ANCE | ALESSANDRIA

ANCE | PAVIA

«La disciplina del subappalto dal 1° novembre 2021»

WEBINAR

5 novembre 2021
ore 10,00

Avv. Rosario Scalise - Studio Roullet-Scalise, Aosta e Milano
www.avvocatodicantiere.it

(il contenuto del presente documento è riservato ed è coperto da diritto di autore e non può essere divulgato a terzi)

Subappalto in generale

Nel corso del tempo, dal Dlgs 163/2006 ad oggi, sono intervenute diverse modifiche all'istituto; ma l'intervento più rilevante è stato quello della **Corte di Giustizia con la sentenza 26/9/2019 (Causa C 63/18) e con la successiva sentenza 27/11/2019** (Causa 402/18); a cui sono seguite pronunce «nazionali» che hanno disapplicato l'art. 105 del Codice nella parte censurata dalla Corte.

« *osta a una normativa nazionale, come quella di cui all'art. 105 del codice dei contratti pubblici, che limita in modo rigido ed indiscriminato al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi* »

Art. 1656 c.c.*” L'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente*”

Art. 105. (Subappalto)

1. I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. **A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall’art. 106, comma 1, lett. d),** il contratto non può essere ceduto, non può 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 e dei contratti ad alta intensità di manodopera.
E' ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.
(comma così modificato dall'art. 49, comma 1, lettera b), sub. 1), della legge n. 108 del 2021)

Il subappalto costituisce un subcontratto distinto dal contratto principale con il quale l'appaltatore diventa, a sua volta, committente; il subappaltatore risponde degli eventuali danni verso terzi - 2043, 1218 c.c.

Negli ultimi tempi diverse pronunce (TAR e CDS) avevano «DISAPPLICATO» il limite del subappalto cosi come previsto dall'art. 105

*«…**va data continuità all'indirizzo giurisprudenziale secondo cui 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 nelle pronunce Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18, e 27 novembre 2019, C-402/18 (in termini cfr. Cons. St., Sez. 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 Sez. V, 31 maggio 2021, n.4150

L’art. 105 è una disposizione che si applica ai tutti i contratti pubblici: lavori, servizi e forniture.

E’ evidente che le implicazioni sono leggermente differenti nella concreta applicazione della norma

Nei lavori rilevano per esempio le categorie Superspecialistiche (c.d. SIOS), le differenti applicazioni sui costi della sicurezza, sui controlli nonché (quasi sempre) la presenza di categorie prevalenti e scorporabili.

Nei servizi e forniture, rilevano anche qui le fasi di controllo, ma spesso non sono previste prestazioni principali e secondarie e i costi della sicurezza hanno valenza differente (non essendo applicabile la parte del Dlgs 81/2008 riferita ai cantieri temporanei e mobili).

IN OGNI CASO, IL SUBAPPALTO E’ UN ISTITUTO UTILIZZATO IN TUTTE LE TIPOLOGIE DI CONTRATTO E OCCORRE QUINDI AVERE BENE IN MENTE LIMITI E CARATTERISTICHE

Quante tipologie di subappalto o contratti similari ?

1. Subappalto «facoltativo» (ordinario) -> lavori, servizi, forniture;
2. Subappalto «limitato» (SIOS);
3. Subappalto «necessario» (qualificante);
4. Attività che non costituiscono subappalto (2%);
5. Cottimo;
6. Distacco;
7. Contratti continuativi di cooperazione;
8. Lavoratori autonomi;
9. Avvalimento;

In una procedura di gara e nella successiva fase esecutiva, quindi, RUP/DL/DEC e CSE si trovano a dovere gestire diverse modalità di affidamento a terzi di parti di opere, servizi, forniture.

Cos'è cambiato con il DL 77/2021 convertito con Legge 108/2021 ?

Evoluzione normativa

Dlgs 163/2006 → 30% categoria prevalente e 100% categorie scorporabili (servizi e forniture 30% dell'importo complessivo dell'appalto)

Dlgs 163/2006 → 20% per affidamenti lavori sotto soglia (art 122, comma 7 - negoziata).

Dlgs 50/2016 → 30% dell'importo complessivo dell'appalto.

D.L. «Sblocca cantieri» pre conversione → 50% dell'importo complessivo dell'appalto.

D.L. «Sblocca cantieri» convertito in legge → 40% dell'importo complessivo dell'appalto (regime transitorio sino al 30/6/2021).

SIOS → DM 248/2016 e art. 105, comma 5 → 30% se di importo > 10% importo appalto

DL 77/2021 ha introdotto **tre regimi,** uno temporaneo (dal 1° giugno al 31 ottobre) e due definitivi (quello dal 1° giugno e quello dal 1° novembre)

ART. 49
(*Modifiche alla disciplina del subappalto*)

1. Dalla data di entrata in vigore del presente decreto:

a) fino al 31 ottobre 2021, in deroga all'articolo 105, commi 2 e 5, 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. È pertanto abrogato l'articolo 1, comma 18, primo periodo, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55;

b) all'articolo 105 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50:

1) al comma 1, il secondo e il terzo periodo sono sostituiti dai seguenti: "A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può 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 e dei contratti ad alta intensità di manodopera. È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.";

2) al comma 14, il primo periodo è sostituito dal seguente: "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.".

2. Dal 1° novembre 2021, al citato articolo 105 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50:

a) al comma 2, il terzo periodo è sostituito dal seguente: "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 le 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 al comma 52 dell' articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.";

b) il comma 5 è abrogato;

c) al comma 8, il primo periodo è sostituito dal seguente: "Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto.".

Riepilogo

Limite 40% e 30% (sios)	Sino al 31 maggio 2021
Limite 50% (anche se sios) - no subappalto prevalenza categoria/prestazione principale	Dal 1 giugno al 31 ottobre 2021
Limite libero (no subappalto prevalenza categoria/prestazione principale)	Dal 1 novembre 2021
Divieto cessione contratto	Sempre
Limite ribasso 20% subappalto	Sino al 31 maggio 2021
Limite Sios - Superspecialistiche (non oltre il 50% del totale, fermo rimanendo 30%)	Sino al 31 ottobre 2021
Limite SIOS - Superspecialistiche (abrogazione comma 5 - quindi decide ente)*	Dal 1 novembre 2021
Responsabilità solidale appaltatore/sub	Dal 1 novembre 2021
Durc congruità manodopera	Dal 1 novembre 2021

Rimangono fermi i seguenti principi

Art. 83 Dlgs 50/2016 - mandataria deve eseguire prestazioni in misura maggioritaria
Art. 89 Dlgs 50/2016 - no avvalimento SIOS se > 10%

*Attenzione rimane DM 248/2016 che dovrà certamente essere modificato, non ci saranno due limite non cumulabili (50% + 30%)

IL SUBAPPALTO

Regime definitivo:
Dal 1 giugno 2021
Dal 1 novembre 2021

PRIMA NOVITA' ***(DEFINITIVA DAL 1° GIUGNO 2021)***

Divieto **di affidare l'integrale** esecuzione delle prestazioni o lavorazioni, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera (nella sostanza no cessione contratto, **no subappalto totale o prevalente** della categoria/prestazione principale)

Sin **dal 1° giugno 2021**) è stato disposto in **termini definitivi**:

Il divieto **di affidare l'integrale** esecuzione delle prestazioni o lavorazioni, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera (nella sostanza no cessione contratto, **no subappalto totale o prevalente** della categoria/prestazione principale)

Se lavori – la categoria prevalente la potrò subappaltare (da ora in avanti) solo in misura non superiore al 50%. Anche se Sios.

Se servizi e forniture – se non suddivido le prestazioni in principale e secondarie, di fatto, rimanendo una sola prestazione, non potrò superare il 50% del totale. Se invece suddiviso le prestazioni valgono i principi indicati per i lavori → **attenzione vedi slide successiva**

Attenzione però, la norma sul divieto di subappalto delle prestazioni prevalenti non è molto chiara **in quanto pare riferirsi ai soli lavori e contratti ad alta intensità di manodopera e non ai servizi in generale**.

1) al comma 1, il secondo e il terzo periodo sono sostituiti dai seguenti: "A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può 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 e dei contratti ad alta intensità di manodopera. È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.";

Tuttavia la norma non può che essere interpretata anche con riferimento ai servizi e forniture *(ferme le acquisizioni giurisprudenziali e del Ministero).*

Esempio

Categoria	Acronimo	Classifica	Descrizione	Importo euro	Subappalto	Avvalimento
Prevalente	OG 1	VI	Edilizia civile	7.977.212,14	50%	SI
Scorporabile	OG 3	V	Edilizia stradale	3.556.312,86	100%	SI

La categoria prevalente potrebbe subappaltabile per il massimo importo ammesso *(50% ovvero non in misura prevalente).*

Anche la categoria scorporabile potrebbe essere indicata come subappaltabile *(fino al 100%)*

Un subappaltatore potrebbe realizzare Euro 7.544.918,93 su Euro 11.533.524,70 (!!!)

<u>SECONDA NOVITA</u>’ (DEFINITIVA DAL 1° GIUGNO 2021)

No limite del ribasso massimo (20%) tra appaltatore e subappaltatore

Obbligo applicazione medesimo trattamento economico e normativo.

Dal 1° giugno 2021 è disposta in **termini definitivi**:

l'abrogazione del limite del 20% di ribasso per le prestazioni affidate dall'affidatario in subappalto.

Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, dovrà tuttavia garantire **gli stessi standard qualitativi e prestazionali** previsti nel contratto di appalto; dovrà, inoltre, 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**.

Per la verità l'obbligo di garantire gli stessi standard «qualitativi» e «prestazionali» era già una previsione presente nel «vecchio» art. 105.

Di difficile attuazione nella fase di controllo sarà invece accertare:

Che il subappaltatore riconosca 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. Il problema si pone però unicamente soprattutto quando la prestazione affidata concerne per esempio attività SECONDARIE nelle quali non viene applicato, per esempio, il contratto edile (cassa edile ecc) oppure i regimi contrattuali tra appaltatore e subappaltatore sono differenti (contratti multiservizi ecc).

ATTENZIONE però la norma si applica « **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»**

Relazione illustrativa del DL 77/2021

Tale disposizione si rende necessaria per garantire la tutela **dei lavorati dagli eccessivi ribassi applicati ai subappaltatori** anche alla luce della soppressione della previsione che stabilisce un limite percentuale (20 per cento) al ribasso.

