

IL CODICE DEI CONTRATTI TRA RINVII ALLA CORTE UE E PROCEDURA DI
INFRAZIONE.

Le questioni aperte

12 APRILE 2019

Palazzo Bonin Longare
Corso Palladio, 13 – Vicenza

Dott. Stefania Di Cindio, *Segretario generale del Comune di Vicenza*

**Il limite al subappalto, la terna di subappaltatori e il
subappalto a cascata**

IL SUBAPPALTO

Rilevanza dell'istituto del subappalto nel dibattito successivo all'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici

Il subappalto al centro di forti dinamiche di contrasto tra ordinamento europeo e disciplina nazionale

Attuali riferimenti normativi nell'ambito della contrattualistica pubblica: art.105 (per appalti di lavori, servizi e forniture) e art. 174 (per concessioni) del D.Lgs. 50/2016.

Legge 28 gennaio 2016, n. 11

Art. 1

“... rrr) introduzione nei contratti di lavori, servizi e forniture di una **disciplina specifica per il subappalto**, prevedendo in particolare: l’obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta le parti del contratto che intende subappaltare; l’espressa individuazione dei casi specifici in cui vige l’obbligo di indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto; l’obbligo di dimostrare l’assenza in capo ai subappaltatori indicati di motivi di esclusione e di sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza di motivi di esclusione; l’obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori in caso di inadempimento da parte dell’appaltatore o anche su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, per i servizi, le forniture o i lavori forniti; ove il subappaltatore sia una microimpresa o una piccola impresa, l’espressa individuazione delle fattispecie in cui la stazione appaltante procede al pagamento diretto, fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento dell’Unione europea, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori;...”

ESECUZIONE IN PROPRIO = REGOLA

Art. 105

1. I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice [**di norma***] eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non puo' essere ceduto a pena di nullita', fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d) . **E' ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo**

**soppresso dal correttivo 56/2017*

- Rafforzamento del principio generale dell'esecuzione diretta da parte dell'affidatario
- In ogni caso il subappalto è ammesso a prescindere da un'indicazione espressa che lo consenta nel bando di gara

T.A.R. sez. IV - Milano, 28/05/2018, n. 1366

“In materia di appalti pubblici, **la regola generale è quella dell'esecuzione diretta dell'appalto, mentre il ricorso a terzi rimane comunque eccezionale** e consentito nelle forme del subappalto ammesso dalla legge o in altre forme previste anch'esse dalla legge (si pensi all'avvalimento, ad esempio); tale regola generale non è stata messa in discussione neppure dal [decreto correttivo n. 56/2017](#), seppure quest'ultimo ha in parte attenuato il rigore della precedente disciplina, come messo in luce dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato nel proprio parere del 30 marzo 2017 sul correttivo.”

- Per la prima volta il contratto di subappalto è definito

Art. 105 comma 2:

“Il subappalto e' il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attivita' 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 (requisito quantitativo) e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare (requisito qualitativo).”

- Il legislatore, da un lato, ha fatto propria la definizione civilistica di subappalto (art. 1656 c.c.), dall'altro, con la successiva clausola generale, ha introdotto un'apertura definitoria di carattere pubblicistico.

- Contratto, di derivazione civilistica, mediante il quale l'appaltatore, assumendo il ruolo di subcommittente, affida a soggetti terzi l'esecuzione di determinate attività che si era impegnato a realizzare per il committente (stazione appaltante) con un'organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio

- **Costituzione di un rapporto nuovo in cui parti sono l'appaltatore e il subappaltatore (natura di subcontratto o contratto derivato e non di contratto a favore di terzo);**
- **Estraneità al rapporto della stazione appaltante (eccetto previsione art. 105 comma 13) :**

“13. La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:

a) quando il subappaltatore o il cottimista e' una microimpresa o piccola impresa;

b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore

c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente”

- AVCP -Deliberazione n. 157 del 14/10/2004

Come più volte affermato anche dalla Suprema Corte (si veda, ad es., Cass. Civ., sez. II, 29/5/1999, n. 5237) **il contratto di appalto principale mantiene un'assoluta autonomia nei confronti del contratto di subappalto** (salve specifiche prescrizione inserite dalle parti nei singoli contratti). Pertanto non può affermarsi alcun obbligo solidale della stazione appaltante, insieme alla ditta aggiudicataria, per il pagamento del corrispettivo dovuto all'impresa subappaltatrice (si veda, in senso conforme, Tar Toscana, sez. II, 23/11/2001, n. 1637 e Consiglio di Stato, sez V, 20/5/2003 n. 2755).

- **Responsabilità esclusiva dell'appaltatore nei confronti della stazione appaltante (eccetto responsabilità in solido)**

Art. 105 comma 8: “Il contraente principale e' responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. L'aggiudicatario e' 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. Nelle ipotesi di cui al comma 13, lettere a) e c) (*pagamento diretto a microimpresa o su richiesta se la natura del contratto lo consente*), l'appaltatore e' liberato dalla responsabilita' solidale di cui al primo periodo.”

Art. 105 comma 9: “...E', altresì, (*l'affidatario*) responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette (*trattamento economico e retributivo*) da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, ove presente, assicurativi e antinfortunistici...”

Art. 105 comma 14: “...L'affidatario e' solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.”

- **Rapporto di “accessorietà a senso unico” in quanto il subcontratto non sopravvive al contratto base nelle ipotesi in cui quest'ultimo sia invalido, inefficace o sia risolto**

Consiglio di Stato sez. III 30/11/2018 n. 6822

“... con il subappalto di cui all'art. 105 comma 2, del D. Lgs. 18.4.2016 n. 50 (sulla scia della fattispecie di cui all'art. 1676 e segg. c.c.), **l'appaltatore trasferisce a terzi l'esecuzione direttamente a favore della stazione appaltante di una parte delle prestazioni negoziali, configurando così un vero e proprio contratto – derivato di carattere trilaterale**; -- al contrario, il contratto di subfornitura è una forma non paritetica di cooperazione imprenditoriale nella quale il ruolo del subfornitore (es. componentistica di beni complessi) si palesa solo sul piano interno del rapporto commerciale e di mercato tra le due imprese. ... In sostanza, mentre **il subappaltatore assume di eseguire in tutto o in parte una prestazione dell'appaltatore (art. 1655 e ss. c.c.) a diretto beneficio del committente**, il subfornitore si impegna a porre nella disponibilità dell'appaltatore un certo bene da inserire nella produzione dell'appaltatore, per cui il relativo rapporto rileva esclusivamente sotto il profilo privatistico dei rapporti bilaterali di carattere commerciale fra le aziende...”

Categoria dei contratti simili che non costituiscono subappalto

Obblighi relativamente ai subcontratti che non configurano subappalti

Art. 105 comma 2 (terz'ultimo periodo):

“L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati.”

Mera comunicazione in luogo dell'autorizzazione

- **Comunicazione** per i subcontratti che non costituiscono subappalti non sanzionata
- **Rilevanza della sanzione in caso di subappalto non autorizzato:**

LEGGE 13 settembre 1982, n. 646 (come modificato con DECRETO-LEGGE 4 ottobre 2018, n. 113)

“Art. 21

1. Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente, e' punito con **la reclusione da uno a cinque anni e con la multa** non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena della **reclusione da uno a cinque anni e della multa** pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. **E' data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto.”**

...da contravvenzione a delitto.

**Consiglio di Stato sez. V 16/3/2018 n. 1698
(SUBAPPALTO E AVVALIMENTO)**

“...a differenza dell’impresa ausiliaria, l’impresa subappaltatrice assume in proprio il rischio economico-impresonditoriale dell’esecuzione delle prestazioni subappaltate, secondo lo schema tipico del contratto derivato dal contratto principale, perciò diverso è il rapporto giuridico tra subappaltatore e appaltatore, da un lato, e tra entrambi e la stazione appaltante, dall’altro.”

CONDIZIONI

Art. 105 comma 4:

“I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, **previa autorizzazione della stazione appaltante** purché:

- a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;
- b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria;
- c) all'atto dell'offerta **siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;**
- d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.”

È importante l'aggiunta al quarto comma dell'art. 105 della **facoltà di subappaltare per tutte le lavorazioni, a prescindere dalle categorie di appartenenza “purché l'affidatario sia qualificato nella relativa categoria”**.

Chiarisce e specifica l'obbligo per il subappaltatore di **essere in regola con le certificazioni e con le qualità da possedere per poter eseguire l'appalto**.

