli operanti, mantenendo la loro identità naturale, predefinita all'installazione⁷⁹.

In conclusione, si può ragionevolmente individuare l'elemento discriminante per stabilire se trattasi di un servizio ovvero di una fornitura con posa in opera, nella presenza o meno di attività di trasformazione *ad hoc* del bene fornito che alteri o muti le caratteristiche iniziali dello stesso: la prestazione oggetto del contratto dev'essere dunque intesa nel significato tecnico di mera installazione, necessaria a rendere il bene idoneo ad essere utilizzato.

4.2. Il nolo a caldo

Il nolo a caldo è un contratto misto in cui *“la prestazione principale di locazione o noleggio di un macchinario, ne viene affiancata una accessoria avente ad oggetto l'attività dell'operatore, messo a disposizione dalla ditta fornitrice del mezzo, addetto al funzionamento del macchinario stesso”*⁸⁰. Anche in tal caso siamo di fronte ad un contratto in cui prestazione eseguita dalla manodopera ha carattere accessorio rispetto alla prestazione principale, costituita qui dalla locazione di un bene.

Non si configura in tali casi un subappalto, quindi, in virtù del fatto che l'appaltatore acquisisce il macchinario del quale è sprovvisto nonché la disponibilità di attività lavorativa alle dipendenze dell'impresa locataria, impiegando tale forza lavoro “esterna” all'interno della propria organizzazione. L'incaricato all'utilizzo del macchinario messo a nolo agisce come preposto dell'appaltatore, venendo ad essere assoggettato ai poteri direttivi e di controllo di quest'ultimo.

⁷⁹ R. PERFETTI, il nuovo codice dei contratti pubblici commentato, Wolters Kluwes, 2017, p. 951 Crf. ANAC, deliberazione 10.04.2013, n. 14.

⁸⁰ TAR Veneto I sez., 18 settembre 2009, n. 2416.

Va però tenuto presente, quanto alle prestazioni accessorie svolte dall'addetto che non attengono esclusivamente al mero funzionamento del macchinario, ma implicino conoscenze ovvero lavorazioni specialistiche, che, venendo meno il carattere di accessorietà della manodopera rispetto al bene fornito, si configura in una simile ipotesi a tutti gli effetti un subappalto⁸¹.

5. Il subappalto necessario

L'istituto del subappalto necessario in origine trovava disciplina all'interno dell'articolo 109 del D.p.R 207/2010, il quale trattando degli appalti di lavori affermava che per le prestazioni appartenenti alle categorie scorporabili, per le quali l'appaltatore non fosse stato in possesso dei requisiti di qualificazione, intesi quali l'attestazione SOA, era possibile ricorrere al subappalto per detta prestazione affidando l'esecuzione ad un soggetto debitamente qualificato.

Il DpR citato è stato abrogato e sostituito dal Decreto Legge 28 marzo 2014, n. 47 il quale ha mantenuto sostanzialmente invariato l'istituto prevedendo che non possa essere escluso dalla partecipazione alla gara d'appalto l'operatore economico non in possesso dell'attestazione SOA per le opere di categoria scorporabile, purché si impegni a subappaltarne l'esecuzione ad un soggetto terzo in possesso della relativa qualificazione.

Appare evidente che il subappalto cd. necessario si configura come un istituto finalizzato ad estendere e favorire la partecipazione del tessuto imprenditoriale alle gare pubbliche, consentendo ad imprese

⁸¹ In merito C pen, III sez, 13 giugno 1997, n.6923, C pen, III sez. 8 aprile 2010, n. 19737.

non in grado, autonomamente, di fornire le qualificazioni necessarie per partecipare autonomamente alla selezione concorsuale per una certa categoria di opere, di presentare un'offerta.

Il subappalto cd. necessario si differenzia dal subappalto cd. ordinario o facoltativo in cui l'operatore economico affidatario, in possesso di tutti i requisiti necessari per l'esecuzione dell'opera, può scegliere - sulla base delle proprie valutazioni strategiche - di affidarne l'esecuzione a soggetti terzi qualificati, alle condizioni già in precedenza evidenziate.

Sebbene dal punto di vista normativo non sia espressamente prevista l'applicabilità dell'istituto del subappalto necessario nell'ambito degli appalti di forniture e servizi, prevale l'opinione favorevole all'estensione anche a questo ambito di attività suggerita sia dall'ANAC, sia dalla giurisprudenza. La prima, nella delibera del 27 maggio 2020, n. 462, chiarisce che sebbene l'Autorità stessa non ritenga opportuno inserire la clausola del subappalto qualificante all'interno dei bandi tipo per l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari, tale inserimento *“non costituirebbe motivo di illegittimità finanziaria. (...) Se ne desume, pertanto che, a differenza degli appalti di lavori, ove il ricorso al subappalto qualificante è consentito a prescindere da un'espressa previsione negli atti di gara, negli affidamenti di servizi e forniture è facoltà delle Stazioni Appaltanti inserire nella lex specialis clausole che ne consentano l'utilizzo agli operatori economici”*.

L'orientamento favorevole da parte della giurisprudenza è ben riassunto dal dispositivo della sentenza 14 gennaio 2021, n. 114 del T.A.R. Lombardia, Sez. IV, che richiamando la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 3504/2020 afferma l'ammissibilità del subappalto per la prova dei requisiti di qualificazione o di capacità negli appalti di

servizi.

5.1. Subappalto necessario ed avvalimento

La funzione svolta dall' subappalto necessario, consente di delineare dei profili comuni rispetto ad un altro istituto ausiliario di cui si può disporre se in carenza dei requisiti necessari, vale a dire l' avvalimento di cui si occupa l' articolo 89 del Codice. Sebbene la finalità dei due istituti sia simile, essi si differenziano in quanto l' avvalimento attiene ai requisiti di partecipazione alla gara, consentendo all' offerente di mutuare da un terzo i requisiti di ammissione di cui è privo: l' impresa ausiliaria, quindi rimane formalmente estranea al contratto, tuttavia risponderà in solido all' affidatario nei confronti della stazione appaltante.

Il subappalto necessario invece pertiene alla fase esecutiva dell' affidamento ma, a differenza dell' avvalimento non realizza un' integrazione delle capacità dell' aggiudicatario, in quanto costituisce uno dei modi di organizzazione dell' impresa dell' appaltatore e comporta una mera sostituzione dell' esecuzione della prestazione contrattuale; motivo per cui, l' appaltatore è l' unico responsabile nei confronti della committente per l' adempimento delle obbligazioni contrattuali⁸².

⁸² Cfr. TAR Lombardia Milano IV sez., 5 marzo 2015, n. 645.

CAPITOLO TERZO

L'EVOLUZIONE NORMATIVA DEL SUBAPPALTO NEGLI APPALTI PUBBLICI

1. Premessa

L'istituto del subappalto, e il rapporto tra i soggetti della relazione trilatera committente / appaltatore / subappaltatore, nel corso del tempo è stato oggetto di molteplici riforme, precursori dell'assetto normativo attualmente vigente. Come è stato efficacemente indicato in dottrina⁸³, si possono individuare tre fasi normative precedenti dell'intervento dei codificatori del 2016.

Inizialmente la legge 20 marzo 1865, n. 2248, "legge fondamentale sui lavori pubblici", considerava il subappalto vietato in linea di principio e dunque "sanzionato" con il rimedio risolutorio ad iniziativa della stazione appaltante. L'eccezione era costituita da episodi sporadici di ricorso all'istituto che dovevano essere esplicitamente autorizzati dalla stazione appaltante; il tutto entro limiti e a condizioni particolarmente stringenti

Successivamente, il legislatore con la legge 166/2002 cd. Legge Merloni-*quarter*, maggiormente attento al rischio di infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici ha disciplinato puntualmente il procedimento

⁸³ Cfr. M. CLARICH, "Commentario al codice dei contratti pubblici", 2019, Giappichelli 2° ed., pag. 828 e seguenti.

autorizzatorio che l'amministrazione doveva porre in essere al fine di affidare le opere in subappalto, nonché sanciva, in caso di subappalto non autorizzato, una sanzione penale in aggiunta a quella civilistica della risoluzione contrattuale. Infine con l'emanazione del D. Lgs. 163/2006, il legislatore nazionale, nel dare attuazione alle direttive 200/17/UE e 2004/18/UE, ha ritenuto opportuno disciplinare dettagliatamente il procedimento autorizzativo, inserire dei limiti quantitativi di ricorso all'istituto, nonché regolare la fase esecutiva del rapporto.

Ai fini di una trattazione esaustiva dell'evoluzione del rapporto in essere tra stazione appaltante, appaltatore e subappaltatore si è ritenuto necessario procedere nell'analisi della disciplina dell'istituto per essa come appariva prima dell'emanazione delle direttive europee del 2014 e del loro strumento attuativo in Italia, il D. Lgs 50/2016.

2. Il subappalto nel D. Lgs. 163/2006

Il previgente Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, noto anche come Codice dei contratti pubblici, costituiva l'attuazione delle precedenti direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE ed è stato successivamente abrogato integralmente dal nuovo Codice dei contratti pubblici il D. Lgs 50/2016.

La norma principale di riferimento è l'articolo 118 del D. Lgs 163/2006 che, sebbene non dia una definizione di subappalto, detta la disciplina a cui devono attenersi committente, appaltatore e subappaltatore nel momento della stipula di un sub-contratto derivante da un contratto d'appalto pubblico.

Il contratto di subappalto, analogamente a quanto previsto dalla

normativa civilistica per l'istituto tra privati, è soggetto ad autorizzazione preventiva da parte della committenza⁸⁴, nel caso di specie, la stazione appaltante. L'operatore economico che intendeva avvalersi del subappalto, già in sede di offerta doveva provvedere ad indicare le prestazioni oggetto dell'appalto che gli si riservava di dare in subappalto a terzi nel rispetto dei limiti individuati dalla normativa; la mancanza di tale dichiarazione, sebbene non costituisse motivo di esclusione, impediva all'aggiudicatario di fare ricorso all'istituto nel corso di esecuzione del contratto. L'aggiudicatario, venti giorni prima dell'avvio effettivo delle prestazioni oggetto di subappalto, aveva l'onere di depositare presso la stazione appaltante copia del contratto di subappalto unitamente al certificato che attestasse la sussistenza in capo al subappaltatore dei requisiti di ordine generale nonché dei requisiti soggettivi previsti dal bando per l'esecuzione delle prestazioni.

