

INFORMATORE GIURIDICO di FABRIZIO MEGLIO
Agenzia di Roma

Viale Giulio Cesare, 59 - 00192 Roma (Italy)
Tel. 06 3260 9821 - Tel. Mobile 393 7048 813

per informazioni

informatore.giuridico@gmail.com
giappichelliroma@gmail.com

Autore/titolo	OFFERTA - 20%	ISBN	Q.tà
Massimo Frontoni - Laura Savelli SUBAPPALTO ED AVVALIMENTO Tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici con prefazione di Michele Corradino	37,60 € anziché 47,00 €	9788875244033
G. Giappichelli Editore			

Campi da compilare integralmente

Cognome Nome / Ragione Sociale	
Indirizzo	
CAP	Città
E-mail	
Data	Firma

Vi informiamo che i Vostri dati personali, raccolti per finalità di carattere contrattuale e informativo/promozionale, vengono trattati nel rispetto del Regolamento (UE) 2016/679 e ne viene garantita la sicurezza e la riservatezza. Il trattamento dei dati avviene con modalità manuali e informatiche da parte di personale autorizzato interno. In qualsiasi momento potrete fare richiesta scritta alla Società titolare per esercitare i diritti di cui agli artt. 15-22 del Regolamento (accesso, correzio-ne, cancellazione, opposizione al trattamento, portabilità, ecc.), scrivendo al seguente indirizzo <informatore.giuridico@gmail.com>.

Diritto di recesso: decorso il termine di 10 gg. lavorativi dalla data di sottoscrizione della presente proposta d'ordine senza che il cliente abbia comunicato mediante raccomandata A/R, oppure all'indirizzo pec informatoregiuridico@pec.it (confermati con raccomandata con ricevuta di ritorno entro le successive 48 h) inviata a Informatore Giuridico di Fabrizio Meglio, Viale Giulio Cesare, 59 - 00192 Roma (Italy), la propria volontà di revoca, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo.

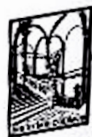


Massimo Frontoni - Laura Savelli

SUBAPPALTO ED AVVALIMENTO

*Tra qualificazione ed esecuzione
nel codice dei contratti pubblici*

Con prefazione di Michele Corradino



G. Giappichelli Editore



Parte I

Il subappalto

Capitolo Primo

Subappalto ed antimafia

SOMMARIO: 1. Il nesso genetico della disciplina del subappalto con la normativa antimafia. – 2. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti) e dal d.lgs. n. 56/2017 (primo correttivo al Codice dei Contratti).

1. Il nesso genetico della disciplina del subappalto con la normativa antimafia

Come noto, sia all'art. 339, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, per quanto concerne i contratti pubblici, che l'art. 1656 c.c., per i contratti privati, stabiliscono il divieto di subappaltare l'opera se non previa autorizzazione del Committente.

La necessità della previa autorizzazione nasce, dunque, storicamente da un'esigenza sostanzialmente civilistica, ovvero evitare la sostituzione, dell'esecutore dell'opera commessa, atteso anche l'*intuitus personae* che, al di là o in aggiunta alle capacità tecniche, caratterizza il contratto di appalto.

Anzi, proprio il testo dell'art. 1656 c.c. fonda la tesi che vede il contratto di appalto caratterizzato dall'*intuitus personae*, laddove correttamente inteso nel senso di attribuire rilevanza non tanto alla figura dell'imprenditore ma all'impresa.

Con questa lettura si appiana anche l'apparente antinomia tra l'art. 1656 c.c. e l'art. 1674 c.c., a tenore del quale "*Il contratto di appalto non si scioglie per la morte dell'appaltatore, salvo che la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto. Il committente può sempre recedere dal contratto, se gli eredi dell'appaltatore non danno affidamento per la buona esecuzione dell'opera o del servizio*".

La lettura correttamente orientata di siffatto *intuitus personae* conferma che l'autorizzazione prevista dal legislatore del codice civile e dall'art. 339 citato non riguarda tanto un particolare livello morale dell'appaltatore, quanto la sua particolare capacità esecutiva che ha condotto alla stipulazione.

Il bene tutelato dalla necessità della previa autorizzazione è, in primo luogo, se non esclusivamente, l'opera costruenda.

Questo quadro muta radicalmente con la disposizione introdotta dall'art. 21, legge 13 settembre 1982, n. 646, a tenore del quale: "*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, è punito con il pagamento di una sanzione pecuniaria pari a un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Il subappaltatore è responsabile in via solidale del pagamento della sanzione pecuniaria. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto. (...)*".

L'autorizzazione non svolge più una funzione soltanto civilistica ma, rafforzata da una sanzione di natura penale, vira decisamente verso il perseguimento di finalità pubblicistiche, anche ulteriori rispetto all'esecuzione a regola d'arte, allontanandosi così il regime, già *ex art. 339* citato, da quello dell'art. 1676 c.c.

Infatti, l'art. 21, legge 13 settembre 1982, n. 646, prosegue affermando che: "*L'autorizzazione prevista dal precedente comma è rilasciata previo accertamento dei requisiti di idoneità tecnica del subappaltatore, nonché' del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti soggettivi per l'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori. L'autorizzazione non può essere rilasciata nei casi previsti dall'articolo 10-quinquies della legge 31 maggio 1965, n. 575.(...)*".

Non è sufficiente, quindi, il possesso dei requisiti di idoneità tecnica e di quelli (minimi) necessari per l'iscrizione all'allora Albo Nazionale Costruttori, ma è necessario che l'impresa non sia riconducibile ad interessi economici di soggetti sottoposti a misura di prevenzione antimafia¹.