Si favorisce il subappalto, senza però sopportare i rischi di un subappalto a soggetto sprovvisto dei necessari requisiti.

Contemperato l'interesse generale nel vedere realizzate le opere, i lavori o i servizi, senza eludere sistemi di controllo e di verifica.

Indicazione da inserire nell'offerta

T.A.R. sez. I , - Roma, 07/01/2019, n. 146

“...Nel caso di specie, parte ricorrente non ha dichiarato specificatamente che intendeva subappaltare la parte dei servizi relativa all'assunzione del ruolo di Terzo Responsabile, limitandosi a riferirsi in modo generico alla categoria prevalente OS28, violando quindi la norma che prevede la specificazione, al momento dell'offerta delle parti che si intendono subappaltare. **Tale dichiarazione doveva essere specifica, anche tenuto conto che si tratta di un subappalto necessario.**

A quest'ultimo riguardo, infatti, ben conosce il Collegio la questione, sorta nella vigenza del vecchio [codice degli appalti \(art. 118 del d.lgs. n. 163/2006\)](#), inerente alla necessità o meno in caso di subappalto necessario di indicare in sede di offerta, oltre alle opere o servizi da subappaltare, anche il nominativo dei subappaltatori anche al fine di permettere alla stazione appaltante le necessarie verifiche.

...Al riguardo il Collegio ritiene non si possa neanche far ricorso all'istituto del soccorso istruttorio [ex art. 83, comma 9, del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50](#), perché, in quel modo, si consentirebbe all'impresa non di sanare un vizio formale ma sostanzialmente di modificare l'offerta, integrandola con la previsione di un subappalto necessario (indispensabile per il possesso dei requisiti di gara), inizialmente non previsto.

Sul punto l'Adunanza Plenaria del [Consiglio di Stato, 02/11/2015, n. 9](#), ha precisato che nemmeno nell'ipotesi di subappalto necessario sia obbligatoria, già in sede di presentazione dell'offerta, l'indicazione del nominativo del subappaltatore (in sostanza nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art. 107, comma 2, D.P.R. n. 163/2006). Tale autorevole arresto giurisprudenziale ha avuto seguito in altre pronunce successive ([T.A.R. , Venezia , sez. I , 08/03/2017, n. 235](#); [Cons. Stato Sez. III, 03-11-2016, n. 4617](#) [Consiglio di Stato , sez. V , 23/06/2016 , n. 2803](#); [Cons. giust. amm. Sicilia , sez. giurisd. , 01/03/2016 , n. 65](#); [T.A.R. , Roma , sez. II , 28/01/2016 , n. 1242](#)) anche se, invero, successivamente all'indicata pronuncia dell'Adunanza Plenaria, si sono registrate decisioni in senso contrario ([Cons. Stato Sez. III, 18-11-2016, n. 4798](#), [Consiglio di Stato, sez. IV, 03/03/2016, n. 879](#) secondo cui ai sensi dell' [art. 118, comma 2, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163](#), nelle gare pubbliche la dichiarazione di subappalto può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia, a propria volta, in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara; al contrario, la dichiarazione deve indicare il subappaltatore e dimostrare il possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione, nelle ipotesi in cui il subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione).

In tal caso, infatti, non si tratta di porre rimedio a vizi puramente formali di mera regolarizzazione, ma di ammettere l'integrazione di un requisito prescritto dalla legge di gara a pena di esclusione e, pertanto, di una evidente lesione della parità di condizioni tra i concorrenti.

Il Collegio ben ritiene che, anche in vigore del nuovo codice degli appalti, resti ferma la conclusione dell'indicata Adunanza Plenaria che non sia necessaria, in sede di offerta, l'indicazione del nominativo del subappaltatore nemmeno nel caso in cui il subappalto sia relativo a opere o servizi per i quali l'impresa subappaltante non possieda in proprio i requisiti di partecipazione. In ogni caso, tuttavia, proprio perché il subappalto è il mezzo per ovviare alla carenza dei requisiti, assume ancora maggior valenza l'indicazione specifica delle opere o servizi che si intendono subappaltare, pena l'incompletezza dell'offerta, che non specificherebbe in quale modo verrebbe eseguita la parte per la quale l'azienda offerente è carente dei requisiti.”

- **Limitazione quantitativa del 30%**

Le limitazioni quantitative al subappalto sono state introdotte per la prima volta nell'ordinamento dall' art. **18 della legge 19 marzo 1990, n.55** recante "*Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*"

Contesto normativo caratterizzato da **forte rigore** nell'ambito di una legge in cui "le finalita' che si sono intese perseguire sono la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, allo scopo di fronteggiare una situazione di grave emergenza, che coinvolge interessi ed esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo" (Corte costituzionale - sentenza n. 218 del 5 maggio 1993)

Timore diffuso di un uso distorto del subappalto:

"soprattutto laddove resti confinato alla fase esecutiva dell'appalto e sfugga a ogni controllo amministrativo, può ben prestarsi ad essere utilizzato fraudolentemente, per eludere le regole di gara e acquisire commesse pubbliche indebitamente, nell'ambito di contesti criminali." (T.A.R. sez. I , - Milano, 19/01/2018, n. 148)

La citata previsione dell'art. 18 della L. n. 55/1990 è confluita nelle varie leggi che si sono succedute in materia di appalti

Art. 34 della L. 11 febbraio 1994, n. 109

Art. 118 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163

Art. 105 del d.lgs. 50/2016

Art. 118 comma 2 vecchio Codice:

- per servizi e forniture limite 30% sull'importo complessivo del contratto
- per lavori rinvio al Regolamento per limite diversificato in base alla categoria e comunque non superiore al 30% (sola categoria prevalente); senza limiti per tutte le altre categorie scorporabili, eccetto le superspecialistiche

La disciplina del subappalto in bilico tra due divergenti considerazioni:

RISCHIO o OPPORTUNITA'

Rischio con riferimento a

- contrasto alla criminalità
- vulnus al principio dell'esecuzione in proprio da parte dell'aggiudicatario
- vulnus al principio della necessaria qualificazione dell'aggiudicatario

OPPORTUNITA' (così concepito a livello europeo) con riferimento a:

- Maggiore apertura alla concorrenza, specie per le PMI
- Possibilità di più ampia partecipazione alle gare
- Elemento di possibile maggiore efficienza nell'esecuzione

Art. 105 :

“**2. ... Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non puo' superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.”**

Previsione del limite del 30% indipendentemente dall'oggetto del contratto (lavori, servizi o forniture) e dalla tipologia di lavorazione (principale o scorporabile)

Opere superspecialistiche: limite invariato e ulteriore

Rimasto invariato, in aggiunta al suddetto limite, l'ulteriore applicabile alle opere superspecialistiche

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 puo' superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non puo' essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.”

Art. 89 comma 11:

“Non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino **opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali.** E' considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento (prima era il 15%) dell'importo totale dei lavori. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, è definito **l'elenco delle opere di cui al presente comma**, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la qualificazione ai fini dell'ottenimento dell'attestazione di qualificazione degli esecutori di cui all'articolo 84, che possono essere periodicamente revisionati. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma 15.”

(il decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248 è stato pubblicato sulla G.U. n. 3 del 4 gennaio 2017)

- Per le SIOS è previsto che debbano essere sempre scorporate;
- Nel caso in cui incidano per oltre il 10% sull'importo totale dei lavori, il limite massimo al subappalto è pari del 30% dell'importo della stessa categoria. Tale quota, laddove utilizzata dall'appaltatore, si aggiunge alla percentuale massima di subappalto, pari al 30% dell'importo massimo contrattuale;
- Divieto di affidare il subappalto a più soggetti, salve ragioni obiettive;
- Sotto la quota del 10%, la lavorazione super-specialistica può essere subappaltata per l'intero importo.

N.B.

L'art. 105 non contiene più un riferimento alle categorie prevalenti e a quelle scorporabili; da ciò si è dedotto che è venuta meno logicamente anche la possibilità che l'impresa possa chiamare in causa un'altra (subappaltatrice) per usufruire dei suoi requisiti per l'esecuzione delle prestazioni caratterizzanti il rapporto di appalto.

Pertanto, alla luce dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016, in caso di mancanza di requisiti da parte di un'impresa, quest'ultima può ricorrere unicamente all'avvalimento oppure al raggruppamento di tipo verticale.