Per quanto attiene i subappalti di lavori aventi importo non superiore a 150.000 euro, il D.p.R 207/2010, ancora in vigore, prevede che non sia necessaria la qualificazione SOA⁸⁵ del subappaltatore purché egli sia in possesso dei requisiti di ordine tecnico-organizzativo da comprovare in sede di deposito del contratto attraverso la produzione: di certificati di esecuzione lavori analoghi realizzati nell'ultimo quinquennio, dell'attestazione che il costo sostenuto per il personale dipendente nell'ultimo quinquennio è /almeno pari al 15% dell'importo del subappalto unitamente all'elenco dell'attrezzatura posseduta. Qualora invece il subappaltatore possieda detta qualificazione per categorie differenti da quella oggetto del contratto, il possesso dei

⁸⁴ L'autorizzazione si esauriva nella mera ricognizione, non discrezionale, del possesso delle condizioni di ammissibilità dell'operatore, in ordine ai requisiti di ordine generale nonché dei requisiti soggettivi in capo all'subappaltatore.

⁸⁵ Art. 60, comma 2, D.p.R. 207/2010.

requisiti si intende soddisfatto⁸⁶.

Dal deposito decorrevano quindi i trenta giorni entro cui la stazione appaltante poteva esprimere detta autorizzazione ovvero, in mancanza di espressione alcuna, il subappalto si intendeva concesso per silenzio – assenso, salva l'ipotesi in cui la mancata denuncia dell'operatore economico agli enti previdenziali, antinfortunistici e assicurativi ovvero la mancata presentazione del D.U.R.C.⁸⁷ rendeva illegittima l'assegnazione.

Qualora gli operatori avviassero ugualmente l'attività, senza la prescritta autorizzazione, veniva a configurarsi il reato di subappalto illecito che sanzionava appaltatore e subappaltatore.

Tutte le prestazioni oggetto del contratto d'appalto erano poi subappaltabili nel limite massimo del trenta per cento dell'importo contrattuale, la stessa norma specificava inoltre che, nel caso di appalti di lavori, il suddetto limite si applicava esclusivamente alla categoria prevalente, consentendo quindi all'operatore economico di subappaltare *in toto* i lavori di categoria scorporabile. Era altresì vietato in linea generale il subappalto a cascata, sebbene successivamente venne legittimata la deroga a tale divieto per alcune ipotesi specifiche, opere ed impianti speciali - secondo quanto indicato dal D.p.R. 5 ottobre 2010, n. 207⁸⁸ - per le quali era quindi ammesso l'ulteriore subappalto, previa autorizzazione della stazione appaltante.

I pagamenti per le prestazioni effettuate dal subappaltatore potevano essere corrisposti direttamente dalla stazione appaltante, se tale

⁸⁶ Art. 90, comma 1, D.p.R. 207/2010.

⁸⁷ Documento Unico di Regolarità Contributiva è l'attestazione della regolarità dei pagamenti agli enti INPS, INAIL e Cassa edile, finalizzato alla repressione del lavoro nero e delle irregolarità assicurative e contributive.

⁸⁸ Art. 170, comma 2, D.p.R. 207/2010, disposizione abrogata ai sensi dell'articolo 217, comma 1, lett. u) del D. Lgs 50/2016.

previsione era contenuta all'interno della *lex specialis* di gara o, in alternativa, tale onere sorgeva in capo all'appaltatore che entro venti giorni era tenuta a trasmettere alla committente prova dell'effettuato pagamento. Al fine di prevenire l'infiltrazione della criminalità organizzata nel tessuto economico nazionale, con la Legge 13 agosto 2010, n.136 recante il "Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di antimafia", che ha introdotto puntuali previsioni circa la tracciabilità dei flussi finanziari, per le quali *"gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici devono utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali, accesi presso banche o presso la società Poste italiane Spa, dedicati, anche non in via esclusiva (...) alle commesse pubbliche. Tutti i movimenti finanziari relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici nonché alla gestione dei finanziamenti di cui al primo periodo devono essere registrati sui conti correnti dedicati e, (...), devono essere effettuati esclusivamente tramite lo strumento del bonifico bancario o postale, ovvero con altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni."*⁸⁹

In ordine invece al regime di responsabilità l'articolo 118 del D. Lgs 163/2006 disponeva che l'appaltatore fosse responsabile in solido con il subappaltatore per l'assolvimento del trattamento economico e retributivo dei lavoratori, sebbene, richiamando quanto disposto dal D. Lgs 276/2003, si prevedeva che anche la committente fosse responsabile in solido ad affidatario e subappaltatore circa l'osservanza degli obblighi retributivi e contributivi che quest'ultimo è tenuto a corrispondere nei confronti dei suoi dipendenti per le

⁸⁹ Art. 3, comma 1, L. 136/2010.

prestazioni rese nell'ambito del subappalto.

Non prevista direttamente dal testo di legge in esame, sebbene invece desumibile dalla disciplina fiscale, la disciplina della responsabilità riguardante il versamento dell'IVA relativa all'appalto: inizialmente il D. L. 223/2006 disponeva che per il mancato versamento dell'imposta da parte del subappaltatore, fossero responsabili in solido stazione appaltante, appaltatore e subappaltatore. La citata norma venne poi ad essere abrogata dal successivo D.L. 69/2013 noto anche come "decreto del fare" che prevedeva l'abolizione della responsabilità solidale ai fini fiscali in capo alla stazione appaltante, salva l'ipotesi del mancato versamento delle ritenute Irpef sul reddito dei dipendenti impiegati nell'appalto, prevedendo invece la responsabilità fiscale in solido tra appaltatore e subappaltatore.

3. Il subappalto nella direttiva 2014/24/UE

La Direttiva 2014/24/UE emanata congiuntamente da Parlamento e Consiglio Europeo in data 26 febbraio 2014 reca le norme sugli appalti pubblici che abrogavano la precedente direttiva 2004/18/CE. In particolare le disposizioni in materia di subappalto sono contenute all'interno del dispositivo dell'articolo 71 soffermandosi specificatamente sui principi in materia che gli Stati membri dovranno adottare. La disciplina comunitaria è improntata in via principale sul rispetto degli assunti del *favor participationis*, della parità di trattamento e non discriminazione degli operatori economici, ai quali spettano invece il rispetto "*degli obblighi di diritto ambientale, sociale e del lavoro*" stabiliti, che devono essere assolti dal subappaltatore e comprovati nei confronti della stazione appaltante da parte

dall'appaltatore.

Tutti gli obblighi, di cui sopra, che gli Stati Membri prevedono per il subappalto di lavori o servizi forniti sotto la diretta supervisione dell'amministrazione, possono essere estesi, a titolo esemplificativo, ad altre tipologie di contratti pubblici nonché ai subappaltatori successivi alla catena del subappalto, di qui si desume che le prestazioni già oggetto di subappalto possano essere a loro volta subappaltate ulteriormente. Misura che, se da un lato, consente il maggior coinvolgimento degli operatori economici, dall'altro può provocare la perdita di controllo in capo alla stazione appaltante su soggetto esecutore delle prestazioni che vengono subappaltate a cascata. È dunque ragionevole sostenere, che l'Unione Europea in materia di subappalto è favorevole alla completa ed incondizionata subappaltabilità delle prestazioni dedotte in contratto.

L'impostazione adottata non è da considerarsi una novità nel panorama comunitario, in quanto anche le precedenti direttive venivano interpretate in tal senso dalla giurisprudenza. A titolo esemplificativo si faccia riferimento alle sentenze 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646) e 14 luglio 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, (C-406/14, EU:C:2016:562), con riguardo alla previgente direttiva 2004/18. Nella prima al punto 31 la Corte constatava che *“l'articolo 25 della stessa direttiva”* – direttiva 2004/18 – *“considera il ricorso a subappaltatori senza indicare limitazioni in proposito”*. Nella successiva, richiamando quanto già disposto nel citato punto 31, la Corte statuiva che, sebbene sia facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice chiedere di indicare in sede di offerta le parti dell'appalto che intende subappaltare, risulterebbe incompatibile con la direttiva inserire all'interno della *lex specialis* di gara clausole che impongono *“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.”

Non stupisce quindi che il legislatore, nell'emanare la nuova direttiva 2014/24 abbia voluto mantenere la posizione sul tema già assunta in precedenza, inserendo nell'articolo 71 alcune norme supplementari in materia di subappalto, quali la possibilità per l'amministrazione di chiedere o di essere obbligata dallo Stato Membro a chiedere all'operatore di dichiarare in sede di offerta se intende avvalersi di soggetti terzi nell'esecuzione nonché la possibilità di ammettere, in determinate condizioni la possibilità di pagamento diretto. Anche la giurisprudenza, nell'interpretare la direttiva 2014/24, resta ferma sulle posizioni già adottate in precedenza affermando⁹⁰ che *“secondo una giurisprudenza costante, e come risulta dal considerando 78 della direttiva 2014/24, in materia di appalti pubblici è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile”*, riconoscendo inoltre che, l'assicurare il massimo rispetto principio del *favor participationis* anche in materia di subappalto *“può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici”*.

L'Unione Europea nel disciplinare il rapporto di subappalto, lascia così massima libertà all'appaltatore di avvalersi dell'istituto di subappalto, imputandogli principalmente l'onere di darne comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice nonché di fornire a quest'ultima tutti gli elementi idonei a comprovare il soddisfacimento delle condizioni previste per l'esecuzione del contratto, da parte dell'operatore economico scelto quale subappaltatore.

⁹⁰ Sentenza 26 settembre 2019, Vitali SpA – Autostrade per l'Italia, C-63/18, ECLI:EU:C:2019:787, punto 27.

4. Il subappalto nel D. Lgs 50/2016

L'istituto del subappalto è disciplinato nel nuovo Codice all'articolo 105, come già riferito, il quale, nel darne definizione specifica, trasmette chiaramente l'idea che il ricorso a tale subcontratto debba considerarsi una misura eccezionale rispetto alla regola, dell'esecuzione diretta della prestazione oggetto dell'appalto da parte del soggetto affidatario⁹¹, sebbene non dia luogo né ad una cessione del contratto né altri fenomeni di subentro.

Per la prima volta, nell'ambito della disciplina pubblicistica dell'istituto il legislatore ne dà puntuale definizione affermando che *“il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto di contratto”*.

Al pari di quanto previsto per i contatti di diritto privato⁹² è necessaria l'autorizzazione del committente, sebbene nell'ambito pubblico il legislatore intenda tale autorizzazione resa esplicita e procedimentalizzata già in sede di presentazione d'offerta, in cui l'operatore economico deve dichiarare le attività che intende subappaltare, nel rispetto della soglia massima del 30% dell'importo del contratto.