Tale soppressione si è resa necessaria per risolvere la procedura di infrazione sul punto la quale ritiene l'ordinamento interno **non compatibile con le direttive eurounitarie laddove** si prevede un limite prestabilito per legge per il ribasso d'asta.

A- La tutela legislativa **si sposta dalla figura del subappaltatore a quella dei suoi dipendenti**.

B- Tale obbligo vale qualora le attività subappaltate coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero <u>riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale</u>

Nota dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro 6 ottobre 2021

In altri termini, alle condizioni previste dal nuovo comma 14, **è stata introdotta una misura di garanzia per i lavoratori dipendenti del subappaltatore che svolgano determinate attività** in ragione dell'appalto.

Precisamente, le attività oggetto di subappalto devono essere ricomprese nell'oggetto dell'appalto, secondo quanto previsto nel capitolato **e non essere, quindi, marginali o meramente accessorie rispetto all'opera o al servizio complessivamente appaltato**, oppure far parte della categoria prevalente ossia, come previsto dall'art. 3 comma 1 lett. oo-bis), "*la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara*".

In questo ultimo caso, tuttavia, le lavorazioni devo essere incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.

Ricorrendo le predette condizioni la norma assicura quindi, ai lavoratori in questione, trattamenti economici e normativi **non inferiori a quelli che avrebbe riconosciuto l'appaltatore/subappaltante al proprio personale dipendente in ragione del CCNL dal medesimo applicato**.

In relazione a quanto sopra, d'intesa con l'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali che si è espresso con nota prot.n.8344 del 28 settembre u.s., si rappresenta quanto segue.

Nota dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro 6 ottobre 2021

In proposito il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con nota prot.n.14775 del 26 luglio 2016,nel richiamare quanto previsto dal citato art. 30, comma 4, ha ripreso il contenuto del parere ANAC n. 6 del 4 febbraio 2015, **il quale pone l'attenzione sull'oggetto dell'affidamento e non sulle tipologie di attività esercitate eventualmente dall'operatore economico. In altre parole, ciò che conta è essenzialmente l'oggetto del contratto di appalto ed è ad esso che occorre riportarsi nella selezione del CCNL.**

A riguardo anche il Consiglio di Stato, sezione III – da ultimo con sentenza 25/02/2020, n.1406 – ha affermato che l'art. 30, comma 4, del D.Lgs.n.50 del 2016, *«nell'imporre l'applicazione al personale impiegato nel servizio oggetto di gara un contratto collettivo (in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, nonché)* ***"strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto",*** *intende riferirsi al contratto che meglio regola le prestazioni cui si riconnette la singola commessa pubblica e che dovranno essere rese dalla categoria dei lavoratori impiegati nell'espletamento del servizio, ad esse riferendosi secondo un criterio di prossimità contenutistica».*

Allo stesso modo sempre il Consiglio di Stato, con decisione n. 5574/2019, aveva previsto che, in materia di appalti pubblici, *«**la scelta del contratto collettivo da applicare rientra dunque nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore** e nella libertà negoziale delle parti, con il limite però che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto (in termini Cons. Stato, V, 1° marzo 2017, n. 932; V, 12 maggio 2016, n. 1901; III, 10 febbraio 2016, n. 589)».*

Nota dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro 6 ottobre 2021

Individuato il contratto collettivo di riferimento, applicato dal contraente principale nei termini sopra chiariti, va quindi verificata la ricorrenza delle condizioni normative stabilite dal comma 14 dell'art. 105, sopra illustrate.
Ove ne sia riscontrata la ricorrenza il subappaltatore ha l'obbligo di «*riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale*» in relazione alle medesime attività lavorative.

Tanto premesso si ritiene che, laddove nell'ambito dell'attività di vigilanza si riscontrino, in relazione ai singoli istituti retributivi o normativi *(es. ferie, permessi, orario di lavoro, disciplina delle tipologie contrattuali),* condizioni inferiori rispetto a quelle previste dal CCNL applicato dall'appaltatore, **sia possibile adottare provvedimento di disposizione ex art. 14 D.Lgs.n.124/2004 inteso a far adeguare il trattamento da corrispondere per tutto il periodo di impiego nell'esecuzione del subappalto**.
L'adeguamento retributivo naturalmente comporta una rideterminazione dell'imponibile ai fini contributivi che dà luogo ai conseguenti recuperi.
Va infine ricordato che sui differenziali retributivi e contributivi non corrisposti si consolida il regime di responsabilità solidale, di cui agli artt. 29 D.Lgs.n.276/2003 e 1676 c.c., espressamente richiamato dal comma 8 dello stesso art. 105.

Nella sostanza:

a) il subappaltatore deve corrispondere ai propri 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.

b) la norma si applica unicamente laddove le attività di subappalto coincidano con le attività principali dell'appalto (categoria prevalente; la norma parla di categorie al plurale - ! -, ma come noto la prevalente è una sola). **Non si applica alle categorie scorporabili e secondo me anche a quelle parti di opere della categoria prevalente che non sono caratterizzanti l'oggetto dell'appalto.**

Ora, il problema concreto si presenta sotto due profili: quello della stazione appaltante e quello dell'impresa.

1) Quanto alla stazione appaltante (DL/RUP).

Come noto sia l'art. 101 del Codice sia l'art. 7 del DM 49/2018, impongono al RUP/DL di verificare l'applicazione concreta dell'art. 105.

Ora è giusto chiedersi **quali strumenti abbiano tali soggetti** per controllare che il subappaltatore corrisponda ai propri lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello del contrante principale.

Innanzitutto (e qui ritorno al mio precedente articolo, al quale rinvio), risulta importante il contenuto del contratto di subappalto, il quale dovrà:

- indicare (graficamente) le parti di intervento del subappaltatore (soprattutto nel caso di prestazioni generali e non specialistiche).
- precisare le voci di computo assegnate al subappaltatore;
- indicare i tempi di esecuzione della prestazione di subappalto mediante un programma lavori molto preciso.
- precisare il costo **della manodopera** per l'esecuzione delle opere affidate (che in concreto sarà uguale a quello dell'appaltatore nel caso di lavori categoria prevalente e caratterizzanti l'appalto).

Inoltre, la stazione appaltante (a mio avviso già nel capitolato speciale di appalto) dovrà precisare che ai fini autorizzativi ed in itinere di esecuzione del contratto di subappalto, dovranno essere consegnati ed indicati:

- l'elenco del personale assegnato alla commessa;
- il contratto applicato ai propri dipendenti;
- le buste paghe di tutti i lavoratori presenti in cantiere (appaltatore e subappaltatore/cottimista) a dimostrazione che la somma percepita dagli stessi risulta effettivamente uguale;
- e perché no, una dichiarazione del consulente del lavoro del subappaltatore che attesti l'applicazione del nuovo comma 14, in occasione di ogni pagamento.

Capisco che le predette richieste siano "pesanti" (**e forse provocatorie**), ma non riesco a capire altrimenti come possa un ingegnere, un geometra, un architetto valutare questioni di natura giuslavoristica senza la documentazione indicata.

Un modo tuttavia per limitare tale onere a mio avviso esiste:

Sarebbe opportuno indicare nel capitolato o negli atti di gara quali siano effettivamente le attività caratterizzanti l'oggetto dell'appalto e quelle lavorazioni della categoria prevalente rilevanti a tale scopo

Cosi per esempio, se la categoria prevalente è una OG3 (una strada) con opere murarie, bitumature e marciapiedi, potrei ritenere non caratterizzanti "*la posa della pavimentazione in porfido dei marciapiedi*".

Se invece la categoria prevalente è una OG 1 (una scuola) con opere edili generiche, scavi, murature, pavimentazioni ecc, potrei ritenere non caratterizzanti "*gli impianti idrico sanitari*" o quelli "*elettrici*".

Nella sostanza, è opportuno precisare (proprio in ragione del venire meno dei vincoli in materia, come da sentenze della corte di giustizia), disciplinare chiaramente "le regole del gioco".

2) Quanto all'impresa.

Ovviamente non sono esperto in materia giuslavoristica, ma mi chiedo **se sia possibile e come** imporre ad una impresa di applicare una tipologia di CCNL per un determinato cantiere, per alcuni operai e per un periodo ristretto (es: 20 giorni, 30 giorni).

Se, come pare, la finalità della norma sia quella di tutelare i lavoratori, per quale motivo tale tutela debba passare per un trattamento economico e normativo diverso da quello originariamente applicato dal subappaltatore ?

Ci si chiede, peraltro, come si debba applicare la norma quando l'appaltatore abbia un regime peggiorativo rispetto a quello del subappaltatore.

La decisione se applicare un contratto di lavoro piuttosto che un altro, rientra infatti nella "libera" iniziativa imprenditoriale (ovviamente nel rispetto delle leggi).

Ci si chiede, inoltre, come si concili il nuovo comma 14 con il comma 9 dello stesso art. 105 che precisa

" L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni. E', altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto."

Resta ferma, peraltro, la responsabilità solidale (in materia retributiva e contributiva) prevista dal comma 8 dell'art. 105 "*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.*" → Responsabilità solidale che viene meno nel caso di pagamento diretto della stazione appaltante "*Nelle ipotesi di cui al comma 13, lettere a) e c), l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al primo periodo.*"

Occorrerà, inoltre, coordinare l'applicazione del comma 14 con le nuove disposizioni in tema di "verifica di congruità dell'incidenza della manodopera" (Durc di congruità – DL 143/2021)

La disposizione pare **sostanzialmente tesa a far applicare, per le lavorazioni edili, il ccnl edile, posto che per tali lavorazioni, ex comma 16, la congruità dovrà essere attestata dalle casse edili (che potranno attestarla solo per le imprese che applichino il ccnl edile).**

<u>TERZA NOVITA</u>’ DAL 1° NOVEMBRE 2021

Subappalto libero: la stazione appaltante decide cosa e quanto subappaltare

Liberalizzazione o ulteriore responsabilizzazione del RUP?

dal 1° novembre 2021

Le stazioni appaltanti, previa adeguata motivazione da esplicitare nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti *(non si comprende come),* dovranno indicare 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 alle categorie 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 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 nelle "white list" ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita per il SISMA 2016.