Quella forma particolare di *intuitus personae* che, secondo la migliore dottrina, oggettivizzato nel complesso aziendale affidatario dell'appalto, costituisce un tratto determinante dell'appalto privato, si arricchisce di un elemento qualificante che, come vedremo, verrà a costituire, in tutta la normativa successiva, il vero tratto distintivo del regime giuridico del contratto di subappalto nei contratti pubblici e, anzi, la causa di tutti i successi interventi normativi.

Fin d'ora si deve formulare un'osservazione rispetto all'evoluzione normativa. Se è certamente vero che il contratto di subappalto abbia rappresentato e possa ancora rappresentare, con sempre maggiore difficoltà, una via d'accesso alle commesse pubbliche da parte di imprese esse stesse espressione di interessi mafiosi, ovvero infiltrate o condizionate dalle mafie, è altrettanto certamente errato ridurre tutta la disciplina del subappalto di commesse pubbliche al contrasto della criminalità organizzata.

¹ *Art. 10 quinquies: Il pubblico amministratore, il funzionario o il dipendente dello Stato o di altro ente pubblico che consenta la concessione in appalto o in subappalto di opere riguardanti la pubblica amministrazione a persone, imprese o società sospese o decadute dall'iscrizione all'albo delle opere e forniture pubbliche o non iscrivibili allo stesso perché è intervenuto alcuno dei provvedimenti di cui ai precedenti articoli, è punito con la reclusione da due a quattro anni e con l'interdizione perpetua dai pubblici uffici.*

In realtà, fin dalla legge 19 marzo 1990, n. 55, il carattere di “normativa difensiva” è emerso sempre più chiaro.

Per brevità, atteso che la norma è stata oggetto di numerosi studi, qui è utile ricordare una serie di prescrizioni che, introdotte con la legge n. 55/1990, nei circa 30 anni successivi, costituiranno la base normativa del subappalto.

L’art. 18, comma 3, prevedeva che punto 1) *“Il soggetto appaltante è tenuto ad indicare nel progetto e nel bando di gara la categoria con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie, relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch’esse con il relativo importo. Tutte le lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo, ferme restando le vigenti disposizioni che prevedono per particolari ipotesi il divieto di affidamento in subappalto”*.

La norma pone, dunque, un iniziale onere in capo alle stazioni appaltanti, ovvero l’individuazione delle la *“categoria prevalente con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie, relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch’esse con il relativo importo”*.

Per quanto riguarda la categoria o le categorie prevalenti, con regolamento emanato ai sensi dell’art. 17, comma 2, legge 23 agosto 1988, n. 400, sarebbe stata definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al 30 per cento.

Si trattava, all’evidenza, di un onere funzionale all’assolvimento della prima **condizione** posta invece a carico dell’appaltatore che avesse voluto ricorrere al subappalto: l’indicazione già in offerta della volontà di voler subappaltare, indicando *“i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare”* (art. 18, comma 3, punto 1).

Le altre condizioni erano che:

– *l’appaltatore provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell’esecuzione delle relative lavorazioni;*

– *al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l’appaltatore trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di cui al numero 4) del presente comma; che l’affidatario del subappalto o del cottimo sia iscritto, se italiano o straniero non appartenente ad uno Stato membro della Comunità europea, all’Albo nazionale dei costruttori per categorie e classifiche di importi corrispondenti ai lavori da realizzare in subappalto*

• *l’impresa aggiudicataria pratici, per i lavori e le opere affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall’aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento;*

• *l’impresa che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell’articolo 2359 del codice civile con l’impresa affidataria del subappalto o del cottimo;*

• *l’esecuzione delle opere o dei lavori affidati in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto.*

Rilevante, nel veloce excursus dell'evoluzione normativa, è l'art. 34, legge 11 febbraio 1994, n. 109 ("Legge quadro in materia di lavori pubblici) che, intervenendo sul comma 3 dell'art. 18, legge n. 55/1990², introduceva, quale prima condizione per il successivo subappalto "*1) che i concorrenti abbiano indicato all'atto dell'offerta i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare o concedere in cottimo e abbiano indicato da uno a sei subappaltatori candidati ad eseguire detti lavori; nel caso di indicazione di un solo soggetto, all'atto dell'offerta deve essere depositata la certificazione attestante il possesso da parte del medesimo dei requisiti di cui al numero 4) del presente comma; 2) che l'appaltatore preveda, entro il termine di novanta giorni dall'aggiudicazione, al deposito del contratto di subappalto presso il soggetto appaltante; 3) che, nel caso in cui l'appaltatore abbia indicato all'atto dell'offerta più di un candidato ad eseguire in subappalto i lavori, al momento del deposito presso il soggetto appaltante del contratto di subappalto, l'appaltatore stesso trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di cui al numero 4) del presente comma; (...)"*.

L'art. 34 introduceva alcune novità di capitale rilevanza: in primo luogo per la validità ed efficacia stessa della dichiarazione di subappalto era richiesta l'indicazione dei soggetti (da uno a sei) candidati subappaltatori e, nel caso che il candidato fosse unico, anche l'allegazione della documentazione attestante il possesso dei requisiti di cui al numero 4 del medesimo primo comma, ovvero i requisiti di natura tecnica attestati dall'iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori ma non già la verifica in sede di gara dell'assenza nei confronti dell'affidatario del subappalto dei divieti previsti dall'art. 10, legge n. 575/1965, oggetto del successivo punto 5.

Inoltre, il contratto di subappalto doveva essere depositato dall'appaltatore presso il soggetto appaltante, entro il termine di novanta giorni dall'aggiudicazione.

