

Aurora Lento, Presidente di sezione interna TAR

Il subappalto nel diritto pubblico

SOMMARIO: 1. Inquadramento generale - 2. La tutela della concorrenza e la prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata - 3. La normativa italiana e il suo contrasto con i principi eurounitari - 4. Procedura d'infrazione della Commissione Europea contro l'Italia n. 2018/2273 - 5. Sentenze Corte di Giustizia Europea "Vitali" C-63/18, sentenza 26 settembre 2019, e "Tedeschi" C-402/18, sentenza 27 novembre 2019 - 6. La disciplina contenuta nel d.lgs. 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) - 7. La disciplina di dettaglio del subappalto - 8. Eliminazione del divieto di subappalto a cascata - 9. Subappalto e avvalimento: punti di contatto e differenze - 10. Consorzi stabili e rapporti tra imprese consorziate: non configurabilità subappalto - 11. Limiti residui al subappalto e compatibilità con normativa unionale.

1. Inquadramento generale.

Il subappalto è un contratto derivato con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore.

L'art. 119, comma 2, secondo capoverso, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, riproducendo quasi integralmente il testo del previgente art. 105 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 precisa che costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi che abbia 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 d'importo superiore ad € 100.000,00 e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 % per cento dell'importo del contratto da affidare.

Tale precisazione ha lo scopo d'individuare in maniera sufficientemente puntuale l'ambito applicativo della relativa disciplina, che è contenuta nei commi successivi e nel precedente art. 11, la quale è il punto d'approdo di una serie d'interventi legislativi, che hanno dovuto tenere conto delle sollecitazioni provenienti dalla Commissione Europea, che ha avviato la procedura d'infrazione n. 2018/2273 proprio in materia di subappalto, e della Corte di Giustizia, che si è pronunciata sulla previgente disciplina contenuta nell'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice degli appalti) e nell'art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti).

La disposizione ricalca il testo dell'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dall'art. 49 del d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla l. n. 108 del 2021, e dall'art. 10 della l. n. 231 del 2021, da cui si differenzia per la soppressione dei limiti quantitativi al subappalto, dell'obbligo di indicare una terna di nominativi di sub-appaltatori e del divieto di subappalto. È stata, invece, mantenuta, coordinandola con la previsione dell'art. 11 in tema di applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali, la disciplina delle tutele economiche e normative dei lavoratori dipendenti dal subappaltatore e la responsabilità solidale dell'affidatario con il subappaltatore in merito agli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

2. La tutela della concorrenza e la prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata.

Delineata sommariamente la nuova disciplina e prima di procedere al suo esame puntuale, va rilevato che il subappalto è un istituto di rilievo sistematico cruciale nella contrattualistica pubblica, in quanto rappresenta il punto d'incontro, ma anche di scontro, tra principi europei e nazionali, i quali sono potenzialmente confliggenti, ma devono essere tra loro armonizzati per trovare un punto d'equilibrio.

Vi è: da un lato, il principio di concorrenza, su cui si fonda tutta la normativa euro-unitaria, il quale impone la garanzia del libero accesso al mercato delle commesse pubbliche da parte di tutte le imprese europee, soprattutto piccole e medie; dall'altro lato, il principio di trasparenza, che ha un rilievo centrale nella normativa italiana, in quanto strumentale al contrasto delle infiltrazioni della criminalità organizzata nel delicato settore degli appalti delle Pubbliche Amministrazioni.

Il principio di concorrenza trova, in particolare, una sua importante declinazione in quello, di rilievo centrale nelle direttive europee, della garanzia dell'accesso al mercato delle piccole e medie imprese, che sono considerate la colonna portante dell'economia.

Fondamentale, sotto tale profilo, è il considerando 78 della direttiva UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 n. 24 sugli appalti pubblici laddove si dispone che: *“È opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate ad avvalersi del Codice europeo di buone pratiche, di cui al documento di lavoro dei servizi della Commissione del 25 giugno 2008, dal titolo «Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici», che fornisce orientamenti sul modo in cui dette amministrazioni possono applicare la normativa sugli appalti pubblici in modo tale da agevolare la partecipazione delle PMI”*.

Il “Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici”, di cui al documento di lavoro dei servizi della

Commissione del 25 giugno 2008, a sua volta, dopo avere individuato nell'adeguata suddivisione in lotti degli appalti lo strumento principale per la tutela della concorrenza, fa un importante riferimento al subappalto.