Parere MIMS 998/2021

Quesito

La L. 108/21 prevede che, dall' 01/11/2021, vengano eliminati i limiti quantitativi al subappalto in subordine all'introduzione di un nuovo meccanismo per il quale, l'istituto in parola, sarà possibile solo per le prestazioni individuate dalla Stazione Appaltante (SA) in ragione della loro specificità e sulla base delle valutazioni dalla stessa svolte. **Potrebbe quindi essere che la SA, nel predisporre una gara, non individui alcuna specifica prestazione e che quindi non vi sia subappalto?**

Risposta

Con riferimento a quanto richiesto, si rappresenta che prima di affidare un appalto **occorre necessariamente individuare la/le prestazioni, le categorie per i lavori, indicando le prestazioni o le lavorazioni da eseguire direttamente a cura dell'aggiudicatario.**

Si rammenta, inoltre, che **vige il divieto di cessione dell'appalto** di cui all'art. 105, comma 1 del Codice, ribadito anche dall'art. 49 co. 1 del dl 77/2021 che prevede espressamente: "A pena di nullita', fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non puo' essere ceduto, non puo' essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonche' la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensita' di manodopera." **Quanto alla possibilità di prevedere l'eventuale divieto di subappalto, questo deve essere espressamente previsto nei documenti di gara e dovrà essere adeguatamente motivato**

Il Ministero precisa, quindi, *(secondo quanto si comprende)* che pur venendo meno, a partire dal 1° novembre il tetto massimo del 50 per cento relativo alla subappaltabilità delle prestazioni dedotte in contratto, alle stazioni appaltanti **sarà comunque consentito di fissare, in via però eventuale e in ragione di ciascuna singola fattispecie di gara, limitazioni quantitative**, individuando negli atti di indizione delle procedure le prestazioni che, per la loro specificità, dovranno essere eseguite necessariamente all'aggiudicatario

Chiarimenti di Anac del 6/10/2021

Nel periodo definitivo, a partire dal 1° novembre 2021, si affermerà il regime della **subappaltabilità integrale delle opere fatte salve le opere da eseguire a cura dell'aggiudicatario, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto**.
Si assisterà, quindi, all'abbattimento di ogni limite quantitativo generale e predeterminato al subappalto.
Le stazioni appaltanti saranno chiamate a indicare nei documenti di gara le prestazioni oggetto del contratto di appalti non subappaltabili da eseguire a cura dell'aggiudicatario.

Pertanto, dal prossimo 1° novembre **entra a regime la subappaltabilità integrale del contratto, salvo disposizioni speciali degli atti di gara per parti di opera singolarmente indicate.**

L'impatto sul mercato di tale nuova disciplina è sensibile e particolarmente rilevante. Rappresenta un approdo cui il Legislatore nazionale giunge dopo trent'anni di travagliato rapporto con la Corte di Giustizia della Ue. La giurisprudenza recente della Corte di Giustizia (novembre 2019), infatti ha posto fine al problema con due pronunce, investendo la disciplina italiana.

ATTENZIONE

Anac parla di subappaltabilità integrale, ma **in realtà alcuni limiti rimangono:**

-no cessione del contratto;

-no subappalto prevalente delle categorie e prestazioni principali.

Dal 1 novembre 2021, quindi,

verrà definitivamente meno ogni limite generale per il ricorso al subappalto **e verrà, invece, rimessa ad una valutazione "gara per gara" delle stazioni appaltanti un'eventuale limitazione del ricorso a tale istituto, che dovrà essere motivata sulla base delle specifiche esigenze indicate dal medesimo articolato e descritte in precedenza**.

Ne deriva che dal 1° novembre 2021 gli unici limiti alla subappaltabilità saranno quelli *(sopra indicati)* e tra questi soprattutto il divieto di affidare l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle **categorie prevalenti** e **dei contratti ad alta intensità di manodopera**

Quindi diventerà molto importante l'individuazione delle categorie prevalenti, scorporabili e SIOS *(per servizi e forniture, le eventuali prestazioni principali e secondarie):*

Art 3 del Codice:
oo-bis) «**lavori di categoria prevalente**», la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara;
oo-ter) «**lavori di categoria scorporabile**», la categoria di lavori, individuata dalla stazione appaltante nei documenti di gara, tra quelli non appartenenti alla categoria prevalente e comunque di importo superiore al 10 per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro ovvero appartenenti alle categorie di cui all'articolo 89, comma 11;

Art. 48 del Codice:
2. Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; **le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie.**

Quindi, per esempio:

- **un ente potrebbe decidere che una determinata categoria di lavori non sia subappaltabile (motivandone le ragioni nella determina a contrarre)** → esempio la OS 21 (Fondazioni speciali) oppure la OS 32 (Strutture in legno). Trattandosi di prestazioni ad elevato contenuto tecnologico, l'ente potrebbe pretendere per la rilevanza della lavorazione, per la sua importanza che sia eseguita solo dall'appaltatore.

- un ente potrebbe ritenere non subappaltabile una parte di servizio o fornitura se ritenuto che la stessa sia eseguita dall'appaltatore direttamente. **Per esempio nel caso di servizi di asilo nido (in quanto connotato da risvolti sociali, educativi e psicologici molto importanti).**

Occorrerà tuttavia motivare molto bene tale scelta trattandosi di un limite alla libertà di impresa. Tuttavia è la stessa Corte di Giustizia che, nel «cassare» il limite «aprioristico», stabilisce che si possa comprimere l'attività in tale senso.

Esempio di motivazione nella Determina a contrarre - Lavori

1- Le opere consistono nella messa in sicurezza di una strada comunale, il cui versante a monte è stato colpito da movimenti franosi negli anni……

2- Gli interventi previsti in progetto si rendono, quindi, necessari per consolidare il versante franoso mediante scavi, opere provvisionali, muri di contenimento in c.a. su pali, drenaggi, paratia di pali drenanti, fossi di guardia, realizzazione di tombino idraulico, regimazione delle acque e opere di finitura stradali.

3- Detti interventi, in ragione del contesto di intervento, **impongono particolari ed idonei presidi di sicurezza** (tra questi il c.d. Piano scavi ex art. 100 del d.lgs. 81/2008) oltre che il Piano di Monitoraggio e controllo geotecnico al fine di monitorare in tempo reale eventuali situazioni di pericolo e consentire alle maestranze di evacuare il cantiere.

4- In considerazione di tale tipologia di interventi, sussunti nelle categorie SOA OG 3 e OS 21, **si ritiene opportuno evitare parcellizzazioni delle lavorazioni della medesima categoria nonché frazionamenti delle attività, al fine di consentire una omogenea ed unica gestione della sicurezza nei luoghi di lavoro**.

Esempio di motivazione nella Determina a contrarre - Lavori

5- In particolare:

a) per quanto concerne la realizzazione delle lavorazioni nella categoria OG 3, si ritiene opportuno **consentire il subappalto delle sole attività afferenti alla bitumatura quale attività conclusiva dell'intervento** e quindi da realizzare alla conclusione delle operazioni di messa in sicurezza.

b) per quanto attiene alla realizzazione delle attività nella categoria OS 21, si ritiene opportuno consentire **il subappalto unicamente laddove le medesime siano realizzate al 100% da un unico operatore. E ciò al fine di evitare che nella medesima area di intervento *(oggetto del movimento franoso)* siano presenti più di due operatori economici** (OG 3 e OS21) e quindi sia possibile gestire la sicurezza ex dlgs 81/2008 in misura efficace, anche ai fini di un eventuale sgombero in caso di necessità.

Esempio di motivazione nella Determina a contrarre – Servizi

Servizio di preparazione, confezionamento e fornitura dei pasti e delle giornate alimentari per il Servizio anziani e inabili del comune di ……. nonché dell'assistenza ai medesimi per il periodo di ……., eventualmente rinnovabile per ulteriore uguale periodo.

Considerato che i servizi oggetto dell'appalto sono, ad ogni effetto, **servizi pubblici essenziali e non possono, in nessun caso, essere sospesi o abbandonati,** neanche per casi determinati da "causa di forza maggiore".

Atteso che la struttura socio assistenziale è classificata "**struttura protetta**", a elevata intensità assistenziale ed elevata complessità organizzativa, con capienza massima di …. ospiti.

Considerato, inoltre, che la medesima struttura, per la tipologia di utenti e dei servizi offerti, è da considerarsi a tutti gli effetti "altamente sensibile". L'aggiudicatario pertanto è tenuto ad adottare tutte le misure necessarie per garantire la sicurezza del servizio e la salubrità dei pasti nel rispetto di quanto previsto dal D.Lgs. 6 novembre 2007, n. 193, "*Attuazione della direttiva 2004/41/CE relativa ai controlli in materia di sicurezza alimentare e applicazione dei regolamenti comunitari nel medesimo settore*" e di tutte le disposizioni relative al contenimento del contagio da COVID-19, epidemie ed eventi analoghi.

Esempio di motivazione nella Determina a contrarre – Servizi

Preso atto che il servizio stesso **deve essere assicurato tutti i giorni della settimana**, dal lunedì alla domenica, festivi infrasettimanali compresi

Acclarato, inoltre, che la preparazione dei pasti somministrati agli utenti del **servizio sono definiti dal comune di concerto con l'Azienda USL della Regione e dalla medesima approvati.** Essi si distinguono, di norma, in menù estivo e menù invernale.

Dato atto che l'aggiudicatario è altresì tenuto a:
-preparare e confezionare le diete speciali secondo le prescrizioni mediche, infermieristiche e delle strutture;
-preparare **pasti particolari secondo prescrizione medica a favore di ospiti** / utenti soggetti a particolare dieta;
-effettuare **la pulizia e sanificazione straordinaria** e ordinaria delle cucine, dei depositi e magazzini da lui utilizzati, compresa la lotta a infestanti e roditori;
-garantire la **cura e pulizia di tutte le attrezzature, contenitori, stoviglie e quant'altro in dotazione, in attuazione della normativa vigente;**

Esempio di motivazione nella Determina a contrarre – Servizi

-garantire la manutenzione ordinaria e il lavaggio di tutti i contenitori utilizzati per il trasporto degli alimenti;
-garantire la pulizia e sanificazione dei carrelli temici;
-fornire tutte le prestazioni contrattuali nel rispetto delle misure sanitarie vigenti tempo per tempo, ivi comprese le misure di prevenzione della diffusione dell'epidemia Covid-19 e di eventuali successive epidemie sviluppatesi durante il periodo di vigenza contrattuale

Valutato, alla luce di quanto esposto, **che in ragione della particolarità del servizio e della gestione degli utenti, si ritiene opportuno limitare il subappalto con riferimento alla prestazioni principale (servizio di preparazione dei pasti) consentendo la subappaltabilità per intero della prestazioni secondaria (assistenza), purché ad unico operatore;**

In particolare:
-per quanto attiene alla prestazione principale si ritiene opportuno che sia resa subappaltabile la sola attività di pulizia e sanificazione delle aree e di manutenzione ordinaria, pari al …..% della prestazione, prescrivendo che le altre attività della prestazione principale medesime siano realizzati unicamente dall'appaltatore.
-per quanto concerne la prestazione secondaria, si rende necessario che la stessa sia eseguita da un solo operatore economico e quindi sia possibile subappaltare la medesima al 100% purché ad un subappaltatore unico.

