

La nuova disciplina del SUBAPPALTO

3 novembre 2021

La posizione europea sul subappalto

- ❖ La Commissione UE*, interessata dall'ANCE, aprì nel gennaio 2019 una procedura di infrazione* sul codice, rilevando, tra le altre, le seguenti incompatibilità con il dir. dell'Unione:

il divieto di **subappaltare più del 30%** dell'importo del contratto

l'obbligo di indicazione di una **terna di subappaltatori**

Divieto di ribasso +20% prezzi subappaltatore

il divieto per i subappaltatori di fare **ricorso** alla volta ad **altri subappaltatori** (subappalto a cascata)

il divieto di affidare il subappalto ad **altro** offerente nella stessa procedura di gara

* V. anche CGUE: a) limiti generali al subappalto, sent. «Vitali», 26/9/19, C-63/18, sent. «Tedeschi», 27/11/19, C-402/18; b) sent. «Tim SpA», 30/12/20, C-395/18.

Le modifiche al subappalto (art. 49)

- ❖ Dopo le risposte parziali del cd. DL «Sblocca cantieri» (n. 32/2019, L. conv. n. 55/2019) e il successivo cd. DL «Semplificazioni» (n. 76/2020, L. conv. n. 120/2020), l'**art. 49** del DL «Semplificazioni-bis» (n. 77/2021, L. conv. n. 108/2021) **modifica i seguenti commi** dell'art. 105 del Codice dei contratti:
- c. 1: divieto di cessione del contratto;
 - c. 2: limiti quantitativi al subappalto in due *step*;
 - c. 5: super-specialistiche o SIOS;
 - c. 6: indicazione terna subappaltatori;
 - c. 7: documenti per la richiesta autorizzazione;
 - c. 8: responsabilità solidale nei confronti della SA;
 - c. 14: standard qualitativi e trattamento economico dei lavoratori.

Divieto di cessione del contratto (c. 1)

- ❖ Il semplificazioni-bis conferma che il contratto non può essere ceduto a pena di nullità fatta salva la possibilità della SA di **sostituire il contraente**, qualora si verifichi una delle **seguenti circostanze** prevista all'art. 106 (c. 1, lett. d):
- sia stata prevista una clausola di revisione nei documenti di gara iniziali;
 - all'aggiudicatario iniziale ne succede un secondo, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, laddove questi:
 - soddisfi criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente **stabilita inizialmente**,



La SOA non può essere calcolata sui
lavori restanti!

Segue ...

Modifiche sostanziali al contratto (c. 1)

- purché non vi siano modifiche sostanziali al contratto e eluda l'applicazione del codice;



Sono modifiche sostanziali se: **a)** introducono condizioni che avrebbero alterato la partecipazione e l'esito della procedura di gara; **b)** alterano l'equilibrio economico dell'appalto a favore dell'aggiudicatario, senza che ciò sia previsto nel contratto iniziale; **c)** estendono notevolmente l'ambito di applicazione del contratto; **d)** cambia l'appaltatore in casi diversi da quelli di cui sopra (106, c.4)

- nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

Affidamento a terzi (c. 1)

- ❖ Il semplificazioni-bis aggiunge che non può neppure essere affidata a terzi:
 - l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché
 - la prevalente esecuzione
 - «*delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti*»,

La formulazione contrasta con l'art. 5, co. 1, lett. oo-bis) dello stesso codice, secondo cui per «*lavori di categoria prevalente*» si intende **la categoria di lavori**, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara.
 - e «*dei contratti ad alta intensità di manodopera*».

Limiti quantitativi al subappalto (c. 2)

- ❖ Il **limite generalizzato*** alla subappaltabilità delle prestazioni oggetto del contratto, **introdotto in Italia nel 1990** al fine di prevenire le infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti, viene superato in due distinti *step* :

dal 1° giugno 2021 e fino al 31 ottobre 2021 la quota massima subappaltabile è elevata sino al **50%**, in deroga all'art. 95, commi 2 (contenente i limiti generali) e 5 (riferito alle SIOS), del codice

dal 1° novembre 2021, le stazioni appaltanti, **previa adeguata motivazione** potranno stabilire gara per gara un limite massimo al subappalto.

