

# LUISS



Dipartimento  
di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto e Regolazione dei Contratti Pubblici

## Il subappalto tra disciplina comunitaria e nazionale

Prof. Alessandro Botto

---

RELATORE

Prof. Gianfrancesco Fidone

---

CORRELATORE

Domenico Di Girolamo  
Matr. 131793

---

CANDIDATO

Anno Accademico 2019/2020



# Indice

## INTRODUZIONE

<b>1. ORIGINE E EVOLUZIONE DEL SUBAPPALTO</b>	<b>9</b>
1. L'esordio dell'istituto nella l. 20/03/1865, n. 2248 all. F	9
2. Il subappalto nella c.d. "legislazione antimafia"	11
3. Le riforme degli anni Novanta	16
3.1 La nuova disciplina di autorizzazione al subappalto: art. 18 della l. 55/1990	16
3.2 La legge Merloni	20
3.3 Gli ulteriori interventi del Legislatore: la legge "Merloni bis", "ter" e "quater"	24
3.3.1 Le attività che costituiscono subappalto	24
3.3.2 Le condizioni per il subappalto	26
3.3.3 La procedura di autorizzazione	29
4. L'intervento delle direttive europee	31
4.1 Il primo Codice dei contratti pubblici	33
1.1.1 Il subappalto delle opere specializzate	35
1.1.2 Il c.d. "subappalto necessario"	36
<b>2. LE NOVITÀ DELLA NORMATIVA ATTUALE E I CONTRASTI CON LA DISCIPLINA COMUNITARIA</b>	<b>40</b>
1. Il subappalto nel nuovo Codice dei contratti pubblici	40
1.1 La disciplina comunitaria	42
1.2 Le novità del d.lgs. 50/2016	47
1.3 Il primo correttivo al Codice dei contratti	55
1.4 I progetti per l'istituto nello schema di decreto "correttivo"	55
1.5 I pareri degli Organi consultivi	58
1.6 Le modifiche apportate dal decreto correttivo	65
2. I conflitti con la normativa eurounitaria	69
2.1 Le singole violazioni alle disposizioni europee	70
2.2 Le questioni sollevate in via pregiudiziale dal TAR Lombardia	74
2.3 Gli ulteriori rinvii alla CGUE	80
2.4 La lettera di messa in mora della Commissione UE	83
2.5 La risposta della Corte di Giustizia	85
3. Il D.L. n. 32/2019 c.d. "sblocca cantieri"	89
4. Le posizioni dell'ANAC	93
5. Il TAR Lazio: la legittimità del limite quantitativo	97
<b>3. I LIMITI AL SUBAPPALTO: TRA LOTTA ALLA CORRUZIONE E OSTACOLO PER LE PMI</b>	<b>100</b>
1. I limiti al subappalto	100
1.1 I limiti quantitativi	100
1.2 I limiti soggettivi	103

1.2.1	La sostituzione del candidato subappaltatore	111
1.3	I limiti organizzativi	117
2.	I limiti come strumento per la lotta alla corruzione	118
3.	L'ingiustificabilità del limite generale e astratto	120
3.1	Una ingiusta penalizzazione per le piccole e medie imprese	124
4.	Sistemi alternativi per fronteggiare i rischi connessi al subappalto	128

## **CONCLUSIONI**

## **BIBLIOGRAFIA GENERALE**

## INTRODUZIONE

Per una serie di concorrenti ragioni è dato assistere ad oggi ad una rinnovazione del dibattito dottrinale sull'istituto giuridico del subappalto nell'ambito della materia dei Contratti pubblici, incentrato sulla corretta interpretazione della disciplina interna, così come da ultimo innovato dal Decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 c.d. "Sblocca cantieri" recante *"Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici"*, convertito con Legge 14 giugno 2019, n. 55, alla luce dei principi comunitari di riferimento.

In apertura del presente lavoro la prospettiva assunta è quella storico – ricostruttiva volta alla individuazione e descrizione delle tappe fondamentali del percorso evolutivo della disciplina relativa all'istituto del subappalto, la cui origine va rinvenuta nell'art. 339 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F.

Tuttavia, alcune incertezze applicative contornate da un certo scetticismo dovuto alla esposizione di tale strumento ai fenomeni corruttivi, condussero il Legislatore ad operare un primo intervento organico sulla materia operato dall' art. 21 della Legge 13 settembre 1982, n. 646, recante *"Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazione alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia"*.

Nonostante l'intervento, le critiche, che rappresenteranno una costante per l'istituto, non sembrarono sopirsi e quindi il subappalto fu nuovamente ridisegnato dall'art. 18 della Legge 19 marzo 1990, n. 55. La disposizione si distinse per aver introdotto, al comma 3, per la prima volta nel nostro ordinamento un limite quantitativo al subappalto e dal quale emerse, quindi, il carattere di "normativa difensiva" quale segno distintivo per quel che riguarda la disciplina dell'istituto nel nostro ordinamento.