Precisato che la situazione ottimale per gli operatori economici consiste nel vincere direttamente l'appalto, in quanto il sub-affidamento è meno redditizio, precisa che, nel caso di appalti di grande entità, laddove le piccole e medie imprese non sono in condizione né di essere gli appaltatori principali, né di presentare offerte, i subappalti possono rappresentare buone occasioni, soprattutto quando le piccole e medie imprese possono apportare un valore aggiunto in termini di prodotti o servizi specialistici o innovativi.

Ne deriva che, nell'ottica europea, i singoli Stati devono agevolare l'utilizzo del subappalto quale strumento pro-concorrenziale.

La normativa italiana si è, invece, mossa nella direzione di restringere l'ambito applicativo del subappalto e, pertanto, di limitare la possibilità che l'appaltatore, il quale viene selezionato sulla base di procedure puntualmente disciplinate dalla normativa in materia di appalti, possa individuare, nella fase esecutiva, altri soggetti per la realizzazione di parte della commessa.

È stata, altresì, sanzionata, sul piano penale, la condotta dell'appaltatore che ricorre al subappalto in assenza di autorizzazione della stazione appaltante, mediante l'art. 21 della l. n. 646 del 13 settembre 1982 il quale prevede che chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente, è punito con 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; si dispone, altresì, che, nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo, si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa pari a un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo; è data, altresì, all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto.

L'esigenza sottesa a tale approccio, che possiamo definire difensivo, è prioritariamente quella di prevenire infiltrazioni criminali, a cui si affianca quella di garantire ai dipendenti del subappaltatore eguali condizioni sul piano della retribuzione e della sicurezza sul luogo di lavoro.

3. La normativa italiana e il suo contrasto con i principi eurounitari.

La normativa italiana in materia di subappalto si è sempre caratterizzata per un maggior rigore rispetto a quella euro unitaria, così ponendo il problema della violazione del divieto del gold plating, il quale è stato introdotto dall'art. 15, comma 2, lettera b), della l. n. 183 del 12 novembre 2011, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. (Legge di stabilità 2012)», che ha inserito nell'art. 14 della l. n. 246 del 28 novembre 2005 (Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005), i commi 24 bis, ter e quater.

Tali norme prevedono: al comma 24 bis, che gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, salvo quanto previsto al comma 24-quater; al comma 24-ter, che costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; al comma 24-quater, che l'amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria; per gli atti normativi non sottoposti ad AIR, le Amministrazioni utilizzano comunque i metodi di analisi definiti dalle direttive di cui al precedente comma 6.

In estrema sintesi, si vieta al legislatore nazionale d'introdurre, in sede di recepimento delle direttive europee, oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini.

4. Procedura d'infrazione della Commissione europea contro l'Italia n. 2018/2273.

La Commissione europea ha dedicato particolare attenzione alla normativa italiana in materia di subappalto e ha avviato la procedura d'infrazione n. 2018/2273 con cui ha contestato all'Italia l'incompatibilità di alcune disposizioni dell'ordinamento interno (in larga parte contenute nel decreto legislativo n. 50 del 2016) in materia di contratti pubblici rispetto a quanto disposto dalle direttive europee relative alle concessioni (direttiva 2014/23), agli appalti pubblici nei settori ordinari (direttiva 2014/24) e agli appalti pubblici nei settori speciali (direttiva 2014/25).

Nell'ambito di tale procedura ha trasmesso, il 24 gennaio 2019, al Governo italiano una lettera di costituzione in mora, mentre il 27 novembre 2019 e il 6 aprile 2022 ha inviato lettere di costituzione in mora complementari.

La Commissione europea ha, in particolare, eccepito l'incompatibilità con la normativa europea: del divieto di subappaltare più del 30 per cento di un contratto pubblico; del divieto generale per i subappaltatori di fare ricorso a loro volta ad altri subappaltatori (subappalto a cascata); dell'obbligo d'indicazione di una terna di subappaltatori nei contratti di appalto e di concessione.

Ha rappresentato che, ove non fossero intervenute ulteriori modifiche legislative ritenute idonee a rendere l'ordinamento nazionale conforme a quello europeo, avrebbe potuto presentare ricorso innanzi alla Corte di giustizia dell'UE, al fine di far accertare l'inadempimento da parte dell'Italia degli obblighi previsti dal diritto unionale al fine di fare emettere una condanna ad una sanzione pecuniaria.

