

**Il subappalto nel “nuovo” Codice:  
aumentano limiti, vincoli e dubbi applicativi<sup>1</sup>**

*di Massimo Gentile*

***La possibile esclusione della facoltà di subappalto***

L'articolo 105 del D.lgs. n. 50/2016 reca la nuova disciplina del “subappalto”, introducendo, rispetto alla previgente disposizione di cui all'articolo 118 del D.lgs. n. 163/2006, talune novità suscettibili di impattare significativamente sul *modus operandi* degli operatori del settore.

Proviamo ad esaminare le più significative.

Innanzitutto, una prima riflessione va fatta sulla disposizione di cui al comma 4, laddove sono riportate le “condizioni”, al ricorrere delle quali, la stazione appaltante può autorizzare il subappalto.

Nell'ambito di tali condizioni figura anche la necessità che *“tale facoltà sia prevista espressamente nel bando di gara anche limitatamente a singole prestazioni e, per i lavori, sia indicata la categoria o le categorie per le quali è ammesso il subappalto”*.

Ciò costituisce una novità di non poco conto rispetto al previgente Codice.

Si osserva, infatti, che condizionare la possibilità di utilizzo del subappalto all'inserimento, da parte della stazione appaltante, della correlata facoltà in sede di bando di gara, vuole dire – di converso – privare l'impresa della possibilità di subappaltare, qualora detta facoltà non sia stata prevista.

In buona sostanza, stante il tenore della norma, le stazioni appaltanti possono liberamente decidere di escludere totalmente la facoltà di subappalto, senza nemmeno dover motivare la scelta operata, attesa l'assenza di disposizioni in tal senso.

Resta il dubbio se una siffatta impostazione risulti in linea con il diritto comunitario.

---

<sup>1</sup> Pubblicato su Appalti e Contratti di giugno 2016

Seppur l'articolo 71 della Direttiva 2014/24/UE<sup>2</sup>, disciplinante il subappalto, nulla dica al riguardo, la posizione della giurisprudenza comunitaria è sempre stata molto guardinga a legittimare limitazioni alla facoltà di subappalto.

In particolare, la Corte di Giustizia, pur non escludendo in assoluto la compatibilità di limitazioni al subappalto con i principi del Trattato UE, ha avuto modo di precisare che non è contrario alla fonte comunitaria un eventuale divieto di subappaltare l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto, allorché l'amministrazione aggiudicatrice non sia *"in grado di controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del migliore offerente"*<sup>3</sup>.

Tuttavia, l'articolo 105 del D.lgs. n. 50/2016 non specifica alcunché circa eventuali obblighi motivazionali a carico delle stazioni appaltanti che decidano di non prevedere tale facoltà in sede di bando di gara.

### **La "terna" dei subappaltatori**

Altra novità assoluta è costituita dall'obbligo, per i concorrenti partecipanti ad una gara, di indicare la "terna" delle imprese candidate al subappalto.

Lo prevede espressamente l'articolo 105 comma 6, in base al quale tale indicazione è obbligatoria per *"gli appalti di lavori, servizi o forniture"* di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una *"particolare specializzazione"*.

La norma non sembra essere "affetta" dalla problematica del c.d. divieto di *"gold palting"*, vale a dire il *"divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiore a quelli minimi richiesti dalle direttive"* sancito nella legge delega<sup>4</sup>.

Nell'ambito dei principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega, figura, difatti, anche la possibilità per il Governo di individuare i casi specifici *"in cui vige l'obbligo di indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori"*.

---

<sup>2</sup> Anche l'articolo 88 ("Subappalto") della Direttiva n. 2014/25/UE sui settori speciali non specifica nulla al riguardo.

<sup>3</sup> Corte Giustizia, 18 marzo 2004, in causa C-314/01 Siemens, richiamata anche da Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 luglio 2013 n. 3857.

<sup>4</sup> Articolo 1 comma 1 lett. a), Legge 28 gennaio 2016 n. 11.

La previsione appare, altresì, pienamente in linea con il contenuto delle Direttive Comunitarie, le quali dispongono che, nei documenti di gara, l'ente aggiudicatore *“può chiedere o può essere obbligato da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti”*<sup>5</sup>.

