

Subappalto: tra Corte di Giustizia, recovery, di semplificazioni

slides a cura di Francesco Bertelli e Antonio Bertelli

29.06.2021 dalle ore 11.30 alle ore 13

**Prossimo
appuntamento:**

29 giugno 2021

Gli argomenti del webinar

- Il subappalto nel codice dei contratti
- La terna dei subappaltatori
- Le verifiche in materia di subappalto
- Il subappalto nel dl 77/2021
- Limiti al subappalto
- Le prescrizioni della Corte di Giustizia
- La posizione dell'Autorità garante della concorrenza
- La giurisprudenza tra limiti e disapplicazioni
- l'obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori
- i sub contratti che non sono subappalto: come gestirli

- Art. 105 codice dei contratti

Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto.

Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.

Definizione di subappalto

Al subappalto è equiparato il cottimo

Definizione di
subappalto

- Art. 3 let. ggggg-undecies) codice dei contratti
- «cottimo», l'affidamento della sola lavorazione relativa alla categoria subappaltabile ad impresa subappaltatrice in possesso dell'attestazione dei requisiti di qualificazione necessari in relazione all'importo totale dei lavori affidati al cottimista e non all'importo del contratto, che può risultare inferiore per effetto dell'eventuale fornitura diretta, in tutto o in parte, di materiali, di apparecchiature e mezzi d'opera da parte dell'appaltatore

Definizione di cottimo

<<... l'Autorità ha ritenuto che "devono essere soggetti al regime di autorizzazione tutti i subappalti di lavori, **senza alcun discrimine in ordine all'entità percentuale dell'importo o della manodopera**, se non inteso come circoscritto all'abbreviazione dei tempi connessi agli adempimenti di competenza della stazione appaltante

AVCP – Parere
n. 209 del
31/08/2008

Sono equiparati alla normativa sul subappalto anche il nolo a caldo e la fornitura con posa in opera (che non sono subappalto), qualora il loro valore economico superi il 2% del valore dell'appalto ovvero superi i 100.000€ ed **al contempo** necessitino di un alto impiego di manodopera (superiore al 50% del valore del contratto stesso). Saremo quindi di fronte ad una **fornitura con posa in opera** e un **nolo "a caldo"** ove il valore della manodopera è prevalente rispetto alla fornitura ovvero al noleggio

I noli a caldo e le forniture con posa in opera

I soggetti affidatari dei contratti possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, **previa autorizzazione** della stazione appaltante purché:

- a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto; (sarà abrogato dalla legge europea AS 2169)
- b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria;
- c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;
- d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del codice dei contratti.

L'autorizzazione
al subappalto

L'affidatario deposita presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni:

- 1 il contratto di subappalto corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici
- 2 la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti in relazione alla prestazione subappaltata
- 3 la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del codice dei contratti
- 4 la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del piano della sicurezza

La procedura

La stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione al subappalto entro trenta giorni dalla relativa richiesta;

Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà

Il predetto termine può essere prorogato una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi.

Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa

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

La procedura

- **Fino al 31 dicembre 2023**, sono altresì sospese l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 e del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174, nonché le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 del medesimo codice, riferite al subappaltatore

terna
subappaltatori

Quota subappaltabile

• Art. 49 DL 77/2021

- Fino al 31 ottobre 2021, in deroga all'art. 105 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, **il subappalto non può superare la quota del 50 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.**

Quota subappaltabile

Art. 49 DL 77/2021

- *A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'art. 106 comma 1, let. D), il contratto*
 1. *non può essere ceduto;*
 2. *non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto;*
 3. *Non può essere affidata la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera.*

La norma disciplina il caso in cui un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:

- 1) una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a);
- 2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice;
- 3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori;

Cosa disciplina
l'art.106,
comma 1,
lett.d

Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all'[articolo 30](#), previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'[articolo 89, comma 11](#), dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui all'articolo 1 decreto legislativo n. 190 del 2012 ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'[articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189](#) -

art.105,
comma 2

~~Per le opere di cui all'art. 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.~~

(ai sensi dell'articolo 49, comma 1, lettera a), primo periodo, del decreto-legge n. 77 del 2021, fino al 31 ottobre 2021, anche per queste categorie superspecializzate il subappalto non può superare la quota del 50% dell'importo complessivo del contratto)

(abrogato dal 1° novembre 2021, ai sensi dell'art. 49, comma 2, lettera b), del decreto-legge n. 77 del 2021)-

abrogazione
art.105,
comma 5

art. 21 della Legge 13 settembre 1982, n. 646.