**Pari al 30% nel codice e 40% nel cd. decreto "sblocca cantieri".*

Fissazione del tetto massimo (c. 2)

❖ La **fissazione di un tetto** massimo al subappalto deve essere motivato nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, e riportato nei documenti di gara, indicando **le prestazioni o lavorazioni da eseguire** a cura dell'aggiudicatario in ragione:

- delle specifiche caratteristiche dell'appalto (v. SIOS);
- 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 (v. tutela di condizioni di lavoro, salute e sicurezza dei lavoratori);
- ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, **a meno che** i subappaltatori siano **iscritti nelle "white list"** (v. DL 23/2020) ovvero **nell'anagrafe antimafia** degli esecutori istituita **per il SISMA 2016**.

Motivazione del tetto massimo (c. 2)

- ❖ La Corte UE (causa C-63/18 «Vitali SpA») aveva osservato che:
1. il **contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata costituisce un obiettivo legittimo** che può **giustificare una restrizione** a regole fondamentali/principi generali **del TFUE**;
 2. anche supponendo che la previsione un il limite generalizzato al subappalto possa essere efficace, questa **eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo**.



La motivazione ad una eventuale limitazione al subappalto è soggetta ai principi di:

- 1) Legittimità;**
- 2) Proporzionalità.**

Il MIMS sui limiti al subappalto (c. 2)

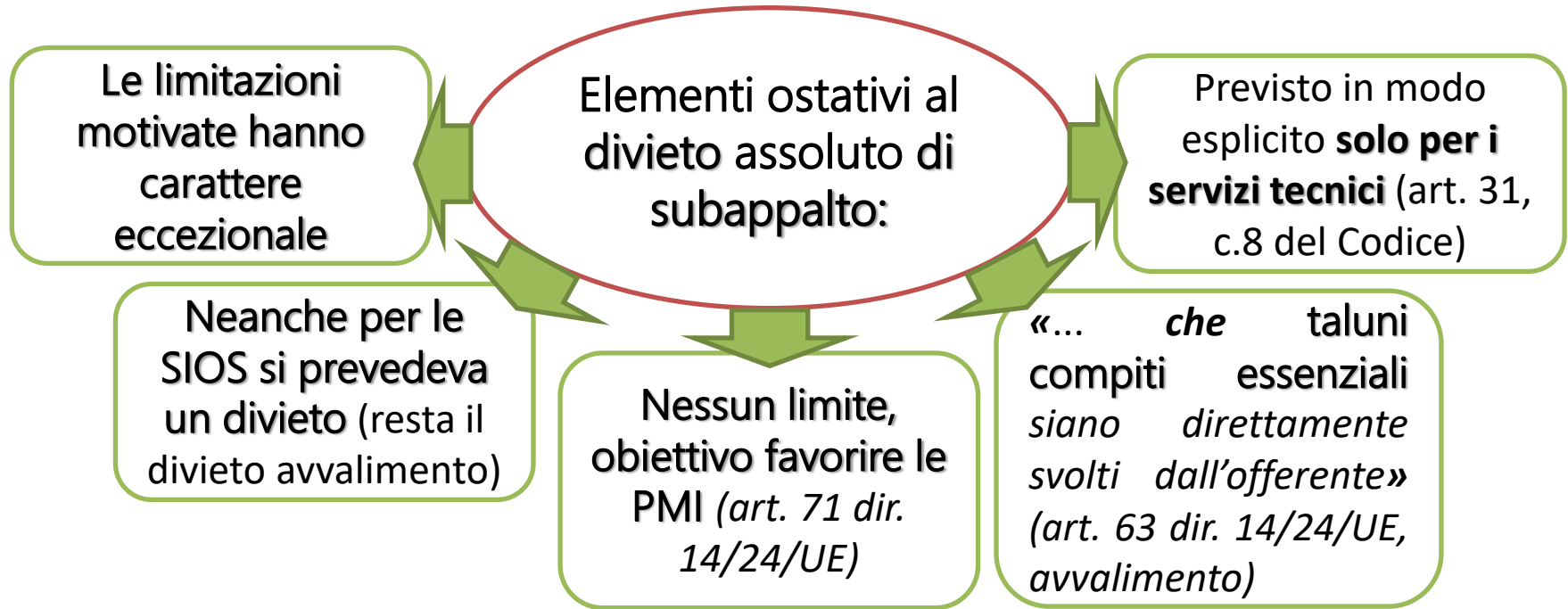
❖ Sulla possibilità di limitare il subappalto, il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili (MIMS), (quesito n. 998 del 13.08. 2021) ha chiarito che:

- «*prima di affidare un appalto occorre **necessariamente individuare** la/le ... le categorie per i lavori, indicando ... le lavorazioni da eseguire direttamente a cura dell'aggiudicatario*»;
- è **escluso l'integrale l'affidamento** a terzi dell'appalto o la prevalente esecuzione delle «prevalenti»

Non può escludersi *a priori* che la SA, **non individuando alcuna specifica prestazione che può essere affidata a terzi**, possa **vietare il subappalto**, prevedendolo espressamente nei documenti di gara e **adeguatamente motivandolo**.