Rilevante dottrina ha dedotto che **il nuovo Codice 2016, in conclusione, elimina il subappalto necessario.**

“La mancanza di un riferimento normativo alle categorie delle prestazioni prevalenti impedisce la scorporabilità delle stesse prestazioni ed elimina in generale la possibilità che un'impresa possa essere in possesso dei requisiti per alcune prestazioni, ma non per altre o tutte, così da indurla al subappalto necessario.”

Rapporti avvalimento e subappalto

- Diversa ratio tra **avvalimento** (sopperire a requisiti mancanti necessari per la partecipazione alla gara facendo affidamento ad altri soggetti che divengono parte sostanziale del contratto) e **subappalto** ad altro soggetto (mera sostituzione nell'esecuzione di parte del contratto)
- Connessione tra i due istituti(art. 89 comma 8 d.lgs.50/2016: *“Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore **nei limiti dei requisiti prestati.**”*)

SUBAPPALTO E CONTRATTI MISTI

TAR Toscana sez. I 30/1/2018 n. 146

“Al possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti per ciascuna delle prestazioni dedotte in contratto, oggi prescritto dall’art. 28 co. 1 d.lgs. n. 50/2016*, corrisponde infatti lo stringente limite imposto dall’art. 105 co. 2 dello stesso d.lgs. n. 50/2016 (e già presente nell’art. 118 co. 2 del d.lgs. n. 163/2006), secondo cui l’eventuale subappalto non può eccedere la quota del 30% dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. E il combinato disposto delle due norme porta evidentemente a concludere che, a fronte di un **contratto misto, il limite del 30% debba essere riferito (anche) al complessivo importo di ciascuna prestazione di lavori, servizi o forniture che concorrono a comporre l’oggetto del contratto**: l’art. 28 non vieta il subappalto, ma, esigendo il possesso della qualifica per ogni tipologia di prestazioni, implica che per partecipare alla gara il concorrente sia in grado di svolgere in proprio almeno la quota non subappaltabile (di ciascuna) delle prestazioni medesime (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 3541/2017, cit.).”

**Art. 28 comma 1 “...L’operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto.”*

Limite del 30% - Base di calcolo

TAR Milano, 05.01.2018 n. 28

“Va dato atto, in primo luogo, che la formulazione letterale della norma di cui al richiamato art. 105, comma 2, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, non è univoca; il **generico riferimento a “importo complessivo del contratto di lavori”, infatti, non consente, ex se, di prendere posizione in un senso o nell’altro.**

In **chiave sistematica**, tuttavia, in ossequio ai principi di certezza del diritto e di parità di trattamento tra i concorrenti, **l’espressione “importo complessivo del contratto di lavori” non può che riferirsi all’importo a base di gara.**

Diversamente opinando, infatti, per un verso, si favorirebbero situazioni di incertezza (fino al momento dell’aggiudicazione) circa l’effettivo rispetto del limite in questione da parte dei concorrenti e, per altro verso, si legittimerebbero irragionevoli trattamenti differenziati tra gli operatori economici.

In altri termini, posto che l’art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce un limite quantitativo alla possibilità di ricorrere al subappalto di lavori (oltre che di servizi e forniture), tale limite deve essere lo stesso per tutti gli operatori del mercato e deve essere conosciuto da tutti fin dalla fase iniziale della gara“.

Nessun limite quantitativo nella
DIRETTIVA 2014/24/UE

IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2014

Legge delega 11/2016 del 28 gennaio 2016

Art. 1 comma 1

Obbligo di rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi specifici, tenendo conto delle migliori pratiche adottate in altri Paesi dell'Unione europea:

- a) divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'[articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246](#);
- f) recepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle tre direttive.

Legge 246/20015 – art. 14 commi 24 ter e 24 quater

“24-ter. Costituiscono **livelli di regolazione superiori a quelli minimi** richiesti dalle direttive comunitarie:

- a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive;
- b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari;
- c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive.

24-quater. L'amministrazione da' conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria. Per gli atti normativi non sottoposti ad AIR, le Amministrazioni utilizzano comunque, i metodi di analisi definiti dalle direttive di cui al comma 6 del presente articolo.”

- Divieto di introdurre e mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive (divieto di gold plating) al fine di raggiungere una disciplina comunitaria omogenea evitando interventi nazionali che inseriscano regole ulteriori rispetto alle prescrizioni europee
- Tecnica di recepimento c.d. copy out (il legislatore si limita a quanto strettamente necessario).

Nonostante questi principi, la stessa legge delega pone spesso limiti più rigorosi, limiti che sono stati per lo più giustificati da un lato nella misura in cui non si traducono in un ingiustificato ostacolo alla libera concorrenza e, dall'altro, quando posti per la tutela di valori costituzionali ovvero anche enunciati nell'art. 36 del TFUE (trattato funzionamento unione europea) come ordine pubblico e sicurezza pubblica.

- **Consiglio di Stato – parere 855/2016**

“In modo diverso va affrontato il tema dell’ambito e portata del divieto di gold plating imposto dalla legge delega al Governo. La questione si pone **essendovi, nel decreto delegato, istituti che costituiscono un recepimento delle direttive più oneroso del “minimo comunitario”, e che non trovano immediato e diretto riscontro in criteri della legge delega.** Ne sono un esempio, nel subappalto (art. 105) il limite del 30% per il subappalto delle opere superspecialistiche, e il divieto, per gli appalti relativi a beni culturali, dell’avvalimento (art. 146). Va rilevato che l’art. 1, lett. a) della legge delega, dispone, testualmente “a) divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall’articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246”.

“Il richiamo del comma 24-quater dell’art. 14, l. n. 246/2005, lascia spazio, in sede di recepimento delle direttive, alla possibilità di una limitata deroga al divieto di introdurre una regolamentazione più severa, purché nell’AIR si motivino le circostanze eccezionali della deroga (“L’amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell’analisi d’impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria”).

...In termini più generali, il Governo dovrà operare una rilettura complessiva del testo, motivando congruamente nell’AIR in ordine alle circostanze eccezionali che giustificano le regolazioni più onerose.”

“... La **legge delega**, al criterio di cui alla lett. a), prevede il divieto di gold plating (ovvero il divieto di introdurre una disciplina più gravosa di quella prevista in sede comunitaria), e **alla lett. rrr), in tema di subappalto, non prende posizione sulla questione di eventuali limiti quantitativi al subappalto.** Peraltro nell’AIR il Governo ha giustificato la scelta di maggior rigore, che risponde a valori prevalenti rispetto al divieto di aggravio degli oneri. In questa stessa prospettiva andrebbe valutato se ripristinare tout court, e non solo per le opere superspecialistiche, il (pre)vigente limite del 30% in ordine al subappalto. In tal caso l’AIR dovrebbe indicare con pregnante motivazione le ragioni di ancor più generale interesse pubblico (tutela della trasparenza e del lavoro), poste a base della scelta – ovviamente politica - di estensione dei limiti al subappalto.”

Sempre in questa sede il Consiglio di Stato ha anche affermato, in termini più generali, che *"il maggior rigore nel recepimento delle direttive deve, da un lato, ritenersi consentito nella misura in cui non si traduce in un ostacolo ingiustificato alla concorrenza; dall'altro lato ritenersi giustificato (quando non imposto) dalla salvaguardia di interessi e valori costituzionali, ovvero enunciati nell'art. 36 del TFUE"*.

Dubbi sul limite del 30%

Lettera della Commissione Europea n. 1572232 del 23 marzo 2017 relativa a recepimento delle Direttive appalti e concessioni 2014 nel nuovo codice appalti:

“ la disciplina di cui all’art. 105 del Codice italiano dei contratti pubblici sembra creare un sistema in cui il subappalto è, in linea generale, vietato. Il subappalto è infatti consentito unicamente dietro espressa autorizzazione della stazione appaltante ed in ogni caso nel limite del 30% dell’importo dell’opera. I miei servizi rilevano che tali meccanismi sono prima facie molto preoccupanti. In effetti l’introduzione di quello che appare come un divieto generale di subappaltare i contratti , eccetto che nei casi specificati nell’articolo 105, e la previsione di limiti quantitativi generali ed astratti applicabili laddove il subappalto è consentito, sembrano in netto contrasto con le norme e la giurisprudenza UE”

Riferimenti fondamentali:

- Obiettivo della normativa UE è quello di rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione delle merci, alla libertà di stabilimento, alla libera prestazione dei servizi e di facilitare la partecipazione delle PMI (considerando 2 della Direttiva 2014/24)
- Già **la Direttiva 2004/18/CE** al considerando n. 32, si era così espressa a favore del subappalto: “Per favorire l’accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, è necessario **prevedere disposizioni in materia di subappalto**”.

