

SUBAPPALTO

NEGLI APPALTI
PUBBLICI

di **Rosamaria Berloco**
e **Pietro Falcicchio**



Rosamaria Berloco – Pietro Falcicchio
SUBAPPALTO NEGLI APPALTI PUBBLICI

Ed. I (04-2024)

ISBN 13 978-88-277-0454-7
EAN 9 788827 704547

Collana **MANUALI**



**Licenza d'uso da leggere attentamente
prima di attivare la WebApp o il Software incluso**

Usa un QR Code Reader
oppure collegati al link <https://grafill.it/licenza>

Per assistenza tecnica sui prodotti Grafill aprire un ticket su <https://www.supporto.grafill.it>

L'assistenza è gratuita per 365 giorni dall'acquisto ed è limitata all'installazione e all'avvio del prodotto, a condizione che la configurazione hardware dell'utente rispetti i requisiti richiesti.

© **GRAFILL S.r.l.** Via Principe di Palagonia, 87/91 – 90145 Palermo
Telefono 091/6823069 – Fax 091/6823313 – Internet <http://www.grafill.it> – E-Mail grafill@grafill.it

**CONTATTI
IMMEDIATI**



Pronto GRAFILL
Tel. 091 6823069



Chiamami
chiamami.grafill.it



Whatsapp
grafill.it/whatsapp



Messenger
grafill.it/messenger



Telegram
grafill.it/telegram

Finito di stampare presso **Tipografia Publistampa S.n.c. – Palermo**

Edizione destinata in via prioritaria ad essere ceduta Nell'ambito di rapporti associativi.

Tutti i diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica e di riproduzione sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere riprodotta in alcuna forma, compresi i microfilm e le copie fotostatiche, né memorizzata tramite alcun mezzo, senza il permesso scritto dell'Editore. Ogni riproduzione non autorizzata sarà perseguita a norma di legge. Nomi e marchi citati sono generalmente depositati o registrati dalle rispettive case produttrici.



**PRONTO
GRAFILL**

**CLICCA per maggiori informazioni
... e per te uno SCONTO SPECIALE**

SOMMARIO

PREMESSA	p.	5
I. IL SUBAPPALTO: ORIGINI DELL'ISTITUTO	"	7
I.1. Il divieto categorico del subappalto senza autorizzazione della legge Merloni	"	8
I.2. Le direttive comunitarie del 2004 e il limite quantitativo per la categoria prevalente del codice del 2006	"	8
I.3. La Corte di Giustizia e la prospettiva PMI <i>friendly</i> nelle direttive del 2014	"	9
I.4. La soglia di subappaltabilità nel decreto Sblocca cantieri e nella normativa emergenziale	"	11
I.5. Il nuovo codice dei contratti pubblici del 2023	"	13
II. IL SUBAPPALTO NON AUTORIZZATO	"	17
II.1. L'autorizzazione al subappalto	"	17
II.2. Le conseguenze del subappalto non autorizzato	"	22
III. I CONTRATTI COLLETTIVI E LE INADEMPIENZE CONTRIBUTIVE E RETRIBUTIVE NEL SUBAPPALTO	"	28
III.1. L'applicazione dei contratti collettivi	"	29
III.2. Le inadempienze contributive e retributive	"	32
IV. LA CONNESSIONE TRA CONTRATTO DI APPALTO E CONTRATTO DI SUBAPPALTO	"	39
IV.1. Il contratto di subappalto come contratto derivato	"	41
V. LE FIGURE AFFINI AL SUBAPPALTO	"	45
V.1. Il nolo a caldo e il nolo a freddo	"	47
V.2. Il co.co.co (contratto di cooperazione continuativa)	"	48
V.3. La subfornitura	"	50
V.4. Il cottimo e i contratti di governance	"	53

VI. L'ILLECITO PROFESSIONALE GRAVE NEI CONFRONTI DI UNO O PIÙ SUBAPPALTATORI	p.	61
VI.1. Le condizioni dell'inadempimento dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore.....	"	63
VII. IL SUBAPPALTO A CASCATA	"	66
VII.1. Quando è possibile introdurre il divieto di subappalto a cascata	"	68
VIII. IL SUBAPPALTO C.D. "QUALIFICANTE" O "NECESSARIO"	"	75
VIII.1. Le questioni irrisolte del subappalto necessario e il d.l. 47/2014	"	77
IX. I PROFILI DI RESPONSABILITÀ DEL SUBAPPALTATORE	"	108
IX.1. L'applicazione delle penali nel subappalto	"	110
IX.2. I profili sanzionatori di carattere penale.....	"	111
X. IL CONTROLLO DELL'ATTIVITÀ DEL SUBAPPALTATORE	"	114
XI. IL SUBAPPALTO NELLE CONCESSIONI E NEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO	"	121
XII. IL SUBAPPALTO NECESSARIO E L'AVVALIMENTO: LE PECULIARITÀ NEL SETTORE DEI BENI CULTURALI	"	124
NORMA	"	135
Art. 119 del d.lgs. 36/2023	"	137
SCHEMI	"	143
Schema istanza di accesso agli atti subappaltatore.....	"	145
Schema di contratto di subappalto	"	147
Schemi di richiesta di pagamento diretto	"	157
CONTENUTI E ATTIVAZIONE DELLA WEBAPP	"	159
Contenuti della WebApp	"	159
Requisiti hardware e software.....	"	159
Attivazione della WebApp	"	159
BIBLIOGRAFIA	"	161

PREMESSA

Nel cuore pulsante del diritto amministrativo, dove le norme tessono la trama complessa dei contratti pubblici, il subappalto emerge come un filo delicato, intrecciato tra le maglie della legalità e dell'efficienza. È con grande onore e consapevolezza della sfida che vi presentiamo il nostro lavoro, un viaggio attraverso il labirinto del subappalto nel contesto dei contratti pubblici, illuminato dalla luce del nuovo codice (d.lgs. 36/2023).

Questo testo si rivolge a chi cerca di navigare con sicurezza nel complesso mondo del subappalto nei contratti pubblici, offrendo un punto di riferimento essenziale in un settore in continua evoluzione. Attraverso un'analisi dell'istituto e l'offerta di strumenti pratici, miriamo a trasformare le sfide in opportunità di crescita professionale, delineando un percorso chiaro in un panorama spesso nebuloso.

Per gli operatori del settore, questo lavoro rappresenta una risorsa preziosa per aggiornarsi, approfondire e applicare con efficacia le norme in materia di subappalto. È un'opera che unisce la profondità dell'analisi alla praticità delle soluzioni proposte, pensata per chi non si accontenta di navigare a vista ma aspira a diventare un punto di riferimento nel proprio ambito.

La nostra ambizione è stata quella di creare un vero e proprio strumento di lavoro capace di guidare il lettore attraverso le intricate questioni giuridiche del subappalto, fornendo non solo il necessario background teorico ma anche applicazioni concrete e modelli operativi.