Qualora l'appalto sia cd sopra-soglia⁹³ o, indipendentemente dall'importo, le prestazioni subappaltate rientrino nel novero delle attività maggiormente esposte al rischio di infiltrazioni mafiose⁹⁴, l'operatore economico è tenuto ad indicare una terna di subappaltatori

⁹¹ Art. 105 comma1, D. Lgs 50/2016, nel quale si legge “è ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo”.

⁹² Art. 1656, Codice Civile

⁹³ Importo contrattuale superiore alle soglie comunitarie definite all'articolo 35, D. Lgs 50/2016. Per gli importi vedasi nota 47, pag. 28 del presente elaborato

⁹⁴ Elenco individuato dall'art. 1, comma 53, L. 190/2012

di cui potrà avvalersi: questi dovranno sottoscrivere il DGUE⁹⁵ dell'appaltatore, comprovante la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice, nonché dei requisiti soggettivi previsti dal bando di gara. Tale disposizione, contenuta all'interno del comma 6 dell'articolo 105 è stata abrogata in via transitoria, inizialmente fino al 31 dicembre 2020 per effetto del decreto legge 32/2019 c.d. "decreto Sblocca cantieri" convertito con legge n. 55/2019 e in seguito la sospensione è stata prorogata fino al 31 dicembre 2021, ai sensi 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.

In seguito all'aggiudicazione, prima dell'avvio dell'esecuzione delle prestazioni subappaltate, l'appaltatore deve provvedere ad avanzare formale richiesta di autorizzazione al subappalto depositando presso l'amministrazione tutta la documentazione tecnica ed amministrativa inerenti i lavori subappaltati; il contratto di subappalto, invece, è sufficiente che sia presentato venti giorni prima dell'inizio delle attività. Il provvedimento, espresso o tacito, di autorizzazione viene emesso entro trenta giorni dalla richiesta, il termine viene dimezzato a quindici se l'importo del subappalto è inferiore al 2% dell'importo ovvero non superiore ad euro 100.000. In considerazione del fatto che il legislatore ha previsto due termini differenti per l'autorizzazione e per il deposito del contratto del subappalto, è ragionevole dedurre che il contratto non è necessario che venga consegnato dall'amministrazione in sede di richiesta di autorizzazione e tale deposito possa avvenire anche in un secondo momento, fermo il limite di venti giorni previsto per l'inizio delle attività.

⁹⁵ Acronimo di Documento di Gara Unico Europeo, è un'autodichiarazione, rientrante nel novero della documentazione di tipo amministrativo, resa in sede di presentazione dell'offerta dall'impresa con riguardo alla propria situazione finanziaria, sulle proprie capacità e sulla propria idoneità per la procedura d'appalto.

In primo luogo, l'autorizzazione è, ovviamente, rilasciata solo entro i limiti quantitativi fissati in linea generale per tutti gli operatori economici e per tutti i generi di prestazioni: sebbene inizialmente le prestazioni subappaltabili consistevano nel 30% dell'importo contrattuale, con il successivo decreto legge 55/2019 c.d. "sblocca cantieri" tale soglia viene innalzata al 40%, salvo le opere c.d. superspecialistiche per cui il limite è fissato al 30%. Alle citate norme limitative soggiacciono tutte le prestazioni oggetto di sub-contratto aventi: rilievo economico rispetto al contratto principale - importi superiore al 2% dell'importo dell'appalto ovvero ad euro 100.000 – nonché attività in cui l'elemento lavoro prevalga su quello materiale. Se non ricorrono le predette condizioni il contratto derivato non configura subappalto, pur essendo a tutti gli effetti un sub-contratto: in questa ipotesi l'affidatario è tenuto a comunicare alla stazione appaltante, prima dell'inizio di ciascuna prestazione oggetto di subcontratto, *"le generalità del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati"*⁹⁶. Si noti come il legislatore non abbia previsto esplicitamente un numero chiuso di fattispecie contrattuali assimilabili al subappalto, rimettendo quindi la facoltà in capo all'amministrazione di valutare, se ricorrano le condizioni per cui si configura un rapporto di subappalto nell'esecuzione del contratto. Si rammenta che, in ordine all'uso del subappalto, il Codice non pone limiti alla libera organizzazione dell'appaltatore che nel rispetto della quota massima di prestazioni subappaltabili può liberamente scegliere di affidare a terzi una o più prestazioni nell'esecuzione dell'appalto, purché dichiarate in sede d'offerta.

In secondo luogo, è necessario che il subappaltatore sia qualificato per la categoria che l'affidatario del contratto ha dichiarato di voler

⁹⁶ Art. 105, comma 2, D. Lgs 50/2016.

subappaltare, sia in possesso dei requisiti di ordine generale previsti dall'articolo 80 del Codice e che, contestualmente non abbia partecipato alla gara per l'affidamento dell'appalto.

In riferimento a quest'ultimo requisito, l'Unione Europea ha avanzato delle perplessità per le quali, tra le altre, ha avviato nei confronti dell'Italia la Procedura di Infrazione n. 2018/2273 affermando che i divieti incondizionati in materia di subappalto sono lesivi del "*principio di proporzionalità in quanto essi non lasciano agli operatori economici alcuna possibilità di dimostrare che il fatto di aver partecipato alla stessa procedura di gara, (...) non ha influito sul loro comportamento nell'ambito di tale procedura di gara né incide sulla loro capacità di rispettare gli obblighi contrattuali*".⁹⁷

Per quel che attiene l'esecuzione del contratto di subappalto, l'affidatario resta l'unico responsabile anche della parte di prestazioni rimesse al subappaltatore, rapporto interno ai quali viene ad applicarsi la disciplina codicistica per la quale ogni mancanza del subappaltatore costituisce una mancanza dell'appaltatore per effetto di una sua *culpa in eligendo* ed in *vigilando*, della quale risponderà nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice. In caso, invece, di violazioni di obblighi retributivi o contributivi - salva l'ipotesi di pagamento diretto - sono responsabili in solido appaltatore e subappaltatore. Incombe dunque sull'appaltatore l'onere di verificare che il subappaltatore rispetti tutte le prescrizioni sul trattamento economico, previdenziale e normativo dei lavoratori, avendo cura di trasmettere alla stazione appaltante la relativa documentazione.

Ulteriore disciplina inerente il rapporto interno al subappalto, concerne il trattamento economico che l'appaltatore applica nei confronti del

⁹⁷ Cfr. Procedura di Infrazione n. 2018/2273, lettera di messa in mora, pag. 17, punto E).

subappaltatore, in quanto esso non può prevedere un ribasso oltre il 20% rispetto ai prezzi unitari d'appalto, ribasso che invece non può applicarsi sui costi della sicurezza e della manodopera. L'inserimento di tale disposizione all'interno del contesto normativo, trova ragione in virtù del fatto che il rapporto di subappalto è di per sé subalterno e quindi facilmente suscettibile di comportamenti speculativi da parte degli appaltatori, che andrebbero a discapito dei lavoratori, dei costi della sicurezza nonché più in generale inficerebbero la qualità delle prestazioni. Anche in ordine a tale limite di ribasso generale ed astratto, la Corte di Giustizia Europea si è pronunciata sfavorevolmente, in quanto l'apposizione di tali limiti contrasta con gli obiettivi principali delle direttive europee di apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia e di consentire largo accesso delle PMI alle gare d'appalto. Con la previsione di un limite di ribasso per il pagamento delle prestazioni al subappaltatore, la normativa italiana impedirebbe *“l'eventuale vantaggio concorrenziale in termini di costi che i lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto presentano per le imprese che intendono avvalersi di detta possibilità”* con la conseguenza che le imprese vengono dissuase dal ricorrere all'istituto nell'esecuzione dell'appalto⁹⁸.

5. Discipline a confronto

L'impostazione adottata in tema di rapporto di subappalto dai due legislatori comunitario e nazionale appare notevolmente diversa anche in termini di concezione generale dell'istituto e d'inquadramento nel contesto normativo. L'ordinamento comunitario, favorevole alla

⁹⁸ CGUE, Sez. V, 27 novembre 2019, causa C-402/18, cd “Tedeschi srl”, punto 59.

massima subappaltabilità delle opere dedotte in contratto, vede il subappalto semplicemente come un mezzo di cui l'appaltatore può avvalersi per realizzare l'appalto e con il quale, oltretutto, può favorirsi la crescita delle piccole e medie imprese, obiettivo molto caro alla comunità europea in considerazione del tessuto economico comunitario che si compone di un ampio numero PMI. Fermi il regime autorizzatorio del subappalto e la responsabilità in capo all'appaltatore nei confronti della stazione appaltante per la prestazione resa dal subappaltatore, l'Unione Europea non ha dettato ulteriori disposizioni in materia, salvo prevedere la possibilità per gli Stati Membri di: adottare regole che legittimino le amministrazioni a richiedere agli operatori economici di manifestare già in sede di offerta la loro volontà di ricorrere al subappalto, ovvero di prevedere disposizioni per il pagamento diretto nei confronti del subappaltatore, adottando, qualora necessario misure normative più rigide rispetto a quelle comunitarie.

Può stupire come il legislatore italiano, nel recepire la direttiva europea, abbia mantenuto in punto subappalto una connessione ancora molto forte alla disciplina nazionale previgente rispetto a quanto invece disposto dal legislatore europeo. Tale atteggiamento è in realtà coerente con le peculiarità della fenomenologia concreta degli appalti pubblici nel nostro Paese. Le maggiori cautele nell'adozione del meccanismo del subappalto si spiegano in ragione del contrasto a fenomeni illeciti sia di sfruttamento del lavoro irregolare, sia più in generale del contrasto alla criminalità organizzata. Si pensi che, in tema di limiti quantitativi al subappalto, di cui tanto si è discusso per la significativa distanza dall'ordinamento comunitario, essi erano stati introdotti già dalla legge 19 marzo 1990, n. 55, recante *“nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale”*. Con l'emanazione del nuovo Codice, si può ragionevolmente sostenere

che il legislatore è andato ad inasprire il limite massimo di prestazioni subappaltabili; rispetto al previgente D. Lgs 163/2006 che limitava esclusivamente le prestazioni di categoria prevalente per gli appalti di lavori, il vigente prevede che il limite si applichi alle prestazioni in toto, a prescindere dal carattere della prestazione.