- **Considerando 78 della della Direttiva 2014/24/UE:**

“È opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate ad avvalersi del Codice europeo di buone pratiche, di cui al documento di lavoro dei servizi della Commissione del 25 giugno 2008, dal titolo «Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici», che fornisce orientamenti sul modo in cui dette amministrazioni possono applicare la normativa sugli appalti pubblici in modo tale da **agevolare la partecipazione delle PMI...** Allo stesso fine, gli Stati membri dovrebbero anche avere la facoltà di creare meccanismi per il pagamento diretto ai subappaltatori.”

art. 71 della Direttiva 2014/24/UE

- Impregiudicata la responsabilità del contraente principale
- Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.
- Possibilità di prevedere pagamenti diretti al subappaltatore.
- Dopo l'aggiudicazione dell'appalto e al più tardi all'inizio dell'esecuzione del contratto l'amministrazione aggiudicatrice può imporre al contraente principale di indicarle nome, recapito e rappresentanti legali dei suoi subappaltatori coinvolti in tali lavori o servizi, nella misura in cui questi sono noti al momento della richiesta. Possibilità di verificare la sussistenza di motivi di esclusione con conseguente possibilità di sostituzione dei subappaltatori privi di requisiti
- **Attenzione alla responsabilizzazione e al rafforzamento dei controlli sul possesso dei requisiti minimi con il fine di evitare il ricorso a imprese non meritevoli**

- Assenza di un limite quantitativo
- Solo la particolare natura delle prestazioni può giustificare una limitazione al ricorso al subappalto
- Art. 63, paragrafo 2 dir. 2014/24 UE:
- “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 amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che **taluni compiti essenziali** siano direttamente svolti dall’offerente stesso o, nel caso di un’offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici di cui all’articolo 19, paragrafo 2, da un partecipante al raggruppamento.”

Giurisprudenza della Corte di giustizia conforme

Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2016 – causa C-406/14 (sentenza Wroclaw)

Oggetto: appalto pubblico per la costruzione di una tangenziale in Polonia

Il bando impone obbligo di realizzare esclusivamente con le proprie forze almeno il 25% delle opere previste

Il giudice del rinvio chiede :

“se un’amministrazione aggiudicatrice sia autorizzata a esprimere in percentuale l’entità dei lavori che l’aggiudicatario è tenuto ad eseguire personalmente e se una clausola come quella in discussione, limitando la possibilità per le piccole e medie e imprese (PMI) di partecipare alla realizzazione di lavori oggetto di un appalto pubblico, possa violare il principio dell’apertura degli appalti pubblici a una concorrenza non falsata, giacché tale apertura riguarda tutte le imprese, a prescindere dalle loro dimensioni, e un’attenzione particolare deve essere data in proposito alle PMI”

Nelle **conclusioni dell'Avvocato della Corte** si evidenzia che la direttiva 2004/18 (che si applica nel caso di specie) non solo **è volta** ed evitare limitazioni alla libera prestazione dei servizi nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, ma anche **ad assicurare la libera concorrenza nelle aggiudicazioni ed il subappalto consentendo la partecipazione anche di imprese medio/piccole, favorisce l'attuazione di tale principio.** Per di più la Direttiva dispone la possibilità del subappalto non ponendo limitazioni, ma anzi consentendo ad un operatore economico di avvalersi della capacità tecniche, economiche e finanziarie di altri soggetti. L'unico limite posto è che le Amministrazioni devono essere messe nelle condizioni di controllare l'idoneità di tali soggetti.

Conclusioni della sentenza:

“Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

- 1) La direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (CE) n. 2083/2005 della Commissione, del 19 dicembre 2005, deve essere interpretata nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice non è autorizzata ad imporre, mediante una clausola del capitolato d'onere di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori oggetto di detto appalto avvalendosi di risorse proprie.”

- Ammissibilità di limiti solo quando l'Amministrazione non è in grado di verificare l'integrità e l'idoneità del subappaltatore
- Condizione non presente nel nostro ordinamento in cui il subappaltatore è sostanzialmente soggetto ai medesimi controlli operanti sull'affidatario principale

- **Parere del Consiglio di Stato 782/2017:**

“Questo Consesso non ignora la giurisprudenza della C. giust. UE, e, segnatamente, da ultimo, la decisione C. giust. UE, III, 14.7.2016 C- 406/14 (ma v. anche C. giust. UE, 10.10.2013 C- 94/12; Id., 18.3.2004 C- 314/01), secondo cui il diritto europeo non consente agli Stati membri di porre limiti quantitativi al subappalto. Secondo la citata pronuncia in C- 406/14, la direttiva 2004/18 deve essere interpretata nel senso che un’amministrazione aggiudicatrice non è autorizzata ad imporre, mediante una clausola del capitolato d’oneri di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori oggetto di detto appalto avvalendosi di risorse proprie, e tuttavia, qualora i documenti dell’appalto impongano agli offerenti di indicare, nelle offerte, le parti dell’appalto che essi hanno eventualmente l’intenzione di subappaltare e i subappaltatori proposti, l’amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, per quanto riguarda l’esecuzione di parti essenziali dell’appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori quando non sia stata in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell’aggiudicatario. Tuttavia, tale giurisprudenza eurounitaria si è appunto formata in relazione alla previgente direttiva 2004/18.

... La nuova direttiva 2014/24 consente agli Stati membri di dettare una più restrittiva disciplina del subappalto, rispetto alla maggiore libertà del subappalto nella previgente direttiva. Le direttive del 2014, rispetto alle precedenti del 2004, per la prima volta includono nella disciplina del subappalto finalità che finora erano state specifiche della legislazione italiana, ossia una maggiore trasparenza e la tutela giuslavoristica. E' vero che nemmeno le nuove direttive, al pari delle previgenti, contemplano espressamente limiti quantitativi al subappalto, salva la possibilità per la stazione appaltante di esigere di conoscere preventivamente i nomi dei subappaltatori e la facoltà per gli Stati membri di imporre norme di tutela giuslavoristica. Tuttavia, la complessiva disciplina delle nuove direttive, più attente, in tema di subappalto, ai temi della trasparenza e della tutela del lavoro, in una con l'ulteriore obiettivo, complessivamente perseguito dalle direttive, della tutela delle micro, piccole e medie imprese, **può indurre alla ragionevole interpretazione che le limitazioni quantitative al subappalto, previste da legislatore nazionale, non sono in frontale contrasto con il diritto europeo.**

Esse vanno infatti vagliate, e possono essere giustificate, da un lato alla luce dei principi di sostenibilità sociale che sono alla base delle stesse direttive, e dall'altro lato alla luce di quei valori superiori, declinati dall'art. 36 TFUE, che possono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui, espressamente, l'ordine e la sicurezza pubblici..."

Quando una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione e prestazione dei servizi è giustificata?

- Deve applicarsi in maniera non discriminatoria (misura c.d. indistintamente applicabile);
- deve essere giustificata da ragioni prevalenti di interesse generale;
- deve essere oggettivamente idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo prefissato;
- non deve andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di tale scopo.

Non basta che le misure perseguano un interesse generale, ma, vi si deve riscontrare anche una coerenza tra gli effetti restrittivi e lo scopo perseguito in applicazione del c.d. principio di proporzionalità, che stabilisce che la norma non deve andare oltre quanto è necessario a tal fine.

T.A.R. sez. I , - Milano, 19/01/2018, n. 148

Per la prima volta è rimessa alla Corte di giustizia la validità della normativa italiana ex art. 105, comma 2, terzo periodo del d.lgs. n. 50/2016 che fissa il limite del 30% al subappalto.

“Ed invero, proprio alla luce della rilevanza che la Corte di Giustizia attribuisce al requisito della proporzionalità della misura restrittiva in questione, **il Collegio dubita che il limite quantitativo di cui all'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 possa ritenersi giustificato, tenuto conto dell'evoluzione che ha interessato la disciplina del subappalto, a livello sia eurounitario sia nazionale.**

Al riguardo, infatti, occorre evidenziare che l'art. 71 della direttiva 2014/24 e l'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 prevedono una serie di obblighi informativi e di adempimenti procedurali, per effetto dei quali **l'impresa subappaltatrice può oggi ritenersi assoggettata a controlli analoghi a quelli svolti nei confronti dell'impresa aggiudicataria;** in particolare, la stazione appaltante è posta in condizione di conoscere, in anticipo, le parti dell'appalto che si intende subappaltare a terzi e l'identità dei subappaltatori proposti, nonché di verificare, in capo al subappaltatore, il possesso della qualificazione, l'assenza di motivi di esclusione, la posizione di regolarità contributiva e il rispetto degli obblighi di sicurezza.