<<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 la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto

Norme penali
in materia di
subappalto

E il limite del subappalto?



Gli Stati membri non dispongono della facoltà di limitare il ricorso al subappalto fissato in maniera astratta in una determinata percentuale dell'appalto. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punti 54 e 55)

Corte di Giustizia della U.E., quinta sezione, 26 settembre 2019, causa C-63/18).

La Commissione rileva che nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non vi sono disposizioni che consentano un limite *ex lege* obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato. Al contrario, le direttive si basano sul principio secondo cui occorre favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici, e il subappalto è uno dei modi in cui tale obiettivo può essere raggiunto

..... la normativa italiana viola il diritto UE in quanto essa limita il ricorso al subappalto in tutti i casi, e non solo nei casi in cui una restrizione del subappalto sia oggettivamente giustificata dalla natura delle prestazioni dedotte in contratto

UE:
**Costituzione
in mora –
Infrazione n.
2018/2273 del
24.01.2019**

“Il bando di gara nella parte in cui ha fatto applicazione di una norma nazionale contrastante con la vigente direttiva in materia di appalti pubblici così come interpretata dalla Corte di Giustizia è quindi illegittimo e va annullato”

Tar Toscana,
Sez. I,
n. 706 del 11/
06/ 2020

~~(Il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante).~~ Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto] (primo periodo così sostituito dal 1° novembre 2021, ai sensi dell'art. 49, comma 2, lettera c), del decreto-legge n. 77 del 2021).

L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'[articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276](#).

Nelle ipotesi di cui al comma 13, lettere a) e c), l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al primo periodo. (*rectius: di cui al secondo periodo*)

Le modifiche a
comma 8
dell'art.105

L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto.

Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.

Le modifiche a
comma 14
dell'art.105

L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

Le modifiche a
comma 14
dell'art.105

IL SUBAPPALTO DI SOLA MANODOPERA (MEZZI E ATTREZZATURE COMPRESI) È AMMISSIBILE E, IN CASO POSITIVO, A QUALI CONDIZIONI?

Trattasi di contratto di cottimo e dunque di un contratto legittimo; sarebbe invece illegittimo un contratto di somministrazione di mano d'opera. La differenza tra i due istituti: in un caso c'è un subappaltatore che organizza con propria responsabilità i lavori, nell'altro ci sono dei lavoratori interinali mandati a lavorare nell'organizzazione di un appaltatore previo pagamento delle somme all'Agenzia autorizzata che ha procurato la manodopera.

RESTERANNO LE LIMITAZIONI PER LE SUPERSPECIALISTICHE (DIVIETO SUBAPPALTO)? RELATIVAMENTE AI SERVIZI TECNICI, QUALI MODALITÀ OPERATIVE PER DETERMINARE LA QUOTA DI SUBAPPALTO FUORI DAI CASI AUTORIZZATI DALL'ART. 31 COMMA 8 DEL CODICE DEI CONTRATTI?

No. Fino al 1. novembre 2021 il limite è portato al 50%; dopo di che, a meno di novelle legislative, le limitazioni sono abrogate

QUAL È IL LIMITE ATTUALMENTE APPLICABILE, NEL RISPETTO DELLA NORMATIVA NAZIONALE E DELLE DIRETTIVE EUROPEE? DA QUANDO IL LIMITE VERRÀ TOLTO E SOTTO QUALI CONDIZIONI SI POTRÀ (SE VERO) CONCEDERE SUBAPPALTO AL 100%?