Sulla materia è intervenuta anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) la quale, il 4 novembre 2020, ha inviato una segnalazione sui limiti di utilizzo del subappalto in cui ha rappresentato l'opportunità di una modifica normativa volta a eliminare la previsione generale e astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile, nonché la previsione dell'obbligo in capo agli offerenti, che intendano ricorrere al subappalto, d'indicare in sede di gara la tipologia e la quota parte di lavori in subappalto, oltre all'identità dei subappaltatori.

Ha, inoltre, evidenziato l'opportunità di consentire alle stazioni appaltanti d'introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all'utilizzo del subappalto che fossero, però, proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati in considerazione della struttura del mercato interessato, della natura delle prestazioni o dell'identità dei subappaltatori.

5. Sentenze Corte di Giustizia Europea “Vitali” C-63/18, sentenza 26 settembre 2019, e “Tedeschi” C-402/18, sentenza 27 novembre 2019.

Della normativa italiana in materia di subappalto si è anche occupata la Corte di Giustizia UE con la nota sentenza Vitali (Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione V, sentenza 26 settembre 2019, C-63/18, Vitali s.p.a.), a cui ha fatto seguito la conforme sentenza Tedeschi (Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione V, sentenza 27 novembre 2019, C-402/18), le quali si sono, rispettivamente, pronunciate sulla compatibilità con la normativa euro-unitaria dell'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006.

La sentenza Vitali ha, in particolare, affermato il principio secondo cui la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella contenuta nell'articolo 105, paragrafo 2, terza frase, del decreto legislativo n. 50 - Codice dei contratti pubblici, del 18 aprile 2016, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

Ha precisato che, secondo una giurisprudenza costante, e come risulta dal considerando 78 della direttiva 2014/24, in materia di appalti pubblici, è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile.

Ha rilevato che il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo.

Fatte tali precisazioni, ha affermato che dalla volontà del legislatore dell'Unione di disciplinare in maniera più specifica le situazioni in cui l'offerente fa ricorso al subappalto non si può dedurre che gli Stati membri dispongano della facoltà di limitare tale ricorso a una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso.

Ha poi rilevato che a tale conclusione non si può pervenire dall'applicazione del principio di trasparenza, muovendo dalla considerazione che in Italia il subappalto ha da sempre costituito uno degli strumenti di attuazione di intenti criminosi.

La Corte ha, in particolare, richiamato la sua giurisprudenza secondo cui il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo, che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE, i quali si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Ha, purtuttavia, ritenuto che, pur supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, quella attuata dalla normativa italiana eccedeva quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo e si poneva, pertanto, in contrasto coi principi di parità, di trasparenza e di proporzionalità di cui all'art. 18 della direttiva 2014/24/UE.

Il divieto generale e astratto del ricorso al subappalto, che superava una percentuale fissa dell'appalto pubblico, è stato censurato in quanto si applicava indipendentemente dal settore economico interessato, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori e non lasciava alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore.

Ha aggiunto che misure meno restrittive sarebbero state idonee a raggiungere l'obiettivo anche perché il diritto italiano prevedeva già numerose attività interdittive espressamente finalizzate a impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o, comunque, collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese.

La conclusione è stata nel senso che una restrizione al ricorso al subappalto, come quella di cui si trattava nel procedimento principale, non poteva essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24/UE.

A ben vedere, la Corte di Giustizia ha contestato non la previsione in sé di limiti quantitativi al subappalto, che, in linea di principio, ha ammesso, ma la previsione di una percentuale rigida a cui si collegava un divieto assoluto, il quale cozzava con il principio di proporzionalità.

Trattasi, peraltro, di pronuncia in linea con il costante orientamento della Corte la quale è contraria agli automatismi e alla mancata previsione di una valutazione caso per caso.

Valga, per tutte, il richiamo a un'altra sentenza in materia di subappalto, ovverosia a quella della sezione II, 30 gennaio 2020, C-395/18, Tim s.p.a. in cui la Corte ha affermato che l'art. 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice ha la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata; per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione.