Il discostarsi dalla normativa comunitaria, quindi, troverebbe dunque giustificazione nelle peculiarità del mercato dei contratti pubblici in Italia e dalla necessità di dare prioritaria attenzione a valori fondamentali diversi da quelli che emergono dalla disciplina europea: da un lato l'Unione Europea cerca favorire la libera concorrenza e la crescita delle medie imprese mentre dall'altro il legislatore italiano, tenuto conto del poco controllo in capo alla stazione appaltante sul subappaltatore e al contempo considerata l'incidenza della criminalità organizzata sul territorio nazionale, cerca di imporre puntuali limiti e controlli per evitare il diffondersi di pratiche speculative nonché di infiltrazioni mafiose all'interno del tessuto economico italiano.

CAPITOLO QUARTO

IL RAPPORTO DIRETTO TRA STAZIONE APPALTANTE E SUBAPPALTATORE

1. Premessa

Il rapporto di subappalto, sia esso nell'ambito di un contratto pubblico ovvero privato, si caratterizza per l'assenza di un rapporto diretto tra la committenza ed il soggetto esecutore dell'opera, in quanto tra i due vi è la mediazione del soggetto affidatario del contratto.

Tanto il legislatore comunitario che quello nazionale, hanno però previsto delle ipotesi in cui si configura un rapporto diretto tra stazione appaltante e subappaltatore, riducendo così il grado di subalternità che da sempre caratterizza l'istituto. Le fattispecie prese in considerazione attengono principalmente alla disciplina fiscale e lavoristica in quanto hanno ad oggetto il pagamento diretto dei dipendenti del subappaltatore e l'applicazione del *reverse charge*.

2. Il pagamento diretto

Di norma, quanto dovuto per l'esecuzione dell'opera o del servizio svolta dal subappaltatore, è corrisposto dall'appaltatore. La normativa previgente prevedeva che il pagamento diretto del committente era

una mera facoltà in capo alla stazione appaltante che, a sua discrezione, poteva indicare espressamente nella *lex specialis* di gara che provvederà a corrispondere quanto dovuto direttamente al subappaltatore.

Con le nuove direttive comunitarie si introduce la possibilità per gli Stati Membri di inserire all'interno dei rispettivi ordinamenti, la previsione del pagamento diretto del subappaltatore da parte della stazione appaltante⁹⁹. La *ratio legis* di questa previsione normativa è da ricondursi al favorire l'ingresso nel mercato degli appalti pubblici delle micro, piccole e medie imprese, soggetti che non hanno di norma una capacità finanziaria tale da sostenere autonomamente i costi connessi all'esecuzione di un appalto.

Il legislatore italiano, nel recepire la direttiva, ha previsto il pagamento diretto, ammettendo però la sua configurazione in specifiche ipotesi tipizzate all'interno del comma 13 dell'articolo 105 ossia:

“a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa¹⁰⁰;

b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;

c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.”

Si noti che con le prime due fattispecie il legislatore ha voluto dare risposta alla esigenza di tutela del subappaltatore che è a tutti gli effetti

⁹⁹ Art. 71, paragrafo 3. Direttiva 2014/24/UE

¹⁰⁰ Per l'inquadramento del concetto di micro impresa e piccola media impresa va fatto riferimento all'articolo 3, lett. aa) del Codice secondo cui "(...) sono medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono micro imprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro."

subalterno dell'affidatario. Mentre le prime due ipotesi non sollevano particolari dubbi interpretativi, non è altrettanto chiaro il significato della ultima locuzione in quanto non è facile definire i contratti che per loro "natura" non consentirebbero il pagamento diretto; è auspicabile, dato il silenzio in merito del legislatore, che interventi delle Autorità di settore e la giurisprudenza consentano di delineare un quadro più definito in ordine all'ipotesi descritta alla lettera c).

Come meglio specificato dal Comunicato del Presidente ANAC del 25 novembre 2020 avente ad oggetto "*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*", è facoltà delle PMI subappaltatrici o subcontraenti rinunciare al pagamento diretto da parte della stazione appaltante, previa rinuncia manifestata per iscritto e "*subordinata all'accettazione della stazione appaltante*".

Per quel che invece attiene l'inadempienza dell'appaltatore, spesso si configurano delle problematiche in considerazione dell'assenza di specifiche indicazioni in ordine alla natura dell'inadempimento nonché il suo definitivo accertamento ed il soggetto deputato a detto accertamento.

La fattispecie del pagamento diretto costituisce una forma di delegazione di pagamento *ex lege* tra appaltatore, subappaltatore e stazione appaltante, istituto tipicamente civilistico che prevede che il debitore (l'appaltatore) possa delegare un soggetto terzo che quindi, si obbliga verso il creditore¹⁰¹. Sebbene concretamente si configuri un rapporto diretto tra committente e subappaltatore, la delegazione di pagamento non incide sul sottostante rapporto giuridico sostanziale

¹⁰¹ Cfr. Art. 1269, co. 1, Codice Civile.

tra appaltatore e subappaltatore. E infatti, come già sostenuto nella precedente deliberazione dell'AVCP n. 157/2004 ed in seguito ribadito dalla deliberazione del Consiglio ANAC¹⁰² attraverso il pagamento diretto *“Non sorge, pertanto, un autonomo rapporto obbligatorio tra il subappaltatore e la stazione appaltante, ma quest'ultima, pagando, adempie la propria obbligazione nei confronti dell'appaltatore e, in virtù della delegazione, estingue anche l'obbligazione dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore”*.

Riassumendo, quindi, la stazione appaltante attraverso il pagamento diretto dei subappaltatori estingue la propria obbligazione nei confronti dell'appaltatore e, contestualmente, estingue anche l'obbligazione dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore; non vi è alterazione dei rapporti giuridici che restano comunque distinti ed autonomi, con la sussistenza di due contratti, quello d'appalto e quello di subappalto.

Anche le regole di fatturazione rimangono invariate, infatti, nella pratica, il subappaltatore fatturerà le prestazioni eseguite all'impresa appaltatrice, la quale trasmetterà alla stazione appaltante il mandato di pagamento.

Nell'ipotesi di inadempienza dell'appaltatore, la qualificazione del pagamento diretto unita alla mancanza di indicazioni normative specifiche in ordine alla fattispecie di cui alla lett. b), dell'articolo 105, comma 13 del Codice, fa sorgere non pochi problemi in capo alla stazione appaltante circa il mancato pagamento delle somme nei confronti del subappaltatore. Le situazioni critiche più frequenti sono solitamente imputabili ai casi in cui nasca un contenzioso tra appaltatore e subappaltatore in ordine all'esecuzione dei lavori ovvero

¹⁰² Deliberazione del 17 maggio 2012, n. AG 4/12, avente ad oggetto “richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici – Comune di Paularo – Pagamento dei subappaltatori.”

nell'ipotesi in cui l'appaltatore venga ammesso ad una procedura concorsuale. Proprio a riguardo di quest'ultima fattispecie recentemente la Corte di Cassazione ha emesso una sentenza a riguardo, sebbene essa sia afferente ancora a quanto disposto dal precedente art. 118 del D. Lgs. 163/2006, nella quale si afferma che se l'appaltatore si trova in stato di fallimento non trova applicazione il dettato della norma in tema di appalti. Il subappaltatore quindi, nulla potrà pretendere dalla stazione appaltante poiché egli va considerato quale creditore concorsuale dell'appaltatore, da soddisfare nel rispetto del principio della *par condicio creditorum* e dell'ordine delle cause di prelazione.

3. Il Reverse Charge

Per *reverse charge* si intende un particolare meccanismo di applicazione dell'IVA che implica l'inversione contabile dell'imposta direttamente sul destinatario della cessione bene, o della prestazione di servizio, anziché sul soggetto cedente.

Generalmente in una transazione tra due soggetti, ai fini IVA il fornitore applica l'aliquota in fattura addebitando il pagamento al cliente, e successivamente il primo versa tale somma allo Stato. Attraverso il *reverse charge*, si realizza lo spostamento del carico tributario IVA dal venditore all'acquirente, con conseguente pagamento dell'imposta da parte di quest'ultimo: l'onere IVA si sposta, pertanto, dal cedente al cessionario nel caso di cessione di beni e dal prestatore al committente nel caso di prestazioni di servizi o lavori. In termini pratici, il venditore emette fattura senza addebitare l'imposta, mentre l'acquirente agisce in due modi: o attraverso

l'integrazione della fattura ricevuta con l'aliquota di riferimento per il tipo di operazione fatturata o attraverso l'emissione di un ulteriore documento cd. "autofattura". A prescindere dalla metodologia utilizzata, il committente dovrà effettuare una duplice annotazione delle fatture registri iva, sia in quello degli acquisti (fatture di acquisto) che in quello delle vendite (fatture emesse).

Il *reverse charge* è, quindi, un istituto di matrice squisitamente fiscale già previsto dall'articolo 17 del Decreto del Presidente della Repubblica, 26 ottobre 1972, n. 633 rubricato "Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto" e, sebbene questi inizialmente disponesse l'applicazione ad una cerchia ristretta di casistiche, negli anni l'ambito è andato ad ampliarsi in ragione della sua utile applicabilità anche in altri contesti e per altre funzioni come appunto il contrasto dell'evasione fiscale. Recentemente l'applicazione di tale meccanismo è stata estesa anche nell'ambito degli appalti pubblici.

Per quel che attiene al subappalto, *in primis* il legislatore con la legge 27 dicembre 2006, n. 296 cd. "Legge finanziaria 2007", aveva introdotto il meccanismo dell'inversione contabile nell'ambito degli appalti del settore edile, al fine di contrastare i fenomeni di frode fiscale: accadeva che il subappaltatore emettesse fattura nei confronti dell'appaltatore con normale applicazione dell'IVA, ma senza versarla, e che contestualmente l'appaltatore richiedesse il rimborso dell'imposta.

Recentemente, il decreto legge 27 ottobre 2019, n. 124, cd. "decreto fiscale 2020" ha previsto l'applicazione del *reverse charge* a tutti coloro che eseguono prestazioni di servizi tramite contratti di subappalto caratterizzati da prevalente utilizzo di manodopera. Tale previsione normativa che pone quindi a carico del committente l'onere di versamento delle ritenute, potrebbe essere dunque una

configurazione idonea a contrastare l'illecita somministrazione di manodopera.

In conclusione, si può evidenziare che nella rappresentazione dell'ordinamento giuridico la segmentazione netta tra le relazioni dei contratti di appalto e di subappalto sia progressivamente diminuita. Il legislatore ha, in più occasioni, superato l'indipendenza dei rapporti tra committente e subappaltatore al fine di assicurare, maggior tutele alla manodopera coinvolta nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del subappalto.