Il combinato disposto di queste due prescrizioni (in precedenza il contratto di subappalto doveva essere trasmesso alla committente almeno 20 giorni prima dell'inizio della prestazione oggetto del contratto) rende evidente la volontà di rendere del tutto trasparente e certo il ricorso al subappalto, consentendo all'amministrazione committente ogni più ampia verifica in una fase (90 giorni data aggiudicazione) in cui, nella maggior parte dei casi, il contratto di appalto è stato appena stipulato, ovvero la consegna dei lavori è appena intervenuta³.

² Già sostituito dall'art. 34, d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406.

³ Ai sensi dell'art. 109, d.p.r. 554/99, Regolamento di attuazione della legge 109/94, la stipulazione del contratto di appalto deve aver luogo entro sessanta giorni dalla aggiudicazione nel caso di pubblico incanto, licitazione privata ed appalto-concorso ed entro trenta giorni dalla comunicazione di accettazione dell'offerta nel caso di trattativa privata e di cottimo fiduciario, mentre la consegna dei lavori, a tenore dell'art. 129, doveva avvenire per le amministrazioni statali non oltre quarantacinque giorni dalla data di registrazione alla Corte dei Conti del decreto di approvazione del contrat-

Si assiste ad un primo, embrionale, visto l'attuale testo dell'art. 105, d.lgs. n. 50/2016, tentativo di normare già in sede di gara, o comunque nella breve fase antecedente alla consegna dei lavori⁴, l'intero spettro dei contratti di subappalto derivanti dal contratto di appalto.

A ben vedere, tale impostazione, che forse non aveva compiutamente valutato la stretta tempistica entro cui avrebbe dovuto avere applicazione, presentava, tuttavia, una coerenza sistemica con l'impianto "concettuale" della legge n. 109/1994, centrato sulla previsione della progettazione, fino al livello esecutivo, in capo alla stazione appaltante e l'affidamento tramite gara della sola esecuzione dei lavori, salvo casi particolari e limitati.

L'art. 19, legge n. 109/1994, come modificato dalla legge n. 166/2002 prevedeva:

"I contratti di appalto di lavori pubblici di cui alla presente legge sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un soggetto di cui all'articolo 2, comma 2, aventi per oggetto:

- a) la sola esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1;*
- b) la progettazione esecutiva di cui all'articolo 16, comma 5, e l'esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1, qualora:*
 - 1) riguardino lavori di importo inferiore a 200.000 euro;*
 - 2) riguardino lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60 per cento del valore dell'opera;*
 - 3) riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici;*
 - 4) riguardino lavori di importo pari o superiore a 10 milioni di euro. (lettera così sostituita dall'articolo 7, comma 1, lettera l), legge n. 166 del 2002)".*

Il legislatore della legge n. 109/1994 tendeva infatti, ad escludere qualsivoglia contributo progettuale dell'appaltatore di lavori pubblici, sostanzialmente non previsto nel testo originario della legge (cfr. art. 19 cit.) e assai limitato anche nella versione successiva alla novella della legge n. 166/2002, per cui, alla data della gara, in effetti il concorrente-futuro appaltatore disponeva di un quadro progettuale chiaro e definito⁵, tale da consentirgli, anche se con comprensibili difficoltà di

to, e non oltre quarantacinque giorni dalla data di approvazione del contratto quando la registrazione della Corte dei Conti non era richiesta per legge. Per le altre stazioni appaltanti il termine di quarantacinque giorni decorre dalla data di stipula del contratto. Per i cottimi fiduciari il termine decorre dalla data dell'accettazione dell'offerta. Complessivamente, nel percorso amministrativo ottimale, la consegna dei lavori conseguiva, al massimo, a 105 giorni dall'aggiudicazione, circa 3 mesi e mezzo.

⁴La legge n. 109/1994 costituiva la legge quadro dei soli lavori pubblici, a differenza del successivo d.lgs. n. 163/2006, che introdusse il primo Codice dei Contratti pubblici, disciplinando affidamenti di lavori, servizi e forniture.

⁵L'art. 93, d.lgs. n. 163/2006 offre una definizione del progetto esecutivo che rende perfettamente il livello di dettaglio a cui deve tendere "Il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare e il relativo costo previsto e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile

ordine tecnico-economico, di poter individuare una rosa da uno a sei subappaltatori e di stipulare i relativi contratti nei novanta giorni successivi al provvedimento di aggiudicazione.

È evidente che un tal meccanismo entra in crisi laddove, chiusa la gara, svolta sulla base di un progetto a livello addirittura preliminare o definitivo, con l'aggiudicazione definitiva, si apre la fase della progettazione definitiva ed esecutiva affidata al medesimo appaltatore, mediante l'appalto integrato che, legittimamente poteva contenere anche alcune varianti progettuali in ragione dell'approfondimento degli studi e delle indagini.

La mancanza di un progetto esecutivo impedisce di poter onerare il concorrente, neo aggiudicatario, della stipula di contratti di subappalto nei novanta giorni successivi all'aggiudicazione, atteso che parte rilevante delle stesse prestazioni oggetto del contratto di appalto attendono di essere meglio e/o diversamente determinate nella progettazione esecutiva (sede in cui è possibile anche introdurre addirittura varianti al progetto definitivo)⁶ che, a sua volta, prevede dei tempi ad hoc, variabili indicativamente, dai 60 ai 120 giorni, per l'adempimento dell'obbligazione progettuale.