Abbiamo arricchito il testo con un **modello di contratto di subappalto**, di **istanza di accesso agli atti in fase esecutiva**, di **pagamento diretto al subappaltatore**, con l'obiettivo di offrire una guida completa che risponda alle esigenze quotidiane dei professionisti del settore.

Inoltre, abbiamo dedicato una particolare attenzione all'analisi della giurisprudenza più recente, permettendo di cogliere le tendenze interpretative e le soluzioni ai problemi più frequenti che emergono nella prassi del subappalto. La selezione delle sentenze ha l'intento di offrire al lettore una visione d'insieme sull'evoluzione dell'istituto, evidenziando già i primi contrasti giurisprudenziali sull'istituto del subappalto necessario alla luce delle nuove disposizioni introdotte dal d.lgs. 36/2023.

Nel dinamico panorama dei contratti pubblici, l'informazione corretta e l'aggiornamento costante sono gli alleati più potenti.

IL SUBAPPALTO: ORIGINI DELL'ISTITUTO

Il subappalto negli appalti pubblici è uno degli istituti più tormentati del settore e molteplici sono le ragioni che hanno ravvivato di recente il dibattito su questo istituto¹. Le normative che si sono susseguite in materia, cristallizzate (parzialmente) ora nel d.lgs. 36/2023², hanno evidenziato una profonda divergenza “ideologica” tra il legislatore comunitario e quello nazionale, con prevalenza di quella “patrocinata” dal primo³. Le istituzioni comunitarie hanno contestato duramente l’approccio del legislatore italiano: secondo la prospettiva unionale, tale forma di esecuzione del contratto deve essere libera da limiti generali e astratti per incoraggiare lo sviluppo delle micro, piccole e medie imprese. La prospettiva del legislatore interno, invece, è diametralmente opposta: ragioni di tutela dell’interesse pubblico impongono forti restrizioni. Questa, in sintesi, l’ideologia che, negli anni, ha dominato la scena del subappalto.

Le contrapposte visioni, di fatto, hanno reso arduo l’utilizzo del subappalto, non solo per gli operatori economici, ma anche per le stazioni appaltanti, con il conseguente aumento del contenzioso già nella fase di scelta del “miglior offerente” in un contesto in cui, il neo principio del risultato non pare ammetta deroghe in tal senso.

L’ultima codificazione è il punto di arrivo di una mediazione tra la visione europea e quella interna: quanto tale operazione sia riuscita, in verità, è ancora da scoprire.

Un dato, tuttavia, resta fermo: al pari del contratto di appalto pubblico, il subappalto è ambivalente poiché coniuga in sé, sia una componente pubblicistica (che ne governa le fasi propedeutiche alla formazione e stipulazione, ma anche quelle del controllo), sia una matrice privatistica (sia pure, sotto tale profilo, connotato da un *corpus* di regole singolari).

¹ M. CORRADINO, *L'Italia immobile*, 2020, p. 148; U. REALFONZO, R. BERLOCO, *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, Tomi I e II, Grafill, 2023.

² L'appalto pubblico è soggetto alla disciplina del *tempus regit actum*, secondo cui «occorre ribadire il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui nelle gare pubbliche la procedura di affidamento di un contratto pubblico è soggetta alla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, in conformità al principio *tempus regit actum* ed alla natura del bando di gara, quale norma speciale della procedura che regola non solo le imprese partecipanti, ma anche la pubblica amministrazione, che non vi si può sottrarre; pertanto, anche per ragioni di tutela dell'affidamento delle prime, deve escludersi che lo *ius superveniens* possa avere alcun effetto diretto sul procedimento di gara, altrimenti venendo sacrificati i principi di certezza e buon andamento, con sconcerto delle stesse ed assoluta imprevedibilità di esiti, ove si imponesse alle amministrazioni di modificare in corso di procedimento le regole di gara per seguire le modificazioni normative o fattuali intervenute successivamente all'adozione del bando» (Cons. St., Sez. V, 25 marzo 2021, n. 2521; Cons. St., Sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433; Cons. St., Sez. V, 12 maggio 2017, n. 2222).

³ Il tema della prevalenza del diritto unionale rispetto a quello interno è d’attualità nel panorama giuridico. Si rinvia, per una disamina comparativa, alla pronuncia resa da Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 321.

IL SUBAPPALTO NON AUTORIZZATO

L'istituto del subappalto costituisce un'eccezione alla regola dell'esecuzione personale e diretta della prestazione oggetto di un contratto d'appalto.

Il subappalto è sottoposto, tanto nella disciplina privatistica, quanto a fortiori in materia di appalti pubblici al c.d. "*placet*" del committente. Infatti, con il subappalto l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto: ciò è visto con sospetto dal legislatore che vuole evitare, sia forme di irresponsabilità del terzo nei confronti della stazione appaltante, sia il rischio di infiltrazioni criminali nel settore degli appalti pubblici.

Il legislatore ha, dunque, disciplinato in modo rigoroso i limiti entro i quali è possibile ricorrere al subappalto, gravando l'appaltatore e il subappaltatore di significativi oneri a tutela dei lavoratori del subappaltatore nonché della qualità dei lavori pubblici.

Si ricava che il procedimento attraverso il quale avviene l'ingresso nella fase esecutiva dell'appalto pubblico di un operatore economico (subappaltatore) distinto dal concorrente/offerdente ha natura composita e caratteristiche complesse.

II.1. L'autorizzazione al subappalto

La scansione procedimentale che si rinviene dal d.lgs. 36/2023 e ss.mm.ii. non appare sostanzialmente difforme da quella del previgente codice del 2016: permane, infatti, l'**atto autorizzativo** da parte della stazione appaltante che, previa verifica circa il possesso di particolari requisiti previsti dalla normativa¹, rappresenta l'elemento indefettibile senza il quale l'affidatario non può in alcun modo dare concreta attuazione al contratto di subappalto sottoscritto antecedentemente, così da dar seguito al contenuto dichiarativo reso in fase di partecipazione ossia di volersi avvalere di tale

¹ Con atto di segnalazione n.8 del 13 novembre 2019, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1035 del 13 novembre 2019, concernente la disciplina del subappalto di cui all'art. 105 del d.lgs. 18 aprile 2016, n.50, recante «*Codice dei contratti pubblici*» (G.U. n. 91 del 19 aprile 2016), l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha formulato una serie di proposte per una modifica normativa della disciplina. Soffermandosi sull'esigenza di individuare nuovi equilibri nel bilanciare le esigenze di flessibilità organizzativa ed esecutiva degli operatori economici con un'adeguata, irrinunciabile, prevenzione di rischi corruttivi e collusivi e di turbative in fase di affidamento ed esecuzione, l'Authority ha osservato che «*le possibilità di verifica e controllo dei subappaltatori e la bontà dei controlli stessi dipendono dalle effettive capacità, risorse e mezzi della stazione appaltante, non sempre adeguati soprattutto per i committenti di minori dimensioni. Sarebbe pertanto opportuna l'introduzione di misure che promuovano un'adeguata capacità amministrativa nelle attività di verifica e di autorizzazione dei subappalti da parte delle stazioni appaltanti*» (ANAC, 13 novembre 2019, atto di segnalazione n.8).