CAPITOLO QUINTO

LA SOGLIA DI SUBAPPALTO ED IL CONTROLLO SUI SUBAPPALTATORI

1. Premessa

Per comprendere puntualmente il delinearsi dell'evoluzione del rapporto nell'istituto del subappalto in termini di soglia di prestazioni subappaltabili, si ritiene opportuno in prima battuta delineare il concetto di divieto di *"golden plating"*. Il divieto di *"golden plating"* rientra nel novero degli strumenti giuridici previsti per affrontare le conseguenze della *governance* multilivello nazionale-comunitaria. In via generale l'art. 14, comma 24-bis, della legge 28 novembre 2005, n. 246, prevede che *"gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse"*.

Come sopra evidenziato, la disciplina nazionale rispetto a quella comunitaria in tema di limiti quantitativi del subappalto, pare introdurre livelli di regolazione più stringenti. Sebbene recentemente la Corte di Giustizia Europea abbia rilevato l'incompatibilità della normativa nazionale con i principi comunitari, si noti che l'Unione Europea non si è mai espressa in termini di violazione del divieto di *"golden plating"*, quanto piuttosto affermando che la previsione di una soglia quantitativa di prestazioni subappaltabili sia lesiva del principio di *favor*

participationis che sottende le norme in materia di contratti pubblici. Tale impostazione è da ricondursi al fatto che le regole stringenti previste in materia di subappalto non derivano dal recepimento delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici: la previsione di una soglia trae origine dal ventaglio normativo disposto dal legislatore italiano al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dei contratti pubblici. L'esigenza che ha spinto in legislatore ad imporre maggior rigore nella disciplina del subappalto, ha origine da uno dei tratti salienti dell'istituto, ossia la terzietà del subappaltatore rispetto alla stazione appaltante.

2. La soglia di subappalto nell'ordinamento giuridico italiano: genesi e *ratio legis*

Il rapporto di subappalto, come evidenziato nel corso della trattazione si connota per la mancanza di un rapporto diretto tra subappaltatore e committente; se si mantenesse esclusivamente l'impostazione di massima apertura adottata dal legislatore comunitario in tema di subappalto, si rischierebbe che venisse meno il controllo in capo alla committenza sul reale esecutore dell'opera, in quanto l'Unione Europea impone principalmente che l'operatore in sede di offerta dichiari le prestazioni che intende subappaltare e, in fase di esecuzione, chieda autorizzazione all'amministrazione aggiudicatrice a procedere con le prestazioni oggetto di subappalto.

Nel disciplinare integralmente l'ambito degli appalti pubblici nonché l'istituto del subappalto, il legislatore italiano ha dovuto tenere in debita considerazione uno degli elementi caratterizzanti il sistema socio-economico italiano ovvero, come già riferito, la piaga delle infiltrazioni

della criminalità organizzata. Gli appalti pubblici sono territori idonei ad alimentare il circolo vizioso tipico delle organizzazioni criminali che negli anni hanno sfruttato l'aggiudicazione o l'affidamento di commesse pubbliche per riciclare i capitali accumulati illecitamente e per realizzare profitti con denaro pubblico.

Come evidenziato dalla Direzione Investigativa Antimafia (DIA) nella Relazione del Ministro dell'Interno al Parlamento avente ad oggetto l'attività svolta dalla DIA nel corso del primo semestre dell'anno 2020: *“L'esperienza investigativa maturata nel corso del tempo ha dimostrato come una delle modalità utilizzate dall'impresa mafiosa per aggiudicarsi gli appalti più consistenti sia l'appoggiarsi ad aziende di più grandi dimensioni in grado di far fronte per capacità organizzativa e tecnico-realizzativa anche ai lavori più complessi. (...) Tra le modalità d'infiltrazione praticate è emersa recentemente anche quella della partecipazione a Consorzi di Imprese, seguendo la prassi della scomposizione di un lavoro in vari sub contratti allo scopo di eludere l'obbligo della preventiva autorizzazione. In questo senso, particolari sforzi investigativi sono stati profusi proprio nel settore dei sub affidamenti i quali, avvalendosi delle collaudate metodiche dei subappalti, dei noli a caldo e a freddo, del movimento terra, del trasporto e della fornitura dei materiali e delle materie prime, rappresentano per definizione le principali tecniche volte ad annullare ogni possibile forma di concorrenza estromettendo dal mercato le aziende “sane”.*¹⁰³”

Il legislatore dunque ha previsto delle misure che fossero idonee a prevenire l'infiltrazione mafiosa nel tessuto degli appalti pubblici, tra

¹⁰³Direzione Investigativa Antimafia, “Relazione del Ministro dell'Interno al Parlamento. Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia. Gennaio – Giugno 2020”, pag. 437.

cui la previsione di un limite quantitativo di prestazioni che potessero divenire oggetto di subappalto al fine di consentire alla pubblica amministrazione di mantenere il controllo diretto sul soggetto esecutore per circa la totalità dell'opera.

Il rigore della soglia quantitativa del subappalto va dunque letto come elemento di tutela socio-economica. Si potrebbe discutere sull'efficacia in tal senso della soglia, in quanto come spesso avviene, soprattutto per quel che riguarda le fattispecie di subappalto cd. necessario negli appalti di lavori, il subappaltatore esegua i lavori per i quali è in possesso delle relative attestazioni, raggiungendo il limite massimo del trenta per cento ben prima di aver terminato l'opera o il servizio. Di conseguenza si possono verificare principalmente due scenari: l'amministrazione aggiudicatrice si ritrova con un'opera non completa oppure con un'opera completa sebbene svolta dall'operatore aggiudicatario non qualificato, o, come spesso accade, i due operatori economici mettano in atto degli *escamotage* che consentano loro di aggirare i divieti e i controlli da parte della stazione appaltante, integrando così un comportamento illecito cd. subappalto non autorizzato, perseguibile penalmente¹⁰⁴.

Una flebile apertura del legislatore italiano in tema di soglie di subappalto si è verificata con il Decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 cd. Decreto "Sblocca cantieri", convertito con modificazioni dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55 recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di

¹⁰⁴ Per l'appaltatore tale comportamento è punito con la reclusione da uno a cinque anni e la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Per il subappaltatore è, invece prevista la pena della reclusione da uno a cinque anni e la multa pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto.

interventi sismici”, che è intervenuto con misure transitorie in vista di una imminente revisione complessiva del Codice dei Contratti pubblici specie in materia di subappalto. Detto intervento normativo inserisce, per quel che concerne il limite massimo di prestazioni subappaltabili, l’innalzamento del limite percentuale subappaltabile dell’importo complessivo del contratto dal 30% al 40%.

Si noti, però, che sotto tale profilo il legislatore ha compiuto un passo indietro, Infatti prima della conversione in legge nel decreto sopracitato l’innalzamento del limite era previsto sino al 50%, dell’importo contrattuale, ridimensionato poi al 40%. Tali interventi sono stati concepiti sin dall’inizio come previsioni di *medio tempore*, in cui l’aumento della soglia doveva essere valevole sino al 31 dicembre 2020, termine di validità che è invece stato prorogato sino al 30 giugno 2021.

2.1. Le cd. opere superspecialistiche

Come si è visto, il decreto “Sblocca cantieri” ha previsto un innalzamento pro tempore della soglia di subappalto fino al 40%, detto limite però, non è da applicarsi alle opere cd. “superspecialistiche” che superino l’importo del 10% del totale dei lavori. Con la locuzione opere “superspecialistiche”, ai sensi dell’articolo 89, comma 11 del Codice sono da intendersi “*opere per le quali sono necessari lavori o componenti di un notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali*”. Dette opere sono state in seguito individuate puntualmente all’interno del Decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248 emanato dal Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, che ha dapprima categorizzato le tipologie di opere che si connotano per l’elevato grado di complessità di realizzazione, in generale si può affermare che vi rientrino quelle

atte a garantire l'incolumità, la salute pubblica nonché impianti tecnologici e/o elettronici. L'alta specificità delle lavorazioni richieste per il compimento di queste opere ha spinto il legislatore a derogare la disciplina in tema di soglia massima di subappalto in quanto è richiesta all'azienda affidataria un alto grado di specializzazione.

Più specificatamente in tema di subappaltabilità delle prestazioni, il Codice precisa che il subappalto non può superare il 30% dell'importo delle opere stesse, detta previsione differisce rispetto alle prestazioni che non appartengono a questa categoria, in quanto per esse la soglia del 30% viene ad essere calcolata sull'importo complessivo del contratto d'appalto. Va infine notato che, come disposto dal d. m. 248/2016, articolo 1, comma 2, il limite del 30% delle opere non viene computato ai fini del raggiungimento della soglia limite di subappalto generale stimata sul valore complessivo del contratto d'appalto.

In conclusione, il legislatore, nell'inserimento di previsioni normative più favorevoli in materia di limiti quantitativi al subappalto, ha volutamente escluso la presente categoria, in quanto ha ritenuto che il grado di specializzazione necessario per il compimento dell'opera possa debitamente giustificare una deroga alla disciplina, vincolando maggiormente il soggetto affidatario – di cui ha preventivamente verificato i requisiti di idoneità nonché è risultata essere l'impresa migliore in seguito alla procedura di evidenza pubblica – a svolgere in proprio l'opera.

3. L'Europa, le istanze di revisione della soglia di subappalto e relative conseguenze

In materia di subappalto, ed in particolare a riguardo dei limiti

quantitativi fissati dal Legislatore interno, l'Unione Europea si è sempre espressa dando parere sfavorevole verso limitazioni astratte al ricorso al subappalto, attraverso alcune pronunce¹⁰⁵ della Corte di Giustizia Europea nonché con la lettera della Commissione Europea n. 1572232 del 23 marzo 2017 all'interno della quale le istituzioni comunitarie affermavano che la direttiva europea 2014/24/UE consente espressamente il subappalto pur non esprimendosi circa i limiti applicabili all'istituto del subappalto, mentre la disciplina italiana sembrava creare un sistema in cui il subappalto è in generale vietato, motivo per cui invitava le Autorità Italiane a correggere le disposizioni interessate in modo tale da garantirne la piena rispondenza con i principi del diritto comunitario.

Il mancato recepimento delle sollecitazioni mosse dalla Comunità Europea ha fatto sì che da un lato la Commissione Europea desse avvio ad una procedura di infrazione mentre, dall'altro la Corte di Giustizia si pronunciasse perentoriamente sulla non applicabilità della soglia di subappalto.