Il legislatore, recependo le indicazioni contenute nella direttiva, ha dunque inteso introdurre a livello normativo la necessità che i concorrenti indichino in sede di offerta i nominativi dei candidati subappaltatori.

La medesima norma precisa che, in tal caso, *“il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo”*.

Ciò sta a significare che la previsione di legge non è di per sé bastevole ai fini dell'applicazione dell'obbligo in questione, occorrendo anche una espressa previsione della *lex specialis*.

Altrimenti non si comprenderebbe l'utilità della richiamata precisazione normativa.

La parte finale del comma 6 in esame chiarisce che la stazione appaltante può *“prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'articolo 35”*.

La stazione appaltante è, dunque, legittimata ad estendere l'obbligo di indicazione anche a casi non previsti dal Codice – invero di difficile individuazione, attesa l'estrema ampiezza dell'articolo 105 comma 6 – e, soprattutto, anche in relazione ad affidamenti sotto la soglia comunitaria.

### ***Le deroghe***

I dubbi interpretativi legati alla questione della “terna” non si esauriscono all'ambito oggettivo di applicazione dell'obbligo, in quanto la stringatezza della disposizione codicistica ne determina l'insorgere di ulteriori.

Un primo è se l'indicazione della terna dei subappaltatori debba essere effettuata in relazione a ciascuna parte di prestazione che l'impresa intende subappaltare.

---

<sup>5</sup> Articoli 71 e 88 rispettivamente delle Direttive n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE.

La differenza è sostanziale, soprattutto con riferimento a quegli appalti che, per le caratteristiche tecniche e le dimensioni, si prestano ad un utilizzo diffuso del subappalto.

Ebbene, in tal caso la terna dei subappaltatori andrebbe moltiplicata per ogni singola prestazione o lavorazione per la quale il concorrente ha manifestato l'intendimento di subappaltarla.

Ad avviso di chi scrive, questa è l'unica opzione ermeneutica possibile, atteso che, diversamente, verrebbe del tutto eluso lo scopo della norma che è evidentemente quello di portare a conoscenza della stazione appaltante, fin da subito, i nominativi dei soggetti che potranno essere coinvolti nell'esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento.

Del resto, la stessa legge delega, nell'attribuire al Governo la facoltà di individuare i casi in relazione ai quali sussiste l'obbligo di indicazione della terna di nominativi di subappaltatori, specifica espressamente che tale obbligo è riferito "*per ogni tipologia di attività prevista in progetto*"<sup>6</sup>.

Altra questione è quella dell'individuazione dell'esatto perimetro concernente la deroga all'obbligo di indicazione in parola in relazione ai lavori, servizi e forniture per le quali è "*necessaria una particolare specializzazione*".

La prima questione è se detta deroga sia rivolta alle prestazioni oggetto di appalto ovvero a quelle da subappaltarsi.

Il tenore letterale della norma farebbe propendere per la prima ipotesi, considerato che la condizione dell'assenza di una "*particolare specializzazione*" – al pari di quella relativa al superamento della soglia ex articolo 35 – è testualmente riferita agli "*appalti di lavori, servizi o forniture*".

Ciononostante, la logica porterebbe a far ritenere che l'elemento della "*particolare specializzazione*" andrebbe riferito alle prestazioni oggetto di subappalto, le quali, proprio in ragione di siffatta caratteristica, potrebbero risultare eseguibili solo da una stretta cerchia di soggetti, con ogni correlato rischio di condizionamento della gara da parte di questi ultimi. Da qui l'esigenza di evitare l'indicazione della terna.

---

<sup>6</sup> Articolo 1, comma 1, lett. rrr) della Legge 28 gennaio 2016 n. 11.

Altro problema è comprendere se il carattere di “*particolare specializzazione*” debba essere attribuito dalla stazione appaltante al momento dell’indizione della gara.

A tal proposito, non sembrano sussistere specifiche incertezze, vieppiù in ragione della circostanza che la stazione appaltante è chiamata a specificare nel bando di gara l’obbligo di indicazione di che trattasi e, pertanto, in tale occasione, potrà introdurre la deroga in ragione della “*particolare specializzazione*” di tutte o parte delle prestazioni da affidarsi.