I CONTRATTI COLLETTIVI E LE INADEMPIENZE CONTRIBUTIVE E RETRIBUTIVE NEL SUBAPPALTO

L'avvento del nuovo codice dei contratti pubblici ha registrato un decisivo passo in avanti nell'ambito delle tutele giuridiche ed economiche accordate dal legislatore nei confronti di coloro i quali sono chiamati a svolgere, nella prassi, una parte (sempre più significativa) dell'appalto pubblico¹.

Non è certo casuale la disposizione contenuta nell'art. 11, comma 5, d.lgs. 36/2023 e ss.mm.ii., che, sancendo il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore e stabilendo i rimedi avverso le inadempienze contributive e ritardi nei pagamenti, ha introdotto una sostanziale parificazione delle tutele normative ed economiche in favore dei **lavoratori in subappalto**² equiparandoli, sul piano giuslavoristico, a quelli dell'appaltatore (come è logico che sia). Previsione rafforzata con l'entrata in vigore del d.l. 2 marzo 2024, n. 19, recante «*Ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*», che – con lo scopo di contrastare il lavoro irregolare – all'art. 29 ha introdotto alcune modificazioni all'art. 39, d.lgs. 276/2003 e ss.mm.ii., garantendo parità di trattamento economico al personale impiegato nell'appalto di opere o di servizi anche in qualità di subappaltatore³.

¹ Sebbene non molto recente, esaminando il documento edito nel mese di maggio del 2011 intitolato "Analisi del subappalto e della struttura delle imprese subappaltatrici", l'allora AVCP ha fornito una chiave di sintesi dello stato dell'arte del subappalto degli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del d.lgs. 163/2006, riscontrando, a seguito di una complessa indagine statistica, una forte propensione a subappaltare da parte delle imprese: «A livello aggregato si registrano mediamente 2,3 subappalti per ogni contratto di lavoro aggiudicato [...] Dai dati emerge che il numero medio di subappalti per contratto tende ad aumentare con il crescere della classe di importo del contratto» (AVCP, *Analisi del subappalto e della struttura delle imprese subappaltatrici*, www.anticorruzione.it, maggio 2011). A tale aumento ha fatto seguito una maggiore attività di controllo da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nelle procedure di affidamento, come emerge dal rapporto annuale presentato in Parlamento, nell'ambito del quale l'Authority ha evidenziato nell'anno 2022 che il «numero di procedimenti sanzionatori avviati a seguito di segnalazione circa l'insussistenza dei requisiti per la partecipazione [...] nel 58% dei casi il procedimento è derivato da segnalazioni riguardanti l'omissione o la falsità delle dichiarazioni circa il possesso dei requisiti [...] rese dagli operatori economici in sede di [...] richiesta di autorizzazione di subappalto». ANAC, *Relazione annuale 2022 Camera dei Deputati*, www.anticorruzione.it, 8 giugno 2023).

² Si tratta dell'attuazione del principio contenuto nell'art. 1, comma 2, l. 78/2022 e ss.mm.ii., recante «*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*», che ha previsto, tra l'altro, l'obiettivo di «*garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare*».

³ La disciplina normativa richiamata ha assunto un ruolo fondamentale sul piano delle tutele apprestate avverso il lavoro sommerso e di vigilanza in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro: il legislatore, infatti, ha introdotto il conseguimento della c.d. "patente a punti" per la qualificazione delle imprese. Il sistema prevede che l'impresa (o il lavoratore autonomo) consegua una patente previa dimostrazione del possesso di particolari requisiti; la patente è

LA CONNESSIONE TRA CONTRATTO DI APPALTO E CONTRATTO DI SUBAPPALTO

L'allegato I.1 del nuovo codice dei contratti pubblici ha il compito di individuare le definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti che ineriscono i contratti di appalto e le concessioni, circoscrivendone in tal senso l'ambito applicativo. Quella del subappalto è una definizione complessa che non si rinvia dal citato allegato¹, bensì è contenuta all'art. 119, comma 2, primo periodo, d.lgs. 36/2023, inteso quello con il quale «*l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi a carico del subappaltatore*», così come integrato da una presunzione assoluta di subappalto di lavori attraverso un criterio di tipo quantitativo/prestazionale²: una definizione, quella generale, che tende a far leva su due distinti elementi, di cui il primo di carattere soggettivo (i c.d. "terzi"), il secondo di carattere oggettivo riferito, rispettivamente, al contenuto prestazionale e alle connesse modalità di esecuzione della prestazione oggetto dell'accordo³.

Si ritiene che l'elemento caratterizzante le figure sia la subordinazione che trae origine dal contratto d'appalto sottoscritto dall'aggiudicatario/affidatario/appaltatore con

¹ Probabilmente, trattasi di una scelta operata dal legislatore in ragion della veste "accessoria" che assume tale istituto rispetto all'appalto inteso in senso stretto.

² Sussiste una linea di continuità tra l'attuale codice dei contratti pubblici ed il previgente art.105, comma 2, d.lgs. 50/2016, circa la presunzione assoluta di subappalto: «*Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare*». Secondo la giurisprudenza amministrativa «*L'art. 105, comma 2, secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 aggiunge poi una presunzione assoluta di subappalto [...] ma senza escludere che i subcontratti comunque rientranti nella definizione generale di cui al primo periodo costituiscano subappalto. Infatti, qualificando come subappalto i soli contratti sussumibili, per le caratteristiche concrete, nella definizione di cui al secondo periodo, risulterebbe del tutto vanificata la definizione contenuta nel primo periodo; la definizione di cui al secondo periodo, invece, si aggiunge a questa, ampliandone l'ambito di applicazione e individuando, sulla base di precise condizioni, gli ulteriori rapporti derivanti dal contratto di appalto e qualificabili, ai soli fini della disciplina in materia di contratti pubblici appalti, come subappalto*» (TAR Campania Salerno, Sez. I, 2 marzo 2021, n.547).

³ Alla giurisprudenza amministrativa va dato il merito di aver definito il subappalto anche in termini negativi: «*è sufficiente osservare che i requisiti idoneativi e di capacità previsti dal codice dei contratti pubblici, nonché dalla legge in generale, quali condizioni per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, devono essere posseduti da ciascun concorrente in proprio o mediante il ricorso agli istituti dell'associazione temporanea d'impresa o dell'awalimento, non essendo consentito di sopperire alla loro carenza per il tramite del subappalto che interviene solo in fase esecutiva della commessa (tranne nell'ipotesi [...] di subappalto necessario o qualificante), atteso che i requisiti di partecipazione devono sussistere in capo al concorrente al momento della presentazione dell'offerta, per evidenti finalità di garanzia nei confronti della stazione appaltante*» (TAR Campania, Sez. III, 29 gennaio 2024, n. 741).