La procedura di infrazione n. 2018/2273 ha avuto avvio con la lettera di costituzione in mora della Commissione europea inviata al Ministero degli Affari esteri e della cooperazione internazionale in data 24 gennaio 2019 e, con la quale l'Unione Europea ha segnalato che alcune disposizioni contenute nel Codice degli Appalti non risultano essere conformi alla corrispondente disciplina europea. In particolare, le previsioni dei commi 2 e 5 dell'articolo 105 che riportano la previsione del limite percentuale e generalizzato all'importo complessivo del contratto, non trovano una corrispondenza nella normativa europea. Detto limite, ad avviso della Commissione

¹⁰⁵ A titolo esemplificativo, si può fare riferimento alle sentenze CGUE: 5 aprile 2017, causa C-98/15 e 14 luglio 2016, causa C-406/14.

Europea non risulterebbe compatibile con i principi fondamentali in materia di appalti che impongono agli Stati membri favorire al massimo la partecipazione delle piccole e medie imprese, anche attraverso l'istituto del subappalto.

Accanto all'intervento della Commissione, come si è detto, si annoverano le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di subappalto, che hanno ribadito la mancanza di conformità del Codice italiano al diritto europeo. In particolare, la sentenza C-63/2018 è risultata essere una pronuncia, i cui effetti avranno una portata notevole all'interno dell'ordinamento italiano. Preme sottolineare che la domanda di pronuncia proveniva dal TAR Lombardia, il quale con ordinanza n. 148 del 19 gennaio 2018 chiedeva alla Corte di accertare se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi nonché l'articolo 71 della Direttiva – non contemplante limite alcuno alla subappaltabilità – non fossero elementi ostativi all'applicazione della normativa italiana in base alla quale il subappalto non può superare la quota del 30% del contratto d'appalto.

Secondo la Corte, considerato l'articolo 71 della direttiva 2014/24, lo stesso articolo 105 del Codice nonché le esigenze di tutela dell'ordine pubblico dell'ordinamento italiano, essendo già legittimamente previsto un sistema di obblighi informativi e adempimenti procedurali che consentono all'amministrazione aggiudicatrice di assoggettare il subappaltatore a controlli analoghi a quelli svolti sull'aggiudicatario, la previsione di una soglia di prestazioni subappaltabili non si configura come uno strumento funzionale ad assicurare l'integrità del mercato degli appalti pubblici. In particolare il dispositivo della citata sentenza afferma espressamente che: *“il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento*

mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese. Pertanto, una restrizione al ricorso del subappalto (...) non può essere compatibile con la direttiva 2014/24. Tale conclusione non può essere rimessa in discussione dall'argomento dedotto dal governo italiano, secondo cui i controlli di verifica che l'amministrazione aggiudicatrice deve effettuare in forza del diritto nazionale sarebbero inefficaci. Invero, siffatta circostanza, che, come pare evincersi dalle osservazioni stesse di tale governo, risulta dalle modalità specifiche di tali controlli, nulla toglie al carattere restrittivo della misura nazionale di cui al procedimento principale".¹⁰⁶

Con un'ulteriore sentenza, la CGUE oltre a riprendere il tema della soglia del subappalto¹⁰⁷ rimarcando l'impostazione già assunta in merito, fa riferimento ad un altro limite in ambito di subappalto attinente al rapporto economico che viene a configurarsi tra appaltatore e subappaltatore, secondo cui i prezzi corrisposti al subappaltatore per le prestazioni rese non possono essere ribassati oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione dell'appalto. Con riguardo a tale limite, la Corte di Giustizia Europea, V sez., 27 novembre 2019, nella causa C-402/18 cd. "Caso Tedeschi srl" ha affermato che essendo detto limite definito dall'ordinamento italiano in maniera generale ed astratta, nonché da applicarsi indipendentemente da qualsiasi verifica sulla sua effettiva necessità al fine di garantire ai lavoratori la tutela salariale minima esso "*eccede quanto necessario al fine di assicurare ai lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto una tutela salariale. Infatti, (...), il limite del 20% non lascia spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione*

¹⁰⁶ CGUE, Sez. V, 26.09.2019, causa C-63/2018, punti 42-44.

¹⁰⁷ CGUE, Sez. V, 27.11.2019, causa C-402/2018, punti 21-58.

*aggiudicatrice, dal momento che si applica indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione della tutela sociale garantita dalle leggi, dai regolamenti e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati*¹⁰⁸.

Ancora una volta si assiste ad una presa di posizione dell'Unione Europea orientata alla rimozione di limiti quantitativi di carattere generale, limitandoli a casi in cui essi risultano compatibili con il principi di proporzionalità e ragionevolezza, per i quali la previsione di un limite quantitativo è da applicarsi qualora vi sia concretamente la necessità di salvaguardare l'appalto da eventuali infiltrazioni della criminalità organizzata ovvero da ogni azione speculativa a scapito dei lavoratori coinvolti nell'appalto.

3.1. L'intervento di ANAC

A seguito della decisione della Corte di giustizia, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, ha inviato un atto di segnalazione al Governo e al Parlamento in tema di subappalto, all'interno del quale, oltre a sollecitare Governo e Parlamento affinché si attivino ad intervenire a livello legislativo, rimarca che la sentenza è da ritenersi efficace *erga omnes* in quanto le statuizioni emesse dalla Corte di giustizia comunitaria hanno "*operatività immediata negli ordinamenti interni*"¹⁰⁹. Alla luce quindi, di quanto ribadito anche da ANAC la soglia di subappalto del 30% deve ritenersi non applicabile, con specifico riferimento alle gare per importi pari o superiori alle soglie di cui all'articolo 35 del Codice.

Sembrerebbe, infatti non essere applicabile, quanto stabilito dalla Corte di Giustizia Europea per le cd. "procedure sottosoglia": in base

¹⁰⁸ CGUE, Sez. V, 27.11.2019, causa C-402/2018, punto 65.

¹⁰⁹ Corte cost., sentenze 113/1985 e 389/1989.

a quanto recentemente stabilito da una sentenza del TAR Lazio, Sez. III-ter, dell'8 febbraio 2021, in considerazione del fatto che entrambe le sentenze della corte di giustizia facciano riferimento in via esclusiva ad importi superiori alla soglia ai sensi dell'articolo 35, non è da ritenersi applicabile altrove la ratio di tali pronunce. Appare però alquanto debole tale posizione e non in linea con l'interpretazione dell'istituto del subappalto fornita dalla Corte di Giustizia se si tiene come riferimento l'obiettivo perseguito dall'Unione Europea nel prendere posizione avverso la previsione di una soglia quantitativa all'istituto del subappalto.

Inoltre, la previsione di differenziare l'applicazione della soglia, come ritenuto dal TAR Lazio, non risulterebbe nemmeno coerente con l'impostazione adottata fin dal principio dal legislatore italiano, il quale con riguardo all'istituto del subappalto non opera alcuna distinzione tra contratti sopra e sotto soglia, prevedendo una disciplina uniforme dell'istituto a prescindere dall'importo contrattuale.

Per quanto attiene, invece alle opere super specialistiche, ANAC ha espressamente fornito la propria interpretazione circa l'applicazione invariata del limite di subappalto. L'Autorità, con la delibera del 4 agosto 2020, n. 704 ha chiarito che, trattandosi di opere caratterizzate dall'altro contenuto tecnologico ovvero di rilevante complessità tecnica, è legittimo che per esse sia in vigore un regime normativo *ad hoc* parzialmente in deroga alle norme generali, al fine di assicurare alla stazione appaltante che l'esecuzione di tali opere sia svolta da appaltatori qualificati.

L'Autorità ha ritenuto che è dubbia la diretta applicazione dei principi enunciati dalla corte di giustizia circa il limite del 30% al subappalto, in quanto essa si è pronunciata contraria rispetto alla previsione di un limite generalizzato che prescinde dal settore economico interessato,

dalla natura delle prestazioni e dall'identità dei subappaltatori, in quanto non conforme al principio di proporzionalità. Sembrerebbe invece rispettato, detto canone, con riferimento alle opere superspecialistiche, in quanto per esse, tenuto conto della complessità della tipologia di appalto, possa dunque considerarsi legittima in presenza di ragioni obiettive la previsione di un limite, compatibile anche con i disposti delle direttive comunitarie. Infatti, facendo riferimento alla direttiva UE n. 2014/24, l'articolo 63, paragrafo 2, stabilisce che *“Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso”*.

Appare dunque ragionevole sostenere che, considerata la specialità che risulta essere intrinseca a tali opere, è ragionevole prevedere l'applicazione di una deroga alla norma generale per la quale non si può determinare la disapplicazione del limite percentuale del 30% per le SIOS. Inoltre, questa disciplina specifica, come evidenziato, può dirsi relativa ad un definito settore economico, quindi, coerentemente con quanto disposto dalla sentenza della Corte di Giustizia Europea, suscettibile di un limite predefinito al subappalto connesso alla specificità delle prestazioni oggetto del contratto.

3.2. L'intervento dell'Antitrust

In riferimento alle recenti sentenze della corte di giustizia è intervenuta anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) con un atto di segnalazione trasmesso contestualmente a Senato, Camera dei Deputati e Presidente del Consiglio dei Ministri il 4 novembre 2020. L'Antitrust ha svolto alcune considerazioni a concernenti l'istituto del subappalto in riferimento all'ambito in cui essa svolge la propria attività

di vigilanza e regolazione ossia la concorrenza. A suo parere, il subappalto ha valenza pro-concorrenziale, anche in riferimento ad un suo auspicabile ampliamento del suo utilizzo, in quanto è idoneo ad aumentare la presenza sui mercati delle piccole e medie imprese. Riprendendo, dunque, quanto affermato dalla corte di giustizia europea, in termini generali l'AGCM ritiene che eventuali limiti quantitativi posti all'istituto del subappalto *“dovrebbero essere proporzionati all'obiettivo di interesse generale che si intende perseguire e giustificarsi in relazione al caso concreto, sulla base di criteri ben definiti e motivati dalla stazione appaltante in sede di gara”*¹¹⁰.

L'autorità afferma che, a suo parere, è proporzionata l'introduzione di norme più stringenti se le caratteristiche strutturali del mercato a cui fa riferimento l'appalto siano idonee a dar luogo a di intese spartitorie elusive della concorrenza ovvero se le prestazioni oggetto del subappalto si caratterizzano per una specificità per la quale si potrebbe considerare anche l'ipotesi di vietare *in toto* il subappalto delle stesse.

¹¹⁰ Atto di segnalazione AGCM, pag. 3

CAPITOLO SESTO

VERSO LA RIFORMA DELL'ISTITUTO DEL SUBAPPALTO: PROPOSTE E CRITICHE

1. Premessa

Entrambe le autorità coinvolte nell'ambito degli appalti, ANAC ed Antitrust hanno avanzato verso il legislatore delle istanze di modifica all'istituto del subappalto con un focus particolare proprio in tema di soglia di subappalto. Tenuto debitamente conto che le previsioni temporanee introdotte con il decreto "Sblocca cantieri" sono di imminente scadenza¹¹¹, risulta prioritario un intervento normativo sul dispositivo dell'articolo 105, comma 2 del Codice.