?

Divieto subappalto? (c. 2)



Limiti alle SIOS (c. 5)

- ❖ Il decreto *semplificazioni-bis* per le SIOS* prevede:
 - dal 1° giugno 2021:
 - il ricorso al subappalto fino al 50% dell'importo complessivo delle categorie previste nel contratto;
 - dal 1° novembre 2021, la possibilità di subappaltarle interamente.

**Le categorie super-specialistiche (non soggette ad avvalimento) che elencate nel DM 248/2016 devono eccedere il 10% dell'importo posto a base di appalto e per le quali il codice, fino al 31 maggio 2021, prevedeva ancora il limite del 30%, perché i decreti precedenti non avevano previsto disposizioni specifiche sulle SIOS in materia di subappalto (il 40% aveva carattere generale).*

SIOS e obbligo di ATI (c. 5)

- ❖ Il semplificazioni bis sembra così superare il cd. obbligo di ATI verticale, previsto per le categorie SIOS

Le **imprese non specificatamente qualificate nella SIOS** prevista nel bando di gara:

- continuano a non poter ricorrere all'avvalimento;
- possono costituire un'ATI Con presa qualificata nella SIOS;
- **potranno ricorrere al cd subappalto «necessario», indicando che subappalteranno la SIOS a soggetto qualificato**, laddove l'eccedenza della qualificazione nella prevalente posseduta copra anche l'importo della SIOS.

Fatto salvo, in quest'ultimo caso, che **la SA non decida di motivare adeguatamente una limitazione al loro subappalto** in ragione delle peculiarità e **caratteristiche dell'appalto**.

Calcolo delle SIOS per l'ANAC

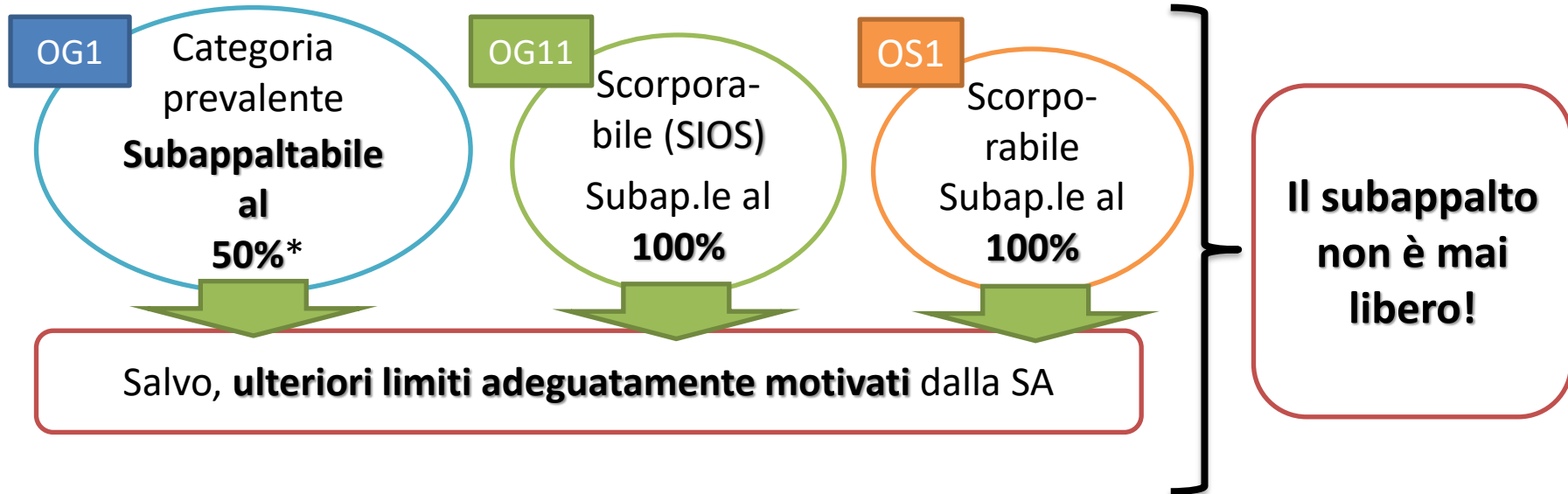
- ❖ Il 6 ottobre u.s. è intervenuta l'ANAC, chiarendo che deve **ritenersi superata la norma che consentiva riservare una quota specifica di subappalto per le categorie SIOS**, distinta e separata da quella generale del 30%.
- ❖ Secondo l'ANAC, fino al 31 ottobre '21 la quota unica subappaltabile è del 50% **calcolato con riferimento al valore complessivo del contratto, corrispondente alla massima** complessiva raggiungibile.