Il quadro vira ancora decisamente verso il contributo progettuale dell'appaltatore con l'art. 53, comma 2, d.lgs. n. 163/2006, a tenore del quale le stazioni appaltanti avevano la possibilità, previa adeguata motivazione di tipo tecnico-organizzativo-economico, di poter procedere unitamente all'assegnazione non solo della fase esecutiva ma anche della progettazione dell'opera in oggetto all'appalto.

Il citato comma 2 prevedeva che:

*“Negli appalti relativi a lavori, il decreto o la determina a contrarre stabilisce, **motivando**, nelle ipotesi di cui alle lettere b) e c) del presente comma, in ordine alle esigenze **tecniche, organizzative ed economiche**, se il contratto ha ad oggetto:*

a) la sola esecuzione;

b) la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice;

*c) previa **acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta**, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice. (...).”*

in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo”. In questo quadro, che nel caso di appalto di sola esecuzione è presente già in sede di gara, è teoricamente possibile individuare i subappaltatori stipulare i relativi contratti, il tutto entro i 90 giorni dalla data di aggiudicazione.

⁶ Ai sensi del comma 4 dell'art. 140, d.p.r. n. 554/1999 *“Nel caso in cui si verifichi una delle ipotesi di cui all'articolo 25, comma 1, lettere a), b), c) della Legge, ovvero nel caso di riscontrati errori od omissioni del progetto definitivo, le variazioni da apportarsi al progetto esecutivo sono valutate in base ai prezzi contrattuali con le modalità previste dal capitolato generale e, se del caso, a mezzo di formazione di nuovi prezzi, ricavati ai sensi dell'articolo 136”.*

Salva la necessità della previa valutazione degli aspetti di tipo tecnico-organizzativo-economico, che non dovevano essere presenti cumulativamente, essendo sufficiente **uno solo** di quelli a motivare legittimamente il ricorso all'appalto integrato, la scelta della S.A. era sostanzialmente libera.

Ad ogni modo, con l'art. 9, legge 18 novembre 1998, n. 415, veniva già abrogata la previsione dell'indicazione della rosa, da uno a sei, candidati subappaltatori⁷.

Il quadro muta, ancora, con il d.lgs. n. 50/2016, atteso che, compiendo un giro di 360 gradi rispetto all'evoluzione normativa ventennale successiva alla legge n. 109/1994, il testo stabilisce che la gara riguardi, per i lavori, la sola esecuzione, sulla base di progetti esecutivi redatti dalla stazione⁸ appaltante.

Nell'art. 59, comma 1 del nuovo codice degli appalti (si legge: "*Gli appalti relativi ai lavori sono affidati, ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto, come definito dall'art. 23 comma 8, garantisce la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti. È vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità*").

La versione definitiva è il risultato dei pareri favorevoli delle Commissioni permanenti di Camera e Senato le quali hanno disposto come unica modifica alla versione originale del comma 1, art. 59, la sostituzione delle parole "*le amministrazioni aggiudicatrici*" con le parole "*le stazioni appaltanti*" e la soppressione nel terzo periodo del primo comma la parola "*di regola*".

Ecco, questa precisazione, in senso restrittivo, può aver contribuito alla vulgata della "eliminazione dell'appalto integrato", anche perché il senso dell'intervento è, in effetti, volto ad affermare un completo divieto al ricorso dell'Appalto Integrato: è uno dei pochi casi che nel Codice ricorre la locuzione "*è vietato*"⁹, men-

⁷ Tornando alla prescrizione "*che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso d'opera, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare o concedere in cottimo*".

⁸ La decisione del legislatore del d.lgs. n. 50/2016 è stata così drastica che dal 19 aprile 2016, data di entrata in vigore del codice, ed in assenza di una – invece opportuna – norma transitoria – non è stato possibile mandare i gara i progetti definitivi già approvati, con obbligo di approfondire il livello progettuale ad esecutivo. La deroga introdotta con il d.lgs. n. 56/2017, intervenuta quindi a circa un anno dall'entrata in vigore, ha tardivamente introdotto un periodo transitorio che prevede l'appalto integrato per gli appalti i cui progetti preliminari o definitivi siano stati già approvati alla data di entrata in vigore del codice e nei casi di urgenza. Un regime transitorio introdotto ad un anno di distanza, dopo che già molte amministrazioni avevano già affidato gli incarichi di progettazione per adeguare i progetti al livello esecutivo è una delle previsioni più astruse del compendio codice – primo correttivo.

⁹ L'art. 59 è il primo articolo in cui si trova il riferimento ad un divieto espresso; gli altri casi sono dati dall'art. 157, comma 3 "È vietato l'affidamento di attività di progettazione, direzione lavori, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, collaudo, indagine e attività di supporto per mezzo di contratti a tempo determinato o altre

tre il legislatore ha deciso di ricorrere ad una elencazione chiusa di casi specificamente nominati dato che il ricorso ad una clausola aperta, come notato dal Consiglio di Stato nel suo parere, avrebbe portato ad ulteriori possibili eccezioni per via interpretativa¹⁰.

Quindi, potremmo dire coerentemente, il legislatore del d.lgs. n. 50/2016, munendo le stazioni appaltanti ed i candidati, di un progetto esecutivo, ha reintrodotto, all'art. 105, la previsione della obbligatoria indicazione in sede di gara, di un certo numero di candidati subappaltatori, optando per una "terna", con le precisazioni che saranno trattate più avanti.

Tornando al breve excursus, occorre dare conto, riprendendo le file delle considerazioni svolte sul legame tra disponibilità del progetto esecutivo in sede di gara e possibilità (obbligo, laddove imposto dal legislatore) di indicare candidati subappaltatori nella medesima fase di gara, dell'art. 118, d.lgs. n. 163/2006.