Lo scoppio del caso "tangentopoli", attraverso il quale fu resa pubblica l'enorme corruzione perpetrata nel sistema delle commesse ad evidenza pubblica, mise in risalto l'esigenza di una riforma dell'intero sistema degli appalti pubblici.

Il progetto di riforma culminò nella Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici o legge Merloni), la quale, anche se sospesa quasi immediatamente, venne successivamente ripresa dalle Leggi n. 216 del 1995 ("Merloni bis"); n. 415 del 1998 ("Merloni ter") e n. 166 del 2002 ("Merloni quater").

In questo caso il subappalto era rubricato all'art. 34 che, non solo, provvedeva a confermare la previsione di un limite quantitativo al subappalto, ma che oltretutto disponeva una disciplina in materia ancora più stringente.

Il subappalto è stato poi, nuovamente, oggetto di dibattito con l'emanazione delle Direttive comunitarie in materia di *public procurement*, prima quelle del 2004 (2004/17/CE, 2004/18/CE) e poi quelle del 2014 (23/2014/UE, 24/2014/UE, 25/2014/UE) hanno sollevato molti interrogativi sulla disciplina prevista nel nostro paese. Il Legislatore ha risposto a tali input comunitari con due diversi Codici dei contratti pubblici, il primo approvato con il d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 che trattava il subappalto all'art. 118; e il

secondo approvato con il d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, attualmente in vigore, che colloca il subappalto all'art. 105.

L'attenzione è oggi incentrata sul D.L. n. 32/2019 (decreto "sblocca cantieri") convertito con Legge n. 55/2019, che con gli artt. 1 e 2 ha cercato di porre rimedio alla nota discrasia tra disciplina nazionale e comunitaria.

Le istituzioni comunitarie hanno infatti, prima attraverso una lettera di messa in mora e poi con una serie di sentenze della Corte di Giustizia UE, contestato duramente l'approccio del nostro Legislatore all'istituto del subappalto.

Lo studio delle normative che si sono susseguite in materia ha, infatti, evidenziato una profonda differenza "ideologica" tra il Legislatore comunitario e quello nazionale relativamente al subappalto.

Di matrice europea è l'idea che tale tipo di esecuzione del contratto debba essere libera da limiti generali e astratti, e che anzi debba essere sempre più incoraggiata perché fondamentale al fine di permettere lo sviluppo delle PMI.

Diametralmente opposto invece il concetto italiano di subappalto, considerato uno strumento di certo utile al fine di incentivare la concorrenza e la libera partecipazione alle gara pubbliche, ma pericoloso per i risvolti illeciti che può avere sulle gare stesse. Con la conseguenza di aver posto svariati e ingombranti limiti sulla utilizzazione dello strumento in questione.

Il presente elaborato si propone, quindi, di ricostruire l'evoluzione dell'istituto del subappalto analizzando la disciplina comunitaria e quella nazionale e di individuare le differenze che intercorrono tra i due diversi approcci all'istituto.

Scopo del lavoro è, inoltre, quello di ricercare un adeguato contemperamento tra le esigenze opposte, affinché sia possibile rendere maggiormente "europea" la visione italiana di subappalto, senza tuttavia tralasciare le necessarie garanzie volte ad evitare infiltrazioni di fenomeni corruttivi o criminali, considerato il delicato settore di cui l'istituto è parte.

# 1. Origine e evoluzione del subappalto

## 1. L'esordio dell'istituto nella l. 20/03/1865, n. 2248 all. F

L'istituto del subappalto viene inquadrato dal nostro ordinamento come il contratto mediante cui l'appaltatore, assumendo il ruolo di sub committente, affida tutte le prestazioni o parte di esse ad un altro soggetto, denominato, per l'appunto, subappaltatore, senza tuttavia comportare alcun subentro di quest'ultimo nel rapporto contrattuale con la stazione appaltante. Il percorso evolutivo dell'istituto è stato molto travagliato ed ha origini molto risalenti.

Il primo riferimento al subappalto va rinvenuto nella legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, la quale all'art. 339 recitava *“è vietato all'appaltatore di cedere o subappaltare tutta od in parte l'opera assunta, senza l'approvazione della Autorità competente, sotto la comminatoria della immediata rescissione del contratto e di una multa corrispondente al ventesimo del prezzo del deliberamento [...]”*, previsione che verrà successivamente ripresa anche dall'art. 1656 del codice civile, il quale stabilisce che anche nei rapporti tra privati vige il divieto di subappalto se non autorizzato dal Committente.