In concreto, la stazione appaltante valuta cosa sia subappaltabile e cosa non sia opportuno concedere in subappalto.

Molto semplicemente potrebbe ritenere che in ragione della ripetitività e semplicità delle prestazioni sia subappaltabile la categoria prevalente nei limiti del 50% e le scorporabili nella loro totalità.

E' opportuno, comunque, chiedersi se sia possibile per una stazione appaltante vietare il subappalto

Sul punto la giurisprudenza è contrastante, anche se in realtà occorre fare riferimento alla fattispecie precisa e alla natura della prestazione.

Tar Roma 12614/2019, CdS 5828/2019 → Divieto illegittimo

Tar Perugia 163/2018 → Legittimo divieto (servizi presso istituti penitenziari).
Tar Toscana 371/2020 → Legittimo divieto in caso di servizi sociali *(l'art. 142 del Codice non richiama il 105).*

Si segnala
- Tar Molise ordinanza 17 ottobre 2020, n.278 questione di legittimità costituzionale degli articoli 105 e 146 del codice dei contratti pubblici nella parte in cui non prevedono un divieto di subappalto nel settore dei beni culturali, per contrasto con gli articoli 3 e 9 della Costituzione (Ingiustificata assenza di limite al subappalto a fronte del divieto di avvalimento);
- CdS ordinanza n.3702/2020: rinvio pregiudiziale; questione interpretativa "...se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (49 e 56 TFUE) ostino a un'interpretazione della normativa nazionale italiana in materia di subappalto necessario secondo la quale il concorrente sprovvisto della qualificazione non può integrare il requisito mancante facendo ricorso a più imprese subappaltatrici"

E' importante, pertanto, negli appalti di una certa complessità definire anche le **prestazioni principali e quelle secondarie (circostanza che rileva anche ai fini del nuovo istituto del subappalto) → Appalto gestione calore.**

Prestazione	Descrizione	Importo annuo	Importo quinquennio	Importo rinnovo	Totale appalto
Principale	Servio Energia	Euro 102.574,15	Euro 512.870,75	Euro 205.148,30	Euro 718.019,05
Secondaria	Gestione impianti elettrici	Euro 5.400,00	Euro 27.000,00	Euro 10.800,00	Euro 37.800,00
Secondaria	Gestione impianti idrico-sanitari	Euro 5.400,00	Euro 27.000,00	Euro 10.800,00	Euro 37.800,00
Secondaria	Gestione impianti anticendio	Euro 2.600,00	Euro 13.000,00	Euro 5.200,00	Euro 18.200,00
	Totale	Euro 115.974,15	Euro 579.870,75	Euro 231.948,30	**Euro 811.819,05**

Categoria	Acronimo	Classifica	Descrizione	Importo euro	Subappalto	Avvalimento
Prevalente	OG 2	III	Restauro e manutenzione di beni immobili sottoposti a tutela	527.084,11	Si	No
Scorporabile	OG 12	I	Opere ed impianti di bonifica e protezione ambientale	91.984,77	Si	Si
Scorporabile Sios	OS18A	I	Componenti strutturali in acciaio	104.667,15	Si	No
Scorporabile	OS28	I	Impianti termici e di condizionamento	24.192,73	Si	Si
Scorporabile Sios	OS30	I	Impianti elettrici	235.292,56	Si	No

Ricordarsi quindi di valorizzare l'art. 105 ed il DM 49/2018 nelle seguenti parti:

Art. 105, comma 7

Il contratto di subappalto deve essere 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.

Ai sensi dell'art.**7, comma 1, lett. c), del DM 49/2018** (*art.20 per servizi e forniture)* durante la fase di esecuzione del contratto **il Direttore dei Lavori, avvalendosi anche dell'Ispettore di Cantiere, controlla il rispetto dei limiti quantitativi e qualitativi previsti dall'art. 105 del Codice *(dal 1° novembre dai documenti contrattuali e di gara),*ovvero che subappaltatori e subcontraenti svolgano effettivamente la parte di prestazioni ad essi affidata nel rispetto della normativa e in particolare sulla scorta del contenuto del contratto.**

Il contratto di subappalto dovrà pertanto essere strutturato in modo chiaro e completo:

indicando **(graficamente)** **le parti di intervento del subappaltatore** (soprattutto nel caso di prestazioni generali e non specialistiche). E' chiaro infatti che se il subappalto si riferisce ad una lavorazione specialistica che viene realizzata per intero dal subappaltatore, il problema non si pone. Diverso è, invece, se l'appaltatore affida al subappaltatore prestazioni parziali di una categoria, suddividendo lavori omogenei (es: OG3, OG 1 ecc);

precisando **le voci di computo assegnate al subappaltatore;**

chiarendo **i tempi di esecuzione** della prestazione di subappalto mediante **un programma lavori molto preciso.**

Il tutto senza dimenticare la gestione della sicurezza.

QUARTA NOVITA' DAL 1° NOVEMBRE 2021

SIOS e Responsabilità Solidale

Sempre dal 1° novembre 2021 è prevista:

→**l'abrogazione del divieto di subappalto oltre il 30% per le categorie SIOS**;

→**la responsabilità in solido** nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto, da parte del contraente principale e del subappaltatore. (nella sostanza appaltatore e subappaltatore sono sullo stesso piano – come un'ati orizzontale).

Ma allora:

Stazione appaltante può risolvere contratto subappalto per grave inadempimento?

Il subappaltatore dovrebbe costituire anche lui una cauzione definitiva?

SIOS = Categorie ad elevato contenuto tecnologico → DM 248/2016

Ante 1° novembre

Art. 105 comma 5. *Per le opere di cui all'articolo 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.*

Tale comma è abrogato **dal 1° novembre 2021**

SIOS = Categorie ad elevato contenuto tecnologico → DM 248/2016

Tar Lombardia 3/9/2021, n. 1965

L'arresto di T.A.R. Lombardia si pone nel solco di un orientamento consolidato in materia di rapporto tra qualificazione e subappalto "necessario" o "qualificante", ovvero che consente di partecipare alla gara senza qualificazione specifica in una categoria scorporabile, ampliando la qualificazione nella categoria prevalente e, nel contempo, dichiarando il subappalto della categoria scorporabile mancante.

Incidentalmente si deve notare che dopo l'entrata in vigore dell'articolo 49 del decreto-legge n. 77 del 2021, convertito dalla legge n. 108 del 2021 e la conseguente riformulazione dell'articolo 105, comma 2, del Codice dei contratti (nel doppio regime, uno applicabile fino al 31 ottobre 2021 e l'altro a partire dal 1° novembre con la contemporanea soppressione del comma 5 del predetto articolo 105), ai fini del subappalto è venuta meno la distinzione tra categorie a qualificazione obbligatoria cosiddette "superspecializzate" o "s.i.o.s." elencate all'articolo 2 del d.m. n. 248 del 2016 e le altre categorie a qualificazione obbligatoria. Tra le due tipologie l'unica distinzione riguarda l'avvalimento (vietato per le prime dall'articolo 89, comma 11, del Codice e ammesso per le seconde) ma non più i limiti al subappalto. Di conseguenza la conclusione del Collegio milanese (seppure nel caso di specie riguardasse la categoria OG10, non "s.i.o.s.") è pacificamente riferibile a tutte le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria.

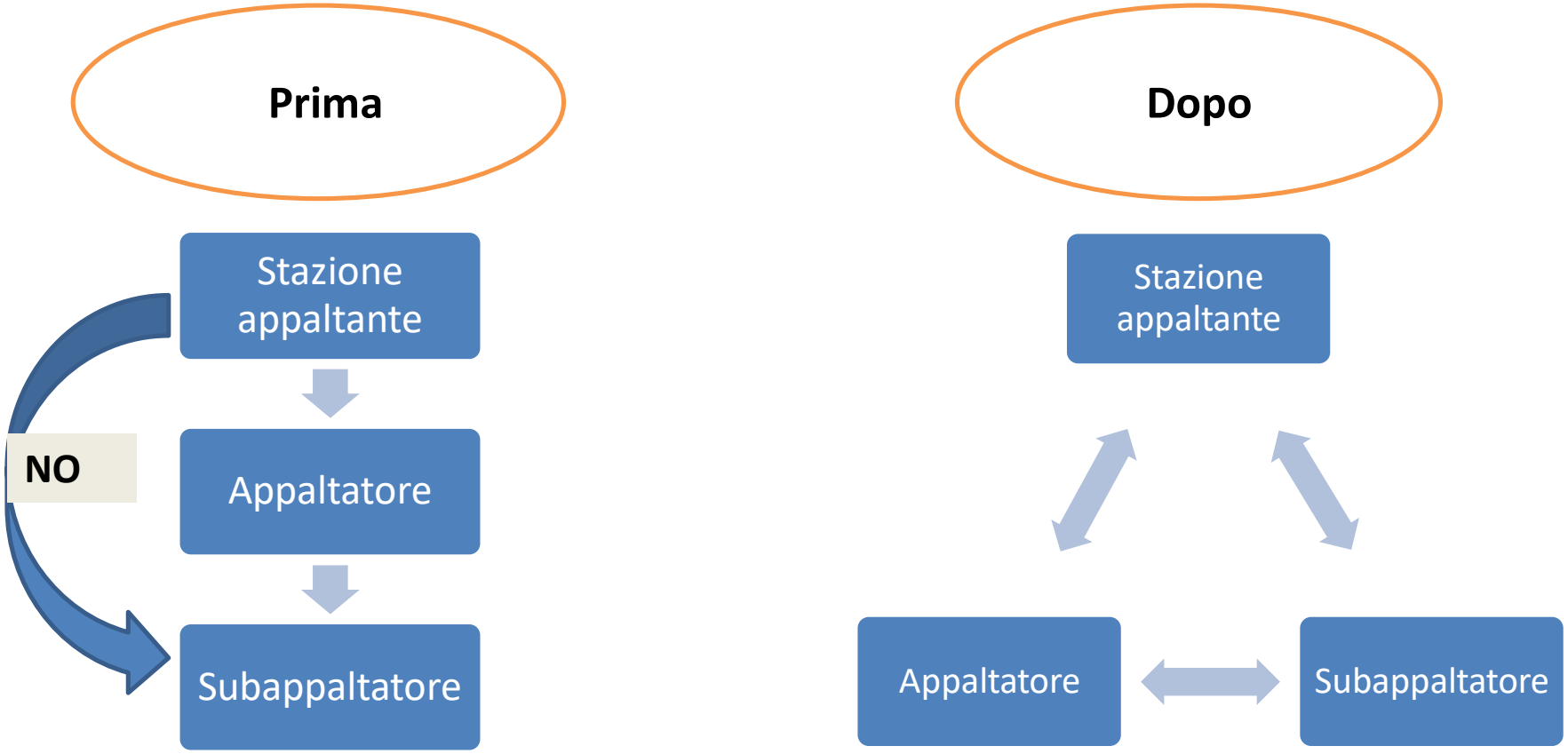
SIOS = Categorie ad elevato contenuto tecnologico → DM 248/2016