### ***I requisiti e la possibilità di sostituzione***

Nei confronti dei nominativi inseriti nelle “terne” di subappaltatori dovranno essere effettuate, in sede di gara, le verifiche in ordine all’insussistenza delle cause di esclusione di cui all’articolo 80 del D.lgs. n. 50/2016 (ossia i vecchi requisiti generali di cui all’articolo 38 del D.lgs. n. 163/2006).

Anche sotto questo profilo si registra qualche incongruenza.

L’articolo 80 prevede che le stazioni appaltanti procedono alla esclusione dalla gara dell’operatore economico il cui subappaltatore, indicato ai sensi dell’articolo 105 comma 6, si trovi nelle condizioni di cui al comma 1 o al comma 5 del medesimo articolo 80.

Nulla viene invece detto in relazione alla causa di esclusione di cui al comma 2, concernente “*la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall’articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all’articolo 84, comma 4, del medesimo decreto*”.

Sfugge se tale distinguo sia frutto di una dimenticanza ovvero di una (opinabile) ben precisa scelta del legislatore.

La verifica dei requisiti ex articolo 80, nella loro integralità, andrà comunque effettuata, da parte della stazione appaltante, al momento ai fini del rilascio dell’autorizzazione.

Sempre per quanto concerne la verifica dei requisiti, l’articolo 105 comma 12 stabilisce che l’affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali, in esito alla verifica, sia risultata la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80.

Non si comprende se tale possibilità di “sostituzione” valga esclusivamente in fase di autorizzazione al subappalto o anche nella fase di gara.

Ciò in quanto l’articolo 80 non prevede alcuna facoltà di sostituzione del nominativo del subappaltatore indicato dal concorrente, limitandosi a sancire l’esclusione dalla partecipazione alla gara del concorrente il cui subappaltatore si trovi nelle cause di esclusione di cui ai menzionati commi 1 e 5.

Ad avviso di chi scrive, anche in fase di gara, dovrebbe essere consentita la sostituzione, eventualmente tramite utilizzo della procedura di soccorso istruttorio.

Un’ultima annotazione.

La necessità di indicare una rosa di nominativi dei subappaltatori mal si concilia con un rapporto contrattuale (quello di subappalto) che potrebbe svilupparsi magari a distanza di mesi dal momento in cui si è svolta la gara.

Ciò senza considerare le possibili vicissitudini che il candidato al subappalto potrebbe avere nel tempo, anche in termini di situazioni inficianti il normale svolgimento della propria attività di impresa, ivi inclusa di perdita dei requisiti di qualificazione.

In poche parole, non può escludersi che, al momento in cui l’appaltatore sarà chiamato a formalizzare l’istanza di autorizzazione al subappalto, la candidatura dei tre soggetti indicati in sede di gara potrebbe aver perso di “attualità”.

La domanda che si pone è se sia o meno consentita l’introduzione di un’impresa diversa da quelle indicate in gara.

In assenza di un divieto, deve ritenersi che tale sostituzione è sempre possibile e, pertanto, in sede di autorizzazione l’affidatario potrà sottoporre alla stazione appaltante istanza di autorizzazione al subappalto per soggetti differenti da quelli indicati in sede di gara, specificando le ragioni che hanno determinato la necessità di tale sostituzione.

### ***Le prestazioni subappaltabili***

Il comma 4 dell’articolo 105, alla lettera b), precisa che *“tutte le prestazioni nonché le lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili”*.

Tale previsione va letta in combinato disposto con le previsioni di cui ai commi 2 e 5, in base ai quali:

- *“l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture” (comma 2);*
- *“Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11 (n.d.r. ossia le strutture impianti ed opere speciali, cc.dd. SIOS) 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” (comma 5).*

Se la previsione del comma 5 è la riproposizione dell'articolo 37 comma 11 del “vecchio” Codice, la novità assoluta è costituita, invece, da quanto riportato al comma 2.

Rispetto al passato, laddove il limite del 30% di subappaltabilità era riferito alla sola categoria prevalente, atteso che tutte le altre categorie erano integralmente subappaltabili, oggi è l'intero ammontare dell'appalto ad essere sottoposto alla limitazione in questione.