LE FIGURE AFFINI AL SUBAPPALTO

Una delle problematiche attinenti all'istituto del subappalto è quella concernente l'esatta individuazione di quelle figure, convenzionalmente definite "affini", che presentano caratteristiche distinte dal subappalto, ma che, coinvolgendo un soggetto terzo nelle vesti di cooperante, giungono ad assolvere ad una finalità che corrisponde a quella di agevolare l'appaltatore nell'esecuzione delle prestazioni riconducibili direttamente o indirettamente a quelle oggetto dell'appalto.

Ciò che distingue, però, tali figure, è l'apporto concreto che reca il terzo cooperante e le rispettive modalità, nonché gli adempimenti che l'appaltatore è tenuto a porre in essere¹. Se, infatti, un rapporto di subappalto presuppone l'autorizzazione espressa da parte dell'Amministrazione, allorché trattasi di subcontratti/subaffidamenti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, l'affidatario è tenuto a comunicare alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, un complesso di informazioni afferenti il nominativo, l'importo e l'oggetto (del lavoro, servizio o fornitura) del rapporto di subcontratto/subaffido².

Per comprendere l'importanza di tale distinzione, si consideri che la definizione di subappalto offerta dal codice dei contratti pubblici è contenuta nell'art. 119, comma 2, d.lgs. 36/2023³, il quale stabilisce che è tale il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. Il legislatore, nello specifico, ha precisato che costituisce "comunque"⁴ subappalto di lavori qualsi-

¹ Secondo la normativa civilistica di cui all'art. 30, d.lgs. 276/2003 e ss.mm.ii., l'ipotesi del distacco, spesso ricorrente negli appalti pubblici, si configura allorché un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.

² L'art. 119, comma 2, stabilisce altresì che «Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto».

³ Il primo comma dell'art. 119, d.lgs. 36/2023, sancisce il principio cardine per cui «I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, e le forniture compresi nel contratto [...] la cessione del contratto è nulla»: a tal proposito si è osservato che «Rimangono nulli, alla stregua del nuovo Codice dei contratti pubblici, l'accordo di cessione del contratto di appalto (salvo che si tratti di modificazioni soggettive dell'aggiudicatario o di subentro per una delle vicende individuate dall'art. 120, comma 1, lett. d), come l'accordo che affidi ad un terzo l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, o anche la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente o dei contratti ad alta intensità di manodopera)». A. SCARPA, *Il subappalto tra disciplina civilistica e regole pubblicistiche*, www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

⁴ Per una corretta interpretazione della disposizione si consideri che l'uso dell'avverbio "comunque", il cui significato è da ricondurre al concetto "in qual si voglia modo che", nel lessico giuridico è spesso usato per mettere in relazione e congiungere due proposizioni consequenziali: ciò significa che il secondo periodo è da considerarsi aggiuntivo al primo e non alternativo.

L'ILLECITO PROFESSIONALE GRAVE NEI CONFRONTI DI UNO O PIÙ SUBAPPALTATORI

Nell'ambito della disciplina delle cause di esclusione previste dal nuovo codice dei contratti pubblici, in linea con la previgente normativa (ma, come si vedrà, in termini di maggior tutela nei confronti dei subappaltatori), il legislatore ha contemplato un'ipotesi particolare connessa all'istituto del subappalto, idonea a configurare, stando al contenuto dell'art. 98, d.lgs. 36/2023, un illecito professionale grave, cui può far seguito l'esclusione dell'operatore economico¹.

Si tratta della fattispecie recata dall'art. 98, comma 3, lett. d), d.lgs. 36/2023, la quale prevede che l'illecito professionale grave, tra gli altri casi, si può desumere dalla condotta dell'operatore economico *«che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori»*.

In generale, si è osservato che tali ipotesi possono cagionare l'esclusione a causa di comportamenti tenuti con subappaltatori che, in virtù della gravità, rilevano una inaffidabilità morale dell'operatore economico che ha agito, sia in corso di gara che in gare precedenti, violando i canoni di correttezza e lealtà che ormai permeano anche (e soprattutto) le gare pubbliche².

Si badi bene che l'esclusione dell'operatore economico in virtù di tale fattispecie non opera automaticamente al verificarsi della condotta "illecita", bensì è necessario che ricorrano i presupposti di cui all'art. 95, comma 1, lett. e), d.lgs. 36/2023³, e che l'illecito sia tale *«da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità»*, i cui mezzi di prova possono ricavarsi, stando al contenuto dell'art. 98, comma 6, lett. d), d.lgs. 36/2023, dalla *«emissione di provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi»*.

Orbene, la prima osservazione che può agevolmente compiersi è riferita al mero dettato normativo da cui, tuttavia, scaturiscono importanti considerazioni sul piano della tutela accordata dal legislatore in favore dei subappaltatori: rispetto alla previgente fattispecie prevista dal d.lgs. 50/2016⁴, il legislatore ha mantenuto un'identità

¹ Si osservi che l'art. 98, d.lgs. 36/2023, nel porre un rinvio interno alla previsione di cui all'art. 95, comma 1, lett. e), afferente alle "Cause di esclusione non automatica", dispone l'esclusione del concorrente qualora abbia commesso un illecito professionale grave *«tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità»*.

² In questo senso, TAR Campania, Sez. I, 10 febbraio 2020, n. 629.

³ Art. 95, comma 1, lett. e), d.lgs. 36/2023: *«che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati»*.

⁴ Così recava l'art. 80, comma 5, lett. c-quater), d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.: *«Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora [...] c-quater) l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato»*.

IL SUBAPPALTO A CASCATA

La principale novità contenuta nel nuovo codice dei contratti pubblici attiene al c.d. **“subappalto a cascata”**.

Si tratta di una fattispecie di subappalto espressamente tipizzata dal legislatore, il quale, introducendolo nel sistema dei contratti pubblici (in discontinuità col previgente quadro normativo¹), ha preferito disciplinarlo attraverso uno specifico comma ossia il comma 17 dell'art. 119, per due diverse esigenze.

La prima, ovvero quella di rispondere puntualmente alla procedura d'infrazione a carico dell'Italia che, come si vedrà, ha rappresentato la c.d. *“goccia che ha fatto traboccare il vaso”* ovvero l'*input* di modifica legislativa, la seconda, per rendere certamente più chiaro l'ambito applicativo e stabilirne le condizioni di ammissibilità.