Quindi dal 1° novembre 2021

E' la stazione appaltante che valuta se e come limitare il subappalto anche per le SIOS, in relazione alla natura e specificità dei lavori.

Resta in vigore – per ora il DM 248/2016 – che vieta comunque l'avvalimento per le SIOS sopra il 10 % dell'importo dei lavori.

Dal 1° novembre 2021: responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore in relazione **alle prestazione oggetto di subappalto**



Ma allora se appaltatore e subappaltatore sono responsabili in solido *(per le prestazioni affidate ed autorizzate in subappalto)* **è lecito chiedersi:**

-La Stazione appaltante ha titolo a risolvere il contratto subappalto per grave inadempimento del subappaltatore?

-E' possibile richiedere al subappaltatore una cauzione definitiva per le opere di sua competenza o pretendere che la cauzione dell'appaltatore preveda quale contraente anche il subappaltatore medesimo?

-Nel caso di pagamento diretto (obbligatorio nella maggior parte dei casi) da parte della stazione appaltante, l'appaltatore è liberato dalla responsabilità in solido laddove, per esempio, dopo la conclusione dei lavori dovessero emergere vizi e difetti costruttivi?

Riguardo alla responsabilità solidale app/subapp, ritengo che la ratio sia, innanzitutto, quella di "formalmente" equiparare, sotto detto profilo, ausiliaria e subappaltatore, come nell'avvalimento.

Si potrebbe prefigurare una diffida ad adempiere della stazione appaltante diretta al subappaltatore a pena di revoca dell'autorizzazione al subappalto?

Attenzione →

Art. 105, comma 8 «L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del Dlgs276/2003.
Nelle ipotesi di cui al comma 13, lettere a) e c), l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al primo periodo.» → Ovvero nel caso di pagamento diretto.

E' chiaro, quindi, che il RUP/DL/DEC potrà contestare direttamente al subappaltatore i propri inadempimenti, ma è altrettanto chiaro che in caso di inerzia dello stesso nell'emendare eventuali errori/difetti, RUP/DL/DEC **avranno interesse (come oggi) ad eccepire l'inadempimento ed agire nei confronti del solo appaltatore (in quanto unico contraente della cauzione definitiva e unico soggetto che potrebbe subire una risoluzione ex art 108 del Codice, con le inevitabili conseguenze).**

In ogni modo, in ragione di tale responsabilità solidale, della liberalizzazione dei limiti, degli obblighi in materia di trattamenti economici dei lavoratori, della eliminazione del ribasso del 20% e della maggiore ampiezza delle quote di subappalto, <u>diventano importanti i seguenti riferimenti normativi:</u>

L'art. 105, comma 7, del Codice (sul contenuto del contratto di subappalto);

L'art. 7 e l'art. 20 del DM 49/2018 (in tema di controlli).

QUINTA NOVITA' DAL 1° NOVEMBRE 2021

Congruità della manodopera

Al Documento unico di regolarità contributiva è aggiunto quello relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera relativa allo specifico intervento, secondo le modalità indicate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, secondo il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

DM 25/6/2021 n. 143

Il **DURC di congruità** diviene quindi **obbligatorio** per ogni cantiere pubblico e attraverso lo stesso dovrà essere denunciato **un numero minimo di lavoratori per tipo di lavorazione**.

Dal **1° novembre 2021** ogni cantiere dovrà dunque prevedere un numero di dipendenti **proporzionato** alla natura del lavoro, secondo l'incidenza della manodopera.

Articolo 1

(Finalità)

1. In fase di prima applicazione dell'articolo 8, comma 10-*bis*, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, con il presente decreto è definito un sistema di verifica della congruità dell'incidenza della manodopera impiegata nella realizzazione di lavori edili, in attuazione di quanto previsto dall'Accordo collettivo del 10 settembre 2020, sottoscritto dalle organizzazioni più rappresentative per il settore edile, come richiamato in premessa e della relativa tabella recante gli indici di congruità.

Articolo 2

(Oggetto e ambito di applicazione)

1. La verifica della congruità di cui all'articolo 1 si riferisce all'incidenza della manodopera relativa allo specifico intervento realizzato nel settore edile, sia nell'ambito dei lavori pubblici che di quelli privati eseguiti da parte di imprese affidatarie, in appalto o subappalto, ovvero da lavoratori autonomi coinvolti a qualsiasi titolo nella loro esecuzione.
2. Ai fini del presente decreto, tenuto anche conto di quanto riportato nell'allegato X al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 e successive modificazioni, rientrano nel settore edile tutte le attività, comprese quelle affini, direttamente e funzionalmente connesse all'attività resa dall'impresa affidataria dei lavori, per le quali trova applicazione la contrattazione collettiva edile, nazionale e territoriale, stipulata dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.
3. Con riferimento ai lavori privati, le disposizioni del presente decreto si applicano esclusivamente alle opere il cui valore risulti complessivamente di importo pari o superiore ad euro settantamila.
4. Le disposizioni del presente decreto non si applicano ai lavori affidati per la ricostruzione delle aree territoriali colpite da eventi sismici del 2016, per la quale siano già state adottate specifiche ordinanze del Commissario straordinario del Governo.

Articolo 3

(Verifica della congruità)

1. In fase di prima applicazione, la verifica della congruità della manodopera impiegata è effettuata in relazione agli indici minimi di congruità riferiti alle singole categorie di lavori, riportati nella tabella allegata al citato Accordo collettivo del 10 settembre 2020, sottoscritto dalle organizzazioni più rappresentative per il settore edile.
2. Ai fini della verifica di cui al comma 1, si tiene conto delle informazioni dichiarate dall'impresa principale alla Cassa Edile/Edilcassa territorialmente competente, ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 e successive modificazioni, con riferimento al valore complessivo dell'opera, al valore dei lavori edili previsti per la realizzazione della stessa, alla committenza, nonché alle eventuali imprese subappaltatrici e sub-affidatarie.
3. In caso di variazioni da parte del committente riferite ai lavori oggetto di verifica, l'impresa è tenuta a dimostrare la congruità in relazione al nuovo valore determinato dalle varianti apportate.
4. La Commissione Nazionale delle Casse Edili rende disponibili le modalità e le istruzioni operative per la comunicazione delle informazioni di cui ai commi 2 e 3.
5. Con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sentite le Parti sociali, sono periodicamente aggiornati gli indici di congruità riferiti all'incidenza della manodopera impiegata nella realizzazione di lavori edili.

Articolo 4

(Termini e modalità del rilascio dell'attestazione di congruità)

1. L'attestazione di congruità è rilasciata, entro dieci giorni dalla richiesta, dalla Cassa Edile/Edilcassa territorialmente competente, su istanza dell'impresa affidataria o del soggetto da essa delegato ai sensi dell'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, ovvero del committente.
2. Per i lavori pubblici, la congruità dell'incidenza della manodopera sull'opera complessiva è richiesta dal committente o dall'impresa affidataria in occasione della presentazione dell'ultimo stato di avanzamento dei lavori da parte dell'impresa, prima di procedere al saldo finale dei lavori.
3. Per i lavori privati, la congruità dell'incidenza della manodopera deve essere dimostrata prima dell'erogazione del saldo finale da parte del committente. A tal fine, l'impresa affidataria presenta l'attestazione riferita alla congruità dell'opera complessiva.
4. Con apposita convenzione tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, l'Ispettorato nazionale del lavoro, l'INPS, l'INAIL e la Commissione Nazionale delle Casse Edili (CNCE) sono definite le modalità di interscambio delle informazioni tramite cooperazione applicativa che consentano di rendere disponibili gli esiti delle verifiche di congruità della manodopera impiegata, nonché i dati relativi all'oggetto e alla durata del contratto, ai lavoratori impiegati e alle relative retribuzioni, necessari al recupero dei contributi e dei premi di pertinenza dei rispettivi Istituti, nonché ai fini della programmazione di eventuali attività di vigilanza e verifiche di competenza dell'Ispettorato nazionale del lavoro.
5. Ai fini di quanto previsto al comma 4, la Commissione Nazionale delle Casse Edili (CNCE), l'Ispettorato nazionale del lavoro, l'INPS e l'INAIL realizzano, entro dodici mesi dall'adozione del presente decreto, il sistema di interscambio delle informazioni tramite cooperazione applicativa, finalizzata anche all'alimentazione della banca dati di cui all'articolo 6, comma 2.

