



CENTRO SPERIMENTALE
DI SVILUPPO DELLE COMPETENZE
NELL'AREA DELLE COSTRUZIONI



La tua
Campania
cresce in
Europa



Monografie Edil-lab

OPERE PUBBLICHE

Il subappalto

OP

Il subappalto

Il progetto è stato promosso dall'ATI Edil-lab: mandataria CFS Napoli; mandanti STAMPA Soc. Coop. a r.l., Istituto Tecnico Statale "Della Porta - Porzio", STRESS scarl, Consorzio TRE, AMRA – Analisi e Monitoraggio del Rischio Ambiente S.c.ar.l., ACEN - Associazione Costruttori Edili di Napoli, S.I. Impresa – Azienda Speciale della CCIAA di Napoli, Brancaccio Costruzioni spa, Credendino Costruzioni spa, Edildovi snc, Iterga Costruzioni Generali Appalti spa, RR Costruzioni Generali spa.

L'ideazione dell'iniziativa "Monografie Edil-lab" è delle imprese Brancaccio Costruzioni spa, Credendino Costruzioni spa, Edildovi snc, Iterga Costruzioni Generali Appalti spa, RR Costruzioni Generali spa.

L'elaborazione della monografia è a cura dell'avv. Paolo Vosa.

Elaborazioni grafiche: Edizioni Graffiti srl

Si ringraziano per gli apporti tecnici: Roberta Ajello, Federica Brancaccio, Aldo Checchi, Ester Chica, Antonio Credendino, Mattia D'Acunto, Giancarlo Di Luggo, Marco Ferrà, Antonio Giustino, Angelo Lancellotti, Massimo Maresca, Gabriella Reale, Barbara Rubertelli, Gaetano Troncone, Francesco Tuccillo, Diego Vivarelli von Lobstein, nonché gli uffici dell'ANCE.

Si ringrazia, inoltre, il Comitato Tecnico Esecutivo di Edil-lab nelle persone di: Paola Marone, Ennio Rubino e Stefano Russo.

Si ringraziano inoltre: l'Assessore alla Formazione della Regione Campania, Chiara Marciani, il Dirigente dell'UOD Formazione Professionale, Prospero Volpe, il Funzionario Titolare di P.O., Gerardo de Paola, ed il coordinatore amministrativo del Progetto Valerio Iacono.

editing: Giovanni Aurino

impaginazione: Emma Di Lauro

Edizioni Graffiti srl

Napoli. luglio 2017

Indice

1. Inquadramento	pag 02
2. Principio della conduzione personale dei lavori e condizioni alle quali è subordinata il rilascio dell'autorizzazione	pag 06
3. Possibilità per l'appaltatore di ricorrere al subappalto per una quota non superiore al 30% dell'importo complessivo dei lavori	pag 09
4. Dichiarazione di subappalto - obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta le parti del contratto che intende subappaltare - conseguenze della mancata indicazione	pag 11
5. Dichiarazione di subappalto - obbligo di indicare in sede di offerta i nominativi dei subappaltatori – conseguenza della mancata indicazione – possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio	pag 14
6. Verifica del possesso dei requisiti nei confronti delle imprese subappaltatrici	pag 19
7. Divieto di concludere contratti di subappalto con imprese che hanno partecipato alla medesima gara	pag 23
8. Autorizzazione al subappalto	pag 27
9. Pagamenti diretti al subappaltatore	pag 31
10. Tutela dei lavoratori del subappaltatore impiegati nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del subappalto	pag 35
11. Subappalto e contratti similari	pag 38

1. INQUADRAMENTO

Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione in tutto o in parte dei lavori, servizi o forniture assunte in appalto. L'articolo 1656 del codice civile, relativamente ai contratti di appalto tra privati non assoggettati alla disciplina dei contratti pubblici, consente il ricorso al subappalto previa autorizzazione del committente.

Nei contratti pubblici, il subappalto è stato disciplinato per la prima volta dalla Legge 2248 allegato f) del 20.3.1865 che all'articolo 339, in coerenza con il principio dell'esecuzione personale della prestazione, vietava il ricorso al subappalto in mancanza di approvazione del contratto di subappalto da parte dell'amministrazione. La verifica e l'approvazione da parte dell'amministrazione del contratto di subappalto tendeva ad evitare che attraverso il ricorso al subappalto l'appaltatore potesse speculare riducendo il margine di guadagno per il subappaltatore e che i lavori venissero eseguiti da imprese che non fossero tecnicamente e moralmente idonee¹

Anche le successive leggi che hanno disciplinato l'esecuzione dei contratti di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, hanno confermato il principio dell'esecuzione personale delle prestazioni affidate all'appaltatore con il contratto di appalto ed hanno posto limiti e condizioni al ricorso al subappalto.

Limiti e condizioni più stringenti, motivati da ragioni di ordine pubblico, sono stati previsti dalla legislazione antimafia che con l'articolo 21 della legge 646/82 ha punito come reato l'affidamento, "anche di fatto", di subappalti in assenza della preventiva

¹ Antonio Cianflone e Giorgio Giovannini, L'Appalto di Opere Pubbliche, Giuffrè Editore, XII Edizione

autorizzazione della committente e che, con le successive leggi (legge 55/98, D. Lgs. 163/2006 – articolo 118 del D. Lgs. 163/2006 e codice antimafia D. Lgs. 159/2011) hanno subordinato il rilascio dell'autorizzazione al subappalto all'accertamento da parte della stazione appaltante dell'assenza di cause di decadenza, di sospensione o divieto previste dall'articolo 67 del D. Lgs. 159/2011 o di tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84 comma 4 del medesimo decreto ed hanno introdotto ulteriori condizioni e limiti alla possibilità per l'appaltatore di ricorrere al subappalto.

Il subappalto è stato oggetto di particolare attenzione anche da parte del legislatore europeo perché *“ritenuto fase dell'esecuzione dei lavori pubblici sensibile rispetto a potenziali attività illegali”*². La Direttiva 2014/24/UE al *“considerando 105”* ha evidenziato che *“è necessario garantire una certa trasparenza nella catena dei subappalti, in quanto ciò fornisce alle amministrazioni aggiudicatrici informazioni su chi è presente nei cantieri edili nei quali si stanno eseguendo i lavori per loro conto”* e all'articolo 71, comma 1, ha previsto che *“l'osservanza degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, da parte dei subappaltatori è garantita mediante azioni adeguate delle Autorità Nazionali competenti che agiscono nell'ambito delle rispettive responsabilità e competenze”* ed al comma 6 ha previsto che *“le amministrazioni aggiudicatrici possono estendere o possono essere obbligate dagli stati membri ad estendere gli obblighi previsti dal primo comma, ad esempio:*

a) ai contratti di fornitura, ai contratti di servizi diversi da quelli riguardanti i servizi da fornire presso gli impianti sotto la diretta supervisione dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero ai fornitori coinvolti in contratti di lavori o di servizi;

² TAR Piemonte, sentenza 328/2017

b) ai subappaltatori dei subappaltatori del contraente principale o ai subappaltatori successivi nella catena dei subappalti”.