Secondo quanto previsto dall'art. 119, comma 17, d.lgs. 36/2023, infatti, le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, seppur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto *«in ragion delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure prevenire il rischio di infiltrazioni criminali»*².

¹ Si consideri, a tal proposito, che l'art. 105, comma 19, d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., prevedeva che *«L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto»*. Il divieto del subappalto a cascata è sancito anche dalla giurisprudenza amministrativa, la quale, in termini comparativi con l'istituto dell'avvalimento a cascata, ha stabilito che *«l'art. 89, comma 6 del d.lgs. 50/2016 vieta il ricorso all'avvalimento a cascata (“è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie. L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto”), a ciò dovendosi soggiungere che pure inibito è il c.d. subappalto a cascata in ragione della disciplina di cui all'art. 105, comma 19 del d.lgs. 50/2016, secondo cui “l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto»* (TAR Puglia, Sez. I, 18 giugno 2020, n.879). Secondo autorevole dottrina *«è, infatti, palese che una serie di subaffidamenti a catena possa comportare maggiori difficoltà nell'effettuazione dei controlli di qualità e sicurezza, rendendo più gravosa la relativa attività delle stazioni appaltanti e dilatandone necessariamente la tempistica»* (F. D'ALESSANDRI, *Il subappalto nei contratti pubblici*, Milano, 2020, p. 76).

² Al quesito posto da una stazione appaltante riguardo le prestazioni contrattuali da eseguirsi a cura dell'offerente: *«Il combinato normativo in oggetto indica che, la Stazione Appaltante (SA), può indicare nei documenti di gara che, una determinata prestazione contrattuale, debba essere svolta direttamente dall'operatore economico (OE) invitato ed offerente. In ragione della predetta novella, in una gara di lavori costituita da un unico lotto relativo ad un'unica categoria SOA (Es.: OS28), l'SA può quindi indicare nei documenti di gara che, tutta la prestazione principale OS28, venga svolta direttamente dall'OE invitato ed offerente, senza che la stessa possa essere oggetto di subappalto? In caso di risposta affermativa poiché sostanzialmente tutta la prestazione principale dovrà essere direttamente svolta dalla ditta offerente, tale circostanza implica che il subappalto dev'essere concesso solo per le attività accessorie, quali ad esempio il trasporto dei materiali ed attrezzature in cantiere, lo smaltimento dei materiali di risulta ed il montaggio dei ponteggi?»* il Ministero delle Infrastrut-

IL SUBAPPALTO C.D. “QUALIFICANTE” O “NECESSARIO”

Il nuovo codice dei contratti pubblici non affronta il tema del subappalto c.d. “qualificante” o “necessario” poiché, secondo i compilatori¹, si tratta di un istituto eccentrico rispetto alla causa del contratto di subappalto così come delineata dall’art. 119, comma 2, d.lgs. 36/2023².

Si è ritenuto, infatti, che la questione dell’ammissibilità del subappalto per l’esecuzione dei lavori riguardanti le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria attenga alla qualificazione degli operatori economici, di cui all’art. 100, d.lgs. 36/2023³.

Autorevole dottrina ha condivisibilmente sintetizzato che a differenza di quello che può essere definito subappalto facoltativo, in cui l’operatore economico possiede in proprio i requisiti richiesti per l’ammissione alla gara e conseguente esecuzione dell’appalto, ma sceglie discrezionalmente di subappaltare alcune prestazioni ad un’altra impresa qualificata⁴, il subappalto qualificante nasce per consentire agli operatori economici (privi di specifica qualificazione) di soddisfare il possesso dei requisiti richiesti in gara facendo ricorso ad altro operatore economico qualificato⁵.

¹ Cons. St., *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78*, recante «Delega al Governo in materia di contratti pubblici» – Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 2023, p. 171.

² P. FALCICCHIO, *Commento all’art. 119*, in U. REALFONZO, R. BERLOCO, *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, Tomo II, Grafill, 2023.

³ Il riferimento è chiaramente all’art. 100, comma 4, d.lgs. 36/2023, il quale dispone che «Per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati. L’attestazione di qualificazione è rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall’ANAC. Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all’importo delle stesse è disciplinato dall’allegato II.12. Le categorie di opere si distinguono in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate. Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l’esecuzione, a qualsiasi titolo, dell’appalto. In sede di prima applicazione del codice l’allegato II.12 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell’articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l’ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice».

⁴ Appare lecito porre una riflessione sull’ammissibilità o meno che l’operatore economico esprima una formale rinuncia, dopo aver dichiarato in sede di gara l’intenzione di voler subappaltare parte delle prestazioni del contratto. A riguardo, se alcun dubbio sussiste circa l’ammissibilità di una tale scelta allorquando si tratti di un subappalto facoltativo, perplessità emergono nell’ipotesi in cui si verta in un caso di subappalto qualificante o necessario. Muovendo dalle osservazioni formulate dall’ANAC (secondo la quale «considerato che la facoltà dei concorrenti di affidare a terzi parte delle prestazioni oggetto di affidamento, in presenza delle condizioni di ammissibilità previste dal legislatore, è qualificabile come diritto disponibile liberamente rinunciabile dai concorrenti, i quali, anche una volta dichiarato in sede di gara di volere ricorrere a tale istituto, possono decidere di eseguire le prestazioni in proprio qualora possiedano i requisiti prescritti dalla legge o dalla disciplina di gara», in questo senso ANAC, 6 luglio 2021, n. 322), è ragionevole ritenere che l’operatore economico debba avvalersi del subappaltatore qualificato nella fase esecutiva senza alcun “ripensamento”.

⁵ AA.VV., *Il subappalto qualificante nelle gare di lavori*, www.pamercato.it, 2020.

I PROFILI DI RESPONSABILITÀ DEL SUBAPPALTATORE

Il nuovo codice dei contratti pubblici affronta il tema del riparto della responsabilità tra appaltatore e subappaltatore con una disposizione che si pone in linea di continuità con il previgente sistema codicistico, stabilendo, all'art. 119, comma 6, d.lgs. 36/2023, che il contraente principale e il subappaltatore sono **responsabili in solido** nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto, specificando che sussiste un'analogia responsabilità tra aggiudicatario e subappaltatore per gli obblighi retributivi e contributivi (di cui si è fatto cenno nei capitoli precedenti). Invero, i profili di responsabilità che vengono in rilievo sono molteplici e riguardano sia gli aspetti retributivi e contributivi, sia quelli connessi alla tutela del lavoro e della sicurezza (cfr. art. 119, commi 7 e 12, d.lgs. 36/2023), sia quelli derivanti dall'esecuzione delle prestazioni, senza contare quelle condotte che possono assumere un rilievo di carattere penale¹.