Orbene, nel descritto contesto normativo, **la misura drastica della limitazione quantitativa del subappalto al 30 % dell'importo complessivo del contratto non sembra rappresentare lo strumento più efficace ed utile** (che *"non vada oltre quanto è necessario a tal fine"*) al soddisfacimento dell'obiettivo di assicurare l'integrità del mercato dei contratti pubblici; tale obiettivo, infatti, pare potersi ritenere già adeguatamente soddisfatto per mezzo delle nuove previsioni che consentono (purché correttamente applicate) di effettuare verifiche e controlli più pregnanti rispetto al passato, finalizzate a garantire che il subappalto venga affidato, in condizioni di trasparenza, ad operatori capaci e immuni da controindicazioni.

... Un'ulteriore riflessione si ritiene necessaria, a parere del Collegio, con riguardo alle **finalità** che il legislatore nazionale ha direttamente correlato alla norma che limita il ricorso al subappalto, quali sono quelle evidenziate dal Consiglio di Stato nel parere soprariportato attraverso il riferimento a "*quei valori superiori, declinati dall'art. 36 TFUE, che possono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui, espressamente, l'ordine e la sicurezza pubblici*".

Ai richiamati valori, come si è rilevato sopra (v. par. 2.2), può certamente essere ricondotta la funzione di deterrenza, rispetto al fenomeno criminoso e corruttivo, rinvenibile negli interventi legislativi succedutisi a partire dalla [legge 19 marzo 1990, n. 55](#), cui la norma in questione si ispira.

Orbene, va evidenziato, in proposito, che **le disposizioni nazionali già prevedono una serie di attività interdittive affidate ai Prefetti, espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel Paese.**

Anche questo profilo, quindi, può rilevare, ad avviso del Collegio, ai fini della valutazione circa il rispetto del principio di proporzionalità sopraevidenziato, nella misura in cui **la previsione restrittiva del subappalto introduce ulteriori limiti e quindi aggrava le conseguenze della restrizione imposta al mercato, poiché colpisce, come effetto riflesso, anche le imprese estranee a quel fenomeno**, che non hanno alcuna ragione di essere penalizzate dalla norma della cui compatibilità eurounitaria si dubita.”

Quesito dell'ordinanza:

"Se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), l'articolo 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'articolo 105, comma 2, terzo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture".

Procedura di infrazione n. 2018/2273 – Atto di costituzione in mora della Commissione Europea del 24 gennaio 2019

*“... la Commissione conclude che **l’articolo 105, comma 2**, terza frase, e **l’articolo 105, comma 5**, del decreto legislativo 50/2016 **violano** l’articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, l’articolo 63, paragrafo 2, e l’articolo 71 della direttiva 2014/24/UE. ”*

Per la Commissione la possibilità di limitare od escludere il subappalto sussiste solo se l’Amministrazione non è messa nelle condizioni di verificare la capacità del subappaltatore individuato o qualora quest’ultimo non risulti idoneo

Si evidenzia, a tal fine, invece, l'attenzione al regime dei controlli:

Art. 105 comma 6:

“...Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, per gli appalti sotto le soglie di cui all'articolo 35: le modalita' e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80 prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori; l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo 80”

Superamento limiti percentuali del subappalto, riscontrati in sede di offerta:

TAR Lazio – sezione II – 9260/2017 (conforme T.A.R. sez. I , - Bologna, 08/10/2018, n. 746)

*“...Il subappalto, inoltre, è soggetto ad autorizzazione e l’eventuale superamento della percentuale ammessa non sarebbe autorizzabile nella fase esecutiva del rapporto, per cui eventuali violazioni dei limiti del subappalto consentito possono valere nella successiva fase di esecuzione, mentre la eventuale incompletezza delle indicazioni e dei documenti concernenti la identità e la qualificazione dei subappaltatori indicati in sede di offerta preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina la esclusione dell’offerente che partecipa alla procedura, ove non venga in rilievo il diverso profilo del difetto di qualificazione di quest’ultimo in relazione alle prestazioni interessate dal subappalto (cfr. Cons. Stato, IV, 12 giugno 2009, n. 3696).**L’eventuale superamento delle percentuali di subappalto, in conclusione, non potrebbe comunque comportare l’esclusione del concorrente dalla gara, potendo al più comportare l’esclusione del subappalto in caso di aggiudicazione.**”*

Orientamenti Anac conformi

TERNA SUBAPPALTATORI

Direttiva 2014/14 – art. 71

“2. Nei documenti di gara l’amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all’offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell’appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.”

Legge 28 gennaio 2016, n. 11

Art. 1

“... rrr) introduzione nei contratti di lavori, servizi e forniture di una **disciplina specifica per il subappalto**, prevedendo in particolare: **l’espressa individuazione dei casi specifici in cui vige l’obbligo di indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto;...**”

Art. 105 comma 6

“E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della *legge 6 novembre 2012, n. 190.*”

Le attività definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa sopra richiamate sono:

- trasporto di materiali a discarica per conto di terzi
- trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi
- estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti
- confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume
- noli a freddo di macchinari
- fornitura di ferro lavorato
- noli a caldo
- autotrasporti per conto di terzi
- guardiania dei cantieri

Ratio: rispondere a primarie esigenze di trasparenza e di immediata disponibilità di una rosa di potenziali subappaltatori, ai fini di una rapida sostituzione, più forti in ragione della particolarità dell'attività e del settore di riferimento, ritenuti "maggiormente esposti a rischio di infiltrazione mafiosa".

Duplici possibile interpretazione:

- Interpretazione letterale della norma che collega l'obbligo di preventiva indicazione dei subappaltatori all'oggetto dell'appalto, cioè del contratto principale affidato dall'ente appaltante.
- Interpretazione, più aderente alla ratio della norma, che sancisce l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori con riferimento alle attività oggetto di subappalto.

Possibile lettura che evita oneri non giustificati sulle imprese e rispetta la ratio della norma:

“per gli appalti “soprasoglia” che comprendono prestazioni “a rischio” e “non a rischio”, l’obbligo di indicazione della terna deve ritenersi sussistente per entrambe le tipologie di prestazione; per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, il medesimo obbligo dovrebbe essere riferito alle sole prestazioni “a rischio”.”

T.A.R. Piemonte, Torino, sezione II, 17 gennaio 2018, n. 94

“La presenza nell’appalto (rilevabile dal computometrico) delle lavorazioni maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, impone la richiesta della terna dei subappaltatori.

Tuttavia la mancata indicazione della terna NON è causa di esclusione ma è rimediabile mediante soccorso istruttorio.”

Interpretazione conforme alla ratio della norma

Art. 105 comma 6:

“...Nel caso di appalti aventi ad oggetto piu' tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara.”

Chiarito che il concorrente dovrà indicare tre potenziali subappaltatori, non genericamente e cumulativamente con riferimento alle prestazioni che intende subappaltare, ma per ciascuna tipologia di prestazione “omogenea” (quindi comprendente anche prestazioni diverse ma rientranti nel medesimo ambito di attività)

Indicazione della terna in sede di offerta

T.A.R. sez. II - Torino, 17/01/2018, n. 94

In sede di gara pubblica la mancata indicazione dei nominativi di una terna dei subappaltatori, ove prescritta dal nuovo codice degli appalti, **può essere sanata con il soccorso istruttorio ex art. 83, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.**

T.A.R. Campania Salerno sez. I 27/4/2018 n. 677

“... La giurisprudenza amministrativa, cui questo Collegio intende dare continuità, ha peraltro riconosciuto **l’esperibilità del potere di soccorso istruttorio in relazione alla mancata o errata indicazione della terna dei subappaltatori**, così sostanzialmente consentendo l’indicazione, l’integrazione o la correzione della terna dei subappaltatori anche successivamente alla scadenza dei termini per la formulazione delle offerte (cfr., T.A.R. Brescia, (Lombardia), sez. II, 29/12/2016, n. 1790)...”