L'articolo 71, tra le altre disposizioni impartite, ha previsto anche che: *“Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno stato membro a chiedere all'offerente di indicare nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti”.*

Il legislatore nazionale, con la Legge 28.1.2016 n. 11³ ha delegato al Governo di introdurre nella disciplina dei contratti di lavori, servizi e forniture *“una disciplina specifica per il subappalto, prevedendo in particolare: l'obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta le parti del contratto che intende subappaltare; l'espressa individuazione dei casi specifici in cui vige l'obbligo di indicare in sede di offerta, una terna nominativa di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto; l'obbligo di dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori indicati di motivi di esclusione e di sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza di motivi di esclusione; l'obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore o anche su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente per i servizi, le forniture o i lavori forniti; ove il subappaltatore sia una microimpresa o una piccola impresa, l'espressa individuazione delle fattispecie in cui la stazione appaltante procede al pagamento diretto”.*

³ *“Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 Febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”*

Il codice dei contratti approvato con il decreto legislativo n. 50/2016 ed integrato con il primo correttivo introdotto dal Decreto Legislativo n. 56/2017, in attuazione della legge delega ha previsto una disciplina specifica per il subappalto sulla quale ci soffermeremo ai successivi paragrafi.

2. PRINCIPIO DELLA CONDUZIONE PERSONALE DEI LAVORI E CONDIZIONI ALLE QUALI È SUBORDINATA IL RILASCIO DELL'AUTORIZZAZIONE

Il codice all'articolo 105 ha confermato il principio enunciato dalla legislazione in materia di lavori pubblici dal 1865, della conduzione personale dei lavori da parte dell'appaltatore, principio al quale, come evidenziato dalla dottrina, "*si riconduce, sotto un certo aspetto, anche la problematica inerente la figura del subappalto*"⁴ ed ha subordinato a una serie di condizioni e limiti la possibilità per il contraente di affidare in subappalto parte delle prestazioni ad esso appaltate:

- a) il ricorso al subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture (articolo 105, comma 2);
- b) la medesima quota del 30% costituisce il limite entro il quale i lavori ricadenti nelle c.d. categorie superspecialistiche possono essere subappaltati (articolo 105, comma 5);
- c) l'appaltatore deve riconoscere al subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al 20%, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto (art. 105, comma 14);

⁴ Antonio Cianflone, Giorgio Giovannini – L'appalto di Opere Pubbliche, XII Edizione, Tomo II, pag. 1368

- d) l'appaltatore deve corrispondere al subappaltatore i costi della sicurezza e della mano d'opera relativi alle prestazioni affidate in subappalto senza alcun ribasso (art. 105, comma 14).
- e) il subappalto può essere autorizzato a condizione che l'appaltatore abbia manifestato all'atto della presentazione dell'offerta la volontà di ricorrere al subappalto ed abbia indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intende subappaltare (articolo 105, comma 4 lettera c);
- f) il subappaltatore deve essere in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati alle prestazioni da eseguire (articolo 105, comma 4 lettera b);
- g) il subappaltatore non deve aver partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto (articolo 105, comma 4, lettera a);
- h) non devono ricorrere nei confronti del subappaltatore i motivi ostativi di cui all'articolo 80 (articolo 105, comma 4 lettera d).
- i) relativamente ai contratti di importo superiore alla soglia comunitaria e per quelli che riguardano le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa come individuate al comma 53 dell'art. 1 della Legge 6.11.2012 n. 190⁵ il concorrente deve aver indicato all'atto dell'offerta, i nominativi di tre possibili subappaltatori;
- l) l'appaltatore che intende avvalersi del subappalto deve depositare il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno 20 giorni prima dell'inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni (articolo 105, comma 7).

⁵ trasporto di materiali a scarica per conto di terzi, trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto terzi, estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti, confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume, noli a freddo di macchinari, fornitura di ferro lavorato, noli a caldo, autotrasporti per conto di terzi, guardiania in cantiere

L'affidatario nel richiedere il subappalto dovrà dare evidenza del rispetto delle condizioni poste dall'art. 105 ed il contratto dovrà consentire alla stazione appaltante di accertare il rispetto di quanto stabilito anche relativamente alle condizioni economiche praticate al subappaltatore ed all'obbligo da parte di quest'ultimo di applicare ai propri dipendenti il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni (articolo 105, comma 9). Il richiedente l'autorizzazione al subappalto dovrà produrre anche dichiarazione attestante la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'art. 2359 del codice civile con il titolare del subappalto.

Il contratto di subappalto può essere eseguito solo dopo l'autorizzazione al subappalto. L'autorizzazione al subappalto deve essere concessa all'amministrazione entro 30 giorni dalla richiesta, termine che si riduce a 15 giorni in caso di subappalto di importo inferiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate con il contratto di appalto o di importo inferiore ad € 100.000,00. Il termine di cui innanzi può essere prorogato una sola volta ove ricorrano giustificati motivi.

L'autorizzazione al subappalto è preceduta dalla verifica da parte della stazione appaltante della sussistenza delle condizioni di cui all'art. 105, nonché dell'assenza delle cause ostative di cui alla legislazione antimafia.

3. POSSIBILITÀ PER L'APPALTATORE DI RICORRERE AL SUBAPPALTO PER UNA QUOTA NON SUPERIORE AL 30% DELL'IMPORTO COMPLESSIVO DEI LAVORI

Il Codice ha previsto limiti quantitativi alla possibilità per l'appaltatore di ricorrere al subappalto per l'esecuzione dei lavori, servizi e forniture assunti in appalto prevedendo, all'articolo 105, quale regola generale che *"l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo di lavori, servizi e forniture"*⁶ e quando il contratto prevede l'esecuzione di opere per la cui realizzazione occorrono lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico di rilevante complessità tecnica quali strutture, impianti e opere speciali⁷ che *"l'eventuale subappalto non può superare il 30% dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso"*⁸.