A livello operativo, è bene premettere che **il subappalto** si colloca nella **fase esecutiva** che, come noto, è retta anche dalle disposizioni del codice civile, specie per ciò che attiene alle anomalie discendenti dal sub-contratto². Ciò determina importanti conseguenze sul piano delle responsabilità posto che, nel subappalto, il subappaltatore è soggetto terzo rispetto alla stazione appaltante, avendo quest'ultima rapporti solo con l'affidatario del contratto pubblico, il quale è responsabile in via esclusiva dell'esecuzione del contratto³.

Prescindendo, dunque, dagli obblighi inerenti il trattamento economico dei lavoratori del subappaltatore⁴ e i profili di responsabilità che si ritiene che permangano

¹ La disciplina dei raggruppamenti temporanei d'impresa di cui all'art. 68, d.lgs. 36/2023, prevede che l'offerta degli operatori raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale anche «nei confronti del subappaltatore». Deve evidenziarsi che l'art. 119, comma 18, d.lgs. 36/2023, estende le disposizioni generali del subappalto anche ai raggruppamenti temporanei e alle società consortili «quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili». Trattasi, come acclarato dalla giurisprudenza più recente, di una disposizione «che non reca un divieto di subappalto [...] il testo [...] comporta [...] solo un limite più stringente, ma non incompatibile con il subappalto "necessario" dei lavori di categoria scorporabile» (Cons. St., Sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308).

² L'art. 12, d.lgs. 36/2023, sancisce espressamente il rinvio esterno alle disposizioni del codice civile relativamente per quanto non espressamente previsto dal codice dei contratti pubblici per le fasi di stipula del contratto e di esecuzione.

³ La deduzione è tratta da un orientamento giurisprudenziale piuttosto consolidato, il quale ha operato un raffronto delle responsabilità nei diversi istituti dell'avalimento e del subappalto (TAR Molise, Sez. I, 17 ottobre 2020, ord. n. 278).

⁴ Si consiglia la disamina della nota dell'Ispettorato nazionale del lavoro, Direzione centrale coordinamento giuridico n. 1507 del 6 ottobre 2021 che offre indicazioni operative per l'applicazione della disciplina previgente. La nota è commentata da più autorevoli autori, tra cui S. ROSSI, *Subappalti, vale il contratto collettivo del contraente principale*, Il Sole 24 ore, 27 dicembre 2021.

IL CONTROLLO DELL'ATTIVITÀ DEL SUBAPPALTATORE

Il responsabile unico del progetto e il direttore dei lavori (o il direttore dell'esecuzione del contratto), figure cardine della fase esecutiva dell'appalto pubblico, svolgono un ruolo chiave nell'ambito della verifica delle prestazioni del subappaltatore.

Prescindendo dagli adempimenti cui assolve il responsabile unico del progetto durante la fase di svolgimento della procedura selettiva (compreso quanto esposto nei precedenti paragrafi sul tema delle tutele del lavoro), dal momento in cui il subappaltatore riceve l'autorizzazione da parte dell'Amministrazione esso subentra a tutti gli effetti nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto derivato (ovvero affianca l'appaltatore): ciò implica l'insorgenza di precisi obblighi comportamentali in capo al subappaltatore e, in via speculare, di doveri di sorveglianza attiva in capo alle figure tecniche preposte al controllo amministrativo-contabile dell'appalto¹.

In generale, il responsabile unico del progetto è chiamato a vigilare insieme al direttore dei lavori e al coordinatore di sicurezza in fase di esecuzione, non solo sull'esatta esecuzione delle prestazioni, ma anche sul **rispetto degli oneri della sicurezza** relativi alle prestazioni affidate in subappalto², cui l'ordinamento giuridico riconosce una preminente tutela.

¹ Il presente elaborato non si sofferma su quelle fattispecie, quali quelle delittuose, che rilevano nei rapporti tra Pubblica amministrazione ed appaltatori e subappaltatori; si richiama, a tal proposito, autorevole dottrina che ha analizzato alcune ipotesi delittuose che trovano negli appalti pubblici terreno fertile: «La problematica di differenziazione tra la concussione per costrizione di cui all'art. 317 c.p. e l'induzione indebita di cui all'art. 319-quater c.p., è stata affrontata, con intenti chiarificatori, dalle SS.UU. con la sentenza n. 1228 del 24 ottobre 2013, seguendo una chiave di lettura che dovrebbe tener ben distinti i due reati. La pressione psicologica ad opera del pubblico ufficiale che mira a sopraffare la volontà della vittima, minandone il potere di resistenza, va tenuta distinta dal caso in cui ricorre un mero condizionamento psicologico del privato, il quale, per un proprio tornaconto opportunistico, pur potendo resistere all'abuso del pubblico ufficiale, decide di aderire alla richiesta dell'indebitato. La fattispecie concussiva ex art. 317 c.p. è stata ravvisata dalla Suprema Corte, nella sentenza n. 25258 del 12 marzo 2015, nel caso di un Sindaco, il quale, in relazione a lavori di appalto per l'ampliamento di un cimitero, aveva minacciato il blocco dei pagamenti di precedenti lavori eseguiti da una ditta, imponendo a questa solo l'esecuzione di opere marginali, al fine di consentire l'accesso in subappalto a una impresa di suo favore. Il Supremo Collegio evidenziava come l'imputato aveva avuto modo di approfittare dello stato di soggezione in cui versava l'impresa per poter sopravvivere lavorando in quella realtà territoriale. Nessuno spazio, sottolineava la Corte, vi era per la meno grave ipotesi di cui all'art. 319-quater c.p., poiché alcun vantaggio la persona offesa avrebbe potuto ottenere dal soddisfacimento delle pretese. La volontà della vittima, in questo caso, è totalmente coartata per effetto dell'azione di taglieggiamento da parte del funzionario pubblico, mediante minaccia di un danno ingiusto. Questa tipica condotta di coazione-costrizione va tenuta ben distinta dal mero condizionamento psicologico del privato di cui alla induzione indebita ex art. 319-quater c.p., in cui il destinatario dell'abuso finisce per prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivato dalla prospettiva di conseguire un tornaconto personale, che giustifica la previsione di una sanzione a suo carico». E. PALOMBI, *L'induzione indebita tra concussione e corruzione*, Riv. Pen. 10, www.foroplus.it, 2019.

² L'art. 119, comma 12, d.lgs. 36/2023, stabilisce che l'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di quest'ultima, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

Prima ancora del codice dei contratti pubblici che impone, a norma dell'art. 119, comma 13, **l'obbligo di esporre all'esterno del cantiere i nominativi di tutte le imprese subappaltatrici**, si consideri la normativa di settore concernente la tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro: nelle ipotesi di subappalto, infatti, è previsto l'obbligo di indicare, a pena di nullità, nel contratto derivato, i costi delle misure adottate per eliminare o, ove ciò non fosse possibile, ridurre al minimo i rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro derivanti dalle interferenze delle lavorazioni stabilendo che tali costi non sono soggetti a ribasso. Tale previsione, dunque, rende concreto l'effettivo ruolo del responsabile del progetto e del direttore dei lavori o dell'esecuzione del contratto.