A parere dell'Antitrust le modifiche si dovrebbero indirizzare verso l'eliminazione della previsione di una soglia generale ed astratta per gli affidamenti in subappalto, consentendo alle stazioni appaltanti di introdurre all'interno della *lex specialis* di gara eventuali limitazioni all'istituto proporzionati all'interesse da perseguire e debitamente motivati, ed infine prevedendo l'obbligo in capo agli offerenti, che intendo ricorrere al subappalto, di indicare in sede di gara la tipologia e la quota parte dei lavori in subappalto, oltre all'identità del

¹¹¹ La scadenza iniziale, prevista per il 31.12.2020 è stata prorogata al 30.06.2021 ai sensi della L. 21/2021

subappaltatore.

Quanto proposto dall'Antitrust, proprio con riguardo a quest'ultima previsione, risulterebbe essere di difficile applicazione considerata la prassi e le tempistiche delle gare d'appalto: dal punto di vista dell'offerente egli dovrebbe trovarsi già in sede di offerta ad individuare l'operatore economico a cui si rivolge e, tenuto conto tempi prolungati intercorrenti tra la fase di offerta e l'aggiudicazione, il mercato ed i rapporti tra operatori della business community potrebbero essersi modificati. Le imprese, in considerazione del periodo economico conseguente alla pandemia, potrebbero non essere più presenti sul mercato. Inconvenienti questi che causerebbero un'ulteriore dilatazione dei tempi delle procedure di evidenza pubblica, nonché andrebbero ad incidere sull'esecuzione del contratto d'appalto, proprio a scapito dell'amministrazione aggiudicatrice.

Con riguardo alla previsione di rimettere alle stazioni appaltanti l'onere di stabilire delle limitazioni per il ricorso al subappalto, se contestualmente non vengono definiti confini puntuali circa l'introduzione delle limitazioni, è verosimile che possa incrementare l'impugnazione dei bandi (e degli atti di gara) da parte degli operatori economici che non hanno potuto parteciparvi o vi hanno partecipato ma non risultandone vincitori. Questi qualora ritenessero troppo gravose le previsioni introdotte dall'amministrazione ovvero non proporzionate agli interessi generali perseguiti potrebbero decidere di richiedere a riguardo delle stesse, una pronuncia da parte del tribunale amministrativo, sospendendo così il corso della gara d'appalto con il conseguente allungamento dei tempi della procedura di evidenza pubblica nonché il sovraccarico del sistema della giurisprudenza amministrativa.

2. Le proposte avanzate da ANAC

Le proposte di riforma avanzate dall'ANAC in tema di subappalto a cui si farà riferimento nel presente paragrafo, sono state illustrate dal Presidente dell'Autorità, l'Avv. Giuseppe Busia nel corso della sua Audizione dinnanzi alle Commissioni congiunte 8^a e 14^a Politiche dell'Unione Europea svoltasi presso la Camera dei Deputati in data 10 novembre 2020; la Commissione, infatti si trovava riunita in quella sede per discutere delle iniziative da adottare in seguito alla procedura di infrazione numero 2018/2273, al fine di acquisire ulteriori elementi conoscitivi da parte dell'ANAC.

Il presidente dell'ANAC ha analizzato la *ratio* che sottende le volontà dell'Unione Europea per cercare di sviluppare un ragionamento sul quadro normativo applicabile che sia coerente con quanto stabilito dalle direttive ma al contempo contesti efficacemente la commissione di comportamenti elusivi la normativa.

È innanzitutto doveroso comprendere quale sia l'obiettivo che il legislatore deve perseguire nel riformare l'istituto: la Comunità Europea chiede all'Italia di spostare il baricentro da un sistema improntato dalle soglie e dai divieti verso un maggiore spazio ai controlli e alla flessibilità, prevedendo l'imposizione di regole più stringenti laddove vi sia un concreto rischio di comportamenti illegittimi da parte degli operatori economici. Per il raggiungimento di questo risultato, l'Autorità sviluppa le sue proposte su una duplice direttrice, una di breve periodo che si concentra in via principale sul tema della soglia dell'istituto, e l'altra di lungo periodo che si propone di potenziare le procedure di evidenza pubblica in un'ottica di maggiore digitalizzazione e semplificazione delle stesse.

2.1. Ripensare i limiti quantitativi al subappalto

I primi interventi normativi di carattere indifferibile riguardano innanzitutto la rimozione di un limite quantitativo unitamente alla previsione di spazi di valutazione caso per caso da parte della stazione appaltante circa l'effettiva necessità di porre eventuali limitazioni.

Nonostante l'Europa preme per la rimozione di limitazioni quantitative aprioristiche, non è comunque immaginabile che sia ammesso un subappalto al 100 per cento delle prestazioni oggetto del contratto ovvero di una parte rilevante di esse, poiché ciò comporterebbe che la commessa sia svolta sostanzialmente da uno o più soggetti terzi rispetto all'impresa partecipante. Nel considerare il processo di rimozione della soglia, l'ANAC preme affinché si operi un bilanciamento tra l'interesse alla massima apertura volta al *favor participationis* e la non elusione della procedura di evidenza pubblica. Come riferito nel corso della predetta audizione, infatti *“l'astratta possibilità di affidare la fase esecutiva di un intero appalto a più subappaltatore – senza che l'affidatario esegua alcunchè – vanificherebbe il senso della procedura di affidamento della stessa”*, in quanto l'operatore economico affidatario in tal senso figurerebbe esclusivamente come un vero “prestanome”, eludendo così il divieto di cessione del contratto d'appalto.

Il subappalto dell'intera prestazione o di gran parte delle prestazioni, specie in ambito del cd “subappalto necessario”, snaturerebbe poi il senso dell'affidamento al contraente principale nonché dell'istituto del subappalto poiché specie in ambito del subappalto necessario, vi sarebbe il rischio sovvertimento del senso dell'affidamento a contraente principale. Per evitare che il soggetto affidatario abbia mera funzione nominale formale, la proposta avanzata da ANAC riguarda una vera e propria riforma dell'istituto del subappalto nella sua essenzialità, in quanto ipotizza di prevedere la responsabilità solidale

nei confronti della stazione appaltante. Viene dunque immaginato un intervento legislativo in forza del quale, al superamento di una soglia predeterminata di subappalto venga attribuita al subappaltatore una responsabilità diretta verso la stazione appaltante. Inoltre, per evitare che il frazionamento del subappalto possa dar luogo a condotte elusive di tale ipotetica soglia, l'Autorità ritiene opportuno che si chiarisca che, anche in presenza di molteplici subappaltatori, ove il valore complessivo della prestazione subappaltata superi una determinata soglia dell'importo dell'appalto, si preveda un regime di responsabilità diretta verso l'amministrazione aggiudicatrice. Tale impostazione, sebbene coerente con l'indicazione contenuta all'articolo 71 della Direttiva 24/2014/UE – che prevede l'introduzione di meccanismi di responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore al fine di prevenire la violazione dei principi di portata generale – fa sì che l'istituto del subappalto, così disciplinato, si avvicini maggiormente a quanto disposto per raggruppamenti temporanei di impresa e per i consorzi ordinari ai sensi dell'articolo 48 del Codice. Così facendo si andrebbe senz'altro ad affievolire uno degli elementi caratterizzanti il subappalto ossia la terzietà del subappaltatore nei confronti della stazione appaltante, a favore di una maggiore responsabilizzazione del subappaltatore.

2.2. Limiti più severi disposti dall'amministrazione

Ulteriore elemento che l'ANAC suggerisce di introdurre è l'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere limiti più stringenti di ricorso al subappalto, motivando debitamente l'introduzione di un'eventuale soglia, in relazione allo specifico contesto di gara, in modo che appaia evidente che l'atteggiamento di maggior rigore non è volto ad un ingiustificato restringimento della concorrenza quanto piuttosto alla tutela dei principi di ordine generale. In questa fase, il Presidente

dell’Autorità ha evidenziato alcune ipotesi in cui sarebbero ammissibile l’introduzione di norme più stringenti in tema di limiti quantitativi, in particolare:

- i) Per specifici settori di mercato in cui è più elevato il rischio di atti elusivi la concorrenza derivante dalla struttura del mercato stesso, in particolare si fa riferimento a tutti quei settori in cui vi è un basso numero di operatori economici in cui potrebbero configurarsi con maggiore facilità accordi atti a restringere la concorrenza.
- ii) In presenza di categorie superspecialistiche: in coerenza con quanto già evidenziato circa l’applicabilità di una disciplina in deroga a quella generale, si ammetterebbe che in virtù del carattere di maggior specialità delle lavorazioni richieste, l’amministrazione preveda che sia l’affidatario a svolgere la prestazione in proprio.
- iii) Per tutti gli affidamenti aventi ad oggetto attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa, individuate ai sensi dell’articolo 1, comma 53, L. 190/2012.
- iv) In base alla natura della prestazione, in particolare in questo caso si fa riferimento al “*elevato rischio di frazionamento dell’appalto che potrebbe incidere sulla qualità complessiva della prestazione nonché in materia di sicurezza sul lavoro*”: è auspicabile che il legislatore nel prevedere questa ipotesi delinei un quadro di applicabilità che riduca al minimo i possibili margini di interpretazioni fuorvianti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici nonché degli operatori economici.

2.3. Formulazione un sistema di controllo sui subappaltatori

Le maggiori libertà in ambito di subappalto devono essere però temperate da un sistema di controlli efficace che consenta alla stazione appaltante di svolgere sui subappaltatori controlli analoghi a quelli che può svolgere sull'affidatario; come peraltro richiesto dall'Unione Europea che intimato il legislatore italiano a spostare il baricentro in tema di subappalto verso minori divieti generali per un maggiore spazio ai controlli sui subappaltatori.