Il confronto tra il comma 2 dell'articolo 105 che prevede che il subappalto *"non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture"* ed il comma 5 del medesimo articolo che, con riferimento ai subappalti di strutture, impianti ed opere speciali, prevede che *"l'eventuale subappalto non può superare il 30% dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso"*, evidenzia alcune perplessità per quanto concerne l'individuazione della base di calcolo alla quale fa riferimento per individuare la quota subappaltabile. Invero, mentre dal comma 2 l'articolo 105 risulta che la base di calcolo debba essere

⁶ Articolo 105, comma 2

⁷ Si tratta dei lavori superspecialistici di cui all'articolo 89, comma 11 del D.Lgs. 50/2016 individuati dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con il decreto del 10.11.2016 n. 248 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 3 del 4.1.2017

⁸ Articolo 105, comma 5

“l'importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture” e quindi l'importo contrattuale che si determina al netto del ribasso offerto dal concorrente in gara, il riferimento fatto dal comma 5 dell'articolo 105 all'“importo delle opere” potrebbe far ritenere che il limite del 30% debba essere stabilito non con riferimento all'importo contrattuale delle strutture, impianti ed opere speciali (importo peraltro non rilevabile dal contratto) ma con riferimento all'importo delle opere posto a base di gara.

Il limite del 30% di cui innanzi è un limite inderogabile e non può essere superato dall'appaltatore che non potrà manifestare, all'atto della partecipazione alla gara, la volontà di ricorrere al subappalto per una quota di lavori maggiore rispetto al limite di cui innanzi e nel corso dell'esecuzione dei lavori non potrà far eseguire dall'appaltatore lavorazioni per categorie e/o importi maggiori rispetto a quelli indicati all'atto della partecipazione.

4. DICHIARAZIONE DI SUBAPPALTO - OBBLIGO PER IL CONCORRENTE DI INDICARE IN SEDE DI OFFERTA LE PARTI DEL CONTRATTO CHE INTENDE SUBAPPALTARE - CONSEGUENZE DELLA MANCATA INDICAZIONE

L'articolo 105, al comma 4 lettera c) prescrive ai concorrenti di indicare all'atto dell'offerta *"i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare"*.

La dichiarazione di volersi avvalere del subappalto indicando all'atto della partecipazione alla gara i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che il concorrente intende subappaltare costituisce una condizione essenziale la cui mancanza impedisce all'amministrazione di autorizzare il subappalto. Pertanto laddove il concorrente non dovesse, all'atto della partecipazione alla gara dichiarare di volersi avvalere del subappalto, non potrà nel corso dei lavori essere autorizzato a concludere contratti di subappalto.

In alcuni casi le conseguenze della mancata dichiarazione possono essere più gravi e la mancata manifestazione della volontà di ricorrere al subappalto può condurre all'esclusione del concorrente. Ciò avviene quando ricorrono le condizioni del c.d. *"subappalto necessario"* e cioè quando il concorrente – aggiudicatario – che non sia in possesso di qualificazione SOA per alcune o tutte le lavorazioni scorporabili è tenuto a ricorrere al subappalto per affidare ad imprese in possesso di adeguata qualificazione SOA le predette lavorazioni.

Ciò può verificarsi in quanto l'articolo 92 del D.P.R. 207/2010 applicabile in via transitoria anche agli appalti disciplinati dal D. Lgs. 50/2016⁹ prevede che gli operatori singoli o associati possono partecipare alla gara sia se posseggono la qualificazione nella sola categoria prevalente per l'importo corrispondente e nelle categorie scorporabili per i relativi importi, sia se posseggono la qualificazione nella sola categoria prevalente per l'importo totale dei lavori. Poiché la legislazione in materia di lavori pubblici prevede che i lavori di importo superiore ad € 150.000,00 debbano essere eseguiti da imprese in possesso di qualificazione SOA nella corrispondente categoria e classifica, il concorrente che partecipa alla gara avvalendosi della qualificazione nella categoria prevalente e che non è in possesso delle qualificazioni SOA relative alle opere scorporabili, per sopperire a tale carenza, è tenuto necessariamente a ricorrere al subappalto demandando ad operatori in possesso di qualificazione SOA le lavorazioni che non può eseguire direttamente. In tali casi si parla di "subappalto necessario" ed il concorrente all'atto della partecipazione alla gara dovrà manifestare la volontà di subappaltare le lavorazioni relative alle categorie SOA per le quali non possiede adeguata qualificazione. La mancata manifestazione della volontà riflettendosi sulla possibilità per il concorrente di eseguire i lavori, comporta inevitabilmente l'esclusione del concorrente dalla gara.

⁹ Cfr. L'articolo 83 del nuovo Codice prevede che sino all'adozione del nuovo sistema di qualificazione degli operatori abilitati a partecipare alle gare per l'affidamento di lavori continueranno ad applicarsi, *"in quanto compatibili, le disposizioni della parte II, titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del D.P.R. 207/2010"* (e ciò ai sensi dell'articolo 216, comma 14 del D.Lgs. 50/2016) e pertanto, per quanto concerne i requisiti di qualificazione SOA che devono essere posseduti dal concorrente singolo o raggruppato, per partecipare alla gara occorrerà far riferimento, sino a tale data, all'articolo 92 del D.P.R. 207/2010 .

Le conseguenze della mancata dichiarazione di volersi avvalere del subappalto sono, pertanto, sostanzialmente diverse nel caso di “subappalto necessario” rispetto ai casi in cui l'appaltatore è nelle condizioni di poter eseguire i lavori con la propria organizzazione.

La prevalente giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato che la dichiarazione concernente il subappalto *“rileva esclusivamente nella successiva fase di esecuzione del contratto, sottoforma di divieto per la stazione appaltante di procedere al subappalto non dichiarato in gara”* e può invece condurre all'esclusione dell'impresa *“nell'unico caso del c.d. subappalto necessario, quando cioè la partecipante alla gara vi abbia fatto ricorso per supplire alla carenza dei requisiti di qualificazione richiesti”*¹⁰

In vigenza del vecchio codice era sorto un contrasto giurisprudenziale circa la sussistenza o meno dell'obbligo per i concorrenti che intendevano far ricorso al c.d. “subappalto necessario” di indicare all'atto della partecipazione alla gara anche il nominativo del subappaltatore. Il contrasto giurisprudenziale è stato risolto dal Consiglio di Stato con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2015 che ha ritenuto non necessaria *“l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta”*.