In estrema sintesi, la Corte di giustizia UE ha dichiarato che la normativa italiana in materia di contratti pubblici, nella parte in cui prevede l'esclusione automatica dei singoli concorrenti per la violazione della normativa sul lavoro dei disabili da parte dei propri subappaltatori (indicati nella domanda di partecipazione), non risulta conforme al principio di proporzionalità di matrice comunitaria, in quanto in siffatte ipotesi occorre una valutazione, "caso per caso", in merito alle misure correttive eventualmente poste in essere dal concorrente stesso onde salvaguardare il proprio livello di integrità professionale.

6. La disciplina contenuta nel d.lgs. 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).

L'esigenza di adeguamento della disciplina in materia di subappalto ai rilievi contenuti nella procedura d'infrazione n. 2018/2773 e nei principi affermati nelle sentenze della CGUE Vitali e Ferrari ha ispirato la formulazione dell'art. 119 del nuovo codice degli appalti che riproduce, modificandolo in alcune parti, l'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il legislatore ha, in particolare, eliminato il limite quantitativo rigido di ammissibilità del subappalto e il divieto del subappalto a cascata.

La seconda modifica è la vera novità della nuova disciplina in quanto, a seguito delle sentenze Vitali e Ferrari, la disposizione sul limite quantitativo veniva costantemente disapplicata, per contrasto con la normativa euro-unitaria, dal giudice nazionale, ma anche dalla Pubblica Amministrazione, cosicché era già presente nel diritto vivente.

Tali innovazioni s'inseriscono in maniera armonica nel nuovo codice il quale si differenzia dal precedente in quanto basato sulla codificazione per principi a importanza graduata.

I primi tre articoli del nuovo codice hanno, in particolare, individuato i principi fondamentali, alla luce dei quali vanno interpretate tutte le disposizioni in esso contenute, i quali sono: risultato, fiducia, accesso al mercato.

Il principio del risultato implica che *“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”* (art. 1); il principio di fiducia si sostanzia nel *“l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici”* (art. 2); il principio dell'accesso al mercato è inteso nel senso che l'accesso al mercato, *“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità”* (art. 3).

Tali principi evidenziano come la finalità del nuovo codice è quella di favorire le scelte discrezionali, in quanto più elastiche e meglio adattabili alla varietà delle situazioni concrete, oltre che preferibili per raggiungere in tempi brevi i risultati desiderati.

Il legislatore immagina e delinea una Pubblica Amministrazione dotata di competenze forti, capace di gestire gli interventi pubblici secondo schemi consolidati nelle scienze

gestionali e slegata da timori paralizzanti, che l'hanno indotta, in passato, a chiudersi in chiave difensiva e non aprirsi alla prospettiva del risultato.

Trattasi di un'impostazione assolutamente in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che è contraria ai rigidi automatismi e favorevole a scelte discrezionali proporzionali all'obiettivo da raggiungere al fine di garantire la massima concorrenza e l'accesso delle piccole e medie imprese alle commesse pubbliche.

7. La disciplina di dettaglio del subappalto.

Nella cornice dei principi di risultato, fiducia e risultato s'inseriscono tutte le disposizioni del codice e, pertanto, anche l'art. 119, la cui ratio è quella di disciplinare in maniera dettagliata il subappalto e di delimitare il suo ambito applicativo in linea con le sollecitazioni europee.

Tale disposizione prevede, al comma 1, la nullità della cessione del contratto e dell'accordo con cui si affida a terzi 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.

Lo scopo perseguito è quello di mantenere in capo all'appaltatore, il quale è stato individuato sulla base di un confronto concorrenziale, la qualità di esecutore principale dell'appalto.

La disciplina di dettaglio è contenuta nei commi successivi e, in primo luogo, nel comma 2, il quale, dopo avere fornito una puntuale nozione del contratto di subappalto, statuisce che le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture, indicano nei documenti di gara le prestazioni da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto. Dispone, inoltre, che l'affidatario comunichi, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, i dati rilevanti (nome del sub-contraente, importo, oggetto) e impone, infine, l'obbligo dell'autorizzazione integrativa quando l'oggetto del subappalto subisce variazioni.

Si tratta di previsioni che tendono a garantire un puntuale controllo del subappalto da parte delle stazioni appaltanti.

L'art. 119 prosegue poi, indica, al comma 3, le attività, che per la loro specificità, non si configurano come affidate in subappalto, le quali sono: quelle secondarie, accessorie o sussidiarie svolte da lavoratori autonomi; la subfornitura a catalogo di prodotti informatici; l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000 euro annui a

imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani; le prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto.