Attualmente e fino al 1. novembre sussiste un limite al 50%

DOMANDE

PER I CONTRATTI STIPULATI PRIMA DEL 01/06/2021, PER I QUALI L'APPALTATORE HA INDICATO DI VOLER RICORRERE AL SUBAPPALTO "NEI LIMITI MAX CONSENTITI" E HA CHIESTO DI SUB OVER 40 %...CONSIDERANDO LA SENT. CGEC-63/18, IL LIMITE DEL 40% VA ANCORA DISAPPLICATO?

Consentiti ... dalla lex specialis: La mia opinione è che viga il principio *tempus regit actum* e che dunque si debba mantenere ferma la procedura come a suo tempo disciplinata nei documenti di gara. Ciò soprattutto in relazione ai principi di parità di trattamento, correttezza e buona fede

LE NUOVE REGOLE SUL SUBAPPALTO SI APPLICANO PER LE PROCEDURE AVVIATE DAL 01/06/2021, IN CASO DI PROGETTO GIÀ APPROVATO CON DETERMINA A CONTRARRE ANCORA DA ADOTTARE ANDRÀ ADEGUATO IL CAPITOLATO SPECIALE D'APPALTO, È CORRETTO?

Direi proprio di sì

L'ATTUALE LIMITE È 40% O 50%? SE DISAPPLICO LA SENTENZA UE SOTTOSOGLIA (APPALTO DI SERVIZI), RISCHIO UN RICORSO PER ANNULLAMENTO?

Un ricorso è sempre possibile: credo che possano essere seguite strade diverse rispetto alla mera disapplicazione. Ad esempio una adeguata motivazione può consentire la riduzione dei limiti del subappalto.

DOMANDE

LA RECENTE MODIFICA AL COMMA 1 DELL'ART. 105 "...NON PUÒ ESSERE AFFIDATA A TERZI... LA PREVALENTE ESECUZIONE DELLE LAVORAZIONI..." INTRODUCE INDIRETTAMENTE UN LIMITE AL SUBAPPALTO VIGENTE ANCHE DAL 1 NOVEMBRE? VA INTESO NON OLTRE IL 50%?

Il concetto di "prevalenza" può essere interpretato in questo senso. A mio parere ciò che rileva dopo il 1. novembre è rappresentato da una idonea motivazione

LA MODIFICA FATTA AL PRIMO PERIODO DEL COMMA 14 DELL'ART 105 (CHE SUPERA IL LIMITE DELLO SCONTO SUI PREZZI DEL 20%) COME SI TRADUCE AI FINI DELLA VERIFICA DEI CONTRATTI DI SUBAPPALTO PRESENTATI PER LA PREVENTIVA AUTORIZZAZIONE ? CHE VERIFICHE FARE ?

Secondo la mia opinione occorre una verifica della congruità del costo della mano d'opera anche con specifico riferimento ai contratti di subappalto. Inoltre nel caso in cui manchino utile d'impresa al netto di spese generali a mio avviso il contratto di subappalto è da considerarsi nullo ai sensi dell'art.1418 del codice civile

DOMANDE

E' SEMPRE OBBLIGATORIO IL PAGAMENTO DIRETTO DEI SUBAPPALTATORI NEL CASO DI MICRO-PICCOLE IMPRESE?

Si. Infatti l'art. 105, comma 13, così recita: La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi: a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa; trattasi però di un diritto disponibile e quindi il subappaltatore potrebbe autorizzare la SA a pagare l'appaltatore. microimpresa: meno di 10 dipendenti e un fatturato (la quantità di denaro ricavato in un periodo specifico) o bilancio (un prospetto delle attività e delle passività di una società) annuo inferiore ai 2 milioni di euro; piccola impresa: meno di 50 dipendenti e un fatturato o bilancio annuo inferiore a 10 milioni di euro

DOMANDE

DOPO LE MODIFICHE INTRODOTTE DALL'ART. 49 DEL DL 77/2021, NEGLI APPALTI DI LAVORI CON UNA CAT. SCORPORABILE SIOS MAGGIORE DEL 10% DELL'IMPORTO DELL'APPALTO, È ANCORA APPLICABILE AD ESSE IL "SUB-LIMITE" DEL 30% DI ALL'ART. 1 DEL DM 248/2016?