¹⁰ Sentenza Consiglio di Stato ez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781, 4 settembre 2013, n. 4431; Sez. IV, 26 maggio 2014, n. 2675, 13 marzo 2014, n. 1224, 6 giugno 2008 n. 2683; Sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900, 19 giugno 2013, n. 3563, 23 gennaio 2012, n. 262, 20 giugno 2011, n. 3698, 28 febbraio 2002, n. 1229; 23 giugno 1999, n. 438; Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508, 13 febbraio 2004, n. 557

5. DICHIARAZIONE DI SUBAPPALTO - OBBLIGO DI INDICARE IN SEDE DI OFFERTA I NOMINATIVI DEI SUBAPPALTATORI – CONSEGUENZA DELLA MANCATA INDICAZIONE – POSSIBILITÀ DI RICORRERE AL SOCCORSO ISTRUTTORIO

Relativamente all'obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore già all'atto della presentazione dell'offerta la giurisprudenza, con riferimento alla disciplina del subappalto di cui all'articolo 118 del D. Lgs. 163/2006, distingueva, come esposto al precedente paragrafo 4), il subappalto c.d. necessario da quello c.d. facoltativo. In particolare, il primo sussiste, come detto, nel caso in cui l'appaltatore difetta, in proprio, dei requisiti necessari per la realizzazione di una prestazione, motivo per cui è obbligato a subappaltarla a un'impresa che sia in possesso di tali requisiti. Nel subappalto facoltativo, invece, l'appaltatore già possiede in proprio i requisiti necessari per il compimento dell'intero appalto ma sceglie discrezionalmente di subappaltarli a un'altra impresa, anch'essa ovviamente in possesso di siffatti requisiti. La giurisprudenza, visto il silenzio della legge sul punto, si era divisa sulla necessità o meno dell'indicazione nominativa al momento della presentazione dell'offerta, degli eventuali subappaltatori, nelle ipotesi in cui l'impresa appaltatrice fosse stata sprovvista del requisito di qualificazione per alcune categorie scorporabili e avesse manifestato l'intenzione di subappaltare le relative lavorazioni (subappalto necessario). Parte della giurisprudenza riteneva che il concorrente, in caso di subappalto necessario, dovesse indicare all'atto della partecipazione alla gara anche il nominativo dell'impresa

subappaltatrice e ciò al fine di consentire alla stazione appaltante di verificare il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti di qualificazione richiesti. A sostegno di tale conclusione la giurisprudenza richiamava anche la direttiva comunitaria n. 2014/24, recepita nell'ordinamento nazionale con il Codice dei contratti di cui al D. Lgs. 50/2016, che all'articolo 71 consente alle amministrazioni di richiedere l'indicazione dei subappaltatori proposti.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza 2 novembre 2015, n. 9, risolvendo il contrasto giurisprudenziale, ha rilevato che quanto prescritto dalle nuove direttive (Direttiva 2014/24) circa il reintrodotta obbligo di indicazione nominativa dei subappaltatori non poteva essere considerato come immediatamente applicabile nel nostro ordinamento e che l'allora vigente impianto normativo precludeva di imporre siffatta indicazione nominativa. Il Consiglio di Stato rilevava che dall'impianto normativo a quella data vigente si ricavava unicamente che: a) per la partecipazione alla gara era sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori; b) le lavorazioni relative alle opere scorporabili non potevano essere eseguite direttamente dall'affidatario sprovvisto della relativa qualificazione necessaria; c) il concorrente sprovvisto della relativa qualificazione necessaria doveva subappaltare l'esecuzione delle relative lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione; d) il concorrente doveva indicare al momento della presentazione dell'offerta unicamente le lavorazioni che intendeva subappaltare e doveva poi trasmettere alla stazione il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati.

Il Consiglio di Stato rilevava quindi l'inammissibilità di un'interpretazione estensiva del preciso dettato del secondo comma dell'art. 118, D. Lgs. 163 del 2006, che aveva circoscritto tassativamente ed esaustivamente i presupposti delle condizioni di validità ed efficacia del subappalto, pena, peraltro, una indebita confusione tra avalimento e subappalto.

Il D. Lgs. 50/2016 all'articolo 105, come modificato dall'articolo 69 del D. Lgs. 56/2017, dando attuazione alla Direttiva comunitaria ha previsto, ma non per tutte le gare, l'obbligo per i concorrenti di indicare i nominativi dei subappaltatori.

Il nuovo articolo 105 comma 6, come modificato dal decreto correttivo, dispone che *“È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, per gli appalti sotto le soglie di cui all'articolo 35: le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80 prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori; l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo 80”*.

L'obbligo per i concorrenti di indicare la terna dei subappaltatori è previsto per le sole gare sopra soglia e a seguito della modifica apportata con il correttivo alle gare, anche sotto soglia, quando le stesse riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate dalla Legge n. 190/2012 (la c.d. Legge Severino) e quindi riguardino attività di trasporto di materiali a discarica per conto di terzi, trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto terzi, estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti, confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume, noli a freddo di macchinari, fornitura di ferro lavorato, noli a caldo, autotrasporti per conto di terzi, guardiania in cantiere.

La modifica apportata dal correttivo con la quale è stata eliminata dall'articolo 105 la disposizione che consentiva alle stazioni appaltanti di prevedere nel bando *“ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'articolo 35”* evidenzia che secondo l'attuale quadro normativo le stazioni appaltanti non possono richiedere l'indicazione nominativa dei subappaltatori se non nei casi di cui all'articolo 105 comma 6. Pertanto solo per le gare sopra soglia e per quelle anche sotto soglia che riguardino le attività di cui all'articolo 1 comma 53 della legge 190/2012 il concorrente dovrà, all'atto della partecipazione alla gara indicare nominativamente tre subappaltatori per ciascuna tipologia di prestazioni.

La giurisprudenza ha avuto occasione di esaminare le conseguenze della mancata indicazione nominativa dei tre subappaltatori ed ha affermato che alla mancata indicazione è possibile ovviare attraverso il ricorso al c.d. soccorso istruttorio, in quanto l'invito rivolto al concorrente di indicare i nominativi dei subappaltatori tende ad ottenere delucidazioni e chiarimenti, pienamente ammissibili, come risulta anche dalla

possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere al concorrente specificazioni ed integrazioni sul rapporto instaurato tra il concorrente e l'impresa ausiliaria ed ha affermato *“Se, dunque, sono consentite specificazioni e integrazioni sul rapporto instaurato con l'impresa ausiliaria, a maggior ragione si devono ammettere delucidazioni e chiarimenti sui soggetti subappaltatori. Detta conclusione è autonomamente sostenibile, a prescindere dall'ulteriore rilievo della controinteressata, che sarebbe in possesso (in proprio) di tutti i requisiti di capacità tecnico-professionale ed economica.”* (TAR Lombardia – Brescia – sentenza 1790/2016).

Pertanto alla luce dell'orientamento giurisprudenziale innanzi richiamato deve ritenersi che alla mancata indicazione della terna dei subappaltatori possa ovviarsi attraverso il ricorso al soccorso istruttorio.

6. VERIFICA DEL POSSESSO DEI REQUISITI NEI CONFRONTI DELLE IMPRESE SUBAPPALTATRICI

Le stazioni appaltanti, prima di autorizzare il subappalto, sono tenute a verificare il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di idoneità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti e l'assenza nei suoi confronti delle cause ostative di cui all'art. 80 del D. Lgs. 50/2016. L'art. 105 al comma 12 prevede che l'affidatario *“deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80”*.

Pertanto, laddove la verifica dovesse evidenziare l'esistenza di cause ostative di cui all'art. 80 nei confronti del subappaltatore, quest'ultimo dovrà essere sostituito.