In realtà non si rivengono particolari prescrizioni, quanto alla fase di gara, rispetto alla disciplina del previgente art. 34, legge n. 109/1994, come aggiornato alla luce della legge n. 415/1998, mentre l'evoluzione è più marcata, ma sarà oggetto di successive considerazioni, per quanto attiene al pagamento delle prestazioni del subappaltatore.

2. *Le novità introdotte dal d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti) e dal d.lgs. n. 56/2017 (primo correttivo al Codice dei Contratti)*

Il contratto di subappalto è, tra le fattispecie negoziali connesse all'affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, probabilmente quello più indagato attese alcune peculiarità che lo caratterizzano.

In primo luogo, rileva sia in fase di gara che in fase di esecuzione ed, in entrambi i casi, con una incidenza tale da condurre addirittura alla mancata costituzione del rapporto contrattuale (conseguenza dell'espulsione del concorrente dal procedimento di gara) ovvero, ove costituito, alla sua estinzione (per la risoluzione del contratto principale, ad es., in caso di subappalto non autorizzato).

In secondo luogo è il contratto derivato che ha ricevuto le maggiori attenzioni da parte del legislatore penale, intrecciando la sua disciplina con la nascita della legislazione antimafia nei contratti pubblici.

procedure diverse da quelle previste dal presente decreto" e dall'art. 209, comma 2 "È vietato in ogni caso il compromesso."

¹⁰ Osserva il Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016, del 1 aprile 2016: "Al terzo periodo del comma 1, vanno soppresse le parole "di regola", in quanto idonee ad ingenerare incertezza sull'ambito di operatività del precetto relativo all'obbligo generale di porre il progetto esecutivo a base di gara", osservando in aggiunta che "Qualora si intendano prevedere deroghe a tale obbligo, queste dovrebbero essere indicate espressamente all'inizio del periodo: in tal caso, il comma potrebbe prevedere che "Tranne i casi previsti dagli articoli ..., gli appalti relativi ai lavori"".

Oggetto di indagine è l'attuale configurazione del contratto di subappalto, quale emersa a seguito degli interventi del d.lgs. n. 50/5016 e del d.lgs. n. 56/2017 che, in forma non necessariamente cosciente, hanno introdotto la più rilevante modifica nel regime giuridico dell'istituto, fin dalla legge 55/90.

Il subappalto è trattato, *ex professo*, dall'art. 105, d.lgs. n. 50/2016, all'interno del Titolo V – Esecuzione.

L'allocazione topografica *sembra* rispondere alla tradizionale lettura del contratto di subappalto come contratto “meramente” derivato¹¹ e, come tale, connesso alla fase esecutiva del contratto di appalto.

In realtà, la lettura dell'art. 105 evidenzia che il contratto di subappalto rileva, ed in misura notevole, già nella fase pubblicistica della gara per l'affidamento dell'appalto.

In tanto, infatti, è possibile:

“4. 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.

5. Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.

6. È 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. 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. Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, per gli appalti sotto le soglie di cui all'articolo 35: le modalità 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

¹¹ Ovviamente il contratto di subappalto è un contratto che prende causa dal contratto di appalto ma, come anticipato, a seguito degli interventi del legislatore del c.d. “primo correttivo”, d.lgs. n. 56/2017, questa lettura appare attualmente limitativa.

esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo 80".

Alla luce delle previsioni del comma 4, lett. a) e d) (ed in parte b)) e del comma 6, l'aggiudicazione potrebbe non essere conseguita dal concorrente non già per carenze proprie ma riferibili ad un soggetto (e ad un contratto, soprattutto), il candidato subappaltatore, che dovrebbe, invece, e lo conferma l'allocazione topografica del relativo articolo, venire in evidenza soltanto dopo la stipula del contratto di subappalto.

Poco sopra si è espresso il dubbio che tale attrazione del subappaltatore (come vedremo l'attrazione è più incentrata sul soggetto candidato subappaltatore che sul contratto) nella fase della gara sia stata del tutto coscientemente voluta dal legislatore che è sembrato, invece, a tal punto mosso dalla volontà di anticipare i controlli usualmente svolti in sede di autorizzazione, da essere giunto ad attrarre, appunto, nella procedura pubblicistica di scelta anche il soggetto candidato subappaltatore.

Al contempo, questo percorso, non è stato portato alle ultime conseguenze, sia – dal punto di vista formale – perché il subappalto resta trattato nell'ambito del Titolo V, Esecuzione, sia perché – dal punto di vista sostanziale – resta netta – in tesi – la distinzione tra concorrente (singolo o plurisoggettivo) e subappaltatore.

Vedremo, nel proseguo del lavoro, quanto sia effettivamente (ancora così) netta questa distinzione, in particolare rispetto al concorrente plurisoggettivo.

Capitolo Secondo

Il subappalto in fase di gara e la normativa eurounitaria

SOMMARIO: 1. Gli antecedenti immediati del d.lgs. n. 50/2016. – 2. I limiti di utilizzo del subappalto in relazione alle Direttive 2014/23, 2014/24 e 2014/25. – 3. Le critiche dell'ANCE. – 4. Le pronunce della Corte di Giustizia. – 5. Le singole violazioni al diritto dell'Unione Europea. – 6. La posizione espressa dall'Unione Europea.

1. Gli antecedenti immediati del d.lgs. n. 50/2016

Rilevante per la ricostruzione della *ratio* della disciplina dell'istituto del subappalto è il considerando 105 della Direttiva 2014/24, il quale afferma testualmente:

“(...) È 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.