No ora il subappalto non può superare il 50%

APPALTO LAVORI SOPRA SOGLIA. 2 CATEGORIE: OS 6 PREVALENTE E OS 21 (SIOS) SCORPORATA, SUPERIORE AL 10% DELL'IMPORTO TOTALE LAVORI. PER LA SIOS DEVO O POSSO DISAPPLICARE IL LIMITE DEL 30%, PER LA PRIMAZIA DELLA NORMA COMUNITARIA RISPETTO A QUELLA NAZIONALE?

Vedi sopra

DOMANDE

•A PRESCINDERE DAL TIPO DI BANDO (EUROPEO O NAZIONALE), LA STAZIONE APPALTANTE È OBBLIGATA AD INSERIRE IL 100% DI SUBAPPALTABILITÀ NEI BANDI ? PER QUALUNQUE CATEGORIA DI LAVORI ? E PER I SERVIZI QUALI SONO LE REGOLE ?

•No La UE assegna alle stazioni appaltanti l'onere di limitare motivatamente il subappalto. Inoltre secondo me il subappalto del 100% non è consentito dalle stesse direttive UE

•A PARTIRE DAL 1°NOVEMBRE 2021, PER CHI NE FA RICHIESTA, SI DOVRÀ CONCEDERE IL SUBAPPALTO A QUALSIASI PERCENTUALE E ANCHE AL 100%? SULLA BASE DI QUALI ELEMENTI SI POTRÀ DIMOSTRA CHE LA QUALITÀ DELLE OPERE E IL COSTO DELLA MANODOPERA SONO CONGRUI/IDONEI?

•Direi proprio di no. In ogni caso il legislatore, presumibilmente interverrà prima del 1 novembre vedi AS 2169 attualmente in discussione al Senato

DOMANDE

IL SUBAPPALTO PUO' ESSERE CONCESSO NEL CASO IN CUI LA DITTA AGGIUDICATARIA DELLA GARA SIA SOGGETTA AD UN PIGNORAMENTO, COMUNICATO ALLA SA DOPO L'AFFIDAMENTO?

Il pignoramento non esclude il subappalto

ESISTE ANCORA IN QUALCHE MODO L'INCOMPATIBILITÀ TRA PARTECIPANTE ALLA GARA E SOGGETTO INCARICATO POI DEL SUBAPPALTO?

La norma è in corso di modifica perché sarà abrogata dalla legge 2021 di adempimento degli obblighi di appartenenza dell'Italia alla UE (AS 2169)

DOMANDE

DOMANDA: E' POSSIBILE AUTORIZZARE UNA INTEGRAZIONE AL SUBAPPALTO IN CORSO DI ESECUZIONE DI UN CONTRATTO?

RISPOSTA: L'ART. 105, COMMA 2, ULTIMO CAPOVERSO COSÌ RECITA " E' altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato nonché siano variati i requisiti di cui al comma 7" . Pertanto la norma consente esplicitamente variazioni ai contratti di subappalto, purché rientranti nell' ambito delle categorie o parti subappaltabili .

DOMANDA: NELLE CONCESSIONI NON SUSSISTE IL LIMITE ATTUALMENTE PRESENTE PER GLI APPALTI AL 30-40%?

RISPOSTA: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con le Sentenze del 26.9.2019 nella causa n. 63/2018 e del 27.11.2019 nella causa n. 402/2018 ha statuito che contrasta con l'art. 71 della Direttiva dell'Unione Europea n. 24/2014, che non prevede alcuna soglia massima di subappalto, la norma italiana che "vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico". Ciò vale anche per le concessioni . In ogni caso il subappalto nelle concessioni è disciplinato dall'art. 174 del codice. Inoltre l'art.177 disciplina gli affidamenti dei concessionari

Limiti al diritto
di
subappaltare

DOMANDA SUB-AFFIDAMENTI: COME DEVE COMPORTARSI L'AMMINISTRAZIONE DI FRONTE AD UNA DITTA APPALTATRICE CHE NON PAGA I SUBFORNITORI?