La verifica deve essere effettuata, ai sensi dell'art. 105 comma 7, al momento del rilascio dell'autorizzazione al subappalto. Prescrive infatti l'art. 105 al comma 7 che *“al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmette altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art. 80”*.

Quando è richiesto ai concorrenti di indicare all'atto della partecipazione alla gara il nominativo di tre subappaltatori (c.d. terna) l'amministrazione sarà tenuta a procedere nella gara alla verifica dell'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 nei confronti dei subappaltatori designati anche nel corso della gara.

L'art. 80 prevede che le stazioni appaltanti procedono all'esclusione dalla gara dell'operatore economico il cui subappaltatore, indicato ai sensi dell'art. 105 comma 6, si trovi nelle condizioni di cui al comma 5 dell'art. 80.

Tale prescrizione va interpretata alla luce del comma 12 dell'art. 105 che come innanzi ricordato prevede, invece, che l'affidatario debba provvedere a sostituire il subappaltatore che dovesse trovarsi nelle condizioni di cui all'art. 80.

Risulta un contrasto palese tra l'obbligo posto a carico dell'affidatario di sostituire il subappaltatore nel caso in cui la verifica dovesse evidenziare l'esistenza nei suoi confronti dei motivi di cui all'art. 80 e la previsione dell'esclusione dalla gara del concorrente nel caso in cui la verifica dovesse evidenziare nei confronti del subappaltatore l'esistenza dei motivi di cui all'art. 80 comma 5.

Tale incongruità potrebbe essere risolto alla luce del quadro normativo dal quale risulta che non sarebbe conforme al principio di proporzionalità desumere l'automatica esclusione di un concorrente per aver quest'ultimo designato quale possibile subappaltatore un operatore economico nei cui confronti è stata accertata l'esistenza di cause ostative di cui all'art. 80 comma 5.

Per la risoluzione dell'incongruità si può far riferimento alla giurisprudenza amministrativa che ha evidenziato che *“se da un lato l'indicazione dei subappaltatori obbliga la stazione appaltante a verificare immediatamente che costoro possiedano i requisiti generali di partecipazione alle gare pubbliche, dall'altro, ai sensi dell'art. 105 del nuovo codice, tale verifica dovrà essere ripetuta all'atto dell'effettiva stipulazione/autorizzazione del contratto di subappalto; in sostanza la prima pur doverosa verifica non preclude (come è giusto che sia, considerato anche che le*

condizioni dei subappaltatori possono mutare nel tempo) la necessità di un ulteriore verifica all'atto della stipulazione del contratto di subappalto. D'altro canto la verifica svolta al momento dell'ammissione alla gara, nella prospettiva del subappalto, potrebbe anche rilevarsi inutile, andando ad interessare un soggetto indicato come subappaltatore facoltativo che, concretamente, potrebbe non venire mai chiamato ad operare in cantiere. In siffatto contesto affinché l'onere di immediata indicazione dei subappaltatori non si traduca in una mera ed inutile ripetizione di procedure di controllo (in parte anche potenzialmente inutili) non può che attribuirsi a tale onere anche un significato in termini di trasparenza immediata circa le modalità anche di composizione delle offerte da parte dei concorrenti” (TAR Piemonte, Sez. II, sentenza n. 328/2017).

In coerenza con il quadro normativo ricostruito il TAR ha ritenuto “non conforme al principio di proporzionalità desumerne l'automatica esclusione di un concorrente” (in quel caso indicato da altri quale subappaltatore) “tanto più che l'indicazione del subappaltatore (a differenza di quanto avviene per l'ausiliario e per il raggruppamento temporaneo di imprese) non implica necessariamente una previa formalizzazione dei rapporti tra il concorrente ed il subappaltatore.

Ulteriore conferma della non coerenza al quadro normativo di un'interpretazione che dovesse condurre all'esclusione del concorrente nel caso in cui la verifica svolta all'esito della gara dovesse evidenziare l'esistenza di cause ostative nei confronti di uno o più dei subappaltatori indicati la si ricava dall'art. 89 comma 3 del D. Lgs. 50/2016 che con riferimento all'avvalimento prevede che *“la stazione appaltante verifica, conformemente agli artt. 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono*

motivi di esclusione ai sensi dell'art. 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione".

Risulterebbe priva di giustificazione ed in contrasto con il principio di proporzionalità ritenere che l'operatore economico che concorre ad una gara debba essere escluso per aver indicato uno o più subappaltatori nei cui confronti sussistono i motivi ostativi di cui all'art. 80 comma 5 e che viceversa l'operatore economico non debba essere escluso per aver indicato una o più imprese ausiliarie nei cui confronti sussistono i medesimi motivi ostativi.

7. DIVIETO DI CONCLUDERE CONTRATTI DI SUBAPPALTO CON IMPRESE CHE HANNO PARTECIPATO ALLA MEDESIMA GARA

Come ricordato al precedente paragrafo 2) il subappalto può essere autorizzato a condizione che il subappaltatore non deve aver partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto. Tale condizione per il rilascio dell'autorizzazione è stata introdotta dal correttivo che ha modificato il comma 4 dell'art. 105 del D. Lgs. 50/2016. Il Consiglio di Stato, con il parere 782/2017 del 30.3.2017, esprimendosi sulla bozza del decreto correttivo, successivamente modificata nel senso attualmente vigente, con riferimento alla proposta secondo cui *“L'autorizzazione al subappalto può essere negata nell'ipotesi in cui il subappaltatore abbia presentato offerta nell'ambito del medesimo procedimento di gara, a condizione che tale facoltà sia stata precisata negli atti di gara”* ha evidenziato *“la norma intende risolvere una questione controversa, riguardante la possibilità per gli operatori economici di assumere la veste di concorrente e – successivamente, in caso di mancato conseguimento dell'affidamento – di subappaltatore. A questo tema si dovrebbe affiancare la questione riguardante la possibilità di assumere la duplice veste di concorrente e di subappaltatore indicato nella “terna”, nei casi in cui tale indicazione sia obbligatoria. E, ancora, potrebbe essere utile chiarire se un'impresa possa essere indicata contemporaneamente nelle terne di diversi concorrenti partecipanti alla medesima procedura selettiva. **La soluzione più coerente con la normativa comunitaria e con i principi della concorrenza dovrebbe essere nel senso di ammettere tale possibilità. Tuttavia, non può trascurarsi il rischio di possibili effetti distorsivi della corretta procedura di gara,***