Ne deriva, dunque, una evidente restrizione alla facoltà di subappalto per gli affidatari, i quali saranno chiamati necessariamente a valutare tale circostanza al momento della partecipazione in gara, anche al fine di determinarsi nel senso di costituire associazioni temporanee con imprese che, nel passato, avrebbero utilizzato come subappaltatori.

### ***I contratti simili***

Nessun mutamento di rilievo si registra in relazione alla disciplina dei cc.dd. contratti simili.

L'articolo 105 conferma che *“non costituiscono”* subappalto *“le forniture senza prestazione di manodopera, le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100,000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare”*.

Trattasi, sostanzialmente, della medesima disposizione contenuta all'articolo 118 comma 11 del D.lgs. n. 163/2006, con un'unica differenza: la “nuova” previsione, diversamente dalla precedente, è formulata con carattere negativo (*“non costituiscono”* subappalto).

La difformità non sembra, tuttavia, determinare specifiche conseguenze, costituendo semplicemente il corollario della previsione, contenuta sempre al comma 2, in base alla quale costituisce comunque subappalto *“qualsiasi contratto avente ad oggetto attività del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera”*.

A tale ultimo proposito va rimarcato che, a differenza del passato, le attività richiedenti impiego di manodopera sono da considerare sempre subappalto, a prescindere dalla eventuale circostanza che le stesse potrebbero non rientrare in nessuna delle categorie di lavori contemplate nel sistema di qualificazione<sup>7</sup>. In tal caso, resta il dubbio sulle modalità di accertamento del possesso dei requisiti in capo al subappaltatore.

### **Pagamenti**

Altra novità di particolare rilevanza introdotta dal D.lgs. n. 50/2016 è quella legata al pagamento diretto del subappaltatore.

L'articolo 105 comma 13 prevede tale modalità di pagamento con riferimento ai seguenti tre casi:

- qualora il subappaltatore sia micro impresa ovvero piccola impresa<sup>8</sup>;
- in caso di inadempimento dell'appaltatore;
- su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

Se il primo caso non lascia adito a particolari dubbi, la seconda e terza fattispecie non appaiono sufficientemente chiare.

Più specificamente, non è ben chiaro se l'inadempimento dell'appaltatore legittimante il pagamento diretto debba o meno essere “grave” e, dunque, se sia sufficiente un semplice mancato pagamento, nei termini concordati, di un acconto ovvero se debba delinearci un'inadempienza di oggettiva “gravità”.

Non solo, ma non è nemmeno agevole comprendere quale sia il soggetto deputato ad accertare l'inadempimento.

---

<sup>7</sup> L'Autorità aveva avuto modo di rilevare che la *“fornitura e posa in opera di barre presago mate in acciaio”* – attività richiedente impiego di manodopera necessarie per realizzare le strutture in cemento armato non può considerarsi lavoro riconducibile ad una delle declaratorie di cui all'allegato A del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 (Determinazione n.7/2003 del 13 marzo 2003).

<sup>8</sup> In considerazione della raccomandazione della Commissione Europea numero 203/ 361 CE del 6 maggio 2003, appare corretto ritenere che per “microimprese” debbono intendersi quelle con non più di 10 occupati e un fatturato inferiore a 2 milioni annui e per “piccole” imprese quelle con non più di 50 dipendenti ed un fatturato inferiore a 10 milioni annui.

Potrebbe al riguardo ipotizzarsi una competenza del RUP, ma trattasi di una mera congettura priva di uno specifico conforto normativo.

Per ciò che riguarda la terza ipotesi, si osserva che, nel silenzio della norma, deve ritenersi che la richiesta del subappaltatore possa intervenire in qualsiasi momento e che non debba essere suffragata da una specifica motivazione.

Resta invece da comprendere come e quando vada effettuata la valutazione in ordine alla particolare "*natura del contratto*" che non consentirebbe il pagamento diretto.

A stretto rigore, la sede ideale dovrebbe essere quella del bando di gara, con conseguente valutazione da parte del RUP; tuttavia nessuna previsione del Codice depone in tal senso.

In ipotesi di pagamento diretto, l'appaltatore è comunque liberato dalla responsabilità solidale per gli obblighi contributivi e retributivi nei confronti del personale del subappaltatore. Resta, invece, ovviamente ferma la responsabilità solidale, sancita al comma 14, per gli adempimenti in materia di sicurezza.