L'art. 105, comma 13 così recita: *"La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:*

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

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

c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente". Un'altra strada potrebbe essere quella del pignoramento di terzi

DOMANDA IN MERITO ALLA PERCENTUALE DI SUBAPPALTO, SE L'ENTE DECIDE DI DEFINIRE CON LA DETERMINA A CONTRARRE UNA PERCENTUALE DI SUBAPPALTO INFERIORE A QUELLA PREVISTA DALLA NORMATIVA VIGENTE (ES 15%), PUÒ AVERE DEI CONTENZIOSI CON LE DITTE? IN CHE MODO LA STAZIONE APPALTANTE PUÒ GIUSTIFICARSI?

RISPOSTA: *i contenziosi sono sempre possibili . Occorre corredare la limitazione al subappalto con una motivazione ragionevole collegata all'appalto concreto . Nelle slides sono indicate possibili motivazioni proposte dall'autorità garante della concorrenza*

Limiti al diritto
di
subappaltare

DOMANDA CHE DIFFERENZA CORRE TRA SUBAPPALTO E SUBCONTRATTO?

RISPOSTA: L'art. 105 elenca alcune prestazioni che, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto:

a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;

b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;

c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani

c-bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto

Diversa dal subappalto è la subfornitura; **contratto di subfornitura** è stato introdotto con la legge n. 192 del 1998 Non si deve tener conto della nomenclatura di tale tipologia contrattuale. Difatti, non si tratta di un subcontratto, non si tratta di un rapporto giuridico dipendente da un rapporto principale, bensì di un singolo contratto tra due imprese. È un rapporto contrattuale tra un'impresa committente che ha in essere un contratto verso terzi per la fornitura di un dato prodotto e un'altra impresa, detta subfornitrice, cui viene demandata la produzione di quel prodotto

Limiti al diritto
di
subappaltare

DOMANDA: NEI LAVORI AFFIDATI CON LA PROCEDURA DI SOMMA URGENZA, IL SUB APPALTO È AMMESSO?

RISPOSTA L'ANAC in un proprio documento denominato Vademecum volto alla velocizzazione e semplificazione degli appalti pubblici e datato 2 maggio 2020 così scrive " Con precipuo riferimento al subappalto, si sottolinea che, nelle ipotesi in cui si proceda all'affidamento con procedura negoziata senza bando per motivi di urgenza nonché ad esecuzione diretta in somma urgenza, anche i subappaltatori possono autocertificare il possesso dei requisiti con possibilità di controlli ex post dell'Amministrazione entro i successivi 60 giorni." questa indicazione sia pure implicitamente rende evidente che il subappalto è esperibile anche nei lavori di somma urgenza

Limiti al diritto
di
subappaltare

DOMANDA È POSSIBILE SAPERE LA DIFFERENZA TRA AVVALIMENTO E SUB-APPALTO ?

RISPOSTA: L'avvalimento consente a chi vuole partecipare ad una gara d'appalto, ma non possiede tali requisiti, di ottenerli in prestito da altri operatori economici

Il subappalto attiene essenzialmente alla esecuzione del contratto

La recente sentenza del Cons. Stato n. 389/2020 Pubblicata il 16/01/2020 stabilisce che l'appalto «è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati», la richiamata disposizione del Codice dei contratti pubblici ha inteso affermare la regola secondo cui l'unico responsabile dal punto di vista giuridico dell'esecuzione del contratto è il concorrente aggiudicatario e che le prestazioni in concreto svolte dall'ausiliaria sono comunque riconducibili all'organizzazione da esso predisposta per l'adempimento degli obblighi assunti nei confronti della stazione appaltante (Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2018, n. 1698).

Tuttavia le recenti modifiche introdotte dal DL 77/2021 mettono in discussione questo principio

Limiti al diritto
di
subappaltare



SLIDES DI UN PRECEDENTE CORSO

*"Pur riconoscendo, in linea di principio, come sopra anche accennato, che le esigenze di flessibilità organizzativa e imprenditoriale e quindi eventualmente di operare attraverso lo strumento del subappalto, possano ragionevolmente crescere in funzione dell'importo e della complessità del contratto, **non vi sono a priori sufficienti ragioni per ritenere che sussistano differenze tra appalti sotto e sopra soglia tali da giustificare un diverso trattamento per i due casi.***

Ad ogni modo, occorrerebbe valutare la scelta in ragione dei principi generali di proporzionalità e di promozione della concorrenza e salvaguardando gli interessi generali di prevenzione della corruzione e di tutela del lavoro e della sicurezza nei luoghi di esecuzione delle commesse."