derivanti dal ruolo molteplice assunto da alcuni operatori e dal loro eventuale contatto preventivo con diverse imprese, anche in relazione al principio di segretezza delle offerte. In questo senso, allora, **la Commissione ritiene senz'altro opportuna una disciplina di rango legislativo, che dia una risposta ai prospettati dubbi, estendendosi anche alla fase di indicazione preventiva della terna dei subappaltatori.** In ogni caso, la formulazione proposta dallo schema del correttivo presenta alcune criticità, perché lascia un ampio margine di discrezionalità alle stazioni appaltanti, sia nella fase di definizione del bando, sia nella scelta concreta attinente all'autorizzazione al subappalto. **Pertanto, si suggerisce di rivalutare attentamente la scelta compiuta, tenendo conto, in particolare dell'esigenza di ancorare il diniego di autorizzazione al subappalto ad una valutazione concreta circa il possibile effetto distorsivo della concorrenza derivante dalla previa partecipazione del subappaltatore alla precedente gara.** Sotto tale profilo, si potrebbe, nel comma 7-bis, demandare a linee guida dell'ANAC la fissazione di criteri per delimitare il doppio potere discrezionale della stazione appaltante previsto dalla disposizione in commento, di contemplare la causa di divieto nel bando, e di negare in concreto l'autorizzazione al subappalto.”.

Prima della modifica apportata dal correttivo nel silenzio del codice che non prevedeva espressamente tale divieto la giurisprudenza ha avuto occasione di esaminare le conseguenze dell'indicazione, nella terna dei subappaltatori, di uno o più concorrenti

ed aveva ritenuto non legittimo il provvedimento di esclusione perché non coerente con il quadro normativo vigente¹¹.

Il TAR Piemonte ha evidenziato che nell'attuale contesto normativo *“l'esclusione automatica esorbita dal principio di proporzionalità. La presenza del medesimo soggetto nell'ambito di più offerte può costituire mero sintomo di collegamento tra le offerte e di dubbia trasparenza delle stesse (tanto più che, secondo la difesa della stazione appaltante, in questo caso si tratterebbe di subappalto necessario; la circostanza non è tuttavia menzionata nei provvedimenti impugnati) ma, quale mero indizio, non può che essere verificato, insieme ad altri eventuali indizi ed alla luce delle offerte formulate, nel contraddittorio delle parti. Come infatti chiarito nella sentenza Edilux l'esclusione automatica “costituisce una presunzione irrefragabile d'interferenza reciproca nelle rispettive offerte, per uno stesso appalto, di imprese legate da una situazione di controllo o di collegamento. Essa esclude in tal modo la possibilità per tali candidati o offerenti di dimostrare l'indipendenza delle loro offerte ed è quindi in contrasto con l'interesse dell'Unione a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto.”*

Nel medesimo senso anche il TAR Napoli che con la sentenza n. 3227/2017 del 13.6.2017, richiamando quanto esposto dal TAR Piemonte, ha evidenziato che *“l'eventuale esclusione di un operatore economico che risulti presente nell'ambito di più offerte potrebbe costituire sintomo di collegamento tra le medesime offerte e di dubbia trasparenza delle stesse ma, trattandosi di mero indizio, esso andrebbe comunque verificato, insieme ad altri eventuali indizi alla luce delle offerte formulate, nel*

¹¹ sentenze TAR Piemonte 328/2017, TAR Campania sentenza 3227/2017

contraddittorio delle parti. Ne consegue che, pur essendo in teoria la circostanza rilevata dalla ricorrente non totalmente neutra, essa non potrebbe comportare l'automatica esclusione della partecipante, visto che dovrebbe essere valutata in un complessivo quadro indiziario dall'amministrazione appaltante".

L'attuale formulazione del comma 4 dell'art. 105 del D. Lgs. 50/2016 esclude, come visto, la possibilità per l'amministrazione di autorizzare il subappalto nel caso in cui venga indicato quale subappaltatore un operatore che abbia partecipato alla medesima gara. È da ritenere tuttavia che la previsione legislativa, che esclude la possibilità per l'amministrazione di autorizzare il subappalto non incida sul potere/dovere della stazione appaltante di verificare, nel caso concreto, in contraddittorio tra le parti, se la volontà manifestata da un concorrente di affidare in subappalto lavori ad altro concorrente possa, nel concorso di altri indizi, evidenziare una situazione di controllo o una relazione tale da far ritenere che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale (art. 80 comma 5 lettera m).

8. AUTORIZZAZIONE AL SUBAPPALTO

L'art. 105 (comma 7) dispone che successivamente all'aggiudicazione l'appaltatore che intende avvalersi del subappalto deve depositare il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno 20 giorni prima dell'inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni (articolo 105, comma 7). L'affidatario nel richiedere l'autorizzazione al subappalto dovrà dare evidenza di aver rispettato le condizioni poste dall'art. 105, dovrà come esposto dimostrare il possesso da parte dell'appaltatore dei requisiti di qualificazione e dell'assenza dei motivi ostativi di cui all'art. 80 ed il contratto di subappalto dovrà consentire alla stazione appaltante di accertare la coerenza di quanto stabilito dalle parti anche relativamente alle condizioni economiche praticate al subappaltatore ed all'obbligo da parte di quest'ultimo di applicare ai propri dipendenti il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni (articolo 105, comma 9). Il richiedente l'autorizzazione al subappalto dovrà produrre anche dichiarazione attestante la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'art. 2359 del codice civile con il titolare del subappalto. L'autorizzazione al subappalto deve essere concessa all'amministrazione entro 30 giorni dalla richiesta, termine che si riduce a 15 giorni in caso di subappalto di importo inferiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate con il contratto di appalto o di importo inferiore ad € 100.000,00. Il termine di cui innanzi può essere prorogato una sola volta ove ricorrano giustificati motivi.

L'amministrazione, prima di autorizzare il subappalto è tenuta ad accertare se nei confronti del subappaltatore sussistono le cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del codice delle leggi antimafia o un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 comma 4 del medesimo codice¹².

Al fine di consentire che la verifica di cui innanzi possa essere svolta celermente dall'amministrazione il codice delle leggi antimafia all'art. 92 prevede che *“il rilascio di informazioni antimafia è immediatamente conseguente alla consultazione (banca dati nazionale unica) quando non emerge, a carico dei soggetti ivi censiti, la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 comma 4”* e prevede che quando il Prefetto ritiene necessario procedere ad ulteriori verifiche, le verifiche se particolarmente complesse, devono essere ultimate celermente al fine di fornire le informazioni nei successivi 45 giorni.

¹² L'articolo 84 comma 4 del d.lgs. 159/2011 dispone che *“Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d); f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia.*

Al fine di consentire alle stazioni appaltanti di non rallentare lo svolgimento dei lavori il codice delle leggi antimafia, all'art. 92 comma 3, prevede che decorso il termine di 30 giorni fissato dall'art. 2 per l'espletamento delle ulteriori eventuali verifiche da parte del Prefetto, l'Amministrazione può rilasciare l'autorizzazione al subappalto anche in assenza delle informazioni antimafia. In tal caso l'autorizzazione deve intendersi rilasciata sotto condizione risolutiva e dovrà essere revocata ed il contratto dovrà essere interrotto per recesso del subcommittente nel caso in cui successivamente dovessero emergere tentativi di infiltrazione mafiosa.