Così delimitato in negativo l'ambito applicativo del subappalto, la disposizione fissa, al comma 4, le condizioni, in presenza delle quali gli affidatari dei contratti possono ricorrervi, previa autorizzazione della stazione appaltante, le quali sono: il possesso della qualifica; l'assenza di cause di esclusione; l'indicazione, all'atto dell'offerta, degli interventi da subappaltare.

Il legislatore intende, in questo modo, garantire l'affidabilità del subappaltatore.

L'art. 119 prevede, inoltre, che l'affidatario trasmetta il contratto di subappalto alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione (comma 5); dispone la responsabilità solidale di contraente principale e subappaltatore nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto, nonché nei confronti dei lavoratori per gli obblighi retributivi e contributivi (comma 6).

Statuisce, infine, la corresponsione diretta del compenso dalla stazione appaltante al subappaltatore se si tratta di una micro-impresa o piccola impresa, in caso di inadempimento dell'appaltatore; su richiesta del subcontraente e se la natura del contratto lo consente (comma 11) e l'obbligo di garanzia degli stessi standard del contratto d'appalto e del rispetto dei contratti collettivi nazionali da parte del subappaltatore (comma 12); individua le ipotesi in cui non è ammesso il subappalto a cascata.

8. Fattispecie escluse dal subappalto: contratti di continuativi di cooperazione, servizi o fornitura

Nel contesto delle disposizioni puntuali in materia di subappalto particolare rilievo assume la disposizione di cui al comma 3 la quale, nell'individuare le fattispecie escluse dal suo ambito applicativo fa riferimento ai contratti di continuativi di cooperazione, servizi o fornitura.

A ben vedere, anche il subappalto realizza una cooperazione tra due imprese, cosicché diventa importante stabilire i confini tra le due figure e, in particolare, ci si deve chiedere se e fino a che punti tali contratti consentono l'esecuzione di quella parte di prestazione che l'operatore concorrente non è in grado di eseguire per carenza dei requisiti tecnici richiesti dalle legge di gara e, dunque, in ultima analisi, costituiscano un ulteriore strumento negoziale per incrementare la sua capacità tecnico-professionale di fronte alla stazione appaltante.

Soccorre, sotto tale profilo, il richiamo agli orientamenti giurisprudenziali formati nella vigenza del codice 50 che conteneva una disposizione analoga in una cornice di maggiore rigore in materia di subappalto (vedi Consiglio di Stato, V, 19 maggio 2020, n. 3169).

Ebbene, con i “*contratti di cooperazione servizio e/o fornitura*” la legge fa riferimento ai contratti che il concorrente stipula con terzi allo scopo di procurarsi quanto necessario alla propria attività d’impresa ovvero, nello specifico, quei beni e servizi indispensabili all’esecuzione della prestazione in affidamento.

I terzi contraenti, quindi, non eseguono una parte della prestazione oggetto dell’appalto ma procurano all’operatore economico aggiudicatario i mezzi per la sua esecuzione.

Se il subappalto è il contratto con cui l’appaltatore affida a terzi l’esecuzione di una parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, i contratti di cooperazione continuativa, di converso, non hanno ad oggetto la prestazione affidata ma quei beni e servizi dei quali l’impresa aggiudicataria necessita per poter, essa sola, eseguire la prestazione oggetto del contratto d’appalto.

In definitiva, come rilevato in precedente pronuncia, i contratti *de quibus* si caratterizzano per la “direzione soggettiva”, in quanto resi all’impresa aggiudicataria, e per l’“oggetto del contratto” che è altro rispetto alla prestazione in affidamento con il contratto d’appalto.

A ben vedere i criteri di qualificazione sopra ricordati – direzione soggettiva della prestazione ed oggetto del contratto – consentono di risolvere in maniera sufficientemente attendibile anche i casi dubbi, assumendo carattere dirimente stabilire se l’impresa aggiudicataria, stipulando un contratto di cooperazione continuativa, si sia limitata a procurarsi il bene strumentale alla prestazione da rendere all’amministrazione, ovvero abbia affidato al terzo cooperante l’esecuzione di una parte (o frazione) della prestazione assunta nei confronti dell’amministrazione che non era in grado di eseguire.

Quando il terzo cooperante (o che svolga servizi o fornisca beni) esegue una parte della prestazione oggetto del contratto d’appalto che l’impresa aggiudicataria non sa o non può eseguire si è fuori dalla fattispecie dei contratti di collaborazione in quanto l’impresa concorrente avrebbe dovuto far ricorso agli strumenti negoziali allo scopo previsti, l’avvalimento o le altre forme di partecipazione congiunta ad una procedura di gara.