Certamente una verifica circa il rispetto di tali disposizioni compete, secondariamente alle figure amministrative e tecniche della pubblica amministrazione, ma prioritariamente al datore di lavoro dell'impresa affidataria, il quale, secondo le previsioni del d.lgs. 81/2008 e ss.mm.ii., è chiamato a verificare l'idoneità tecnico professionale dei subappaltatori, in particolare per ciò che attiene alla verifica del documento di valutazione dei rischi³.

La disciplina di dettaglio riportata nell'Allegato I.2 del codice, relativo all'attività del responsabile del progetto, in relazione ai subappaltatori contempla, tra i compiti specifici che ad esso competono, quello di trasmettere al dirigente o altro organo competente della stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, la proposta del coordinatore dell'esecuzione dei lavori relativa alla sospensione, all'allontanamento del subappaltatore ovvero di rilasciare il certificato di pagamento, previa verifica della regolarità contributiva dello stesso subappaltatore, inviandolo alla stazione appaltante per la successiva emissione del mandato di pagamento.

A tal proposito, è bene osservare che l'art. 119, comma 20, d.lgs. 36/2023, prevede **l'obbligo delle stazioni appaltanti a rilasciare i certificati** necessari per la partecipazione e la qualificazione dell'appaltatore, scomputando, dal valore dell'appalto, quello eseguito attraverso il subappaltatore; accanto a ciò, è facoltà dei subappaltatori richiedere alle stazioni appaltanti il rilascio dei certificati relativi alle prestazioni oggetto d'appalto eseguite⁴. Una previsione, dunque, che introduce una sostanziale

³ La disciplina di cui al d.lgs. 81/2008 e ss.mm.ii. impone, tra gli altri obblighi, che i lavoratori delle imprese subappaltatrici siano muniti di apposita tessera di riconoscimento, a dimostrazione di quanto sia essenziale l'identificazione esatta dei soggetti che operano nell'ambito di un contratto d'appalto.

⁴ La previsione normativa, nella sostanza, non differisce dall'analoga previgente: tuttavia, l'attento lettore potrà constatare come il legislatore, rispetto alla formulazione contenuta nell'art. 105, comma 22, d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., abbia ommesso di riportare l'avverbio "realmente" laddove riferito alle prestazioni eseguite dal subappaltatore per le quali lo stesso avrebbe potuto avanzare i certificati per le prestazioni eseguite. La soppressione, secondo una logica ed interpretazione personale, ha ragioni di esistere nella misura in cui si potrebbe ritenere che il termine sia meramente tautologico, nel senso che è scontato il fatto che la prestazione subappaltata sia stata eseguita dal terzo, il quale abbia maturato i requisiti in relazione alla prestazione effettivamente eseguita. La giurisprudenza amministrativa, riguardo la previgente disposizione, ha stabilito che «Tale disposizione [...] non costituisce una norma generale dettata per tutte le tipologie di appalto, tanto da imporre per ogni settore dei contratti pubblici il divieto per l'operatore economico di far valere nell'ambito del proprio fatturato, quanto realizzato mediante il subappalto. Depone in questo senso la piana lettura della disposizione che contiene precisi riferimenti allo specifico settore degli appalti di lavori [...] Il comma 22 dell'art. 105 cit. contiene, infatti, una specifica prescrizione diretta alle stazioni appaltanti nell'ambito dell'attività certificata ad esse demandata

IL SUBAPPALTO NELLE CONCESSIONI E NEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

Operando un sostanziale cambio di rotta rispetto alla disciplina previgente dettata dall'art. 174, d.lgs. 50/2016¹, il nuovo codice dei contratti pubblici non distingue l'istituto del subappalto "tradizionale" rispetto a quello dei contratti di concessione².

L'art. 188, d.lgs. 36/2023, infatti, laddove esordisce con le previsioni della fase esecutiva dei rapporti concessori, opera un rinvio interno alle disposizioni di cui all'art. 119 del codice, sancendo, ad ogni modo, la piena ammissibilità del ricorso al subappalto da parte del concessionario in favore di imprese terze, subordinandolo ai presupposti legislativi "ordinari"³.

L'assenza di un sottosistema normativo del subappalto nelle **concessioni** determina, pertanto, una sostanziale **equiparazione** con quello previsto negli appalti pubblici tradizionali⁴.

¹ Il sistema previgente del subappalto nelle concessioni prevedeva una particolare disciplina dell'istituto, in parte derogatoria rispetto a quella generale in ragione della particolarità del rapporto negoziale proprio del contratto di concessione. Le problematiche sottese alla disciplina introdotta mediante il d.lgs. 50/2016 sono affrontate da D'ALESSANDRI, *Il subappalto nei contratti pubblici*, Milano, 2020, cit. Si rinvia, per un ulteriore approfondimento, all'interessante contributo di U. REALFONZO, *I contratti di concessione, Il nuovo diritto dei contratti pubblici, commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, a cura di CARINGELLA-MANTINI-GIUSTINIANI, Roma, 2016.

² Durante la vigenza del d.lgs. 50/2016, il Giudice amministrativo è intervenuto, a più riprese, ad esplicitare l'ambito applicativo del subappalto nell'ambito delle concessioni (privo di qualsivoglia limitazione secondo la pronuncia TAR Emilia Romagna Parma, Sez. I, 9 marzo 2022, n. 57), stabilendo che «*costituisce, in ragione dell'art. 174 d.lgs. n. 50/2016, [...] un sottosistema normativo che il legislatore ha voluto compiutamente regolamentare*» (Cons. St., Sez. IV, 8 maggio 2023, n. 4600) e precisando che «*l'art. 174 va riferito ai soli concessionari scelti con gara, i quali possono subappaltare talune parti del contratto di concessione a terzi (indicati in sede di offerta) o possono affidarle in via diretta ad imprese a loro collegate*» (TAR Toscana, Sez. II, 16 giugno 2022, n. 804).

³ Autorevole dottrina ha evidenziato le questioni apparentemente non ancora risolte anche col nuovo codice: «*Posto che il nuovo codice degli appalti all'articolo 119 ha abrogato il divieto del subappalto 'a cascata', la domanda è se all'interno di un rapporto di partenariato pubblico-privato nel quale l'investitore istituzionale abbia integralmente appaltato le relative prestazioni, tali disposizioni si applichino o meno ai subappaltatori. Manca, di fatto, nel nuovo codice una previsione che ponga a carico del subappaltatore l'obbligo di rispettarne le previsioni all'interno dei contratti stipulati con i propri subappaltatori. Allo stato, salvo chiarimenti tramite l'emanazione di regolamenti di attuazione o l'intervento di decisioni in sede giudiziaria, non sembrano sussistere argomenti per ritenere che il subappaltatore di subappaltatore sia responsabile in solido nei confronti dell'ente concedente. La grande flessibilità che viene concessa agli investitori-promotori istituzionali porta a concludere come, nel caso in cui uno di questi abbia deciso di interamente subappaltare le prestazioni oggetto del contratto di partenariato pubblico-privato, non sarà per questo vincolato al rispetto del nuovo codice lungo la filiera del subappalto 'a cascata', con l'eccezione dell'unico onere di identificare in fase di gara il primo subappaltatore e questo al fine di permettere all'ente concedente di effettuare i dovuti controlli sul possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti richiesti nel bando di gara*», V. DE CASTELLO, *Partenariato pubblico privato (PPP): sostanziali modifiche e qualche perplessità*, 2023.