Articolo 5

(Assenza di congruità ed effetti sul DURC on-line)

1. Qualora non sia possibile attestare la congruità, la Cassa Edile/Edilcassa a cui è stata rivolta la richiesta evidenzia analiticamente all'impresa affidataria le difformità riscontrate, invitandola a regolarizzare la propria posizione entro il termine di quindici giorni, attraverso il versamento in Cassa Edile/Edilcassa dell'importo corrispondente alla differenza di costo del lavoro necessaria per raggiungere la percentuale stabilita per la congruità.
2. La regolarizzazione nel termine previsto consente il rilascio dell'attestazione di congruità.
3. Decorso inutilmente il termine di cui al comma 1, l'esito negativo della verifica di congruità è comunicato ai soggetti che hanno effettuato la richiesta con indicazione degli importi a debito e delle cause di irregolarità. Conseguentemente, la Cassa Edile/Edilcassa territorialmente competente procede all'iscrizione dell'impresa affidataria nella Banca nazionale delle imprese irregolari (BNI).
4. Qualora lo scostamento rispetto agli indici di congruità sia accertato in misura pari o inferiore al 5% della percentuale di incidenza della manodopera, la Cassa Edile/Edilcassa rilascia ugualmente l'attestazione di congruità previa idonea dichiarazione del direttore dei lavori che giustifichi tale scostamento.

5. Ai fini del comma 1, l'impresa affidataria risultante non congrua può altresì dimostrare il raggiungimento della percentuale di incidenza della manodopera mediante esibizione di documentazione idonea ad attestare costi non registrati presso la Cassa Edile/Edilcassa, in base a quanto previsto nel citato Accordo collettivo del 10 settembre 2020.

6. In mancanza di regolarizzazione, l'esito negativo della verifica di congruità riferita alla singola opera, pubblica o privata, incide, dalla data di emissione, sulle successive verifiche di regolarità contributiva finalizzate al rilascio per l'impresa affidataria del DURC on-line, di cui al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 30 gennaio 2015. Restano ferme, ai fini del rilascio del DURC *on-line* alle altre imprese coinvolte nell'appalto, le relative disposizioni già previste a legislazione vigente.

Fonte Ance Alessandria e Cassa Edile

Riferimenti normativi	**Art. 8, comma 10-bis, DL n. 76/2020** **DM n. 143 del 25/06/2021** **Accordo collettivo nazionale 10.9.2020** **Nota INL 19.7.2021, n. 5223**
Entrata in vigore	**lavori edili per i quali la denuncia di inizio lavori** alla competente Cassa Edile è **effettuata dall'1.11.2021**.
Oggetto di verifica	**Incidenza della manodopera impiegata nella realizzazione di lavori edili eseguiti da imprese affidatarie, in appalto o subappalto, ovvero da lavoratori autonomi coinvolti nella loro esecuzione.**
Tipologia di lavori	✓ **pubblici** ✓ **privati** di importo complessivo **pari o superiore a € 70.000**;

Decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 143 del 25 giugno 2021

Verifica della congruità della manodopera impiegata nei lavori edili

Indici di congruità definiti con l'Accordo collettivo del 10 settembre 2020		
	CATEGORIE	Percentuali di incidenza minima della manodopera sul valore dell'opera
1	OG1 - Nuova edilizia civile, compresi impianti e forniture	14,28%
2	OG1 - Nuova edilizia industriale, esclusi impianti	5,36%
3	Ristrutturazione di edifici civili	22,00%
4	Ristrutturazione di edifici industriali, esclusi impianti	6,69%
5	OG2 - Restauro e manutenzione di beni tutelati	30,00%
6	OG3 - Opere stradali, ponti, etc.	13,77%
7	OG4 - Opere d'arte nel sottosuolo	10,82%
8	OG5 - Dighe	16,07%
9	OG6 - Acquedotti e fognature	14,63%
10	OG6 - Gasdotti	13,66%
11	OG6 - Oleodotti	13,66%
12	OG6 - Opere di irrigazione ed evacuazione	12,48%
13	OG7 - Opere marittime	12,16%
14	OG8 - Opere fluviali	13,31%
15	OG9 - Impianti per la produzione di energia elettrica	14,23%
16	OG10 - Impianti per la trasformazione e distribuzione	5,36%
17	OG12 - OG13 - Bonifica e protezione ambientale	16,47%

TERMINI E MODALITÀ DI RILASCIO DELL'ATTESTAZIONE DI CONGRUITÀ

La Cassa Edile / Edilcassa **TERRITORIALMENTE COMPETENTE** rilascia l'attestazione di congruità entro 10 giorni dalla richiesta da parte del committente, dell'impresa affidataria o del soggetto da esso delegato (art.4 DM 143/2021).

LAVORI PUBBLICI

È richiesta dal committente o dall'impresa affidataria in occasione della presentazione dell'ultimo stato di avanzamento dei lavori (SAL) da parte dell'impresa, prima di procedere al saldo finale dei lavori.

LAVORI PRIVATI

Deve essere dimostrata prima dell'erogazione del saldo finale da parte del committente. A tal fine, l'impresa affidataria presenta l'attestazione riferita alla congruità dell'opera complessiva.

La Cassa Edile TERRITORIALMENTE COMPETENTE è quella della provincia dove ha SEDE IL CANTIERE

ASSENZA DI CONGRUITÀ ED EFFETTI SUL DURC ON-LINE (1)

Nel caso in cui non sia possibile attestare la congruità, la Cassa Edile/Edilcassa comunica all'impresa affidataria le difformità riscontrate, invitandola a regolarizzare la posizione entro 15 giorni.

L'impresa dimostra il raggiungimento della percentuale di incidenza della manodopera, esibendo idonea documentazione attestante costi non registrati presso la Cassa Edile.

L'impresa versa alla Cassa Edile la differenza di costo del lavoro necessaria a raggiungere la percentuale di congruità.

E' consentito uno scostamento pari o inferiore al 5% della percentuale di incidenza della manodopera rispetto agli indici di congruità → Idonea dichiarazione del DL che giustifichi tale scostamento

ASSENZA DI CONGRUITÀ ED EFFETTI SUL DURC ON-LINE (2)

La regolarizzazione nel termine previsto consente il rilascio dell'attestazione di congruità.

Decorso il predetto termine di 15 giorni, in assenza di regolarizzazione, l'esito negativo della verifica di congruità viene comunicato al soggetto interessato, indicando gli importi a debito e le irregolarità riscontrate.

A seguito di ciò la competente Cassa Edile provvede ad iscrivere l'impresa affidataria nella Banca nazionale delle imprese irregolari (BNI), con effetto negativo sul successivo DURC.

RIEPILOGO PER TIPOLOGIE DI SUBAPPALTO

Riepilogo

Novità	
Limite 40% e 30% (sios)	Sino al 31 maggio 2021
Limite 50% (anche se sios) - no subappalto prevalenza categoria/prestazione principale	Dal 1 giugno al 31 ottobre 2021
Limite libero (no subappalto prevalenza categoria/prestazione principale)	Dal 1 novembre 2021
Divieto cessione contratto	Sempre
Limite ribasso 20% subappalto	Sino al 31 maggio 2021
Limite Sios - Superspecialistiche (non oltre il 50% del totale, fermo rimanendo 30%)	Sino al 31 ottobre 2021
Limite SIOS - Superspecialistiche (abrogazione comma 5 - quindi decide ente)*	Dal 1 novembre 2021
Responsabilità solidale appaltatore/sub	Dal 1 novembre 2021
Durc congruità manodopera	Dal 1 novembre 2021

Rimangono fermi i seguenti principi
Art. 83 Dlgs 50/2016 - mandataria deve eseguire prestazioni in misura maggioritaria
Art. 89 Dlgs 50/2016 - no avvalimento SIOS se > 10%
*Attenzione rimane DM 248/2016 che dovrà certamente essere modificato, non ci saranno due limite non cumulabili (50% + 30%)

Declinazione dell’istituto

1. Subappalto «facoltativo» (ordinario);
2. Subappalto «limitato» (SIOS);
3. Subappalto «necessario» (qualificante);
4. Attività che non costituiscono subappalto (2%);
5. Cottimo;
6. Vedi slide 7

In breve (fermo restando le modifiche in sede di conversione del DL 77/2021):

1. **Subappalto «facoltativo»** (ordinario)
   Il subappalto facoltativo è quello previsto dall'articolo 105, comma 2, del Codice e che:
   a) sino al 31 maggio 2021 poteva essere autorizzato per un importo massimo del 40% dell'importo di contratto.
   b) dal 1 giugno 2021 al 31 ottobre 2021 può essere autorizzato per un importo massimo del 50% dell'importo di contratto (il regime temporaneo è tutt'altro che chiaro).
   c) dal 1 novembre 2021 (in esecuzione anche delle disposizioni della Corte di Giustizia), il limite è abrogato e viene declinato alle stazioni appaltanti con alcune precisazioni importanti, ovvero:
   -il contratto non può essere ceduto per intero e nemmeno può essere subappaltata per intero la categoria prevalente (principio in vigore già dal 1 giugno 2021);
   -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** (eliminato sin dal 1 giugno 2021 il limite del 20% del ribasso tra appaltatore e subappaltatore);
   -Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto (dal 1 novembre 2021, quindi parità di responsabilità rispetto alla stazione appaltante e non più responsabilità univoca del solo appaltatore)

2. **Subappalto «limitato»**.

Il subappalto limitato concerne la fattispecie nella quale (negli appalti di lavori) la categoria prevalente, oppure una o più d'una delle categorie scorporabili, sono riconducibili all'elenco di cui al DM. 248 del 2016 (attuativo dell'art. 89, comma 11, del Codice) e solo se queste sono di importo superiore al 10% dell'importo del contratto (c.d. «s.i.o.s.»).

Anche in relazione a tale fattispecie, in ragione del DL 77/2021 si possono avere i seguenti regimi normativi:

a) Sino al 31 maggio 2021 ai sensi dell'art. 105, comma 5, del Codice, per queste categorie il subappalto è «limitato» al 30% dell'importo della singola categoria, non può essere suddiviso o frazionato in più contratti di subappalto (a meno che vi siano ragioni dimostrabili), cosi come stabilito dal DM 248/2016;

b) Dal 1 giugno 2021 al 31 ottobre 2021 la norma transitoria è tutt'altro che chiara. Si spera che in sede di conversione sia chiarito se rimane fermo il 30% previsto dal DM 248/2016. L'interpretazione più logica è che il subappalto non possa superare il 50% dell'importo complessivo di contratto anche in deroga al comma 5 dell'art. 105 (che consentirebbe di escludere le SIOS – in combinato con il DM 248/2016 – dal computo totale del limite consentito). Ovvero SIOS o non SIOS non si può superare il 50%. La SIOS rimane al 30% ma in ogni caso non si può superare il 50% dell'importo complessivo di contratto.

c) Dal 1 novembre 2021 viene abrogato il comma 5 dell'art. 105 (limite del 30% alle SIOS) e viene sostanzialmente come indicato sopra relegato alla stazione appaltante la scelta di limitare e come l'affidamento in subappalto, come sopra esposto. Il tutto (dice il nuovo comma 1 dell'art. 105) "*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*"

3. **Subappalto «necessario»** (qualificante)

Il subappalto necessario (o qualificante) si realizza nel caso in cui l'appaltatore difetti dei requisiti necessari per realizzare una o più prestazioni dell'appalto, motivo per cui è obbligato a subappaltarle ad un'impresa in possesso di quegli stessi requisiti. Dal 1 novembre tale istituto viene di fatto depotenziato.