Come esposto al precedente paragrafo 2), la conclusione di un contratto di subappalto in assenza dell'autorizzazione dell'amministrazione ovvero l'affidamento in subappalto rappresenta un illecito civile e penale rilevante che può determinare la risoluzione del contratto di appalto per grave inadempimento dell'appaltatore e determina comunque la nullità del contratto di subappalto per violazione di un divieto posto da una norma imperativa (tale è l'art. 21 della legge 646/82) e la punizione del committente in subappalto e dell'affidatario con l'arresto da 6 mesi ad un anno oltre l'applicazione di un ammenda. Dispone l'art. 21 della legge 646/82 *“Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazione alle leggi 27.12.1956 n. 1423, 10.2.1962 n. 57 e 31.5.1965 n. 575”* che *“Chiunque, avendo in appalto, opere riguardanti la Pubblica Amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente, è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda non inferiore ad 1/3 del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad 1/3 del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del*

subappaltatore e dell'affidatario del cottimo, si applica la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e dell'ammenda pari ad 1/3 del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto”.

9. PAGAMENTI DIRETTI AL SUBAPPALTATORE

La Direttiva 2014/24/UE al comma 3 stabilisce che *“gli stati membri possono prevedere che, su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti all'operatore economico cui è stato aggiudicato l'appalto pubblico (il contraente generale). Tra tali misure possono rientrare idonei meccanismi che consentono al contraente principale di opporsi a pagamenti indebiti. Gli accordi contenenti tali modalità di pagamento sono indicati nei documenti di gara”*.

La legge delega nelle indicazioni fornite al Governo ha evidenziato che il decreto legislativo doveva prevedere *“l'obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore o anche su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, per i servizi, le forniture o i lavori forniti”* e *“ove il subappaltatore sia una microimpresa o una piccola impresa, l'espressa individuazione della fattispecie in cui la stazione appaltante procede al pagamento diretto, fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale o le province autonome di Trento e Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori”*.

Il D. Lgs. 50/2016, all'articolo 105 comma 13, ha previsto che *“la stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al*

fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguiti nei seguenti casi:

- a) qualora il subappaltatore o cottimista sia micro impresa ovvero piccola impresa¹³;
- b) in caso di inadempimento dell'appaltatore;
- c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

Dalla lettura dell'articolo sembra che il legislatore delegato, per quanto concerne i subappalti affidati ad una micro impresa o una piccola impresa anziché individuare, come suggerito dal Parlamento, le fattispecie "*in cui la stazione appaltante procede al pagamento diretto*" abbia inteso affermare, quale regola generale che la stazione appaltante debba corrispondere direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizio o al fornitore di beni o lavori quando questi è una micro o una piccola impresa l'importo dovutogli dal sub committente per le prestazioni dagli stessi eseguite e che, invece, quando il subappalto o il cottimo è affidato ad imprese che non sono piccolo o micro il pagamento diretto può avvenire solo nel caso in cui il sub committente si sia reso inadempiente agli obblighi assunti con il contratto di subappalto nei confronti del subappaltatore ovvero nel caso in cui il subappaltatore lo richieda e se la natura del contratto lo consente.

Il diverso regime dei pagamenti nel caso in cui il subappalto sia affidato ad una micro impresa o una piccola impresa rispetto ai subappalti affidati ad imprese che non sono né piccole né micro trova la sua giustificazione nell'esigenza che ispira il codice, di

¹³ l'art. 3 del codice dei contratti definisce "*microimpresa*" le imprese che hanno meno di 10 occupati ed un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro; "*piccole imprese*" quelle che hanno meno di 50 occupati ed un fatturato annuo oppure un totale di bilancio anno non superiore a 10 milioni di euro; medie imprese quelle che hanno meno di 250 occupati ed un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro.

tutelare le micro e piccole imprese, tutela che nel caso di specie viene accordata garantendo alle piccole e medie imprese una maggiore garanzia di puntualità e correttezza nei pagamenti, garanzia che nel precedente codice veniva data attraverso la previsione dell'obbligo del committente di conseguire, in occasione del pagamento di ciascun SAL, la copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti corrisposti dagli affidatari al subappaltatore o al cottimista con indicazione delle ritenute di garanzia. La tutela accordata ai subappaltatori dal vecchio codice era meno efficace rispetto a quella accordata dal nuovo codice in quanto l'art. 118 del D. Lgs. 163/2006 prevedeva che qualora gli affidatari non avessero trasmesso fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista la stazione appaltante era tenuta a sospendere il successivo pagamento a favore dell'affidatario. Anche il vecchio codice prevedeva la possibilità del pagamento diretto al subappaltatore. Il pagamento diretto esige, perché possa avvenire, che gli affidatari debbano comunicare alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dai cottimisti con la specificazione del relativo importo e che i dati indicati dall'affidatario trovino conferma da parte del direttore dei lavori organo che sovrintende all'esecuzione dei lavori ed alla redazione della contabilità e che quindi è tenuto anche a verificare la corretta esecuzione dei subappalti.

Relativamente al secondo caso in cui è previsto il pagamento diretto si rileva che il codice non richiede che l'inadempimento dell'appaltatore per poter legittimare il pagamento diretto debba essere "*grave*" e, pertanto, dovrebbe essere sufficiente per giustificare il pagamento diretto che l'affidatario non adempia agli obblighi assunti nei confronti del subappaltatore.

Relativamente al terzo caso in cui è previsto il pagamento diretto su richiesta dell'appaltatore “e se la natura del contratto lo consente” alla genericità del tenore letterale della norma che fa riferimento ad una non ben definita “natura del contratto” che dovrebbe consentire il pagamento diretto potrebbe ovviarsi attraverso la previsione nel bando di gara della facoltà per l'amministrazione di procedere al pagamento diretto.

10. TUTELA DEI LAVORATORI DEL SUBAPPALTATORE IMPIEGATI NELL'ESECUZIONE DELLE PRESTAZIONI OGGETTO DEL SUBAPPALTO

La direttiva comunitaria 2014/24, individua quale uno degli obiettivi che devono essere perseguiti dagli stati membri, il rispetto degli obblighi in materia sociale e del lavoro previsti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi. Agli Stati Membri la direttiva comunitaria impone (cfr. art. 18 paragrafo 2 della Direttiva) di adottare misure volte a garantire che gli operatori economici nell'esecuzione degli appalti pubblici rispettino gli obblighi di cui innanzi.