Dovrebbe essere altresì chiarito che le condizioni relative al controllo del rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro di cui alla presente direttiva, sempre che tali norme, e la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione, dovrebbero essere applicate ogniqualvolta il diritto nazionale di uno Stato membro preveda un meccanismo di responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale. Inoltre, dovrebbe essere indicato espli-

citamente che gli Stati membri dovrebbero poter imporre condizioni più rigorose, ad esempio estendendo gli obblighi in materia di trasparenza, (A) consentendo il pagamento diretto ai subappaltatori, (B) oppure permettendo o imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare che i subappaltatori non si trovino in una delle situazioni che giustificano l'esclusione dell'operatore economico (C) Nell'applicare tali misure ai subappaltatori, occorre garantire la coerenza con le disposizioni applicabili ai contraenti principali, facendo in modo che l'esistenza di motivi obbligatori di esclusione, comporti l'obbligo per il contraente principale di sostituire il subappaltatore (D) Qualora dalle verifiche risulti la presenza di motivi non obbligatori di esclusione, andrebbe precisato che le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere la sostituzione. Si dovrebbe tuttavia indicare esplicitamente anche che le amministrazioni aggiudicatrici possono essere tenute a chiedere la sostituzione del subappaltatore in questione quando in tali casi l'esclusione del contraente principale sarebbe obbligatoria.

Si dovrebbe inoltre stabilire espressamente che gli Stati membri restano liberi di prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità (E) o norme più avanzate in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori (F)”.

Parimenti rilevante per l'inquadramento della fattispecie è la lettura della Relazione Illustrativa del d.lgs. 4 marzo 2016, n. 50/2016, nella quale si legge:

“L'articolo 105 (Subappalto) rispetta quanto disposto dal criterio di delega di cui all'articolo 1, comma 1, lettera rrr), legge 28 gennaio 2016, n. 11 che disciplina l'introduzione nei contratti di lavori, servizi e forniture di una disciplina specifica per il subappalto e recepisce l'articolo 71 della direttiva 2014/24, e l'articolo 88 della direttiva 25/2014.

...
Si dispone, poi, che 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 esclusivamente ad alcune condizioni che vengono elencate.

In aderenza al criterio contenuti nella legge delega, si dispone, quindi, l'obbligatorietà dell'indicazione della terna di subappaltatori, nel caso di appalti di lavori, servizi o forniture di importo superiore alle soglie di cui rilevanza comunitaria per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione, con l'obbligo per la stazione appaltante di darne indicazione nel bando di gara. La stazione appaltante ha comunque facoltà, anche per appalti al di sotto della soglia, di prevedere l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori proposti.

Si stabilisce, inoltre, che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmette altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali.

... Si impone all'affidatario di provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione.

In aderenza al criterio di delega sono previsti i casi specifici in cui la stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore o al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite in casi che vengono espressamente elencati.

L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento e corrisponde i costi della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso.

Si stabilisce, altresì, che l'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente”.

Infine, sotto il profilo ermeneutico appare utile richiamare la relazione del Consiglio di Stato nell'Adunanza della Commissione Speciale del 21 marzo 2016 (numero affare 464/2016, Relazione n. 855 del 1° aprile 2016), avente ad oggetto: “Schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell’articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11”, laddove a proposito dell’art. 105 del Codice afferma:

“... 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 ...”.

Come noto, il testo finale dell’art. 105 ha optato per una previsione assai più restrittiva, prevedendo il limite di subappalto nella misura del 30% riferito all’intero contratto di appalto. Il tema dei limiti si rileva centrale nell’esame dell’attuale normativa.

2. I limiti di utilizzo del subappalto in relazione alle Direttive 2014/23, 2014/24 e 2014/25

Le norme introdotte con l’art. 105, d.lgs. n. 50/2016 presentano criticità rispetto alle direttive europee. Il subappalto se non assume la veste di strumento ecce-

zionale e di residuale utilizzo, certamente risulta sottoposto a più stringenti condizioni e limiti rispetto alla normativa previgente ed è ammesso, sempre previa autorizzazione entro il limite massimo del 30% dell'importo dell'appalto.

Come detto, le limitazioni sono storicamente giustificate con l'esigenza di tutelare i prevalenti interessi pubblici dai rischi di infiltrazione della criminalità mafiosa, una esigenza condivisa ma che, alla luce dei numerosi ed efficaci provvedimenti che si sono susseguiti negli anni (*in primis* le clausole contrattuali introdotte dai protocolli di legalità¹, l'obbligo della tracciabilità finanziaria introdotta dalla legge n. 136/2010 ed il monitoraggio finanziario delle grandi opere), forse non deve ancora trovare le sue fondamenta nella riedizione, sempre più rafforzata, di meri limiti quantitativi.

Sulla possibilità di limitare in tal guisa l'ambito di applicazione del subappalto si è espresso favorevolmente, come detto, il Consiglio di Stato, chiamato in via consultiva ad esprimere un parere sugli schemi del d.lgs. n. 50/2016. Al riguardo, il Consiglio di Stato, ha ritenuto legittima una regolamentazione più restrittiva della concorrenza e del mercato dei contratti pubblici, ritenendo come prevalenti e superiori non i principi sulle libertà fondamentali dell'Unione Europea, ma quelli sanciti dall'art. 36 del TFUE come l'ordine e la sicurezza pubblica, ritenendo la normativa italiana sul subappalto conforme, in linea generale, ai dettami dell'Unione Europea.

