

Focus Decreto Semplificazioni-bis

Il subappalto ai sensi del Decreto-Legge n. 77/2021

a cura di Jacopo Recla e Gabriella Rondoni

Il D.L. 31 maggio 2021 n. 77 rubricato “*Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*” - c.d. Decreto Semplificazioni-bis - è entrato in vigore il 1° giugno 2021. Il Decreto-Legge è attualmente in fase di conversione in legge (entro il 30 luglio 2021) e pertanto potrebbe subire modifiche, anche rilevanti, ad esito della discussione parlamentare.

Tra le norme più innovative in materia di contratti pubblici rientrano senza dubbio quelle riferite al **subappalto** e contenute all’art. 49 del D.L. in commento.

Le novità introdotte da tale disposizione riguardano tutti i contratti pubblici e sono applicabili alle procedure i cui bandi o avvisi di indizione risultano pubblicati dal 1° giugno 2021.

1. Premessa

Come noto, la disciplina nazionale del subappalto è stata al centro di un nutrito dibattito in relazione alla sua compatibilità con il diritto comunitario. In particolare, le sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea rese nelle cause C-63/18 (sez. V, sentenza 26 settembre 2019), C-402/18 (sez. V, 27 novembre 2019), C-395/18 (sez. V, 30 gennaio 2020) hanno ritenuto la **contrarietà della normativa italiana** al principio di proporzionalità con particolare riguardo:

- al limite del 30% della quota di appalto subappaltabile, riferita indifferentemente a tutti i contratti;
- al limite generale della possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltabili oltre al 20%;
- all’esclusione automatica del concorrente per carenza dei requisiti del subappaltatore.

Come si vedrà di seguito, la scelta del legislatore nazionale nell’adozione del D.L. Semplificazioni-bis - per quanto tardiva - è tesa, per un verso, a superare con un approccio graduale i segnalati profili di incompatibilità; per altro verso, a contemperare le ricadute dell’applicazione integrale dei principi comunitari con le esigenze tipiche dell’ordinamento nazionale, vale a dire il contenimento dei fenomeni di infiltrazione mafiosa e la tutela dei lavoratori del subappaltatore.

2. La nuova disciplina

La nuova disciplina introdotta dal D.L. prevede tre diversi ambiti temporali di applicazione delle disposizioni in materia di subappalto, che si andranno di seguito ad esporre.

2.1. La disciplina applicabile dal 1° giugno 2021

Come noto, il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto ed è un istituto finalizzato, come altri istituti c.d. pro - concorrenziali (avvalimento, suddivisione in lotti, ecc.), a garantire l'apertura delle gare alla concorrenza, con l'obiettivo - attraverso stringenti condizioni di ammissibilità - di rafforzare la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre forme di infiltrazione nel mercato degli appalti pubblici.

Per le procedure avviate dal 1 giugno 2021, l'art. 49 del D.L. Semplificazioni-*bis* ha:

- (i) introdotto, al fine di salvaguardare la natura prevalentemente personale della prestazione dell'appaltatore, l'espresso **divieto** - a pena di nullità - di **affidare a terzi l'integrale esecuzione** delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto nonché *"la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti con incidenza del costo del personale pari o superiore al 50 % del valore complessivo"* (cfr. art. 49, co. 1, lett. *b*), *sub 1*) del D.L. Semplificazioni-*bis* che modifica l'art. 105 co. 1 d.lgs. 50/2016).
- (ii) espressamente **abrogato** il limite massimo di sconto praticabile nei rapporti tra appaltatore e subappaltatore, pari al **20%** dei prezzi contrattuali (cfr. art. 49 co. 1, lett. *b*), *sub 2*) del D.L. Semplificazioni-*bis* che modifica l'art. 105 co. 14 primo periodo del d.lgs. 50/2016).
- (iii) disposto anche che il subappaltatore debba garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto, nonché riconoscere ai propri lavoratori un **trattamento economico e normativo non inferiore** a quello che avrebbe garantito loro il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi CCNL (art. 49 co. 1, lett. *b*) *sub 2*) del D.L. Semplificazioni-*bis* che modifica l'art. 105 co. 14 secondo periodo del d.lgs. 50/2016), con la precisazione che tale obbligo opera solo qualora le prestazioni subappaltate coincidano con l'oggetto dell'appalto o riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.



2.2. La disciplina “ponte” applicabile dal 1° giugno 2021 fino al 31 ottobre 2021

Nell’ottica dell’adozione di misure graduali di armonizzazione del diritto nazionale con i principi comunitari, il legislatore ha poi previsto una disciplina “ponte” valida sempre dal 1° giugno 2021, ma solo fino al 31 ottobre 2021.