**Audizione del
Presidente Busia
Alle Commissioni
congiunte 8^a e 14^a
- 10 novembre 2020**

la norma del codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l'ordinamento euro-unitario, come affermato dalla Corte di Giustizia (Corte di Giustizia U.E., Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18; Id., 27 novembre 2019, C-402/18; in termini Cons. St., V, 16 gennaio 2020, n. 389, che ha puntualmente rilevato come «i limiti ad esso relativi (30% per cento "dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture", secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata applicabile ratione temporis, [...] deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea»).

Consiglio di
Stato sentenza
8101 del
17.12.2020

- L'Autorità ritiene opportuna una modifica normativa volta a:
- (i) eliminare la previsione generale e astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile;
- (ii) prevedere l'obbligo in capo agli offerenti, che intendano ricorrere al subappalto, di indicare in sede di gara la tipologia e la quota parte di lavori in subappalto, oltre all'identità dei subappaltatori;
- (iii) consentire alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all'utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguite e adeguatamente motivati

Segnalazione
Autorità
Garante
Concorrenza e
Mercato
04.11.2020

Le caratteristiche strutturali del mercato di riferimento potrebbero giustificare un limite al ricorso al subappalto laddove, in presenza di un limitato numero di possibili imprese partecipanti alla gara, il suo utilizzo potrebbe favorire l'attuazione di intese spartitorie.

Ulteriori restrizioni potrebbero derivare dalla particolare natura delle prestazioni dedotte in contratto o da esigenze di sicurezza nella fase di esecuzione.

In casi eccezionali la stazione appaltante potrebbe motivatamente imporre il divieto di subappalto dell'intera commessa, in considerazione delle particolari specificità dell'appalto

Possibili
motivazioni

Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

Possibili
motivazioni
art. 89, comma
4

- Pertanto si consiglia di inserire nei bandi e nelle lettere d'invito una clausola sul subappalto dove la limitazione al ricorso al subappalto sia accompagnata da una congrua motivazione correlata allo specifico affidamento

Come gestire il subappalto nei bandi

Fino al 31 dicembre 2021, è altresì sospesa l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 e del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174

E dunque non è richiesta la terna dei subappaltatori: ciò significa che l'operatore economico che intenda subappaltare deve solo dichiarare il suo proposito indicando le categorie di lavoro o le prestazioni di servizi oggetto del subappalto. ([Tar Piemonte, Sez. I, 05/01/2021, n. 9](#))

La terna dei subappaltatori

Fino al 31 dicembre 2023 non sono effettuate verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 del medesimo codice, riferite al subappaltatore

Le verifiche in sede di gara in Materia di subappalto

è ammessa l'integrazione della qualificazione, mediante il subappalto ([Cons. Stato, sez. V, n. 3504 del 2020; Id., sez. V, n. 3727 del 2019](#));

Anche nel caso di appalto necessario non sussiste l'obbligo di preventiva indicazione del nominativo del subappaltatore ([TAR Piemonte, sez. I, n. 99 del 2020](#));

la disciplina derogatoria dettata dall'art. 1, comma 18, legge n. 55/2019 (ed ora prorogata per tutto il 2021 dal decreto mille proroghe) si applica anche nel caso di subappalto necessario ([Tar Piemonte, Sez. I, 05/01/2021, n. 9](#)

Il subappalto "necessario" nel 2021

L'art. 105 elenca alcune prestazioni che, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto:

- a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;
- b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
- c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani
- c-bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto

Cosa non
costituisce
subappalto

TAR Lazio sent. 1135 del 29 gennaio 2019

L'esclusione alla nozione di subappalto operata dalla lett c-bis del comma 3 dell'art. 105 del decreto legislativo n. 50\2016, debbono essere limitate ad attività sussidiarie e secondarie rispetto a quelle propriamente rientranti nell'oggetto dell'appalto, pena una "vistosa la deviazione rispetto al principio di personalità nell'esecuzione dell'appalto, in assenza di alcuna forma di tutela degli interessi pubblici immanenti nell'aggiudicazione ed esecuzione di un appalto; per cui non potrebbe non dubitarsi seriamente della congruenza della norma con le disposizioni comunitarie e financo costituzionali incidenti sulla materia".