D’altronde, consentire ad un terzo cooperante di svolgere una parte della prestazione significherebbe porre l’amministrazione in rapporto con un soggetto del quale non è mai stato accertato il possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione.

9. Eliminazione del divieto di subappalto a cascata.

L'innovazione di più immediata evidenza contenuta nell'art. 119 del nuovo codice degli appalti riguarda, senz'altro, la sostituzione del previgente comma 19 dell'art. 105 con una nuova articolata formula, riportata al comma 17, che supera il rigido divieto in forza del quale, finora, l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non poteva formare oggetto di ulteriore subappalto.

L'art. 105, comma 19, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevedeva, infatti, che l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non poteva formare oggetto di ulteriore subappalto.

L'art. 119, comma 17, del d.lgs. n. 36 del 2023 dispone, invece, che le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle sue specifiche caratteristiche 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 di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali; dispone, altresì, che si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'art. 1 della l. 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'art. 30 del d.l. 17 ottobre 2016, n. 189, articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.

L'eliminazione del divieto del c.d. subappalto a cascata nasce dall'esigenza di adeguamento ai rilievi formulati, nell'ambito della procedura di infrazione a carico dell'Italia n. 2018/2273, dalla Commissione UE la quale ha rilevato che dall'obbligo di rispettare i principi di proporzionalità e parità di trattamento di cui all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, all'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE e all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE, risulta che gli Stati membri non possono imporre ai subappaltatori un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori.

Si è ritenuto di non fare rinvio alla norma generale in materia di subappalto, di cui al comma 2 dello stesso articolo, ma di prevedere uno specifico comma – appunto il comma 17 – sia per l'esigenza di rispondere puntualmente alla procedura di infrazione in corso, sia per rendere più chiara la necessità di un'apposita previsione nei documenti di gara che, nel prevedere il subappalto, si occupi anche del subappalto da parte del subappaltatore.

Il legislatore italiano, con il comma 17, ha, in particolare, fatta propria l'indicazione della Commissione secondo cui la normativa euro unitaria in materia di appalti non consente l'introduzione di un divieto di ricorso al c.d. subappalto di subappalto fissato in maniera astratta, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione del carattere essenziale degli incarichi; le eventuali limitazione devono, pertanto, pur nel rispetto necessario dei principi di trasparenza e di tutela del mercato del lavoro, essere specifiche e motivate.

La norma non può, però, genericamente leggersi come liberalizzazione del subappalto cosiddetto "a cascata" in quanto l'eventuale limitazione alla possibilità di ricorso all'ulteriore subappalto può essere disposta dalle stazioni appaltanti con specifiche e motivate clausole inserite nella *lex specialis*, in base ad una serie di parametri fissati nelle norme di riferimento.

Tale possibilità è eliminata in radice quando il subappaltatore è iscritto nella c.d. *white list* e ha, pertanto, superato il vaglio operato dalle Prefetture in ordine al pericolo di condizionamento mafioso.

Si tratta di una previsione in linea con la nota sentenza Tedeschi (nonché Vitali) che, al paragrafo 49 rileva come il diritto italiano già prevede numerose misure finalizzate espressamente a impedire l'accesso alle gare d'appalto pubbliche alle imprese sospettate di appartenenza mafiosa o di essere comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese.

L'iscrizione nella *white list* è, infatti, uno di questi strumenti, cosicché vietare il subappalto a imprese presenti nella stessa è stato ritenuto eccedente e, pertanto, sproporzionato rispetto all'obiettivo perseguito.

La norma lascia, peraltro, irrisolti alcuni problemi applicativi in quanto non chiarisce, tra l'altro: se va autorizzato il subappalto a cascata, chi deve farlo e secondo che modalità; come va ripartita la responsabilità tra i vari subappaltatori; qual è il regime qualificatorio applicabile al subappaltatore.

Probabilmente la soluzione migliore è quella di estendere la disciplina relativa al subappalto, ma è facile prevedere che si creeranno problemi interpretativi che i RUP dovranno risolvere applicando i principi fondamentali posti dal codice.