⁴ La giurisprudenza amministrativa, esprimendosi sulla *ratio* e sulla portata applicativa del previgente sistema codicistico, ha precisato che l'art. 174, d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., costituisce «*un sottosistema normativo che il legislatore ha voluto compiutamente regolamentare*» (Cons. St., Sez. IV, 8 maggio 2023, n. 4599). Sulle problematiche di coordinamento

IL SUBAPPALTO NECESSARIO E L'AVVALIMENTO: LE PECULIARITÀ NEL SETTORE DEI BENI CULTURALI

La funzione svolta dal subappalto necessario evoca spesso delle similitudini con l'istituto dell'avvalimento. Entrambi, infatti, rappresentano istituti funzionali all'ampliamento della platea dei soggetti che partecipano agli appalti pubblici, sebbene presentino delle profonde differenze sul piano operativo¹.

Le similitudini rintracciabili tra i due istituti e, segnatamente, la possibilità di ricorrere ad altro soggetto per acquisire requisiti di cui il concorrente è privo, hanno fatto sì che dell'istituto del subappalto necessario si parlasse anche in termini di "**avvalimento sostanziale**"².

Una simile interpretazione costituisce la linfa che ha animato il dubbio circa la legittimità del **divieto di avvalimento nel particolare settore dei beni culturali**³ di cui all'art. 132, comma 2, d.lgs. 36/2023, a fronte della possibilità di ammettere il ricorso al subappalto necessario o, per meglio dire, a fronte dell'assenza di un divieto parimenti esplicito di ricorrere a tale istituto sussistendo un generale rinvio alle disposizioni del codice "*per quanto non diversamente disposto*" (art. 132, comma 1, d.lgs. 36/2023).

Non sono mancati altresì dubbi circa la compatibilità di un simile divieto con l'ordinamento europeo e, in particolare, con il divieto di *gold plating*. Tale aspetto, infatti, è stato subito risolto facendo leva sulla c.d. "*eccezione culturale*" dell'art. 36 TFUE⁴ che ammette deroghe ai principi di tutela della concorrenza e di massima apertura del

¹ Per una completa ricostruzione dell'istituto dell'avvalimento V. LAUDANI, *L'avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Maggioli, 2024.

² Emblematica in tal senso l'ordinanza Cons. St., Sez. III, 10 giugno 2020, n. 3702, secondo cui «*divergenze significative tra i due istituti (avvalimento e subappalto) si riscontrano in ordine al regime di responsabilità dell'impresa ausiliaria ed al suo ruolo nella esecuzione dell'appalto. Le stesse si attenuano, come si è visto, nel caso del subappalto "necessario" soggetto all'obbligo della contestuale indicazione in sede di gara sia delle attività per le quali si intende ricorrere al subappalto, sia del nominativo dei subappaltatori e dei relativi requisiti (ai sensi art. 105 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016), tanto da giustificare la denominazione di "avvalimento sostanziale"*».

³ Gli appalti pubblici nel settore dei beni culturali pongono molteplici differenze rispetto ai residui settori poiché sono caratterizzati da una particolare delicatezza derivante dalla necessità di tutela dei medesimi, in quanto beni testimonianza aventi valore di civiltà, espressione di un interesse *altior* nella gerarchia dei valori in gioco (art. 9 Cost.). Ne consegue, a titolo esemplificativo, che nei contratti in materia di beni culturali è da escludere che «*i consorzi stabili possano qualificarsi con il cumulo alla rinfusa, essendo richiesto dalla norma il possesso di requisiti di qualificazione specifici ed adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento*» (Cons. St., Sez. V, 16 gennaio 2019, n. 403). Da tale principio può agevolmente ricavarsi l'importanza di un istituto, quale quello del subappalto necessario.

⁴ Così recita l'art. 36 TFUE: «*Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.*».

NORMA

ART. 119 DEL D.LGS. 36/2023**DECRETO LEGISLATIVO 31 MARZO 2023, N. 36**

Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.

(G.U. n. 77 del 31/03/2023 – Suppl. Ordinario n. 12)

Art. 119***Subappalto***

1. I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera *d*), la cessione del contratto è nulla. È altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera. È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.

2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n.190, oppure nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15

CONTENUTI E ATTIVAZIONE DELLA WEBAPP

Contenuti della WebApp

- **Speciale Codice Appalti**, una banca dati normativa sempre aggiornata che contiene le seguenti utilità:
 - Normativa nazionale e regionale;
 - Normativa europea;
 - Correttivi;
 - Provvedimenti attuativi;
 - Provvedimenti e pareri MIT;
 - Manuali, provvedimenti, pareri e delibere dell'ANAC,
 - Comunicati e atti del Presidente dell'ANAC;
 - Provvedimenti Agenzia delle Entrate;
 - Provvedimenti AgID;
 - Giurisprudenza TAR;
 - Giurisprudenza Consiglio di Stato;
 - Contributi Giustizia Amministrativa.
- **Schemi di atti relativi al subappalto negli appalti pubblici:**
 - Schema istanza di accesso agli atti subappaltatore;
 - Schema di contratto di subappalto;
 - Schemi di richiesta di pagamento diretto.

Requisiti hardware e software

- Dispositivi con MS Windows, Mac OS X, Linux, iOS o Android;
- Accesso ad internet e browser web con Javascript attivo;
- Software per la gestione di documenti Office e PDF.

Attivazione della WebApp

1) Collegarsi al seguente indirizzo internet:

https://www.grafill.it/pass/0454_7.php

2) Inserire i codici **[A]** e **[B]** riportati nell'ultima pagina del libro e cliccare **[Continua]**;

- 3) Accedere al **Profilo utente Grafill** oppure crearne uno su **www.grafill.it**;
- 4) Cliccare sul pulsante **[G-CLOUD]**;
- 5) Cliccare sul pulsante **[Vai alla WebApp]** a fianco del prodotto acquistato;
- 6) Fare il *login* usando le stesse credenziali di accesso al **Profilo utente Grafill**;
- 7) Cliccare sulla copertina del libro, presente nello scaffale **Le mie App**, per accedere ai contenuti della WebApp.