I contratti
continuativi di
cooperazione

Cons Stato, sez. III 05068/2019

l'istituto *de quo*, proprio perché si configura come derogatorio rispetto alla generale disciplina del subappalto, è evidentemente ancorato ai medesimi presupposti applicativi, a cominciare dalla determinazione contenutistica della prestazione eseguibile mediante il ricorso all'impresa "convenzionata".

In tale ottica, il riferimento della disposizione alle "prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari" non assume valenza restrittiva (della portata applicativa della previsione), come avverrebbe se si ritenesse che esso implica la necessità che l'utilità della prestazione ridondi ad esclusivo vantaggio, in senso materiale, dell'impresa affidataria (piuttosto che dell'Amministrazione), ma allude alla direzione "giuridica" della prestazione

I contratti
continuativi di
cooperazione

con Pareri n. 246 dell'8 marzo 2017 e n. 256 del 7 marzo 2018 l'ANAC ha sottolineato che l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi o a progetto (nei casi in esame si trattava, rispettivamente, di affidamento di attività di recapito nell'ambito di un servizio di riscossione e di raccolta dei manifesti pubblicitari a supporto di un servizio di affissione pubblica comunale), in assenza di specifici elementi idonei a dimostrare gli elementi tipici del subappalto (l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera o di un servizio), si configura quale contratto d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa.

Affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi

[Tar Campania, Napoli, sez. I 28 maggio 2019, n. 2849](#)

Secondo il predetto TAR per verificare se una determinata attività costituisca o meno un subappalto, è necessario prima esaminare l'oggetto della gara e poi l'oggetto dei contratti stipulati con i predetti consulenti o sub appaltatori. Qualora emerga che l'oggetto di quest'ultimi contratti sia rappresentato dall'esecuzione di parte delle prestazioni oggetto del contratto di appalto, si dovrà ritenere integrato un contratto di subappalto.

Ove la consulenza consista in attività meramente strumentali all'appalto siamo nell'ambito di un sub contratto; ove integri concreto ausilio all'appalto è da ritenersi subappalto.

Affidamento di
attività
specifiche a
lavoratori
autonomi

Cons. Stato V sent. 15.12.2020, n.8027

A quanto correttamente rilevato dal primo giudice, può solo aggiungersi che l'appalto in parola ha ad oggetto esclusivamente lavori (come si evince dalla lettura di pag. 2 del bando e disciplinare di gara che fa espresso riferimento a "Lavori di miglioramento ambientale") e che, di conseguenza, l'affidamento a soggetti terzi del servizio di trasporto a discarica, non attenendo alle prestazioni oggetto di gara, non integrava affatto un subappalto.

Caso di sub
contratto

Diversa dal subappalto è la subfornitura; **contratto di subfornitura** è stato introdotto con la legge n. 192 del 1998 Non si deve tener conto della nomenclatura di tale tipologia contrattuale. Difatti, non si tratta di un subcontratto, non si tratta di un rapporto giuridico dipendente da un rapporto principale, bensì di un singolo contratto tra due imprese. È un rapporto contrattuale tra un'impresa committente che ha in essere un contratto verso terzi per la fornitura di un dato prodotto e un'altra impresa, detta subfornitrice, cui viene demandata la produzione di quel prodotto

Cosa non
costituisce
subappalto

La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:

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

Casi di pagamento diretto al subappaltatore

Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente dell'esecutore o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva, si applicano le disposizioni di cui all'art. 30, commi 5 e 6.

11. Nel caso di formale contestazione delle richieste di cui al comma precedente, il responsabile del procedimento inoltra le richieste e le contestazioni alla direzione provinciale del lavoro per i necessari accertamenti.

Pagamento
diretto ai
lavoratori

Per info contattaci a:

 *webinar@asmel.eu*

 *800 165654*

 *www.asmel.eu*

**Grazie
per
la
partecipazione!**