La direttiva, con riferimento alla disciplina del subappalto, all'articolo 71 dispone che *“l'osservanza degli obblighi di cui all'articolo 18 paragrafo 2, da parte dei subappaltatori è garantita mediante azioni adeguate delle autorità nazionali competenti che agiscono nell'ambito delle rispettive responsabilità e competenze”*.

Il codice, al comma 9 dell'art. 105, prevede che il subappaltatore è tenuto ad osservare, nei confronti dei dipendenti impiegati per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto, integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni.

Al fine di consentire alla stazione appaltante di verificare l'adempimento di tale obbligo, per il tramite dell'affidatario il subappaltatore è tenuto a trasmettere alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti

previdenziali, inclusa la cassa edile, ove presente, assicurativi ed infortunistici e deve trasmettere il documento unico di regolarità contributiva comprensivo della verifica della congruità di incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale verifica di congruità per i lavori edili è effettuata dalla Cassa Edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali; per i lavori non edili è verificata in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato.

Relativamente agli obblighi antinfortunistici l'art. 105 al comma 9 prevede che la stazione appaltante debba ricevere copia dei piani di sicurezza da parte del subappaltatore e prevede l'obbligo a carico dell'affidatario di coordinare tutti i subappaltatori operanti nel cantiere, al fine di rendere gli specifici piani redatti dai singoli appaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario. Tale obbligo, in caso di raggruppamento temporaneo o consorzio, incombe al mandatario del raggruppamento o consorzio appaltatore ed il direttore tecnico di cantiere è responsabile del rispetto del piano da parte di tutte le imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori.

L'art. 105 al comma 10 prevede che in caso di ritardo da parte del subappaltatore nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale impiegato, nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal DURC debbano trovare applicazione le disposizioni di cui all'art. 30 commi 5 e 6, disposizioni che prevedono l'intervento sostitutivo della stazione appaltante. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni ai sensi del comma 6 il responsabile unico del procedimento è tenuto ad indicare per

iscritto il subappaltatore inadempiente e l'affidatario a provvedere al pagamento delle retribuzioni nei successivi 15 giorni e dispone che *“ove non sia stata contestata formalmente e emotivamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato (15 giorni), la stazione appaltante paga anche in corso d’opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all’affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell’art. 105”*.

In caso di inadempienza contributiva risultante dal DURC relativo a personale del subappaltatore impiegato nell’esecuzione del contratto la stazione appaltante, ai sensi del comma 5 dell’art. 30, *“trattiene dal certificato di pagamento l’importo corrispondente all’inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali ed assicurativi, compresa nei lavori la cassa edile”*.

11. SUBAPPALTO E CONTRATTI SIMILARI

L'articolo 105, comma 2 del D. Lgs. 50/2016, nel testo attualmente vigente a seguito delle modifiche apportate dal correttivo, equipara al subappalto *“qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di mano d'opera, quali le forniture con posa in opera ed i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo del personale sia superiore al 50% del contratto da affidare”*.

La disposizione riproduce la precedente norma di cui al comma 11 dell'articolo 118 del D. Lgs. 163/2006.

Prima della modifica apportata dal correttivo il tenore letterale del comma 2 era sostanzialmente diverso in quanto prevedeva che *“non costituiscono comunque subappalto “le forniture con posa in opera, i noli a caldo” se “singolarmente di importo inferiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidati o di importo inferiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della mano d'opera e del personale non sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare”*.

Il passaggio da una formulazione “negativa” ad una “positiva” ha ristretto sensibilmente il numero dei contratti “similari” che sono assoggettati alla medesima disciplina prevista dal codice per i contratti di subappalto.

Invero, per effetto della formulazione “positiva”, sono assoggettati alla disciplina del subappalto quei contratti “similari” che prevedono l'impiego di mano d'opera, ovunque espletati, a condizione che:

- a) siano di importo superiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate o a 100.000 euro;
- b) l'incidenza del costo della mano d'opera e del personale sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare.

Perché il contratto “similare” possa essere assoggettato alla medesima disciplina prevista per i subappalti, è necessario che ricorrano entrambe le condizioni di cui innanzi. La formulazione “positiva”, a differenza della formulazione “negativa” di cui all'originario testo dell'articolo 105, comma 2 comporta che laddove sussiste una sola delle condizioni di cui innanzi il contratto non è da assoggettare alla disciplina del subappalto

Non sono, pertanto, assoggettati alla disciplina del subappalto quei contratti che sebbene di importo superiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate o comunque di importo superiore ad € 100.000, che evidenziano un'incidenza del costo della mano d'opera e del personale non superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare ed analogamente non saranno assoggettate alla disciplina del subappalto quei contratti di importo non superiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate o ad € 100.000,00 che dovessero avere un'incidenza del costo del personale e della mano d'opera superiore al 50%.

Relativamente agli altri contratti che non costituiscono “subappalti” e che non sono, pertanto, assoggettati alla disciplina prevista dal codice per i contratto di subappalto, l'articolo 105, comma 2 pone a carico dell'affidatario l'onere di comunicare prima dell'esecuzione, per ciascun contratto “il nome del subcontraente, l'importo del

subcontratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati e di comunicare nel corso dell'esecuzione eventuali modifiche a tali informazioni.

Il Centro Sperimentale di Sviluppo delle Competenze nell'area delle Costruzioni "Edil Lab" è promosso dalla Regione Campania e rappresenta uno strumento innovativo di integrazione e interazione tra i diversi attori politico-istituzionali ed economici del territorio, un "luogo" aperto e funzionale a stabili attività di sviluppo del capitale umano, abilitato a programmare iniziative formative e a favorire un sempre più effettivo incontro tra domanda e offerta di lavoro nell'edilizia.

Edil Lab rappresenta un modello innovativo che mette a sistema il mondo delle imprese, l'alta formazione, gli organismi di rappresentanza, l'Università, gli istituti scolastici e la scuola di formazione del settore edile ed ha, tra le principali finalità, l'istituzione di un Osservatorio permanente al fine di monitorare il sistema delle imprese e i fabbisogni di competenze necessari per lo sviluppo e l'incremento della competitività del settore delle costruzioni in Campania.

La collana di monografie, prodotte nell'ambito del Progetto Edil Lab, di cui la presente è parte, costituisce in tal direzione un insieme di vademecum di supporto alle finalità di aggiornamento e sviluppo delle competenze in edilizia.

La presente pubblicazione fa parte di una più ampia produzione – una vera e propria “collana” - di monografie multidisciplinari relativa all’edilizia, realizzata dalle imprese partners del Progetto Edil-lab, che costituisce, nell’insieme, un utile strumento di aggiornamento professionale per gli operatori attivi nel settore delle costruzioni.



Edizioni Graffiti

ISBN 978-8886 98 384 6



9 788886 983846