TAR Campania Napoli sez. V 24/4/2018 n. 595

“Le clausole ambigue della lex specialis vanno interpretate in coerenza con le previsioni del codice dei contratti pubblici, che, all’art. 105, comma 7, stabilisce che il contratto di subappalto va depositato almeno 20 giorni prima dell’inizio delle prestazioni e che solo a quel momento va trasmessa la certificazione attestante il possesso dei requisiti di qualificazione e l’assenza dei motivi di esclusione ex art. 80 dello stesso T.U. 50/2016; **l’eventuale incompletezza dei DGUE dei subappaltatori, da inserire nella busta A, pertanto, non è tale da determinare l’esclusione dalla gara dell’offerente, ma eventualmente può precludere solo la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto**, non essendo in discussione peraltro il difetto dei requisiti di qualificazione di quest’ultimo in relazione alle prestazioni oggetto di subappalto c.d. facoltativo”

-
-

T.A.R. sez. II - Genova, 06/02/2018, n. 112

Mancata preventiva indicazione del nominativo del subappaltatore nelle gare pubbliche

Nelle gare pubbliche, la mancata preventiva indicazione del nominativo del subappaltatore costituisce causa di legittima esclusione quando il concorrente è sfornito della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare. Peraltro, va ammessa l'operatività della nuova disciplina del soccorso istruttorio anche alla mancata indicazione del subappaltatore necessario.

Consiglio di Stato sez. V , - 18/01/2019, n. 471

“...È indubbio che la dichiarazione di subappalto possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di avvalersene nelle ipotesi in cui il concorrente sia in possesso delle qualificazioni previste per l'esecuzione in via autonoma delle prestazioni oggetto dell'appalto; è altrettanto indubbio che **l'eventuale incompletezza delle indicazioni e dei documenti concernenti l'identità e la qualificazione dei subappaltatori preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina l'esclusione dell'offerta che partecipa alla procedura**, ove non venga in rilievo il diverso profilo del difetto di qualificazione di quest'ultimo rispetto alle prestazioni interessate dal subappalto.”

...Con il ricorso in primo grado Randstad Italia s.p.a., seconda classificata, aveva impugnato l'aggiudicazione in favore della società Umana, lamentandone anzitutto la mancata esclusione (basata sulla considerazione che la stessa, benché concorresse individualmente, aveva affermato nella propria relazione tecnica di affidare l'attività di formazione ad Umana Forma s.r.l. ed a I.A.L. Friuli Venezia Giulia s.r.l., senza peraltro avere dichiarato nel D.G.U.E. di volersi avvalere del subappalto)...Oggetto del contendere non è il divieto di subappalto per mancata dichiarazione nel DGUE e per l'impossibilità che sia autorizzato, quanto piuttosto quello della contraddittorietà di un'offerta che non indica la volontà di avvalersene, ma subappalta talune prestazioni...

“...Il punto critico, nella fattispecie in esame, è che Umana **ha espresso l'offerta individualmente, introducendo però in gara soggetti terzi, senza consentirne neppure la verifica dei requisiti di ordine generale e speciali**. Il corollario, a termini della documentazione di gara e dei contenuti cristallizzati nell'offerta è, come condivisibilmente rilevato dalla sentenza di prime cure, che *"una parte non irrilevante -(delle prestazioni contrattuali)- è destinata a rimanere ineseguita, in quanto, al di là del fatto che Umana stessa possa essere o meno in possesso dei requisiti necessari per eseguire in proprio l'attività di formazione, tale attività non potrà essere eseguita né da Umana che ha espressamente affermato di assegnarla ad altri soggetti, né tanto meno da questi ultimi che non hanno in alcun modo partecipato alla gara e che non sono stati contemplati, nei modi e nei tempi dovuti, quali soggetti deputati ad eseguirla"*.

Non vi è dunque un problema di indicazione inadeguata del subappaltatore, ma di mancata espressione della volontà di ricorrere al subappalto, in contrasto con l'affidamento di talune prestazioni, peraltro qualificanti il contratto, a soggetti identificati, ma che sono rimasti estranei alla gara. Viene in rilievo, ad avviso della Sezione, una situazione ben più complessa sotto il profilo giuridico, che attiene alla portata dell'impegno negoziale assunto da Umana con la stazione appaltante, (impegno) il quale, per essere considerato efficace, comporterebbe, concettualmente, una non consentita modifica dell'offerta tecnica. Modifica non suscettibile neppure di sanatoria all'esito del soccorso istruttorio, proprio in quanto concernente l'offerta (tecnica).

L'esclusione è dunque stata correttamente accertata dalla sentenza, evidentemente non in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'[art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016](#), ma in coerente applicazione delle norme contenute nello stesso [codice dei contratti pubblici](#).”

Posizione del'Anac:

“L' istituto del soccorso istruttorio è applicabile alle verifiche da effettuare in sede di dichiarazioni che accompagnano l'offerta o la fase di presentazione della domanda e quindi anche all'indicazione della terna di subappaltatori da parte del concorrente e alla sua eventuale carenza o irregolarità che potrà essere sanata mediante la procedura di cui all'art. 83 D.lgs. 50/2016.” **(parere Anac n. 95 dell'8 febbraio 2017)**

“Con particolare riferimento alla **possibilità di esperire il rimedio del soccorso istruttorio nel caso di omessa indicazione della terna di subappaltatori**, recente giurisprudenza,..., qualifica tale **irregolarità come «essenziale e purtuttavia sanabile»**, quale **«deficit di una dichiarazione che avrebbe dovuto essere inserita nella documentazione amministrativa»**, per la quale **«la stazione appaltante ha correttamente attivato il meccanismo del soccorso istruttorio** L'impostazione predetta è avvalorata dalla possibilità di sanare le lacune del contratto di avvalimento, istituto che permette di integrare i requisiti di ammissione alla gara mediante il ricorso a un operatore che assume una responsabilità verso il committente (mentre il sub-appalto è una modalità esecutiva della prestazione mediante affidamenti di parti di essa a terzi, i quali intervengono nella fase esecutiva e il soggetto responsabile è unicamente l'appaltatore). Se, dunque, sono consentite specificazioni e integrazioni sul rapporto instaurato con l'impresa ausiliaria, a maggior ragione si devono ammettere delucidazioni e chiarimenti sui soggetti subappaltatori» (Tar Lombardia Brescia 29 dicembre 2016, n. 1790).

Si segnala inoltre la giurisprudenza (T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, Sent., 8 marzo 2017, n. 328 e Sent. 17 marzo 2017, n. 395) secondo la quale l'indicazione del subappaltatore (a differenza di quanto avviene per l'ausiliario e per il raggruppamento temporaneo di imprese) non implica necessariamente una previa formalizzazione dei rapporti tra subappaltatore stesso e concorrente che lo indica. Nel caso di specie, appare dunque necessario, alla luce dell'interpretazione comunitariamente orientata fornita dal Consiglio di Stato, che almeno uno dei subappaltatori indicati abbia i requisiti per eseguire la prestazione. E' inoltre legittimo l'operato della S.A. che ha consentito il soccorso istruttorio al fine di integrare i nominativi della terna di subappaltatori.” **(parere ANAC n. 487 del 3 maggio 2017)**

“...è legittimo il ricorso al soccorso istruttorio al fine di richiedere l’integrazione della dichiarazione di subappalto carente dei nominativi della terna dei subappaltatori, con le relative conseguenze; è illegittima l’esclusione dalla procedura del concorrente, in possesso dei requisiti di partecipazione, che in sede di soccorso istruttorio ha dichiarato di rinunciare al subappalto e di voler eseguire la prestazione in proprio.” (Parere Anac n. 973 del 27 settembre 2017)

“...la mancata dichiarazione di subappalto dei lavori relativi alla categoria OS8 (caso di impresa concorrente priva dei requisiti) non può essere sanata applicando il c.d. principio del soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9 del Codice appalti, in quanto, secondo un orientamento giurisprudenziale costante e pacifico (cfr. in tal senso C.d.S. Ad. Plen. n. 9 del 25.2.2014), il predetto principio può essere utilizzato solo per completare e/o fornire chiarimenti sul contenuto delle dichiarazioni presentate e **non per sanare dichiarazioni mancanti e/o integrare dichiarazioni prive di elementi essenziali e/o indispensabili perché attinente ai requisiti di ammissione, cioè agli elementi essenziali di partecipazione” (parere Anac n. 191 del 1 marzo 2018)**

Ma è possibile per un medesimo operatore economico comparire nelle terne di subappaltatori presentate nell'ambito della medesima procedura di gara da concorrenti diversi?