4. **Attività che non costituiscono subappalto**

La fattispecie che secondo il Codice non costituisce subappalto è quella dei contratti similari (art. 105, commi 2 e 3). Nulla cambia.

5. **Cottimo.**

La definizione di Cottimo è riporta all'art. 3, lett. gggg-undecies, del Codice e consiste (in genere) nell'affidamento della sola lavorazione, al netto dei materiali, apparecchiature e mezzi d'opera. Quindi, per essere concreti, se devo realizzare una lavorazione di "intonacatura, stuccatura e tinteggiatura" (di valore pari ad Euro 200.000), la stessa comprende:

materiale (malte da intonaco, ecc) + manodopera (160.000+40.000 = 200.000).

Il cottimista – secondo la giurisprudenza - deve essere qualificato per i lavori complessivi (200.000), ma ai fini dell'incidenza della quota subappaltabile vale l'importo della sola lavorazione (40.000). Nulla cambia.

Il subappalto e le verifiche del DL/DEC

Il subappalto, od il sub-contratto assimilato, non autorizzato è sanzionato sia penalmente che civilmente, come sopra indicato.

Gli obblighi del RUP

Il RUP in termini generali (DM 49/2018; DLgs 50/2016; Linee Guida Anac n. 3, Nuovo Regolamento) ha il compito di verificare che il contratto sia eseguito nel rispetto delle pattuizioni, del progetto e delle norme.

In particolare, **il RUP:**

1. **svolge** un ruolo generale di impulso e controllo delle attività del DL, del CSE, del Collaudatore e dell'Esecutore;
2. **assume** decisioni proprie, emanando atti e provvedimenti nei confronti sia dei suoi ausiliari (DL, CSE e Collaudatore) sia dell'Esecutore;
3. **svolge** un ruolo accertativo ai fini dell'assunzione di decisioni da parte della stazione appaltante (es: varianti, penali, risoluzione del contratto).

Il potere di ingerenza ovviamente non è illimitato, altrimenti verrebbe annullata l'autonomia imprenditoriale dell'Esecutore in relazione all'organizzazione dei lavori, nonché l'autonomia degli altri soggetti deputati al controllo dell'opera.

L'Ente appaltante esercita tale potere, nella misura in cui si rende necessario per garantire ed assicurare la corretta esecuzione dell'opera in conformità al progetto.

D'altra parte, con riferimento al Direttore dei Lavori/DEC e al Coordinatore della Sicurezza in fase di Esecuzione, l'art. 2 e 16 del DM 49/2018 dispone chiaramente che entrambi i soggetti operano **"in piena autonomia":**

- **il primo** in ordine al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'intervento;
- **il secondo**, individuato nel Direttore Operativo, al riguardo delle funzioni previste in ambito di applicazione delle misure di sicurezza ai sensi del D.Lgs. 81/08.

È importante, quindi, che il RUP assuma sin da subito il controllo della gestione dell'opera, atteso che l'art. 2, comma 1, e l'art. 16 del DM 49/2018 impone allo stesso:

- di **impartire** le istruzioni al DL occorrenti a garantire la regolarità dei lavori;
- di **fissare** l'ordine da seguirsi nella loro esecuzione, quando questo non sia regolato dal contratto;
- di **stabilire**, in relazione all'importanza dei lavori, la periodicità con la quale il Direttore dei Lavori è tenuto a presentare un rapporto sulle principali attività di cantiere e sull'andamento delle lavorazioni.

Pertanto, sulla base delle norme del DM 49/2018 e delle linee guida Anac si rinvengono per il RUP i seguenti obblighi in ambito di subappalto:

→**provvedere**, sentito il DL/DEC e il CSE, a verificare che l'esecutore corrisponda gli oneri della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso;

→**adottare** gli atti di competenza a seguito delle iniziative e delle segnalazioni del CSE al riguardo dei subappaltatori, sentito il DL/DEC se le due figure non coincidono;

→**tenere in conto** le eventuale proposte integrative del PSC formulate dalle imprese subappaltatrici, richiedendo l'immediata revisione del Piano al CSE;

→**trasmettere** agli organi competenti dell'amministrazione aggiudicatrice, sentito il DL/DEC, la proposta del CSE di sospensione, allontanamento dei subappaltatori;

→**accertare**, con l'ausilio del direttore dei lavori,che le prestazioni oggetto di contratto di avvalimento siano svolte dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria;

DECRETO 7 marzo 2018 , n. 49

Art. 7 (art 20 per servizi e forniture)
Verifica del rispetto degli obblighi dell'esecutore e del subappaltatore

1. Con riferimento ai lavori affidati in subappalto, il direttore dei lavori, con l'ausilio dei direttori operativi e degli ispettori di cantiere, ove nominati, svolge le seguenti funzioni:

a) verifica la presenza in cantiere delle imprese subappaltatrici autorizzate, nonché dei subcontraenti, che non sono subappaltatori, i cui nominativi sono stati comunicati alla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 105, comma 2, del codice;

b) controlla che i subappaltatori e i subcontraenti svolgano effettivamente la parte di prestazioni ad essi affidata nel rispetto della normativa vigente e del contratto stipulato;

c) registra le contestazioni dell'esecutore sulla regolarità dei lavori eseguiti dal subappaltatore e, ai fini della sospensione dei pagamenti all'esecutore, determina la misura della quota corrispondente alla prestazione oggetto di contestazione;

d) provvede, senza indugio e comunque entro le ventiquattro ore, alla segnalazione al RUP dell'inosservanza, da parte dell'esecutore, delle disposizioni di cui all'articolo 105 del codice.

Pertanto qualora il direttore dei lavori rilevi la presenza di subappalti non autorizzati (reato perseguibile penalmente ai sensi dell'art. 21, l. n. 646 del 1982), o di espedienti finalizzati ad aggirare gli istituti consentiti dalla legge (ad esempio distacchi illeciti) è tenuto a segnalare il fatto, sia al RUP (il quale valuterà se segnalare all'autorità giudiziaria.

Da quanto appena esposto ne pertiene che dove il direttore dei lavori/DEC accerti che sono in corso di esecuzione subappalti non autorizzati ovvero che alcuni subappaltatori stanno eseguendo prestazioni non ricomprese nel proprio contratto di subappalto – fattispecie assimilabile al subappalto non autorizzato – può limitarsi a rappresentare tale circostanza al responsabile unico del procedimento, atteso che questi è pubblico ufficiale ed ha anch'egli un obbligo di denuncia; sarà poi il responsabile unico del procedimento a dover presentare denuncia all'autorità giudiziaria o alle autorità di pubblica sicurezza.

Difatti il citato disposto dell'art. 7, comma 1, lett. d) come l'art. 16 del D.M. 49/2018, prevede specificatamente che il direttore dei lavori/DEC debba segnalare al responsabile unico del procedimento l'eventuale inosservanza da parte dell'appaltatore della disposizioni contenute nell'art. 105, codice dei contratti.

Inoltre, sempre nel D.M 49/2018, al citato art. 7, comma 2, e art. 16, viene espressamente stabilito **l'obbligo per il direttore dei lavori di coadiuvare il RUP, nello svolgimento delle attività di verifica** dei requisiti di capacità tecnica, ai sensi dell'articolo 89, comma 9, del codice in caso di ricorso all'**istituto dell'avvalimento** da parte dell'esecutore, ossia dalla norma ai sensi della quale, in relazione a ciascun affidamento, la stazione appaltante deve eseguire, durante l'esecuzione, le verifiche circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché in ordine all'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto.

Il disposto della norma primaria richiamata nei citati art. 7 e 16 dispone che il responsabile unico del procedimento debba accertare in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto di appalto. Il responsabile unico del procedimento, inoltre, ha l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni di cui all'art. 52, codice dei contratti pubblici e quelle relative all'esecuzione dei lavori.

Risulta quindi evidente che la disposizione contenuta negli artt. 7 e 16 integra quella contenuta nell'art. 89, comma 9, del D.Lgs. 50/2016, che attribuiva al solo responsabile unico del procedimento ogni accertamento finalizzato a verificare che le prestazioni oggetto del contratto di avvalimento siano realmente eseguite dall'impresa ausiliaria e che il contratto di avvalimento non sia un mero strumento formale volto solo a consentire all'impresa ausiliata di partecipare alla gara e restare aggiudicataria di essa.

DECRETO 7 marzo 2018 , n. 49

Art.3 (art 17 per servizi e forniture)
Gli strumenti per l'esercizio dell'attività di direzione e controllo

1. Il direttore dei lavori impartisce all'esecutore tutte le disposizioni e le istruzioni operative necessarie tramite ordini di servizio, che devono essere comunicati al RUP, nonché annotati, con sintetiche motivazioni, che riportano le ragioni tecniche e le finalità perseguite alla base dell'ordine, nel giornale dei lavori con le modalità di cui all'articolo 15. L'esecutore è tenuto ad uniformarsi alle disposizioni contenute negli ordini di servizio, fatta salva la facoltà di iscrivere le proprie riserve.
2. Il direttore dei lavori controlla il rispetto dei tempi di esecuzione dei lavori indicati nel cronoprogramma allegato al progetto esecutivo e successivamente dettagliati nel programma di esecuzione dei lavori di cui all'articolo 1, comma 1, lettera *f)* .
3. Nei casi in cui non siano utilizzati strumenti informatici per il controllo tecnico, amministrativo e contabile dei lavori, nel tempo strettamente necessario a consentire alle stazioni appaltanti di dotarsi dei mezzi necessari per una completa digitalizzazione ai sensi dell'articolo 15, gli ordini di servizio devono comunque avere forma scritta e l'esecutore deve restituire gli ordini stessi firmati per avvenuta conoscenza.

PROROGHE

Modifiche alla legge 120/2020 – Primo Decreto semplificazioni

Proroghe al 30/6/2023

-DISPOSIZIONI IN TEMA DI VERIFICHE ANTIMAFIA (INFORMATIVA liberatoria) per affidamenti sottoglia.

-DISCIPLINA DEROGATORIA IN TEMA DI SOSPENSIONI DEI LAVORI ed OPERATIVITÀ DEL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO, con alcune novità

-È SEMPRE AUTORIZZATA consegna in via d'urgenza;

-L'OBBLIGO DI SOPRALLUOGO È POSSIBILE SOLO OVE SIA STRETTAMENTE INDISPENSABILE in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare;

Modifiche alla legge 120/2020 – Primo Decreto semplificazioni

Proroghe al 30/6/2023

- IN RELAZIONE ALLE PROCEDURE ORDINARIE, si applica la riduzione dei termini per ragioni di urgenza, senza necessità di motivazione alcuna;

- RESPONSABILITÀ ERARIALE, di cui all'articolo 21, comma 2, del decreto n. 76/2020, che limita la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti ai soli casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta sia dolosamente voluta. NO COLPA GRAVE. Si ricorda che tale limitazione non trova applicazione per i danni cagionati da omissione ed inerzia del pubblico funzionario.

Modifiche alla legge 55/2019 – Sblocca cantieri.

TERNA SUBAPPALTATORI → viene prorogata **fino al 31 dicembre 2023** la sospensione dell'obbligo di indicazione in gara **della terna dei subappaltatori**, disposta dal Dl "Sblocca-cantieri" (n. 32/2019).
NORMA CHE VERRA' ABROGATA ***dall'articolo 8, comma 1, lettera c), della legge europea approvata dal Senato e in discussione alla Camera, di prossima approvazione definitiva nel 2021)***

Proroghe al 30 giugno 2023

-SOSPENSIONE DELL'OBBLIGO PER I COMUNI NON CAPOLUOGO DI PROVINCIA DI AVVALERSI DELLE CENTRALI DI COMMITTENZA, PERÒ LIMITATAMENTE ALLE PROCEDURE NON AFFERENTI AGLI INVESTIMENTI PUBBLICI FINANZIATI CON RISORSE PNRR. Nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate all' articolo 37, comma 4, del Codice, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di province.

Proroghe al 30 giugno 2023

-SOSPENSIONE DELL'OBBLIGO DI RICORSO, da parte delle stazioni appaltanti, ai commissari "esterni" iscritti all'apposito albo tenuto dall'ANAC;

-SOSPENSIONE DEL DIVIETO DI APPALTO CONGIUNTO DELLA PROGETTAZIONE E DELL'ESECUZIONE di lavori (cd "integrato");

-POSSIBILITÀ PER LA PA DI PREVEDERE IN FASE DI GARA L'INVERSIONE PROCEDIMENTALE, aprendo prima le offerte e poi verificando i requisiti dei concorrenti;

-SOSPENSIONE DEL DIVIETO DI ISCRIVERE RISERVA su aspetti progettuali.

Infine la possibilità di AFFIDARE I CONTRATTI DI LAVORI DI MANUTENZIONE ORDINARIA E STRAORDINARIA, ad esclusione degli interventi di manutenzione straordinaria che prevedono il rinnovo o la sostituzione, sulla base di un progetto definitivo "alleggerito" e possibilità di iniziare i lavori a prescindere dall'avvenuta redazione e approvazione del progetto esecutivo → **proroga sino al 31 dicembre 2023**

ULTERIORI NOVITA' PER OPERE FINANZIATE PNRR

NORME SPECIFICHE PER PNRR

Art. 46: ***Modifiche alla disciplina del dibattito pubblico***

Art. 47: ***Pari opportunità, generazionali e di genere, nei contratti pubblici PNRR e PNC***

ART. 48: ***Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC***

ART. 50: ***Semplificazioni in materia di esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC***

NORME SPECIFICHE PER PNRR

Art. 47: ***Pari opportunità, generazionali e di genere, nei contratti pubblici PNRR e PNC*** (Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR)

Al fine di perseguire le finalità relative alle pari opportunità, generazionali e di genere, si prevede l'applicazione agli interventi del PNRR e del PNC delle seguenti disposizioni:

a) gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, di cui all'art. 46 del D.lgs. n. 198/2006 – ossia, le aziende pubbliche e private che occupano oltre cento dipendenti - producono, a pena di esclusione, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali alla consigliera e al consigliere regionale di parità;

b) gli operatori economici diversi da quelli di cui alla lettera a) e che occupano un numero pari o superiore a 15 dipendenti, entro sei mesi dalla conclusione del contratto sono tenuti a consegnare alla stazione appaltante una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile, da trasmettere contestualmente alle rappresentanze sindacali aziendali alla consigliera e al consigliere regionale di parità;

NORME SPECIFICHE PER PNRR

c) le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne;

d) è requisito necessario dell'offerta l'assunzione dell'obbligo di assicurare una quota pari almeno al 30 per cento delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, all'occupazione giovanile e femminile. Ulteriori misure premiali possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che:

1. nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, non risulti destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori;
2. utilizzi o si impegni a utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro;
3. si impegni ad assumere, oltre alla soglia minima percentuale prevista come requisito di partecipazione, giovani con età inferiore a trentasei anni, e donne per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali;
4. abbia, nell'ultimo triennio, rispettato i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere;

NORME SPECIFICHE PER PNRR

ART. 48: ***Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC***

a) possibilità di innalzare l'importo dell'anticipazione del prezzo contrattuale fino al 30% (decreto c.d. "Rilancio", n. 34/2020);
b) nomina di un RUP, per ogni procedura, con il compito di validare e approvare ciascuna fase progettuale e di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera, con propria determinazione adeguatamente motivata, fermo restando l'attività di verifica che rimane in capo ai soggetti di cui all'articolo 26, comma 6, del Codice;
c) possibilità di ricorrere alla **procedura negoziata con invito a 5 operatori** quando, per ragioni di urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR, del PNC, nonché dei programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea;
d) in caso di impugnazione delle procedure di affidamento, relative agli interventi per cui è richiesto il parere del Consiglio Superiore dei lavori pubblici (su cui vedi dopo, *sub* punto g), applicazione delle disposizioni processuali relative alle infrastrutture strategiche, le quali, in sintesi, rendono più difficile l'accoglimento della domanda cautelare e limitano la caducazione del contratto, favorendo il risarcimento per equivalente;

NORME SPECIFICHE PER PNRR

ART. 48: ***Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC***

a) possibilità di innalzare l'importo dell'anticipazione del prezzo contrattuale fino al 30% (decreto c.d. "Rilancio", n. 34/2020);
b) nomina di un RUP, per ogni procedura, con il compito di validare e approvare ciascuna fase progettuale e di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera, con propria determinazione adeguatamente motivata, fermo restando l'attività di verifica che rimane in capo ai soggetti di cui all'articolo 26, comma 6, del Codice;
c) possibilità di ricorrere alla **procedura negoziata con invito a 5 operatori** quando, per ragioni di urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR, del PNC, nonché dei programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea;
d) in caso di impugnazione delle procedure di affidamento, relative agli interventi per cui è richiesto il parere del Consiglio Superiore dei lavori pubblici (su cui vedi dopo, *sub* punto g), applicazione delle disposizioni processuali relative alle infrastrutture strategiche, le quali, in sintesi, rendono più difficile l'accoglimento della domanda cautelare e limitano la caducazione del contratto, favorendo il risarcimento per equivalente;

NORME SPECIFICHE PER PNRR

ART. 48: ***Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC***

e) possibilità di ricorso all'appalto congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori, anche ponendo a base di gara il progetto di fattibilità tecnica ed economica (c.d. **appalto integrato complesso**). In tale caso:
- ✓ sul progetto di fattibilità tecnica ed economica posto a base di gara, è sempre convocata la Conferenza di servizi;
- ✓ l'affidamento avviene mediante acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, ovvero, in alternativa, mediante offerte aventi a oggetto la realizzazione del progetto definitivo, del progetto esecutivo e il prezzo;
- ✓ in entrambi i casi, l'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori;
- ✓ in ogni caso, alla conferenza di servizi indetta ai fini dell'approvazione del "definitivo" partecipa anche l'affidatario, che provvede, ove necessario, ad adeguare il progetto;
- ✓ entro cinque giorni dall'aggiudicazione ovvero dalla presentazione del progetto definitivo da parte dell'affidatario, qualora lo stesso non sia stato acquisito in sede di gara, il RUP avvia le procedure per l'acquisizione dei pareri e degli atti di assenso necessari per l'approvazione del progetto.

f) le stazioni appaltanti, nel bando di gara o nella lettera di invito, possono prevedere l'assegnazione di un punteggio premiale per l'uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (c.d. BIM);

NORME SPECIFICHE PER PNRR

ART. 48: ***Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC***

e) possibilità di ricorso all'appalto congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori, anche ponendo a base di gara il progetto di fattibilità tecnica ed economica (c.d. **appalto integrato complesso**). In tale caso:
- ✓ sul progetto di fattibilità tecnica ed economica posto a base di gara, è sempre convocata la Conferenza di servizi;
- ✓ l'affidamento avviene mediante acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, ovvero, in alternativa, mediante offerte aventi a oggetto la realizzazione del progetto definitivo, del progetto esecutivo e il prezzo;
- ✓ in entrambi i casi, l'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori;
- ✓ in ogni caso, alla conferenza di servizi indetta ai fini dell'approvazione del "definitivo" partecipa anche l'affidatario, che provvede, ove necessario, ad adeguare il progetto;
- ✓ entro cinque giorni dall'aggiudicazione ovvero dalla presentazione del progetto definitivo da parte dell'affidatario, qualora lo stesso non sia stato acquisito in sede di gara, il RUP avvia le procedure per l'acquisizione dei pareri e degli atti di assenso necessari per l'approvazione del progetto.

f) le stazioni appaltanti, nel bando di gara o nella lettera di invito, possono prevedere l'assegnazione di un punteggio premiale per l'uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (c.d. BIM);