Un siffatto sistema, tuttavia, può portare a penalizzare in maniera significativa le piccole e medie imprese a cui è stata limitata, se non del tutto preclusa, la possibilità di accedere al mercato degli appalti pubblici, ciò in riferimento soprattutto al limite quantitativo della quota subappaltabile fissato al 30%. In questo modo il legislatore ha, tuttalpiù, concepito un coinvolgimento delle piccole medie imprese non tramite il subappalto, ma attraverso i mezzi di associazione temporanea di imprese garantendo così alla pubblica amministrazione di avere quali parti contraenti tutte (o quasi) le imprese coinvolte nell'esecuzione della commessa per poter compiere ogni più opportuno controllo.

3. Le critiche dell'ANCE

Sulla scorta delle superiori considerazioni l'Associazione Nazionale Costruttori Edili (ANCE) ha denunciato alla Commissione Europea le pretese violazioni compiute dallo Stato Italiano con l'adozione del d.lgs. n. 50/2016.

Le censure sollevate dall'ANCE hanno riguardato in particolare la disciplina del subappalto attuata, a suo avviso, in violazione delle libertà fondamentali del

¹ La rilevazione informatizzata di tutti gli accessi in cantiere, l'estensione dei controlli ad una sempre più ampia filiera produttiva e la previsione di clausole privatistiche di risoluzione di diritto dei contratti rappresentano solo alcune delle più efficaci clausole introdotte dai protocolli di legalità.

mercato interno dell'Unione Europea per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di cui alle Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Come evidenziato dall'Associazione, dai *Considerando* delle Direttive si ricava l'intento di introdurre una disciplina sul subappalto (e sull'appalto pubblico in genere) volta a recepire internamente i principi fondamentali contenuti nel trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE): in particolare i principi della libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi nonché i principi sottesi, quali la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la trasparenza. In tale ottica il subappalto viene concepito con la finalità di garantire all'appaltatore la possibilità di costituire, senza specifici limiti, una particolare forma di organizzazione di imprese frutto della sua libertà di disposizione dei singoli fattori produttivi, ma con adeguate garanzie sulla capacità di eseguire l'appalto.

Un ulteriore effetto che le Direttive mirano a conseguire è quello di accrescere l'efficienza della spesa pubblica incentivando l'ingresso delle piccole e medie imprese nel mercato e soprattutto nel settore degli appalti pubblici, riconoscendo inoltre alle stazioni appaltanti la possibilità di ricevere offerte più numerose e diversificate. In una tale ottica il regime normativo del subappalto garantirebbe una disciplina scevra da qualsiasi limite o divieto di natura quantitativa e qualitativa.

Emerge con evidenza, quindi, l'intenzione dell'Unione Europea di concepire uno strumento di facile utilizzo sottoposto a una disciplina fluida e minimalista. Dalla lettura dell'art. 71 della Direttiva 24/2014/UE si desume infatti che il subappalto deve basarsi sugli stessi principi previsti per l'appalto, ossia su quelli di cui all'art. 18 della stessa direttiva, secondo cui al comma 1, *“Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata”*.

Da tale assunto il subappalto deve necessariamente essere esente da qualsiasi limite di natura quantitativa e qualitativa e, sempre secondo l'art. 71, Direttiva 24/2014/UE, gli unici limiti imposti prevedono che:

- *“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”* (comma 2);

- *“Gli Stati membri possono prevedere che, su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti all'operatore economico cui è stato aggiudicato l'appalto pubblico (il contraente principale). Tra tali misure possono rientrare idonei meccanismi che consentano al contraente principale di opporsi a pagamenti indebiti. Gli accordi concernenti tale modalità di pagamento sono indicati nei documenti di gara”* (comma 3).

L'impronta liberale delle Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE si pone senz'al-

tro in linea di continuità con le precedenti direttive europee oggi abrogate che già avevano previsto una disciplina sugli appalti pubblici e sul subappalto improntata ai principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

4. Le pronunce della Corte di Giustizia

Le posizioni espresse dall'ANCE trovano fondamento in alcuni precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia Europea che in più occasioni ha rimarcato la preminenza dei principi europei.

Già nel 2004 con la sentenza Siemens del 18 marzo 2004 (C-314/01) la Corte aveva avuto modo di affermare i seguenti principi:

• “(...) la direttiva 92/50, la quale mira a rimuovere gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi nell'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, prevede espressamente, all'art. 25, la possibilità per gli offerenti di subappaltare a terzi parti dell'appalto. Infatti, secondo la detta disposizione, l'amministrazione aggiudicatrice può richiedere a tale offerente d'indicare, nella sua offerta, le parti del detto appalto che egli intende subappaltare. Inoltre, quanto ai criteri di selezione qualitativa, l'art. 32, n. 2, lett. c) e h), della detta direttiva prevede espressamente la possibilità di fornire la prova della capacità tecnica del prestatore di servizi mediante l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, a prescindere dal fatto che essi facciano o non facciano direttamente capo a tale prestatore di servizi, dei quali si avvarrà per l'esecuzione del servizio, oppure mediante indicazione della quota del contratto che intende eventualmente subappaltare (...);”

• “(...) Come statuito dalla Corte ai punti 26 e 27 della citata sentenza *Holst Italia*, risulta sia dall'oggetto sia dalla formulazione di tali disposizioni che una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi solo perché intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono ad uno o più soggetti diversi da essa. Ciò implica che è consentito da un prestatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi cui intende fare riferimento qualora gli venga aggiudicato l'appalto. (...);”

• “(...) un divieto di subappalto per l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto non è contrario alla direttiva 92/50, proprio quando l'amministrazione aggiudicatrice non è stata in grado di controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del migliore offerente (...).”