Sintomo di possibile collegamento tra concorrenti

L'ANAC, secondo quanto espresso nel Bando–tipo n. 1 del 2017, approvato con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, al punto 9 precisa che “...È consentita l’indicazione dello stesso subappaltatore in più terne di diversi concorrenti...”. Pertanto l’Autorità pare consentire esplicitamente a tale possibilità.

Indicazione di medesimo subappaltatore in piu' offerte

TAR di Torino sentenza n. 328 del del 08.03.2017

“...Si legge nella pronuncia della Corte di giustizia dell’Unione Europea del 22.10.2015 in causa C-425/14, Edilux, che è **contrario al principio di proporzionalità imporre ad un concorrente l’obbligo di dichiarare a pena di esclusione che non verranno subappaltate lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara**; secondo la Corte di giustizia, infatti, tale assoluto divieto implica una “presunzione irrefragabile secondo la quale l’eventuale subappalto da parte dell’aggiudicatario, dopo l’aggiudicazione dell’appalto, a un altro partecipante alla stessa gara d’appalto derivi da una collusione tra le due imprese interessate, senza possibilità di dimostrare il contrario.” La soluzione, per la Corte, eccede quanto necessario al fine di prevenire comportamenti collusivi.

La decisione citata è stata resa nel vigore della direttiva 2004/18/Ue e deve essere contestualizzata alla luce della direttiva 2014/24/Ue, la quale ha parzialmente mutato prospettiva in tema di subappalti; la più recente direttiva ha infatti introdotto la facoltà (utilizzata dal legislatore nazionale) per gli Stati membri di imporre ai concorrenti di dichiarare immediatamente i soggetti ai quali, nel prosieguo della gara, intendono subappaltare determinate lavorazioni.

La normativa nazionale, esplicitando l'onere di indicazione del subappaltatore sin dalla fase di presentazione dell'offerta, muta in parte il significato del subappalto da mera problematica esecutiva (del tutto successiva alla formazione dell'offerta) ad elemento che in qualche modo caratterizza l'offerta sin dal suo primo palesarsi...**affinchè l'onere di immediata indicazione del subappaltatore non si traduca in una mera inutile ripetizione di procedure di controllo (in parte anche potenzialmente inutili) non può che attribuirsi a tale onere anche un significato in termini di trasparenza immediata circa le modalità anche di composizione delle offerte da parte dei concorrenti.**

Se tanto pare coerente con il nuovo quadro normativo resta, a parere del collegio, **non conforme al principio di proporzionalità desumerne l'automatica esclusione di un concorrente che risulti anche indicato da altri quale subappaltatore**, tanto più che l'indicazione del subappaltatore (a differenza di quanto avviene per l'ausiliario e per il raggruppamento temporaneo di imprese) non implica necessariamente una previa formalizzazione dei rapporti tra subappaltatore stesso e concorrente che lo indica.

Il subappalto è oggetto di particolare attenzione nella più recente normativa, poiché ritenuto fase dell'esecuzione dei lavori pubblici particolarmente sensibile rispetto a potenziali attività illegali; si legge nel **considerando 105 della direttiva 2014/24/UE** che è "necessario garantire una certa trasparenza nella catena dei subappalti, in quanto ciò fornisce alle amministrazioni aggiudicatrici informazioni su chi è presente nei cantieri edili nei quali si stanno eseguendo i lavori per loro conto".

...In siffatto contesto l'esclusione automatica esorbita dal principio di proporzionalità. La presenza del medesimo soggetto nell'ambito di più offerte può costituire mero sintomo di collegamento tra le offerte e di dubbia trasparenza delle stesse (tanto più che, secondo la difesa della stazione appaltante, in questo caso si tratterebbe di subappalto necessario; la circostanza non è tuttavia menzionata nei provvedimenti impugnati) ma, quale mero indizio, non può che essere verificato, insieme ad altri eventuali indizi ed alla luce delle offerte formulate, nel contraddittorio delle parti.

Come infatti chiarito nella sentenza Edilux l'esclusione automatica "costituisce una presunzione irrefragabile d'interferenza reciproca nelle rispettive offerte, per uno stesso appalto, di imprese legate da una situazione di controllo o di collegamento. Essa esclude in tal modo la possibilità per tali candidati o offerenti di dimostrare l'indipendenza delle loro offerte ed è quindi in contrasto con l'interesse dell'Unione a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto."

Ritiene in definitiva il collegio che l'esclusione, automaticamente disposta, ecceda il principio di proporzionalità, pur essendo la circostanza rilevata dall'amministrazione non totalmente neutra e valutabile in un complessivo quadro indiziario."

Sostituzione del subappaltatore indicato nella terna

- Assenza di una norma di divieto
- Unico riferimento normativo per la sostituzione:

Art. 105 comma 12

“L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.”

- Delibera ANAC n. 487 del 3 Maggio 2017:

*“..l'indicazione del soggetto nella terna **non implica una formalizzazione dei rapporti tra subappaltatore e concorrente che lo indica.**”*

- Conforme la giurisprudenza recente (TAR Piemonte Torino Sez II, Sent 8 Marzo 2017 n.328 e Sent 17 Marzo 2017 n.395) che espressamente precisa

“l'indicazione del subappaltatore nella terna comporta - una mera disponibilità in capo al soggetto dichiarante non implicando necessariamente una formalizzazione di rapporti tra subappaltatore e concorrente che lo indica”.

Parrebbe, pertanto, possibile argomentare la possibile sostituzione anche al fine di evitare un forte irrigidimento del sistema

Procedura di infrazione n. 2018/2273 – Atto di costituzione in mora della Commissione Europea del 24 gennaio 2019

“... l’articolo 105, comma 6, del decreto legislativo 50/2016 viola l’articolo 18, paragrafo 1, e l’articolo 71 della direttiva 2014/24/UE, sia perché impone agli offerenti di indicare una terna di subappaltatori anche quando, in realtà, detti offerenti non intendono fare ricorso a nessun subappaltatore, sia perché impone agli offerenti di indicare una terna di subappaltatori anche quando, in realtà, a detti offerenti occorrono meno di tre subappaltatori.”

Censura nuova (affermata per la prima volta in una causa innanzi alla Corte di giustizia 395/18 ancora pendente)

Fondamento: **violazione del PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA'**

Perplessità:

- l'indicazione della terna dei subappaltatori non è richiesta dal legislatore nazionale in termini generalizzati, ma solo in alcune ipotesi specificamente indicate
- la ricostruzione della Commissione parte dal presupposto che l'obbligo sancito dalla norma nazionale obblighi sempre alla indicazione dei subappaltatori anche quando l'offerente non intenda ricorrere al subappalto, mentre in realtà, come ricavabile dal dato normativo, esso opera solo nella misura in cui l'appaltatore intenda subappaltare parte delle prestazioni.

SUBAPPALTO A CASCATA

Art. 105 comma 19

“L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non puo' formare oggetto di ulteriore subappalto.”

Riconferma del divieto di subappalto a cascata con il fine di

- prevenire il rischio che l'esecuzione, in concreto, delle opere oggetto di appalto possa essere realizzata da soggetti rispetto ai quali non sono comprovati i requisiti di ordine morale previsti dalla legge
- evitare una complessa attività di controllo a carico delle stazioni appaltanti che sarebbe necessaria ove tale divieto non fosse previsto.

Direttiva 2014/24 - Considerando 105:

“E’ inoltre necessario garantire una certa **trasparenza nella catena dei subappalti**, in quanto ciò fornisce alle amministrazioni aggiudicatrici informazioni su chi è presente nei cantieri edili nei quali si stanno eseguendo i lavori per loro conto o su quali imprese forniscono servizi negli edifici, infrastrutture o aree, ad esempio municipi, scuole comunali, infrastrutture sportive, porti o autostrade, dei quali le amministrazioni aggiudicatrici sono responsabili o su cui hanno un controllo diretto. Dovrebbe essere chiarito che l’obbligo di fornire le necessarie informazioni grava in ogni caso sul contraente principale, in virtù di clausole specifiche che l’amministrazione aggiudicatrice dovrà inserire in tutte le procedure di appalto, o in virtù di obblighi che gli Stati membri imporranno al contraente principale mediante disposizioni di applicazione generale.”