10. Il subappalto e l'avvalimento: punti di contatto e differenze.

Nel novero degli strumenti volti a favorire la concorrenza nel settore degli appalti pubblici, con particolare riferimento all'accesso alle commesse da parte delle piccole e medie imprese, si colloca, accanto al subappalto, anche l'avvalimento che è lo strumento che consente a un soggetto privo di taluni requisiti di partecipazione a una gara, di avvalersi di quelli posseduti da un altro operatore (ausiliario), il quale - tramite contratto - li mette a disposizione del concorrente (avvalente) per tutta la durata dell'appalto.

L'avvalimento, a differenza del subappalto, non è, però, in sé un tipo normativo, in quanto identifica un effetto giuridico, che, a seconda delle risorse offerte, può essere conseguito attraverso il mandato, l'appalto di servizi, la garanzia atipica (vedi Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 4 novembre 2016, n. 23) o altro contratto tipico o atipico.

Può, però, verificarsi che, nei fatti, i due istituti si sovrappongano.

Viene, sotto tale profilo, in rilievo la disciplina in materia contenuta nell'art. 104 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (nuovo codice degli appalti) il quale, al comma 3, dispone che, qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione o con un soggetto in possesso di titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria e si applicano le disposizioni in materia di subappalto.

Rilevante è pure la disposizione di cui al comma 7 il quale prevede che l'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto e che gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico dell'operatore economico si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

Significativa è poi la disciplina di cui al comma 11 il quale prevede, in analogia a quanto disposto per il subappalto, che, nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

Concludendo sul punto può dirsi che l'esecuzione dei lavori in proprio, effettuata in maniera autonoma rispetto al sub committente, rientra tra le obbligazioni tipiche del subappalto, cui, viceversa, risulta in toto estranea l'obbligazione a prestare unicamente requisiti, da qui la principale differenza tra i due istituti che, però, sono stati accomunati, con riferimento alla disciplina applicabile, quanto alla responsabilità solidale nei confronti dell'appaltatore e al possesso dei requisiti nei casi di cui al comma 3.

11. Consorzi stabili e rapporti tra imprese consorziate: non configurabilità subappalto.

Un altro rilevante strumento per favorire la partecipazione alla gara delle medie e piccole imprese, le quali siano sprovviste dei requisiti per partecipare singolarmente a gare per l'aggiudicazione di appalti che richiedono qualificazioni rilevanti, è il consorzio stabile d'impresa, che è un'aggregazione riferita a una pluralità indeterminata di commesse.

Tale istituto è disciplinato dagli artt. 65, comma 2, lettera d) e 66, comma 1, lettera g) del d.lgs. n. 36 del 2023, a cui rinvia l'art. 67, comma 4; tali norme riproducono quelle che erano contenute, rispettivamente, negli artt. 45, comma 2, lettera c), 46, comma 1, lettera f) e 47, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

La prima di queste disposizioni definisce il consorzio stabile come l'aggregazione d'imprenditori individuali, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, in numero non inferiore a tre, che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano deciso di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.

La seconda contiene una norma analoga con riferimento agli operatori che concorrono all'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria.

L'art. 67, comma 4, dispone, a sua volta, che: i consorzi stabili eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante: l'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b) e c), ai propri consorziati non costituisce subappalto; i consorzi stabili indicano in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre; la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorziato designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla

capacità di rispettare gli obblighi contrattuali, fatta salva la facoltà di cui all'articolo 97.

L'art. 95, comma 1, lettera d, statuisce, a sua volta che la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara; l'art. 97 disciplina, invece, le Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti.

A ben vedere ci collochiamo al di fuori del subappalto, in quanto non abbiamo uno specifico rapporto contrattuale creato in relazione alla singola commessa, ma un'aggregazione durevole di vari soggetti imprenditoriali, che possiede autonoma personalità e opera all'esterno come un'unica impresa distinta da quella dei consorziati, la quale si differenzia dai consorzi ordinari e dai raggruppamenti temporanei in quanto è astrattamente idonea a operare con un'autonoma struttura di impresa ed è, pertanto, capace di eseguire, anche in proprio, le presentazioni previste nel contratto, ferma restando, ovviamente, la facoltà di demandare l'esecuzione, nei limiti consentiti, alle consorziate.

Così inquadrata la fattispecie in termini generali, va rilevato che il regime dei consorzi stabili, con particolare riferimento al criterio del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti delle consorziate, si presenta complesso e travagliato, in quanto ha subito numerose modifiche non solo con il passaggio dal previgente d.lgs.vo n. 163 del 2006 al codice 50, ma anche con la modifica della normativa contenuta in quest'ultimo testo.