Preliminarmente si deve osservare che colpisce, nell'ambito di una sentenza che tratta ex professo del subappalto, il rilevante riferimento alla sentenza *Holst Italia*, che ebbe un rilievo assoluto nell'introduzione della nozione di avvalimento

nel nostro ordinamento (v. oltre), a conferma della progressiva convergenza delle funzioni e dei presupposti di diritto del ricorso all'una o all'altra di queste fattispecie (come anche ad un mix di entrambe) per la più efficace (ovvero maggiormente pro concorrenziale) partecipazione del concorrente alla gara, con vantaggio ultimo per il committente pubblico.

Dalla lettura di tali pronunce si percepisce come l'Unione Europea abbia già da tempo voluto qualificare le poche limitazioni al subappalto come eccezioni alla regola generale di libera subappaltabilità, esattamente in linea contraria rispetto a quanto oggi previsto dall'art. 105, d.lgs. n. 50/2016.

Il consolidato orientamento giurisprudenziale ha portato la Corte di Giustizia a pronunciarsi con la decisiva sentenza "Wroclaw" del 14 luglio 2016 (C-406/2014)². Tale vicenda verteva appunto sulla realizzazione di un'opera pubblica nel territorio polacco, la cui legislazione imponeva un obbligo di esecuzione diretta dei lavori da parte dell'affidatario pari al 25% dell'importo del contratto (a fronte di una normativa interna italiana che, nel caso di lavori ricadenti in un'unica categoria o prestazione omogenea, prevede l'obbligo di realizzazione in proprio del 70% dell'opera ...).

Con tale sentenza la Corte di Giustizia ha ribadito in maniera esplicita la contrarietà al diritto comunitario della norma interna che vieta il subappalto per una quota della stessa commessa, enunciando il seguente principio: "(...) *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 detto appalto avvalendosi di risorse proprie (...)*".

Da quanto sopra si può pertanto affermare che il regime normativo comunitario volto a regolare il subappalto, va in via generale interpretato in maniera elastica e liberale. Secondo tale impostazione la scelta di poter avvalersi di tale istituto ricade nell'esclusiva competenza dell'appaltatore senza alcuna restrizione di natura qualitativa e quantitativa imposta stesso dalla legge o dal bando di gara.

5. Le singole violazioni al diritto dell'Unione Europea

L'attuale art. 105, d.lgs. n. 50/2016, oltre a vietare in linea generale il subappalto se non dietro autorizzazione del committente e comunque mai oltre il limite

² Tra le altre sentenze della Corte di Giustizia conformi a tale orientamento si segnalano: *i*) CoNISMa del 23 dicembre 2009 (C305/08); *ii*) SWN Costruzioni 2 del 10.10/2013 (C-94/12); *iii*) Ostas Celtnieks Sia del 14 gennaio 2016 (C-234/14).

massimo del 30% rispetto al valore complessivo della commessa, ha introdotto un complesso e articolato sistema normativo che rende – ad avviso dell’Associazione – difficoltoso e poco agevole il ricorso al subappalto per quella minima parte consentita.

Secondo l’ANCE, infatti, i diretti affidatari delle commesse non potranno avvalersi delle specializzazioni di terze imprese con un conseguente aggravio di costi per i pubblici committenti e una limitazione nello sviluppo delle specializzazioni negli appalti pubblici. Inoltre tali barriere normative impediranno alle piccole imprese, prive delle qualificazioni sufficienti a divenire dirette appaltatrici, di accedere al mercato dei contratti pubblici. Queste ultime saranno costrette, al massimo, ad associarsi in associazioni temporanee di imprese (ATI).

Come detto, le principali violazioni al diritto dell’Unione Europea di cui al d.lgs. n. 50/2016 si rinvergono, nella prospettazione ANCE, nell’obbligo generale (salvo deroghe) di esecuzione diretta, sancito dall’art. 105, comma 1 del suddetto decreto, nonché nel divieto di subappalto per una quota superiore al 30% del valore complessivo dell’appalto di cui all’art. 105, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.

Venendo al primo aspetto, l’art. 105 al comma 4, come modificato dal Decreto Correttivo d.lgs. n. 56/2017 prevede che *“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’art. 80”*.

Un tale regime normativo produce l’effetto di vietare all’appaltatore la possibilità di servirsi di terzi subappaltatori, salvo che l’amministrazione committente decida, di autorizzare il subappalto. Ciò contrasterebbe con i primari principi europei volti a stabilire il libero mercato dei subappalti e la libera iniziativa economica.

Vi è da dire, tuttavia, che l’autorizzazione al subappalto, in presenza dei requisiti e presupposti indicati dall’art. 105 e sopra riportati, costituisce un atto pressoché dovuto³ e che rispetto ad un diniego pur in presenza delle condizioni di legge,

³ TAR Lazio-Roma, sez. III, sentenza 7 settembre 2010, n. 32134, in *Lexitalia.it* “L’art. 118, d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), subordina l’affidamento in subappalto esclusivamente al ricorrere delle condizioni elencate nel comma 2, tra le quali non è prevista quella secondo cui il contratto derivato deve dimostrare un’esatta e totale corrispondenza tra le lavorazioni e le voci di prezzo unitari dedotti dal contratto principale; pertanto, ove sia stata accertata e/o verificata la presenza delle condizioni di cui al suddetto comma 2, l’autorizzazione della P.A. al subappalto costituisce un atto dovuto, essendo escluso qualsivoglia profilo di discrezionalità da parte della stazione appaltante nell’adottare il relativo provvedimento autorizzatorio, dovendo quest’ultima limitarsi a svolgere una funzione meramente ricognitiva in ordine alla sussistenza delle suddette condizioni”.