A tal fine, l'Autorità propone di reintrodurre l'obbligo di indicare i subappaltatori già in fase di gara, ripristinando quindi il comma 6 dell'articolo 105 del Codice sospeso in via transitoria fino al 30 giugno 2021 dal decreto "sbocca cantieri". Anche in questo caso, su impulso della Corte di giustizia UE si prevedono alcune modifiche alla normativa nazionale che risultano alla stessa stregua sospese in via transitoria. Prima dell'intervento del decreto "sblocca cantieri", in tema di terna di subappaltatori, si rilevava che l'articolo 80 comma 5 disponeva l'esclusione dell'operatore economico che si trovasse in una delle situazioni previste dal summenzionato comma ovvero che avesse presentato all'interno della terna di subappaltatori, un soggetto che fosse carente dei requisiti di ordine generale disposti dall'articolo 80. Questa previsione che stabilisce l'esclusione automatica dell'operatore economico, secondo quanto statuito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, è lesiva del principio di proporzionalità¹¹². In detta ipotesi, troverebbe maggiore coerenza con le direttive in tema di appalti il disporre la sostituzione del soggetto economico indicato nella terna qualora egli non sia in possesso o perda i requisiti di partecipazione ovvero nelle ipotesi in cui la stazione

¹¹² CGUE, sentenza del 30 gennaio 2020, causa C-395/18 cd "sentenza Tim SpA".

appaltante ritenga idoneo procedere con la sostituzione di uno dei soggetti indicati, a titolo esemplificativo se ricorrono i seguenti motivi: decorrenza di un ampio lasso di tempo tra la pubblicazione del bando e la stipula del contratto, ovvero il mercato di riferimento si caratterizzi per la presenza di un numero esiguo di players o in relazione alla tipologia della prestazione richiesta.

2.4. Evitare comportamenti elusivi la disciplina antimafia

Come si è già visto nel capitolo precedente, diverse disposizioni introdotte in materia di appalti pubblici e, con particolare riferimento al subappalto in analisi derivano dalla disciplina antimafia. Ai sensi dell'articolo 91, comma 1, lett. c) del D. Lgs 6 settembre 2011, n. 159, è richiesta l'informazione antimafia¹¹³ per tutti i subcontratti, cessioni o cottimi di importo superiore a 150.000 euro; di qui ne deriva che ampliando il ricorso al subappalto, gli operatori economici potrebbero agevolmente dar luogo a subappalti frazionati che siano sempre di importo superiore a 150.000 euro, in modo tale da eludere la normativa antimafia. Considerata la portata del rischio di infiltrazioni di organizzazioni criminali, l'Autorità propone che in caso di subappalto eccessivamente frammentato si adotti un criterio cumulativo, simile a quello proposto in tema di soglia subappaltabile, superato il quale l'informazione antimafia sia ugualmente richiesta per tutti i subappaltatori. O in alternativa disporre che la disciplina del Codice dei contratti prevalga su quella antimafia, in modo tale che tutte le verifiche di cui all'articolo 80 del D. Lgs 50/2016 siano effettuate a prescindere dalla soglia dell'importo.

¹¹³ L'informazione antimafia, noto anche come certificazione informazione antimafia è un certificato che attesta la sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto e di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa che potrebbero influire sulle decisioni societarie ed imprenditoriali.

2.5. Agevolare le verifiche sui subappaltatori

Ampliando le ipotesi di ricorso al subappalto, è necessario che la stazione appaltante svolga controlli efficaci sui soggetti a cui sarà affidato il subappalto. Ciò, quindi implica che la stazione appaltante disponga di capacità, risorse e mezzi che glielo consentano. Ad oggi, non sempre le stazioni appaltanti sono in possesso delle infrastrutture necessarie e di personale competente e formato che consenta di svolgere i dovuti controlli in nelle tempistiche necessarie che non comportino un'eccessiva dilazione dei tempi che attengono alla procedura di evidenza pubblica. Per raggiungere questo obiettivo è da ragionare a lungo termine in quanto esso implicherebbe un miglioramento alla base in tema di maggior digitalizzazione delle procedure di gara con la contestuale semplificazione ed il potenziamento delle banche dati. Proprio con riguardo a quest'ultimo punto, sarebbe auspicabile la creazione di una banca dati nazionale interoperabile che comprenda tutti i dati che attualmente sono raccolti presso l'AVCPass - al quale dovrebbe subentrare la Banca dati nazionale degli operatori economici (BDOE) – e presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP).

In tema di semplificazione anche del reperimento dei dati sarebbe senz'altro funzionale la creazione di una banca dati che consenta di creare una sorta di fascicolo virtuale degli operatori economici, in modo tale che in sede di gara, alla stazione appaltante spetti il solo onere di ricercare all'interno della stessa la sussistenza dei requisiti previsti per l'appalto. Se ciò si realizzerà, le amministrazioni aggiudicatrici saranno in grado di effettuare i dovuti controlli senza prolungare eccessivamente i tempi dell'istruttoria, mentre gli operatori economici saranno sgravati dalla continua presentazione di documentazione di cui la pubblica amministrazione è già in possesso.

CONCLUSIONI

Il subappalto, come si è visto è un istituto di matrice civilistica che è stato introdotto anche all'interno del Codice dei contratti pubblici tra gli istituti che prevedono il coinvolgimento degli operatori della business community nell'esecuzione dell'appalto. Il suo carattere distintivo, sin dalla prima formulazione dell'istituto è la terzietà del subappaltatore – il soggetto che sostanzialmente esegue la prestazione – rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, la quale si rapporta in via esclusiva con l'operatore economico risultato aggiudicatario del contratto pubblico. Proprio detta tipizzazione ontologica che differenzia il subappalto dalle altre forme di coinvolgimento ammesse dal Codice ha fatto sì che inizialmente l'istituto fosse visto con sfavore da parte del legislatore. Negli anni il legislatore nazionale ha moderatamente rivisto tale impostazione, inserendo però un limite quantitativo alle prestazioni da subappaltare per evitare che la stazione appaltante perdesse in controllo sul soggetto esecutore dell'opera, e prevenire l'infiltrazione della criminalità organizzata che attraverso il sistema dei subcontratti poteva più agevolmente giovare degli appalti pubblici per riciclare capitali di provenienza illecita. Il legislatore comunitario, invece, già con le prime direttive in tema di appalti pubblici si è mostrata favorevole alla più ampia subappaltabilità delle prestazioni al fine di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese e quindi incentivare la libera concorrenza.

L'evolversi del settore degli appalti sempre verso un maggiore coinvolgimento di molteplici operatori economici all'interno del contratto d'appalto ha creato le condizioni di una maggiore diffusione del ricorso al subappalto. La portata dell'istituto ha spinto quindi la Comunità Europea ad insistere affinché il legislatore italiano

riformulasse l'istituto del subappalto, eliminando in particolare la previsione di un limite quantitativo in quanto, applicato indistintamente dal settore economico, risultava lesivo del principio di proporzionalità.

Il legislatore è quindi intervenuto temporaneamente con il decreto cd. "sblocca cantieri" innalzando il limite di subappalto dal 30 al 40 per cento, tuttavia la disciplina, ormai di imminente scadenza, non è esaustiva per soddisfare le istanze avanzate dall'Unione Europea.

L'ANAC e l'Antitrust, le autorità indipendenti coinvolte in ambito di appalti pubblici, si sono quindi attivate per stimolare il legislatore ad intervenire in modo più incisivo con una nuova formulazione dell'istituto del subappalto. Esse in particolare propongono la rimozione della soglia accompagnata da misure idonee a scongiurare tutti i comportamenti potenzialmente elusivi della disciplina antimafia da parte degli operatori economici, ritengono quindi necessario introdurre in capo alla stazione appaltante l'onere di imporre limitazioni specifiche per il subappalto e consentire loro di disporre delle infrastrutture digitali per effettuare le dovute verifiche sui soggetti intestatari del subappalto.

In questo senso stiamo assistendo ad un'ulteriore evoluzione del rapporto tra stazione appaltante e operatori della business community, verso una maggiore apertura del legislatore all'impiego dell'istituto del subappalto con la contestuale riduzione dell'indipendenza tra stazione appaltante e subappaltatore. Infatti, oltre al rapporto diretto che già si configura in tema di pagamento diretto nonché del cd. *reverse charge*, l'impostazione proposta da ANAC per la futura disciplina del subappalto, prevede che qualora l'affidatario ricorra al subappalto in misura preponderante i subappaltatori siano responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante. L'istituto così formulato andrebbe ad avvicinarsi maggiormente a quanto disposto nella disciplina dei

raggruppamenti temporanei di impresa, affievolendosi così la sua connotazione ontologica ossia quella della terzietà del subappaltatore nei confronti della stazione appaltante.

Risulta difficile ad oggi sbilanciarsi circa l'impostazione che adotterà il legislatore nazionale in tema di subappalto, se riterrà opportuno cogliere gli interventi di modifica avanzati da ANAC ovvero rielaborarli in maniera differente; ciò che si auspica - anche in considerazione delle ingenti risorse pubbliche, soggette alle procedure di evidenza pubblica, che saranno stanziare con il Recovery Fund - è che l'istituto del subappalto con questa riforma venga disciplinato in maniera inequivocabile riducendo al minimo i vuoti normativi che possano dare adito a comportamenti illeciti, elusivi la normativa, da parte degli operatori economici.

BIBLIOGRAFIA

AZARA A., EULA E, *Novissimo digesto italiano*, Volume 1.1: A-AP, Torino, 1957;

BENTIVOGLI C., QUINTILIANI F., SABBATINI D., *Questioni di economia e finanza – Le reti di imprese*, Roma, 2013;

CLARICH M., *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, Seconda edizione, Torino, 2019;

CONTESSA C, *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici*, Piacenza, 2020;

PERFETTI L.R, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Seconda edizione, Milano, 2017;

SITOGRAFIA

www.ancebrescia.it

www.anticorruzione.it

www.appaltiecontratti.it

www.autovie.it/Linee-guida-autorizzazione-al-subappalto

www.bosettiegatti.eu

www.codiceappalti.it

Direzione Investigativa Antimafia (interno.gov.it)

www.gstcostruzioni.com

www.mediappalti.it

RINGRAZIAMENTI

Se c'è una cosa che ho imparato è che per ogni traguardo raggiunto individualmente, alle spalle si cela l'impegno di molte persone senza le quali il percorso sarebbe stato di certo più tortuoso.

Grazie ai miei genitori e alla mia famiglia che mi sostiene sempre in ogni mia scelta.

Grazie ad Ale per la pazienza, l'incoraggiamento, e per essere sempre la spalla su cui posso contare.

Grazie a nonna Pierina che crede sempre in me più di chiunque altro.

Grazie agli amici più cari che io abbia, Bea e Fede, che sono al mio fianco e sui quali so che posso sempre contare.

Grazie a Mario Ciriello e Flavio Mosetti, per essere stati non solo ottimi allenatori ma per avermi insegnato ad alzare sempre l'asticella, senza mollare mai, in qualsiasi ambito, non solo sportivo.

Grazie a Sara ed Eni con le quali ho condiviso questi due anni universitari per l'aiuto e il supporto reciproco.