

LABORATORIO OPERATIVO: il subappalto



avv. Rosario Scalise

www.avvocatodicantiere.it

avv. Fabrizio Colasurdo

12 giugno 2024

Contenuti coperti da diritto di autore

Definizione di «Subappalto» → Confermata la riforma della Legge 108/2021 e smi-

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

Il contratto di subappalto, quindi, ha natura derivata dall'originario rapporto stipulato tra l'appaltatore e la stazione appaltante ed è pertanto "accessorio" al medesimo.

ATTENZIONE

L'art. 119 del DLgs 36/2023 definisce il subappaltatore colui che esegue parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con **organizzazione di mezzi e rischi propri.**

Per quanto concerne l'ambito dei contratti pubblici, il subappalto è soggetto al **consenso nonché all'autorizzazione formali della stazione appaltante.**

I medesimi principi, si rinvengono, seppure in termini più generici, nel Codice Civile (il quale come previsto dall'art. 12 del DLgs 36/2023, costituisce un punto di riferimento nell'esecuzione del contratto di appalto).

Definizione di «Subappalto» → Confermata la riforma della Legge 108/2021 e smi

Il Codice Civile, in particolare, non prevede una specifica definizione del Subappaltatore, limitandosi a statuire che l'Appaltatore non può affidare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio senza l'autorizzazione del committente (art. 1656): *“L'appaltatore **non può dare in subappalto** l'esecuzione dell'opera o del servizio, **se non è stato autorizzato dal committente**”*.

Sempre il Codice Civile, inoltre, definisce l'appalto (art. 1655) come *“... il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione **dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio**, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro”*.

Codice civile -> no limiti quantitativi

Definizione di «Subappalto» → Confermata la riforma della Legge 108/2021 e smi

Il subappalto è un contratto derivato (o subcontratto), in quanto con esso l'appaltatore incarica un terzo (subappaltatore) di eseguire, in tutto o in parte, l'opera o il servizio che egli ha assunto sicché allo stesso in genere si applica, quale contratto derivato, la stessa disciplina del contratto base, non diversamente da quanto avviene negli altri subcontratti.

Cassazione, quinta sezione, numero 33702 del 16 novembre 2022.

Definizione di «Subappalto» → Confermata la riforma della Legge 108/2021 e smi-

Il contratto di subappalto, **pur afferendo ad un rapporto autonomo** rispetto a quello principale (stipulato tra stazione appaltante ed appaltatore), è sottoposto ad ingerenza della medesima stazione appaltante ed abbia, quindi, **chiari risvolti pubblicistici**.

NOTA BENE

Il contratto di subappalto:

- a) E' un contratto **strutturalmente distinto** da quello principale ed è disciplinato essenzialmente dal codice civile;
- b) E' **autonomo** rispetto a quello principale stipulato dall'appaltatore con la stazione appaltante;
- c) Tuttavia, pur nella sua autonomia, la **sua esistenza e validità è condizionata dalle norme pubblicistiche** contenute nell'art. 119 del DLgs 36/2023.
- d) Determina in capo al subappaltatore **il rischio** del risultato e l'obbligo di operare con mezzi e personale propri.

Il rapporto tra appaltatore e subappaltatore è regolato dal Codice Civile **ed ha natura privatistica**; tuttavia in ragione della finalità del rapporto - che è quella di consentire ad un terzo di realizzare parte di una opera pubblica –**la stazione appaltante ha il diritto di imporre precise condizioni ai fini della relativa autorizzazione**.

Regimi normativi → Dal DLgs 163/2006 ad oggi

L'istituto del subappalto, nel corso del tempo, ha subito numerose e rilevanti modifiche, con particolare riferimento al limite quantitativo e percentuale della quota subappaltabile:

Nel DLgs 163/2006, il subappalto era consentito nei limiti del **30%** categoria prevalente e del 100% delle categorie scorporabili;

Nel DLgs 163/2006, a seguito della modifica introdotta con la Legge 106/2011, il subappalto era consentito nel limite del **20%** per gli affidamenti lavori sotto soglia (art 122, comma 7 – procedura negoziata).

Nel DLgs 50/2016, il subappalto è stato fortemente limitato prevedendo quale quota massima il 30% dell'importo complessivo dell'appalto.

Con il DM 248/2016, il subappalto delle categorie di lavori ad elevata specializzazione (SIOS) è stato limitato al 30%, nel caso di importo delle singole lavorazioni superiori al 10% dell'importo appalto.

Con il D.L. «Sblocca cantieri» 32/2019, il subappalto è stato esteso sino al 50% dell'importo complessivo dell'appalto.

In sede di conversione del D.L. «Sblocca cantieri» (Legge 55/2019) il subappalto è stato esteso sino al 50% dell'importo complessivo dell'appalto (Si trattava comunque di un regime transitorio).

Oggi 5 regimi contrattuali

- DLgs 163/2006
- DLgs 50/2016
- Sblocca cantieri
- Sblocca cantieri convertito
- DLgs 36/2023

Regimi normativi → Dal Dlgs 163/2006 ad oggi

Tuttavia, 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 C-402/18).

La Corte in tali decisioni ha precisato come “*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*”

Nella sostanza, la Corte ha statuito come **non sia legittimo stabilire “a priori” un limite quantitativo** al subappalto, fisso ed invariabile. Tale principio è stato fatto proprio dalla giurisprudenza nazionale in diverse pronunce, sino ad annullare diversi bandi di gara che stabilivano il limite del 40% (o del 30%) alle prestazioni da subappaltare.

In considerazione delle statuizioni della Corte di Giustizia, il legislatore è intervenuto, quindi, per adeguare la normativa al principio sopra esposto; ha pertanto emanato la **legge 108/2021** (recante: *Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*) introducendo rilevanti modifiche all'art. 105 del DLgs 50/2016, confermate, oggi, nell'art. 119 DLgs 36/2023.

Elementi generali e limiti → Art. 119

È nullo l'accordo con il quale viene affidato a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o delle lavorazioni appaltate (art 119, comma 1)



Conferma del divieto di cessione del contratto già previsto nelle previgenti discipline

La **categoria prevalente non può essere** affidata in subappalto in misura superiore al 49,99%.

Nei **servizi/forniture il limite è per i contratti ad alta intensità di manodopera** (gli altri ?)

(art. 119, comma 1)



Conferma del principio introdotto con la Legge 108/2021. E' sempre possibile indicare, nella Decisione a contrarre, un limite inferiore, nel rispetto dei principi generali del DLgs 36/2023 (articoli 1, 2 e 3) motivandolo per ragioni legate a: sicurezza, lavorazioni specialistiche, specifiche caratteristiche dei lavori, prestazioni o loro complessità.

Elementi generali e limiti → Art. 119

Le **categorie scorporabili**, possono essere subappaltate per intero, se non è previsto uno specifico divieto negli atti di gara. Così **per le prestazioni secondarie, accessorie nei servizi/forniture**
(art. 119, comma 2)

Conferma del principio introdotto con la Legge 108/2021. Nella Decisione a contrarre può essere stabilito un limite, da motivare con riferimento alla sicurezza nei cantieri, alle lavorazioni specialistiche (art. 104, comma 11), alle specifiche caratteristiche dei lavori, servizi, forniture e la loro complessità

Le lavorazioni di **notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità (c.d. sios)** costituiscono categorie di lavorazioni del tutto simili alle altre.
Così come le prestazioni **di forniture (installazioni) e servizi alto contenuto tecnologico**
(art. 119, comma 2- art. 104, comma 11)

Conferma del principio introdotto con la Legge 108/2021. Il RUP può tuttavia ritenere che – ai sensi dell'art. 104, comma 11 - determinate prestazioni di tale natura siano eseguite solo dall'appaltatore (o da un componente del RTI), oppure disporre limiti quantitativi.

Elementi generali e limiti → Art. 119

Il subappaltatore opera “**con organizzazione di mezzi e rischio a carico proprio**”
(art. 119, comma 2)

Principio introdotto con il D.Lgs 36/2023 (già statuito dalla giurisprudenza). La precisazione ha la finalità di distinguere, in modo più chiaro, il contratto di subappalto dagli altri contratti simili (es: distacco).

Il subappaltatore deve garantire per le prestazioni a lui affidate **il medesimo trattamento economico e normativo che avrebbe garantito** l'appaltatore ai suoi dipendenti
(art. 119, comma 12)

Rispetto alla disciplina previgente, il D.Lg 36/2023 precisa che il lavoratore autonomo (per non essere considerato subappaltatore) deve intervenire unicamente per l'esecuzione di prestazioni secondarie, sussidiarie ed accessorie.

Elementi generali e limiti → Art. 119

Il subappaltatore e l'appaltatore sono responsabili **in solido** per le prestazioni affidate in subappalto
(art. 119, comma 6)

Conferma del principio introdotto con la Legge 108/2021. La previsione si applica solo alle attività che coincidono con l'oggetto dell'appalto, oppure che riguardino la categoria prevalente/prestazione principale e siano incluse nell'oggetto sociale dell'appaltatore.

L'art. 119, comma 6, del DLgs 36/2023, nel confermare le previsioni della Legge 108/2021, stabilisce che

Art. 119, comma 6, del DLgs 36/2023

Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto.

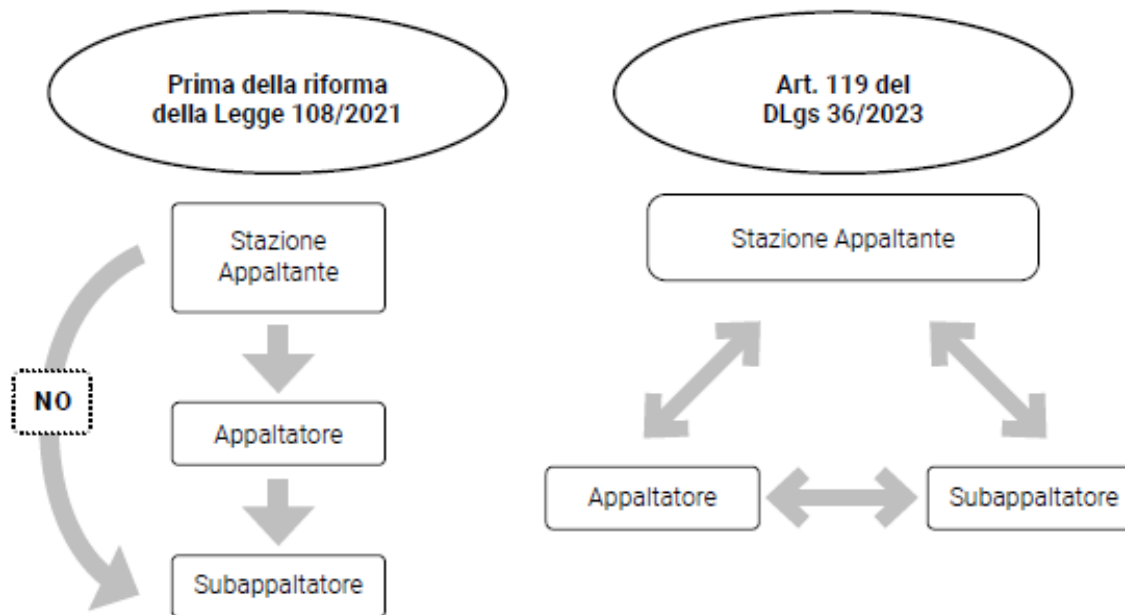
La disposizione prevede, quindi, due fattispecie di responsabilità solidale:

- a) quella inerente alle prestazioni affidate in subappalto;
- b) quella riferita agli obblighi di natura retributiva e contributiva.

Elementi generali e limiti → Art. 119

Il subappaltatore e l'appaltatore sono responsabili **in solido** per le prestazioni affidate in subappalto
(art. 119, comma 6)

Conferma del principio introdotto con la Legge 108/2021. La previsione si applica solo alle attività che coincidono con l'oggetto dell'appalto, oppure che riguardino la categoria prevalente/prestazione principale e siano incluse nell'oggetto sociale dell'appaltatore.



Elementi generali e limiti → Art. 119

Il subappalto può subappaltare le prestazioni a lui affidate ad un altro subappaltatore (c.d. **subappalto a cascata**)
(art. 119, comma 17)

Istituto introdotto con il D.Lgs 36/2023 (già statuito dalla giurisprudenza). E' sempre possibile vietare o limitare, nella Decisione a contrarre il divieto di ulteriore subappalto motivandolo per ragioni legate a: sicurezza, lavorazioni/prestazioni servizi e forniture specialistiche specifiche caratteristiche dei lavori o loro complessità;

E' esteso il **pagamento diretto a tutti i subcontratti** che non costituiscono subappalto.
(art. 119, comma 11)

Modifica introdotta con il D.Lgs 36/2023 (già statuito dalla giurisprudenza).

Cosa «non è» subappalto ? → Art. 119

1. SUBAPPALTO - Consiste nell'affidamento di parte dell'opera ad un operatore qualificato. Il subappaltatore interviene nel processo produttivo realizzando una parte dei lavori oggetto del contratto principale. Trattasi di un contratto di natura privatistica con risvolti pubblicistici – **Lavori, servizi, Forniture**

2.FORNITURA - L'operatore offre un prodotto/prestazione che verrà utilizzata dall'appaltatore nel processo produttivo (consiste nel fornire e vendere un bene da inserire nel lavoro e processo produttivo). Es: fornitura di calcestruzzo, di ferro per armatura, di prefabbricati, di serramenti. Il fornitore quindi non interviene nella fase di realizzazione, mediante il proprio apporto di manodopera. **Lavori**

3. NOLO A FREDDO -L'operatore «affitta» un mezzo oppure un'attrezzatura, senza conducente. Es: nolo di una fresa, di un escavatore (senza autista). Nella sostanza quindi l'affitto del bene non prevede il coinvolgimento del proprietario dello stesso nella sua manovra ed utilizzo. **Lavori, servizi, Forniture**

3.FORNITURA CON POSA IN OPERA. L'operatore fornisce un bene e provvede, anche, alla sua messa in posa. Affinché non sia da considerarsi subappalto devono sussistere 3 condizioni **Lavori**

Cosa «non è» subappalto ? → Art. 119

4. NOLO A CALDO - L'operatore mette a disposizione dell'appaltatore non solo il mezzo ma anche il soggetto che opera sul mezzo (autista, manovratore). Affinché non sia considerato subappalto devono sussistere 3 condizioni. **Lavori, servizi, Forniture**

5. IL DISTACCO - E' un istituto previsto dal Dlgs 276/2003 e smi. Nell'ambito dei cantieri pubblici, deve essere caratterizzato da "genuinità", ovvero non deve costituire uno strumento per aggirare le norme sul subappalto. Quindi se, per esempio, al distacco di personale per realizzare una muratura si aggiunge (sempre da parte dello stesso operatore) la fornitura di materiali o il nolo di macchinari per realizzare la muratura medesima, si rischia di incorrere nell'illecito, trattandosi di subappalto a tutti gli effetti. **Lavori, servizi, Forniture**

6. IL COTTIMO - La definizione di Cottimo è riportata all'art. 3, comma 1, lett. ee), dell'Allegato I.1 al DLgs 36/2023 e consiste (in genere) nell'affidamento della sola lavorazione, al netto dei materiali, apparecchiature e mezzi d'opera. **Lavori**

Cosa «non è» subappalto ? → Art. 119

7. I CONTRATTI CONTINUATIVI DI COOPERAZIONE – Consistono in attività sussidiarie e secondarie, dove (a differenza del subappalto) le prestazioni non sono svolte a favore del committente pubblico ma dell'appaltatore e solo indirettamente a favore del primo. Il contratto deve comunque preesistere alla procedura di gara. E' spesso utilizzato nell'ambito degli appalti di servizi. Esempi: contratti di manutenzione, di assistenza specialistica, di affitto sedi operative.
Lavori, servizi, Forniture

8. I LAVORATORI AUTONOMI–Sono degli operatori che si obbligano a compiere, sulla base di un corrispettivo, un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio, senza organizzazione di impresa e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente” (art. 2222 cc). **Lavori, servizi, Forniture**

Subcontratti «2%» – 50% - 100.000 euro → Art. 119

Art. 119, comma 2 del DLgs 36/2023: .. *Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare da affidare.*

SOLO PER I LAVORI

Subcontratti «2%» – 50% - 100.000 euro → Art. 119

Fornitura con posa in opera (no servizi e forniture) → 3 requisiti per essere considerato subappalto e precisamente:

a) Superiore al 2% dell'importo dell'appalto;

b) Costo manodopera > 50% dell'importo dell'appalto;

c) L'operatore fornisce un bene ma la **posa è meramente accessoria**, ovvero **non trasforma il bene** in qualcosa di diverso (fornitura di UTA con posa; fornitura di serramento con posa; → No fornitura mattoni e costruisco muro) → Posa accessoria per giurisprudenza (assemblaggio, incollatura, montaggio) cioè diretta solo a consentire l'utilizzo del bene che rimane tale.

Requisiti che sussistono
cumulativamente

Nolo a caldo (no servizi e forniture) → 3 requisiti per essere considerato subappalto e precisamente:

a) Superiore al 2% dell'importo dell'appalto;

b) Costo manodopera > 50% dell'importo dell'appalto;

c) Il nolo con operatore deve essere «una tantum» oppure motivato da specifiche esigenze che non determinano l'esecuzione di una parte dell'opera → es: nolo a caldo di 4 escavatori per realizzare lo scavo di fondazione per la realizzazione della scuola.

Requisiti che sussistono
cumulativamente

Subcontratti «2%» – 50% - 100.000 euro → Art. 119

Rimanendo ancorati, infatti, ai soli valori numerici del 2% e del 50%, l'intero appalto potrebbe essere **suddiviso e frazionato** in decine e decine di micro affidamenti, al punto di arrivare a cedere – in concreto – l'intero contratto (violando quindi quanto statuito dal comma 1 dell'art. 119 del DLgs 36/2023).

ATTENZIONE

Occorre porre attenzione ad un aspetto fondamentale: **non è ammissibile che l'unico vincolo per l'impresa esecutrice resti ancorato ai soli parametri numerici (2% e 50%)** e possa perciò tradursi in una frammentazione degli importi delle attività lavorative, con l'intento di mantenere sotto soglia i sub-contratti (così frazionati) **ed eludere la normativa in materia di subappalto**.

In tale ottica si rileva come non si possa prescindere, ai fini della qualificazione del contratto in termini di subappalto o meno, da una valutazione relativa **alla fattispecie negoziale concreta** verificando se si tratti di attività riconducibili a quelle indicate nell'art. 119, comma 2, del DLgs 36/2023; quindi se si tratti effettivamente di **fornitura con posa in opera** oppure **di nolo a caldo**. In termini generali, pertanto, come chiarito dall'ANAC (Deliberazione 3/9/2008 n. 35 - richiamata in plurime pronunce successive) e come emerge dal contesto della norma, non è possibile che gli unici due parametri, ai fini della qualificazione del rapporto quale subcontratto, siano meramente "numerici".

Cosa «non è» subappalto ? → IL DISTACCO

1 - L'ipotesi del distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa (Dlgs 276/2003 e smi).

2 - Gli attori che intervengono nel distacco, quindi, sono:

Distaccante quale datore di lavoro che mette i propri dipendenti a disposizione di un altro soggetto;

Distaccato ovvero il lavoratore che viene messo a disposizione dal datore di lavoro ad un altro soggetto;

Distaccatario ovvero colui (generalmente un datore di lavoro) presso il quale i lavoratori sono distaccati temporaneamente.

3. Nell'ambito del rapporto:

Il Distaccante deve curare il pagamento della retribuzione, il versamento dei contributi, il pagamento del premio dell'assicurazione obbligatoria presso l'inail;

Il Distaccatario deve curare gli obblighi di legge in materia di sicurezza sul luogo di lavoro.

Cosa «non è» subappalto ? → IL DISTACCO

4. Il Distacco potrebbe diventare illecito se per esempio:

a) la società distaccante oltre a “comandare” del suo personale nel cantiere del distaccatario noleggi anche macchine, attrezzature e materiali vari di lavoro, indipendentemente dal contenuto del contratto di distacco. Nella sostanza, quindi, *manodopera + mezzi/attrezzature* per realizzare interamente l’opera dell’appaltatore = possibile subappalto illecito.

b) la società distaccante oltre a “comandare” del suo personale nel cantiere del distaccatario fornisce anche i materiali occorrenti per la realizzazione del lavoro, indipendentemente dal contenuto della lettera di distacco. Nella sostanza, anche qui, *manodopera + forniture* per realizzare interamente l’opera dell’appaltatore = possibile subappalto illecito.

Cosa «non è» subappalto ? → IL COTTIMO

1. E' una forma di subappalto nel quale l'appaltatore fornisce il materiale ed il cottimista effettua la posa.
2. Quest'ultimo opera con una organizzazione tipica dell'imprenditore e deve garantire un risultato (obbligazione di risultato) ed assume i rischi connessi.
3. Il cottimista deve essere qualificato per l'opera che realizza nella sua interezza (manodopera + fornitura) e non solo per l'importo della manodopera (valutata ai fini del contratto e della quota affidabile).
4. Il cottimista, in ogni caso, è un imprenditore che fa della manodopera la sua attività principale (artigiano individuale ecc).

ATTENZIONE

Il cottimo è una particolare forma di subappalto che contempla **l'affidamento del solo "lavoro", inteso come manodopera, ad un operatore qualificato.**

E' opportuno distinguere, comunque, l'istituto del cottimo, dalla interposizione di manodopera e dal distacco.

Cosa «non è» subappalto ? → IL COTTIMO

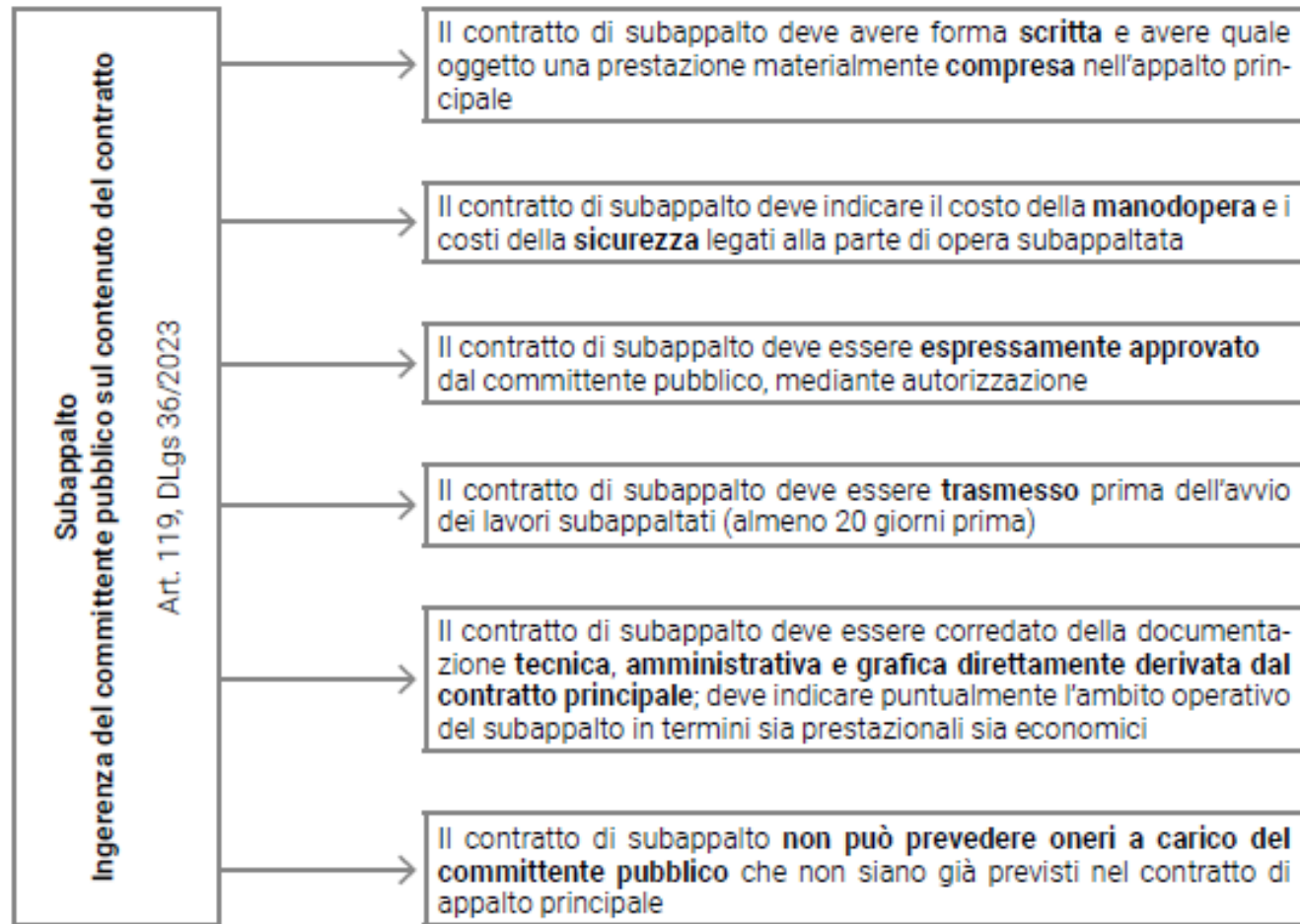
A titolo esemplificativo si ipotizzi un lavoro complessivo di Euro 200.000 di cui Euro 150.000 per il materiale ed Euro 50.000 di manodopera.

Il cottimista predisporrà le superfici da intonacare, pulendo le trame murarie, preparando le diverse tipologie di malta da intonaco (sulla base delle indicazioni della Direzione lavori) ed effettuerà la lavorazione.

Il contratto di cottimo sarà pari, quindi, ad Euro 50.000,00 (ovvero pari alla somma che effettivamente l'appaltatore pagherà per le prestazioni al cottimista).

Si ritiene, alla luce della definizione del citato art. 3 del dell'Allegato I.1 al Codice (come nell'art. 3 del previgente DLgs 50/2016) che ai fini della qualificazione e capacità tecnica si debba tenere in considerazione l'importo totale dei lavori (Euro 200.000); mentre ai fini dell'incidenza sulla quota subappaltabile si debba valutare la sola lavorazione indicata nel contratto di cottimo (Euro 50.000) in ragione della fornitura diretta dei materiali da parte dell'appaltatore.

Il contratto di subappalto → Art. 119



Il subappalto « a cascata» → Art. 119

Tale facoltà era vietata in termini espliciti nell'art. 105 del DLgs 50/2016.

Art. 105, comma 19, del DLgs 50/2016

19. L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto **non può formare oggetto di ulteriore subappalto.**

Art. 119, comma 17, del DLgs 36/2023

17. Le stazioni appaltanti indicano **nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto**, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'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.

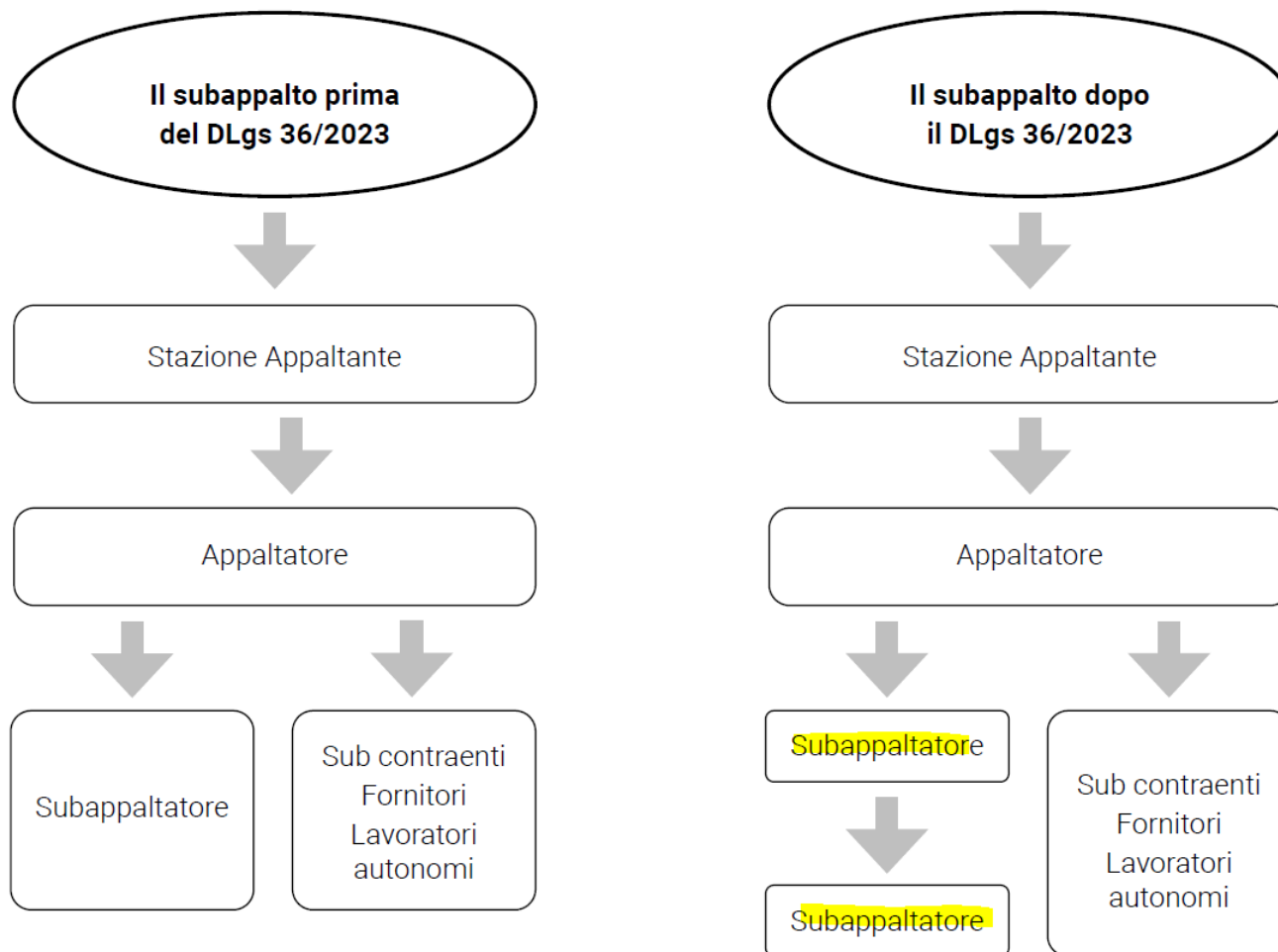
Per i contratti di appalto i cui bandi e inviti sono stati pubblicati successivamente al 1° luglio 2023, il Subappaltatore, pertanto, può affidare a terzi (salvo divieti espliciti della Stazione Appaltante), la prestazione di propria competenza.

Il subappalto « a cascata» → Art. 119

La Relazione Illustrativa al DLgs 36/2023, in merito, chiarisce che **“il nuovo comma 17”** *tende a soddisfare le prescrizioni delle direttive UE in ordine al divieto di limitazioni al ricorso al c.d. subappalto di subappalto fissate in maniera astratta, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione del carattere essenziale degli incarichi. Le limitazioni devono, pur nel rispetto necessario dei principi di trasparenza e di tutela del mercato del lavoro, essere dunque specifiche e motivate”*.

La stessa Relazione, peraltro, sottolinea che il Legislatore, nella formulazione della specifica disposizione, ha *“ritenuto di non fare rinvio alla norma generale in materia di subappalto, di cui al comma 2 dello stesso articolo, ma di prevedere uno specifico comma – appunto il comma 17 – sia per l’esigenza di rispondere puntualmente alla procedura di infrazione in corso, sia per rendere più chiara la necessità di un’ap-
posita previsione nei documenti di gara che, nel prevedere il subappalto, si occupi anche del subappalto da parte del subappaltatore”*.

Il subappalto « a cascata » → Art. 119



Il subappalto « a cascata » → Art. 119

Sorgono alcune domande operative nel merito:

- a) Il subappalto “a cascata” deve essere autorizzato e come ?**
- b) Il subappaltatore “secondario” beneficia del pagamento diretto o delle tutele previste in caso di mancato pagamento da parte dell’appaltatore ?**
- c) Quali requisiti deve dimostrare il subappaltatore “secondario” ?**
- d) Quali controlli deve effettuare il RUP (eventualmente anche a mezzo del Responsabile di Fase) ?**
- e) Quali controlli deve effettuare **il DL** ?
- f) Quali controlli deve effettuare **il CSE**? **(anche per servizi e forniture : DEC)**
- g) Il subappaltatore del subappaltatore deve anch’egli applicare, ai propri dipendenti e per le prestazioni affidate, i medesimi trattamenti normativi ed economici dell’appaltatore ?**
- g) Quali documenti deve produrre il subappaltatore secondario ?**
- h) Il subappalto del subappalto ha dei limiti ? Ovvero il subappaltatore del subappaltatore può, a sua volta, individuare un terzo subappaltatore in filiera a cascata ?**

Il pagamento → Art. 119

L'art. 119, comma 11, del Codice dei Contratti prevede che la Stazione Appaltante procede al pagamento diretto dei subappaltatori in tre casi specifici ossia:

- a) quando il subcontraente è una **microimpresa o una piccola impresa**;
- b) in caso di **inadempimento** dell'Appaltatore;
- c) su **richiesta del** subcontraente e se la natura del contratto lo consente.

Per quanto concerne il **caso a)**, l'art. 1, comma 1, lett. o), dell'Allegato I.1 al DLgs 36/2016 definisce: «*micro, piccole e medie imprese*», *le imprese come definite nella raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione europea, del 6 maggio 2003*»;

Per quanto attiene al **caso b)**, la norma assume rilevanza in particolare per fornitori e prestatori di servizi, per i quali non è previsto esplicitamente il pagamento diretto, oppure nel caso in cui l'inadempimento si concretizzi nei confronti di imprese non rientranti nella precedente lettera a).

Per quanto riguarda il **caso c)**, la disposizione è certamente ambigua e poco chiara; tuttavia si ritiene possa disciplinare i casi quali il Subappaltatore/subcontraente non sia una microimpresa o una piccola impresa e le parti, comunque, intendano prevedere il pagamento diretto.

La decisione a contrarre → Art. 119

Art. 119 commi 2 e 17, del DLgs 36/2023

2. [...] **Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti**, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, **indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto**, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando 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, oppure nell'anagrafe antimafia degli esecutori [...]

17. Le stazioni appaltanti **indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto**, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.

Art. 104, comma 11, del DLgs 36/2023

11. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, **siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.**

La decisione a contrarre → Art. 119

L'art. 119, comma 2, del DLgs 36/2023 prevede che la determinazione dei limiti in materia di subappalto deve emergere dalla **Decisione di contrarre**, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3 del Codice medesimo.

La stessa disposizione si rinvia nel comma 17, **in merito al subappalto secondario (a cascata)**.

La disposizione citata, rispetto al previgente art. 105 del DLgs 50/2016 (come modificato dalla legge 108/2021) utilizza la locuzione "**decisione di contrarre**" in luogo della precedente "*determina a contrarre*" e richiama i **principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato**, contenuti negli articoli 1, 2, e 3 del Codice stesso.

Tali principi, come indicato all'art. 4 del DLgs 36/2023, costituiscono i criteri interpretativi del Codice dei Contratti ai quali la Stazione Appaltante deve ispirarsi nell'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*".

La decisione a contrarre → Art. 119

ATTENZIONE

La scelta sui limiti di subappaltabilità delle opere deve emergere nella **Decisione di contrarre** ovvero nell'**atto** con il quale le Stazioni Appaltanti, prima dell'avvio della procedura di affidamento, manifestano la volontà di stipulare il contratto di appalto per l'esecuzione dell'opera pubblica (art. 17 del Codice dei Contratti).

ATTENZIONE

La decisione finalizzata a limitare il subappalto **deve tenere in considerazione** i principi di cui agli articoli 1 (**principio di risultato**), 2 (**principio della fiducia**), 3 (**principio dell'accesso al mercato**), come richiamati dall'art. 119, comma 2, del Codice dei Contratti.

IL Capitolato → Art. 119

Nella gestione del contratto di appalto, il Capitolato Speciale assume un ruolo decisivo in quanto finalizzato a definire il futuro rapporto contrattuale tra le parti.

ATTENZIONE

L'art. 82 del DLgs 36/2023 prevede che il Capitolato Speciale costituisce documento di gara.

L'art. 87 del DLgs 36/2023, a sua volta, evidenzia **l'importanza del Capitolato Speciale di Appalto** quale documento che ***“definisce i contenuti del futuro rapporto contrattuale tra l'aggiudicatario e la Stazione Appaltante”***.

RUP, DL; DEC → Artt. 15, 114, 115,119 → Allegato II.14

Articolo 114.

Direzione dei lavori e dell'esecuzione dei contratti.

1. L'esecuzione dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture è diretta dal RUP, che controlla i livelli di qualità delle prestazioni. Il RUP, nella fase dell'esecuzione, si avvale del direttore dell'esecuzione del contratto o del direttore dei lavori, del coordinatore in materia di salute e di sicurezza durante l'esecuzione previsto dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, nonché del collaudatore oppure della commissione di collaudo o del verificatore della conformità e accerta il corretto ed effettivo svolgimento delle funzioni ad ognuno affidate.

ATTENZIONE

Il RUP, ai sensi dell'art. 114 del DLgs 36/2023 è tenuto ad accertare che, anche in materia di subappalto, il Direttore dei Lavori e il CSE operino in maniera corretta nel rispetto delle norme vigenti e, in particolare, dell'art. 119 del DLgs 36/2023.

RUP, DL; DEC → Artt. 15, 114, 115,119 → Allegato II.14

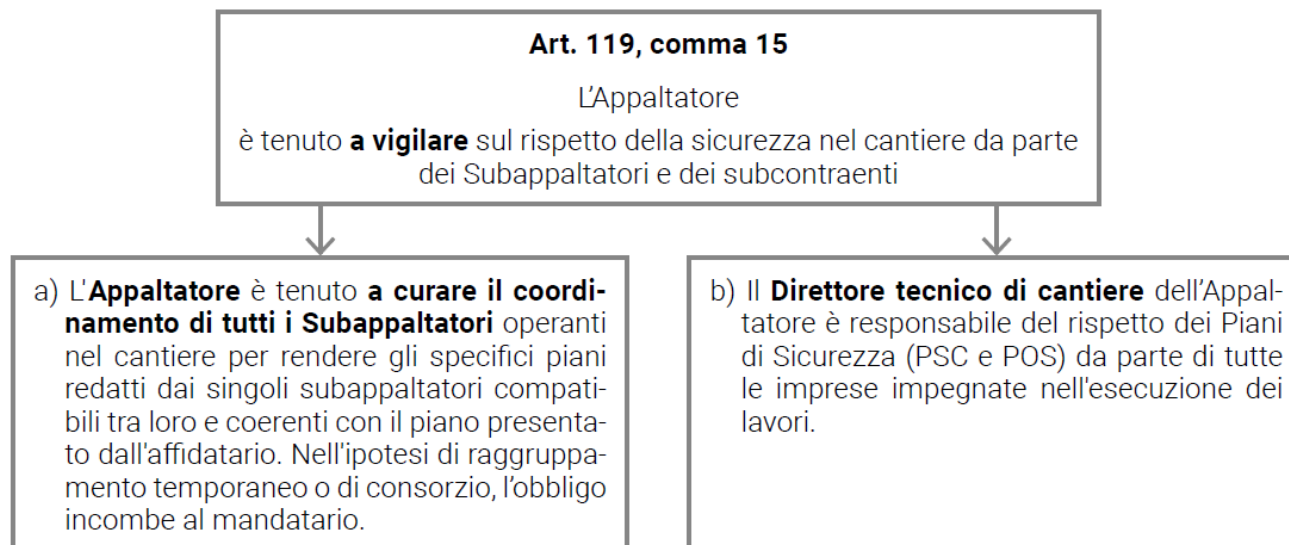
RUP:

-Verifica di **idoneità tecnico professionale**.

-Contratto (parere DL/DEC), se CSE (Gestione integrata), Autorizzare (tempi), Verifica documenti,

-Accertarsi che i subappaltatori indichino **Direttore Tecnico/Dirigente nonché Preposto/Capo cantiere** (tutti formati).

A tal proposito è importante evidenziare che l'ultimo periodo del comma 15 dell'art. 119 del Codice, stabilisce che:



RUP, DL; DEC → Artt. 15, 114, 115,119 → Allegato II.14

Articolo 1.

Attività e compiti del direttore dei lavori.

h) verificare periodicamente il possesso e la regolarità, da parte dell'esecutore e del subappaltatore, della documentazione prevista dalle leggi vigenti in materia di obblighi nei confronti dei dipendenti;

m) verificare, anche con l'ausilio dell'ufficio di direzione, la presenza in cantiere delle imprese subappaltatrici autorizzate, nonché dei subcontraenti, accertando l'effettivo svolgimento della parte di prestazioni a essi affidata nel rispetto della normativa vigente e del contratto stipulato, registrando le relative ed eventuali contestazioni dell'esecutore sulla regolarità dei lavori eseguiti in subappalto e rilevando l'eventuale inosservanza da parte di quest'ultimo delle relative disposizioni, provvedendo, in tal caso, a dare segnalazione al RUP;

Articolo 31.

Attività e compiti del direttore dell'esecuzione.

d) verificare la presenza negli ambienti di intervento delle imprese subappaltatrici autorizzate, nonché dei subcontraenti, accertando l'effettivo svolgimento della parte di prestazioni a essi affidata nel rispetto della normativa vigente e del contratto stipulato, registrando le relative ed eventuali contestazioni dell'esecutore sulla regolarità delle prestazioni eseguite in subappalto e rilevando l'eventuale inosservanza da parte di quest'ultimo delle relative disposizioni, provvedendo, in tal caso, a dare segnalazione al RUP;

RUP, DL; DEC → Artt. 15, 114, 115,119 → Allegato II.14

DL/DEC:

-L'Allegato II.14 precisa gli obblighi del DL e del DEC. Quelli del DL sono certamente più precisi e coerenti con le norme del Codice

Articolo 39.

Norme applicabili.

1. Per quanto non previsto nel presente Capo, all'esecuzione dei contratti di servizi e forniture si applicano le norme del Capo I **dettate per l'esecuzione dei contratti di lavori, in quanto compatibili.**

ATTENZIONE

Quantunque non previsto esplicitamente dalle norme, il Direttore dei Lavori dovrebbe, su richiesta del RUP, rilasciare un parere tecnico (anche sintetico) sulla correttezza e congruità della richiesta di subappalto.

Tale parere, ovviamente, si concentrerà unicamente sui soli aspetti tecnici e di gestione del cantiere, atteso che, ai sensi dell'**art. 1, comma 2, lettere h) ed m), dell'Allegato II.14**, il **Direttore dei Lavori** è tenuto a effettuare **controlli sui Subappaltatori e subcontraenti** molto stringenti.

RUP, DL; DEC → Artt. 15, 114, 115, 119 → Allegato II.14

ATTENZIONE

Quantunque non previsto esplicitamente dalle norme, **il DL/DEC dovrebbe**, su richiesta del RUP, rilasciare un parere tecnico (anche sintetico) sulla correttezza e congruità della richiesta di subappalto.

Tale parere, ovviamente, si concentrerà unicamente **sui soli aspetti tecnici e di gestione** del cantiere/contratto, atteso che, ai sensi dell'art. **1, comma 2, lettere h) ed m)**, e **art. 31, lett. d) dell'Allegato II.14**, **il DL/DEC è tenuto ad effettuare controlli sui subappaltatori e subcontraenti molto stringenti.**

NB: per i servizi e forniture tale adempimento non si ritiene operativo per tutti i contratti ma per quelli di elevata complessità

RUP, DL; DEC → Artt. 15, 114, 115, 119 → Allegato II.14

CONTROLLI DL/DEC:

- a) **verifica** la presenza sul luogo dell'esecuzione del contratto delle imprese subappaltatrici autorizzate, nonché dei subcontraenti, che non sono subappaltatori, i cui nominativi sono stati comunicati alla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 119, comma 2, del DLgs 36/2023;
- b) **accerta** 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/prestazioni eseguiti dal subappaltatore e, ai fini della sospensione dei pagamenti all'esecutore, determini la misura della quota corrispondente alla prestazione oggetto di contestazione (in tale caso il DL/DEC può essere chiamato a stabilire la somma da sospendere in caso di mancato pagamento del subappaltatore)
- d) **provvede** senza indugio alla segnalazione al RUP dell'inosservanza, da parte dell'esecutore, delle disposizioni di cui all'articolo 119 del codice.

Il subappaltatore, oltre agli standard qualitativi e prestazionali, deve riconoscere ai lavoratori **un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale.**

Bibliografia

Prontuario Esecuzione Opere Pubbliche – DEI Consulting 2024
Il subappalto le nuove regole –DEI Consulting 2024
Prontuario Gestione varianti – DEI Consulting 2024