Tuttavia:

- 1) fino al 31/10/21 **era in vigore l'art. 105, co. 5** del codice, contenente la disciplina specifica per il subappalto delle SIOS nonché il relativo DM n. 248/2016 che prevede all'art. 1, c. 2, la predetta somma;
- 2) la **quota disponibile sarebbe inferiore.**

Sintesi limiti al subappalto

❖ Es. limiti subappalto in **presenza di SIOS**:



** Divieto subappalto della prevalente esecuzione delle prevalenti.*

Mancata previsione del transitorio (c. 2)

❖ In gara

in regime di concorrenza, il principio generale del tempus regit actum

- si applica la disciplina vigente al momento della pubblicazione (bando o avviso) oppure dell'invio degli inviti a presentare le offerte.

❖ In esecuzione

l'esecutrice agisce al di fuori di ogni logica concorrenziale

- in assenza di indicazioni esplicite per le gare ante DL 77/21, astrattamente possibile richiedere un'estensione della quota di subappalto.

Tema molto delicato, anche non esente da possibili risvolti penali, è quindi consigliabile:

- considerare se la SA ha già motivato soglie inferiori nel bando e
- in caso contrario, **aspettare la risposta espressa della SA.**

Indicazione terna subappaltatori (c. 6)

Il Codice dei contratti ha previsto l'esclusione del concorrente per carenza di requisiti del subappaltatore appartenente alla terna indicata in sede di offerta.

La Corte di Giustizia europea ha ritenuto che tali disposizioni **ostano ad una automaticità escludente** gli artt. 57 e 71 della direttiva 2014/24/UE nonché il principio di proporzionalità.

Con i decreti "sblocca cantieri" (prima) e "semplificazioni-bis" (poi), è sospeso **fino al 31 dicembre 2023** l'obbligo dichiarativo della terna e l'obbligo di verifica dei requisiti in sede di gara del subappaltatore.

La definitiva **abrogazione** della terna potrebbe tuttavia arrivare con la legge europea 2019-2020.

Dichiarazione del subappaltatore (c. 7)

- ❖ L'affidatario non deve più **certificare** direttamente l'**assenza di motivi di esclusione** da parte del subappaltatore, ma al deposito del contratto di subappalto, presso la SA, trasmette la **dichiarazione del subappaltatore** :
- attestante l'**assenza dei motivi di esclusione** (di cui all'art. 80)
 - **possesso dei requisiti speciali** (di cui agli artt. 83 e 84)

I **requisiti speciali** (artt. 83, 84), alla base dei criteri di selezione, riguardano:

- i requisiti di idoneità professionale;
- la capacità economica e finanziaria;
- le capacità tecniche e professionali.

Nei lavori,
obbligo di SOA
per importi a
partire da €150K

Dichiarazione del subappaltatore (c. 7)

- ❖ **Disciplinata in modo più puntuale** (v. L. conv.) la documentazione a corredo della domanda di autorizzazione, è mantenuto l'obbligo depositarla **assieme al contratto di subappalto**, almeno 20 giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni.



La SA, verificate le dichiarazioni del subappaltatore tramite la [Banca dati nazionale dei contratti pubblici*](#) (nuovo art. 81 del codice), rilascia l'autorizzazione **entro 30 giorni**.

* Il codice fa riferimento a funzionalità del BDNCP (prima devolute formalmente al BDNOE del MIT) ma non ancora attive, se non nei limiti di quanto svolto dall'attuale sistema AVCpass.

Responsabilità solidale (c. 8)

P.1

Il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante *[fino a 31.10.21]*.

Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti SA in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto *[dal 1.11.21]*

P.2

Identico

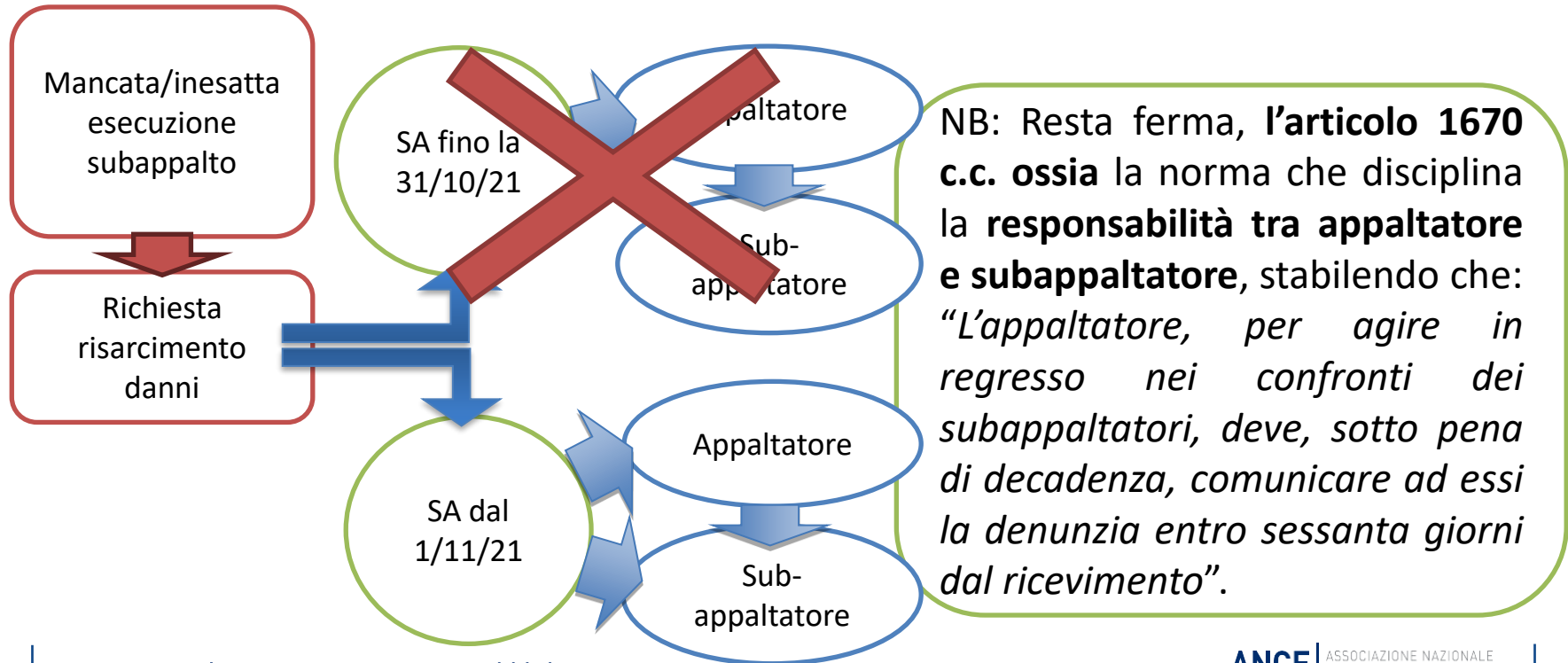
Aggiudicatario e subappaltatore sono responsabili in solido per gli **obblighi retributivi e contributivi** (art. 29, d.lgs. n. 276/2003).

P.3

Identico

Nelle ipotesi di pagamento diretto (salvo che per inadempimento) l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al P.1 (?)

Schema inesatto adempimento (c. 8)



Divieto di ribasso subappalto (c. 14)

Il Codice dei contratti aveva previsto il **divieto** per l'affidatario dell'appalto di **praticare**, per le prestazioni affidate in subappalto, **gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso superiore al 5 per cento.**

La Corte di Giustizia europea ha ritenuto contraria alle direttive una norma nazionale che limita il ribasso dei prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate

Con il decreto "semplificazioni-bis" è abrogato tale divieto e stabilito che:

Il subappaltatore è obbligato agli stessi standard qualitativi appaltatore, a un trattamento economico e normativo dei dipendenti non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale

CCNL del personale (c. 14)

- ❖ Sul trattamento del personale del subappaltatore, [l'INL \(nota n. 1507/2021\)](#), interpretando il comma 14, ha chiarito che laddove **le attività subappaltate**:
- siano **ricomprese nell'oggetto dell'appalto** ovvero siano "caratterizzanti" (escluse quelle marginali o meramente accessorie);
 - oppure, **facciano parte della categoria prevalente** e, in tal caso, siano incluse nell'oggetto sociale dell'appaltatore ...
- ... al personale impiegato dal subappaltatore, **è applicato il CCNL (e territoriale) in vigore** per settore e zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro.
- ❖ Sui **differenziali retributivi e contributivi** non corrisposti si applica il regime di **responsabilità solidale con l'appaltatore** (nota INL cit.).

Grazie per l'attenzione!