Senza volere ripercorrere tutte le tappe della disciplina, basta fare riferimento al punto d'approdo che è appunto l'art. 67 del d.lgs. n. 36 del 2023 il cui comma 1 rinvia al regolamento di cui all'art. 100, comma 4, mentre il comma 2 detta la disciplina transitoria, disponendo che i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate; il comma 3 precisa poi che i requisiti generali sono posseduti sia dalle consorziate esecutrici che dalle consorziate che prestano i requisiti, mentre le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 100 sono posseduti, in caso di lavori o di servizi, dal consorzio esecutore.

Ne deriva che: il cumulo alla rinfusa dei requisiti speciali tra consorzio e consorziate opera indistintamente per tutti i requisiti di capacità finanziaria e tecnica con riferimento sia agli affidamenti di lavori che a quelli di servizi e forniture, mentre i requisiti devono essere posseduti sia dalle consorziate esecutrici che da quelle che prestano i requisiti.

Ne deriva l'affermazione del principio della neutralità delle forme giuridiche, in quanto tutte le tipologie contrattuali sono poste sullo stesso piano, e l'accentuazione della finalità pro concorrenziale.

12. Possibili profili di compatibilità con la normativa unionale relativamente ai limiti posti al subappalto

L'art. 119 del d.lgs. 36 del 2023, pur ispirandosi all'esigenza dell'eliminazione dei vincoli rigidi e predeterminati al ricorso al subappalto, contiene ancora alcune limitazioni generiche a tale strumento.

Viene in rilievo, in primo luogo, la norma di cui al comma 1 il quale prevede il divieto di cessione del contratto d'appalto principale e di accordi con cui venga affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate; in questo caso si tratterebbe di subappaltare il 100% delle attività, così snaturando la funzione del subcontratto che sostituirebbe, eliminandolo il contratto principale.

Trattasi, pertanto, di una previsione che fuoriesce dal perimetro del divieto del *gold plating*.

Su un piano diverso si pone la previsione di cui al terzo periodo del medesimo comma 1 dell'art. 119 laddove si prevede che è, altresì, nullo l'accordo con cui si affida a terzi la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera.

Tale disposizione, a ben vedere, introduce limiti generali e astratti al subappalto, in quanto non sarà in ogni caso possibile subappaltare: più del 50% delle lavorazioni della categoria prevalente negli appalti dei lavori; più del 50% del contratto ad alta intensità di manodopera.

Potrebbe, pertanto, in ipotesi profilarsi un contrasto con la normativa euro unitaria.

Deve, sotto tale profilo, ricordarsi che la Commissione europea, nell'ambito della procedura d'infrazione n. 2218/2273, ha ritenuto insufficiente l'intervento del legislatore nazionale con il decreto legge n. 32/2019 (cosiddetto sbloccacantieri) il quale aveva innalzato la soglia massima del subappalto dal 30% al 40 % sino al 31 dicembre 2020.

Si trattava di una disciplina transitoria del subappalto nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici la quale prevedeva che il subappalto doveva essere indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non poteva superare la quota del 40 % dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

Tali disposizioni operavano in deroga all'articolo 105, comma 2, del codice, il quale pure prescrive la necessità di indicare il subappalto nel bando di gara, ma fissava la soglia massima del subappalto che non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

Con la lettera di costituzione in mora complementare del 27 novembre 2019, la Commissione europea ha osservato che tale modifica non era sufficiente a rendere l'ordinamento nazionale conforme a quello europeo, sia perché si trattava di una modifica solo temporanea, sia perché un limite al subappalto del 40%, pur essendo meno restrittivo, era comunque incompatibile con la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea (sentenza Vitali).

La disposizione in esame supera il profilo in contestazione relativamente alla temporaneità, ma non anche con riferimento alla previsione di un limite rigido e prefissato, che nella specie è dato da un superamento anche minimo della percentuale del 50 %.

Si potrebbe, pertanto, porre il problema della compatibilità con la normativa eurounitaria alla luce della sentenza Vitali che ha stigmatizzato il divieto generale e astratto del ricorso al subappalto per una quota parte che superi una percentuale fissa dell'importo dell'appalto pubblico di cui trattasi, indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori, in quanto un tale divieto generale non lascia spazio alcuno a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore.