



**Prime note di lettura delle norme relative
agli appalti di interesse degli enti locali introdotte
dal D.L. 77/2021 convertito con L. n. 108/2021**

Focus sul subappalto

Fondazione IFEL

Osservatorio Investimenti

Direzione e coordinamento scientifico: Angelo Rughetti e Tommaso Dal Bosco.

La presente nota è stata redatta con il contributo di: Alberto Barbiero; Samantha Battiston; Antonio Bertelli; Gianpiero Fortunato; Gelsomina Iannaccone; Claudio Lucidi; Maria Teresa Massi; Luciana Mellano; Guglielmina Olivieri Pennesi.

La presente nota rientra tra le attività previste dalla convenzione stipulata tra IFEL e il Ministero dell'economia e delle Finanze. In attuazione dell'art. 57 del D.L. 26 ottobre 2019, n. 124, convertito con Legge n. 157/2019 "Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili".

Pubblicato nell'agosto 2021

Versione aggiornata al 26/08/2021

Prime note di lettura delle norme relative agli appalti di interesse degli enti locali introdotte dal D.L. 77/2021 convertito con L. n. 108/2021 Focus sul subappalto

Il Decreto Legge 31.05.2021, n. 77, convertito con legge 29 luglio 2021, n. 108, all'art. 49 reca significative modifiche alla disciplina del subappalto come sino ad oggi contenuta all'art. 105 del Codice dei Contratti.

Si tratta di disposizioni da applicarsi in generale ai contratti pubblici e non soltanto a quelli afferenti agli investimenti pubblici finanziati con le risorse previste dal PNRR e dal PNC. Siamo dunque in presenza di una anticipazione del percorso di riforma del codice dei contratti che costituisce uno degli obiettivi generali del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza adottato dal Governo Italiano ed approvato dalla Commissione Europea.

La norma reca:

- 1) una disciplina definitiva immediatamente efficace;
- 2) una disciplina transitoria, per le procedure avviate dalla entrata in vigore del decreto e fino al 31.10.2021;
- 3) una disciplina definitiva ma efficace per le procedure che saranno avviate a decorrere dal primo novembre 2021;
- 4) una disciplina transitoria in vigore fino al 30.06.2023.

1) Disciplina definitiva ed immediatamente efficace

La prima e più significativa modifica consiste nell'introduzione del principio, non contenuto nella previgente versione dell'art. 105 del codice dei contratti, ed ora introdotto al comma 1, per il quale non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto d'appalto.

L'affidamento a terzi dell'integrale esecuzione dell'appalto è sanzionata con la nullità del relativo contratto e ricomprende la cessione del contratto, il subappalto, compreso quello cd "qualificato", nonché ogni possibile forma di avvalimento integrale di tipo esecutivo, con esclusione dei casi in cui un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto disciplinati all'art. 106, comma 1, lett. d) del Codice dei Contratti.

Sempre il comma 1 dell'art. 105 del codice dei contratti, modificato dall'art. 49, comma 1, lettera b), sub. 1), della legge n. 108 del 2021, stabilisce che non possa essere subappaltata, a pena di nullità, la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera: la norma utilizza la locuzione "lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti" e dunque sembrerebbe consentire di individuare non una ma più categorie prevalenti da considerare nel loro complesso.

Tuttavia va rilevato che il codice dei contratti disciplina esclusivamente al singolare la categoria prevalente, come definita all'art. 3, comma 1, lett. oo-bis) quale categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara. Per tale ragione, anche in virtù di una lettura sistematica del sistema delle fonti nazionali e comunitarie, si ritiene che non sia consentito accorpate più categorie di lavori al fine di limitare gli affidamenti in subappalto.

Poiché la norma in commento attiene alle "lavorazioni" ed alle "categorie prevalenti", non sembra consentito, nemmeno tramite applicazione analogica, utilizzare questa norma per limitare il subappalto nei contratti dei servizi che, come noto, non constano di "lavorazioni"

e, ai sensi dell'art. 48, comma 2, del Codice dei Contratti, si compongono di "prestazioni principali" e "secondarie" e non di "categorie prevalenti" e "scorporabili".

Per i contratti di servizi non può affidarsi la loro prevalente esecuzione soltanto nei casi in cui sussista "alta intensità di mano d'opera" ovvero ai contratti nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto.

Immediatamente e definitivamente efficace anche la modifica del comma 7 dell'art.105 che prevede ora che l'affidatario trasmetta alla stazione appaltante non più la certificazione ma la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 e il possesso dei requisiti speciali. Dopo di che la stazione appaltante verificherà le dichiarazioni trasmesse tramite la Banca Dati Nazionale degli Appalti Pubblici.

Infine è immediatamente e definitivamente efficace la riforma del comma 14 dell'art. 105. Dunque non sussiste più l'obbligo dell'appaltatore di praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al 20%. In compenso 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. La norma in commento, facendo tra l'altro riferimento all'applicazione dei medesimi contratti applicati dall'appaltatore, e letta in combinato disposto con la disposizione che non prevede più limiti (salvo il divieto di affidare l'integrale esecuzione dell'appalto a terzi) al subappalto, fa ipotizzare che le clausole sociali diventino applicabili anche in relazione ai contratti di subappalto.

In particolare, i contratti di servizi ad alta intensità di mano d'opera possono ora essere oggetto, per la parte non prevalente, di subappalto: ove non si applicasse ad essi la clausola sociale verrebbe meno una significativa tutela dei lavoratori in contrasto, oltre che con l'art. 50, anche con l'art. 30 del codice dei contratti che, con la novella della legge 108/2021, risulta ora esplicitamente richiamato al comma 2 dell'art. 105.

Il riferimento all'art. 30 del codice dei contratti che indica i principi generali in materia di attività contrattuale, ora esplicitamente richiamato nell'art. 105, comporta ad avviso di chi scrive, importanti implicazioni nella disciplina generale del subappalto, anche relativamente ai principi sociali, ambientali e di tutela del lavoro in tale articolo contenuti. Come noto, sino ad oggi la giurisprudenza ha negato che le clausole sociali potessero essere applicabili anche per i subappalti e pertanto la presente indicazione, oltre ad evidenziare un nuovo quadro normativo idoneo ad avanzare nuove interpretazioni, deve essere intesa come ipotesi la quale, ove perseguita, dovrà essere corredata da congrua motivazione.

2) Disciplina transitoria, per le procedure avviate dall'entrata in vigore del decreto e fino al 31.10.2021

Gli operatori economici che in sede di gara hanno dichiarato di volersi avvalere del subappalto, possono essere autorizzati a subappaltare lavorazioni o prestazioni per una quota che non può superare il 50% dell'importo complessivo del contratto. Inoltre le lavorazioni di cui all'art. 89, comma 11, del Codice dei Contratti, sono subappaltabili nel limite del 50% del loro importo. Pertanto, in presenza di lavorazioni di cui all'art.89,

comma 11, sarà possibile consentire il subappalto di tali lavorazioni nel limite del 50% e contemporaneamente, di autorizzare il 50% di subappalto del complessivo contratto.

Fin qui la norma: si ritiene di dover suggerire alle pubbliche amministrazioni di motivare in ogni caso le limitazioni al subappalto e ciò in relazione alla normativa europea, come interpretata dalla Corte di Giustizia UE, la quale stabilisce che gli Stati membri non dispongono della facoltà di limitare il ricorso al subappalto fissato in maniera astratta in una determinata percentuale dell'appalto. Al contrario una limitazione giustificata dalla natura delle prestazioni dedotte in contratto riservata ad una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore risulta conforme alle direttive UE.

3) Disciplina definitiva ma efficace per le procedure che saranno avviate a decorrere dal primo novembre 2021

A decorrere dal 1° novembre 2021, ai sensi dell'art. 105, comma 2 del Codice dei Contratti, come novellato dall'art. 49, comma 2, lettera a), della legge n. 108 del 2021, sussiste il solo limite del divieto all'affidamento a terzi dell'integrale esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto. Inoltre le stazioni appaltanti, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, potranno indicare nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario. In sostanza, con una sorta di inversione di contenuto, nei documenti di gara, non sono più indicate le prestazioni subappaltabili ma, al contrario, quelle non subappaltabili.

La norma fornisce i presupposti che consentono di motivare la scelta di non consentire il subappalto e lo fa con una frase di non semplice lettura a causa, per l'opinione di chi scrive, di un non perfetto utilizzo della punteggiatura.

In sede esegetica si propone la seguente lettura della norma:

Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione:

1. delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui di cui all'art. 89, comma 11, del codice dei contratti;
2. 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'art. 1, legge 6 novembre 2012, n.190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituiti dall'art. 30 del DL 17 ottobre 2016, n.189.

L'interpretazione proposta consente di suddividere due distinte fattispecie, la prima delle quali attiene a motivazioni relative a discrezionalità tecnica (specifiche caratteristiche delle lavorazioni, tempistiche, problematiche organizzative dei cantieri etc.), mentre la seconda attiene a problematiche attinenti a principi di legalità ed ordine pubblico. Solo nel secondo caso il divieto di subappalto può essere superato nel caso di indicazione di subappaltatori iscritti nelle liste di cui alla legge 190/2012 o al DL 189/2016.

Dal 1 novembre 2021 cambia anche il regime di solidarietà tra appaltatore e subappaltatore: difatti il contraente principale e il subappaltatore divengono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di

subappalto. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, ma nelle fattispecie di cui al comma 13, lettere a) e c), dell'art. 105, l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale.

4) Disciplina transitoria in vigore fino al 30.06.2023

È sospesa fino al 30 giugno 2023 la norma, contenuta nel comma 6 dell'art. 105 del codice dei contratti, relativa all'obbligo di indicazione di una terna di subappaltatori nei contratti di importo superiore alle soglie UE.