La novità principale introdotta da tale disciplina transitoria risiede nell’**innalzamento al 50%** della quota massima dell’importo complessivo del contratto principale subappaltabile, in deroga:

- al limite generale del 30% (poi innalzato al 40% dal D.L. n. 32/2019, c.d. “D.L. Sbloccacantieri”);
- e a quello specifico del 30% per le opere super specialistiche (SIOS) e cioè per le opere per le quali *“sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali”* (cfr. art. 49, co. 2, lett. a) del D.L. Semplificazioni-*bis*, che modifica l’art. 105 co. 2 e 5 del d.lgs. 50/2016).

A tale proposito, si osserva che il limite indifferenziato al subappalto, ancorché elevato al 50%, rimane di per sé incompatibile con l’ordinamento comunitario (come recentemente confermato dal Consiglio di Stato, nella sentenza della sez. V, 31 maggio 2021, n. 4150, sia pure in relazione al limite del 30%), ma si può ipotizzare che a fonte di un breve periodo transitorio siano meno probabili eventuali iniziative contenziose.

2.3. La disciplina a regime applicabile dal 1° novembre 2021

Dal 1° novembre 2021, verranno introdotte due ulteriori radicali novità in tema di subappalto.

In primo luogo **verrà meno anche il limite del 50%** della prestazione subappaltabile, fermo restando il divieto - a pena di nullità - di integrale affidamento a terzi delle prestazioni oggetto del contratto di appalto.

A fronte dell’eliminazione di limiti percentuali alle quote subappaltabili, sarà onere delle stazioni appaltanti **indicare negli atti di gara** le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che dovranno essere eseguite direttamente dall’aggiudicatario (cfr. art. 49, co. 2, lett. a) del D.L. Semplificazioni-*bis*, che modifica l’art. 105 co. 2 e co. 5 del d.lgs. 50/2016).

Tali indicazioni dovranno essere **specificamente motivate** e dunque la stazione appaltante dovrà indicare adeguatamente le ragioni che limitano l’affidabilità della prestazione a terzi. Lo stesso art. 49 indica tra le motivazioni la natura dell’appalto e la sua complessità e la sua finalità è di rafforzare il controllo delle attività di cantiere, dei luoghi di lavoro e garantire la migliore tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, prevenire infiltrazioni criminali.



In secondo luogo dal 1° novembre 2021 è prevista la **responsabilità solidale del subappaltatore nei confronti della stazione appaltante** per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto (cfr. art. 49 co. 2, lett. c) del D.L. Semplificazioni-*bis*, che modifica l'art. 105 co. 8 del d.lgs. 50/2016).

Tale novità altera sostanzialmente l'istituto, considerato che ad oggi è invece prevista la responsabilità esclusiva del contraente principale anche per i fatti commessi dal subappaltatore. Tra l'altro, la previsione di una responsabilità solidale del subappaltatore pare erodere ulteriormente le differenze tra il subappalto ed altri istituti analoghi per funzione, quali l'avvalimento o il raggruppamento temporaneo di imprese; con l'ulteriore conseguenza che paiono anche ridotte le ragioni di convenienza sottese al ricorso al subappalto, alla luce delle maggiori responsabilità ivi connesse.

2.4. La terna dei subappaltatori

Per completezza, si segnala che la sospensione dell'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori in sede di offerta è stata prorogata fino al 31 giugno 2023 dall'art. 52 co. 1, punto 9, del D.L. 77/2021.

3. Considerazioni

Come visto, le modifiche previste dal D.L. Semplificazioni-*bis* all'istituto del subappalto se, per un verso, rimuovono - con un approccio graduale - i limiti imposti dalla normativa nazionale alla quota di prestazioni subappaltabili e al ribasso praticabile nei confronti del subappaltatore, allo stesso tempo, introducono nuove limitazioni all'istituto che potrebbero costituire un significativo disincentivo al suo utilizzo.

Il che pare porsi in paradossale controtendenza rispetto alla lettura dello strumento fornita dalla Corte di Giustizia che intende invece favorirlo nella più volte citata ottica pro-concorrenziale.

Non resta dunque che auspicare che alcuni nodi interpretativi vengano risolti all'esito dell'*iter* di conversione nonché a fronte dell'adozione della Legge Europea 2019-2020 (il cui disegno di legge è all'esame del Senato) destinata ad introdurre ulteriori modifiche all'istituto del subappalto.