Articolo 71 comma 5 - Direttiva 2014/24

“Nel caso di appalti di lavori e per servizi da fornire presso l’impianto sotto la diretta supervisione dell’amministrazione aggiudicatrice, dopo l’aggiudicazione dell’appalto e al più tardi all’inizio dell’esecuzione del contratto l’amministrazione aggiudicatrice impone al contraente principale di indicarle nome, recapito e rappresentanti legali dei suoi subappaltatori coinvolti in tali lavori o servizi, nella misura in cui questi sono noti al momento della richiesta. **L’amministrazione aggiudicatrice impone al contraente principale di comunicare all’amministrazione aggiudicatrice eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del contratto nonché le informazioni richieste per eventuali nuovi subappaltatori coinvolti successivamente in tali lavori o servizi.**”

Art. 18 comma 1 – Direttiva 2014/24

“Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. **Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.”**

Procedura di infrazione n. 2018/2273 – Atto di costituzione in mora della Commissione Europea del 24 gennaio 2019:

“...la Commissione conclude che l’articolo 105, comma 19, del decreto legislativo 50/2016 viola sia le disposizioni delle direttive menzionate nella sezione 1.3.A della presente lettera, sia le seguenti disposizioni: l’articolo 18, paragrafo 1, e l’articolo 71, paragrafo 5, quinto comma, della direttiva 2014/24/UE...”

BANDO TIPO

SUBAPPALTO

1. Il concorrente indica all'atto dell'offerta **le parti del servizio/fornitura che intende subappaltare** o concedere in cottimo nei limiti del 30% dell'importo complessivo del contratto, in conformità a quanto previsto dall'art. 105 del Codice; **in mancanza di tali indicazioni il subappalto è vietato.**

Indicazione = condizione per l'autorizzazione al subappalto e non per la partecipazione alla gara (Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4)

2. Il superamento, in sede di offerta, delle percentuali di ammissibilità del subappalto o comunque dei limiti entro cui lo stesso è riconosciuto, non comporta l'esclusione del concorrente, potendo al massimo pregiudicare la possibilità di ricorrere al subappalto in caso di aggiudicazione (cfr. ANAC, Parere di precontenzioso del 14 febbraio 2013, n. 13).

3. Il concorrente è tenuto ad indicare nell'offerta tre subappaltatori [Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara]. **L'omessa dichiarazione della terna o l'indicazione di un numero di subappaltatori inferiore a tre non costituisce motivo di esclusione ma comporta, per il concorrente, l'impossibilità di ricorrere al subappalto.**

Escluso il **soccorso istruttorio** in quanto le questioni afferenti alla terna non attengono all'ammissibilità in gara del concorrente ma afferiscono esclusivamente all'autorizzabilità o meno del subappalto.

4. Il disciplinare prevede **il divieto di ricorrere al subappalto nel caso in cui un concorrente indichi un subappaltatore che, contestualmente, concorra in proprio alla gara.** Tale circostanza rende **invalida la terna del suddetto concorrente** in quanto uno dei tre subappaltatori che ha indicato non potrà, ai sensi dell'articolo 105, comma 4 del Codice, essere autorizzato ad eseguire il subappalto.

5. È consentita l'indicazione dello stesso subappaltatore in più terne di diversi concorrenti

“Laddove in determinati settori, non sussista un numero sufficiente di operatori economici per una determinata specializzazione, un obbligo siffatto potrebbe addirittura esaurire i soggetti disponibili, impedendo la partecipazione di ulteriori operatori economici e limitando la concorrenza.” *(relazione AIR al Bando tipo 1)*

Chi presta avvalimento in gara verso un concorrente può essere indicato nella terna da altro concorrente?

E' stato ritenuto che se si è ammessa la possibilità di essere indicato in più di una terna, deve essere a fortiori ammessa anche la partecipazione della stessa impresa, sia come subappaltatore indicato sia come impresa ausiliaria.

E', altresì, ammessa la partecipazione della stessa impresa come subappaltatore indicato per più tipologie di prestazioni omogenee (art. 105, comma 6). Pertanto, in caso di appalti il cui oggetto sia articolato in più tipologie di prestazioni, **il concorrente può indicare anche lo stesso subappaltatore per più tipologie di prestazione.**

6. I subappaltatori devono possedere i requisiti previsti dall'art. 80 del Codice e dichiararli in gara mediante presentazione di un proprio DGUE. Il mancato possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice in capo ad uno dei subappaltatori indicati nella terna comporta l'esclusione del concorrente dalla gara. Nel caso di subappalto qualificante, i subappaltatori devono altresì dichiarare, oltre al possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice (motivi di esclusione), anche il possesso dei requisiti di cui all'art. 83 (criteri di selezione) relativi alla prestazione oggetto di subappalto, compilando le relative parti del DGUE.

Relazione illustrativa al Bando tipo 1:

“Tale esclusione appare doverosa alla luce dell’art. 80, commi 1 e 5, ancorché sembri entrare in collisione interpretativa con l’art. 105, comma 12, del Codice a tenore del quale **“L’affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80”**. Sul punto, il Consiglio di Stato – in sede di parere reso sulle Linee guida relative ai mezzi di prova dei gravi illeciti professionali (Cons. St., comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2286) - ha espresso dubbi di compatibilità comunitaria della norma, riscontrando che la disposizione dell’art. 105 del Codice, trasposizione pertinente della Direttiva 2024/17/UE, dimostra che le direttive comunitarie sembrano consentire la possibilità di sostituire i subappaltatori privi dei requisiti anche quando i loro nomi vanno indicati in gara. Il Consiglio di Stato, nel predetto parere, ha suggerito una interpretazione comunitariamente orientata della norma, ritenendo che, quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, sia sufficiente ad evitare l’esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni. Sul punto, invero, il Consiglio di Stato aveva suggerito un intervento correttivo al Codice, che però è mancato. **La lettura delle norme richiamate, alla luce dell’indicazione del Consiglio di Stato, non pare consentita, in mancanza di un intervento legislativo nel senso indicato, per il semplice fatto che l’art. 105, comma 12 non si riferisce al concorrente ma all’affidatario, il solo cui sia imposto di provvedere alla sostituzione dei subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80: la norma, infatti, appare verosimilmente relativa al momento successivo alla gara e all’aggiudicazione.”**

Precisazione contenuta nella Relazione AIR al Bando tipo 1:

“... **il requisito della regolarità fiscale e contributiva** non è richiesto ai subappaltatori in gara e non è causa di esclusione, in quanto – a differenza di quanto disposto nell’art. 80, commi 1 e 5, che richiedono espressamente il possesso dei requisiti anche con riferimento ai subappaltatori - la formulazione del comma 4 non prevede espressamente tale estensione. Deve ritenersi, pertanto, che **il legislatore non abbia inteso collegare alle irregolarità fiscali e contributive del subappaltatore eventualmente intervenute in corso di gara l’esclusione del concorrente essendo esse, per loro natura, accidentali e comunque sanabili prima dell’autorizzazione al subappalto** (momento nel quale deve invece essere garantita l’inesistenza di tutte le cause di esclusione di cui all’art. 80 da parte del subappaltatore)”

Le modifiche del Decreto Legge c.d. SBLOCCA CANTIERI

Art. 105

2. Il subappalto e' il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attivita' 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. ~~Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non puo' superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.~~ **“Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del cinquanta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture”**. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. E' altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato nonche' siano variati i requisiti di cui al comma 7 .

Le modifiche del Decreto Legge c.d. SBLOCCA CANTIERI

Art. 105

4. I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché':

~~a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;~~

b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria **“e sia in possesso dei requisiti di cui all'articolo 80”**

c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;

~~d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80~~

Le modifiche del Decreto Legge c.d. SBLOCCA CANTIERI

Art. 105

~~6. E' obbligatoria l'indicazione della **terna di subappaltatori** in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attivita' maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell' articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190 . Nel caso di appalti aventi ad oggetto piu' tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, per gli appalti sotto le soglie di cui all'articolo 35: le modalita' e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80 prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori; l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo 80;~~

Le modifiche del Decreto Legge c.d. SBLOCCA CANTIERI

Art. 105

13. La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:

- a) ~~quando il subappaltatore o il cottimista e' una microimpresa o piccola impresa;~~
- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore ;
- c) su richiesta del subappaltatore ~~e se la natura del contratto lo consente.~~

Le modifiche del Decreto Legge c.d. SBLOCCA CANTIERI

Art. 80. (Motivi di esclusione)

1. Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, ~~anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6,~~ per uno dei seguenti reati:

5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, ~~anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6~~ qualora...