Le due norme in questione evidenziano la diffidenza che il Legislatore già dal principio nutriva nei riguardi di questo istituto e da ciò la previsione che la sua utilizzazione fosse sottoposta ad una necessaria autorizzazione<sup>1</sup> del Committente stesso. La preoccupazione principale era quella che il subappaltante si sostituisse all'esecutore e che quindi ad eseguire l'opera commissionata non fosse colui il quale era stato scelto dal committente ma un terzo che, innanzitutto non risultava essere il soggetto designato per l'esecuzione della commessa

---

<sup>1</sup> L'autorizzazione può essere data sia con separato atto successivo alla conclusione dell'appalto, sia con clausola generica contenuta nel contratto di appalto, oppure anche oralmente.

e oltretutto non era gravato di alcun tipo di responsabilità nei confronti della stazione appaltante.

Dato che in caso di subappalto quello che si va a costituire è un rapporto nuovo che vede come parti l'appaltatore e il subappaltatore, rispetto al quale la stazione appaltante rimane del tutto estranea<sup>2</sup>, sia la legge del 1865 che il Codice civile vietano tale ipotesi, se non nei casi in cui lo stesso subappalto sia autorizzato, prevedendo delle sanzioni molto severe per l'appaltatore che contravviene alle suddette disposizioni. Difatti, a norma dell'art. 339 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F il trasgressore veniva punito con la rescissione del contratto e con una multa corrispondente al ventesimo del prezzo del deliberamento, mentre il Codice civile utilizza come sanzione la risoluzione del contratto e il pagamento dei possibili danni cagionati.

Dall'analisi delle sopraccitate norme si rileva, quindi, l'orientamento del Legislatore verso la tesi che vede l'appalto come un contratto caratterizzato dal *intuitus personae*, inteso nella sua accezione di attribuire rilevanza non alla figura dell'imprenditore ma all'impresa<sup>3</sup>, e perciò abbia attribuito alle prestazioni relative all'esecuzione del contratto un carattere personale, assorgendolo a caratteristica fondamentale dell'accordo tra appaltatore e committente.

Per quanto riguarda l'inquadramento dogmatico di tale contratto, dottrina e giurisprudenza hanno per molto tempo discusso se l'istituto in esame fosse riconducibile alla categoria del subcontratto, del contratto derivato o anche allo schema del contratto a favore del terzo. L'opinione che sembra prevalere è quella che propone la ricostruzione del subappalto quale *species* annoverabile al *genus* del subcontratto o contratto derivato; ciò considerando la

---

<sup>2</sup> Da qui la differenza con l'istituto della "cessione del contratto" art. 1406 ss., c.c.

<sup>3</sup> Frontoni, M.; Savelli, L., *Subappalto ed avvalimento. Tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici*. G. Giappichelli Editore (2018)

correlazione tra il subcontratto e il contratto base, la quale risulta essere elemento indefettibile per l'esistenza dello stesso subcontratto destinato a soccombere qualora il contratto principale di appalto esaurisca la propria efficacia ovvero risulti invalido o venga risolto<sup>4</sup>. Tra i due contratti viene quindi a nascere, secondo parte della dottrina<sup>5</sup>, un rapporto di accessorietà a senso unico, fintantoché solo il contratto principale genera conseguenze su quello accessorio e non viceversa.

## **2. Il subappalto nella c.d. “legislazione antimafia”**

La disciplina del subappalto, nell'ambito dei contratti pubblici, muta radicalmente nei primi anni Ottanta del secolo scorso; ed è la legge del 13 settembre del 1982, n. 646 (legge Rognoni – La Torre)<sup>6</sup> a riportare l'attenzione su questo istituto.

La nuova normativa in materia si inserisce in un più ampio intervento del Legislatore avente lo scopo di combattere la criminalità organizzata, la c.d. “legislazione antimafia”. Come abbiamo precedentemente visto la prima preoccupazione del Legislatore relativamente a questo istituto è sempre stata quella di assicurare che la commessa pubblica fosse poi eseguita dall'appaltatore stesso e quindi il contratto di appalto fosse caratterizzato dal *intuitus personae*. Nondimeno successivamente si era avvertita la necessità di regolare ulteriormente tale istituto proprio per prevenire le infiltrazioni di stampo mafioso, particolarmente temute negli appalti di lavori pubblici. Il subappalto era divenuto uno strumento attraverso cui le mafie si assicuravano la partecipazione a commesse pubbliche,

---

<sup>4</sup> Corradino, M., Sticchi Damiani, S., & Cantone, R. (2016). I nuovi appalti pubblici: commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Milano: Giuffrè.

<sup>5</sup> Messineo, F., Contratto derivato – Subcontratto, in Enciclopedia del diritto, X, 1962

<sup>6</sup> Legge 13 settembre 1982, n. 646: “*Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazione alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia*”, in G.U. 14 settembre 1982, n. 253.

non figurando come appaltatori ma come subappaltatori e quindi slegati dalla stazione appaltante e non sottoposti agli stringenti controlli che la stessa effettuava sull'appaltatore originario.

Il riferimento normativo in materia divenne quindi l'art. 21 della suddetta legge, il quale statuiva che: *“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 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. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto<sup>7</sup> [...]”*.

Il primo comma del summenzionato articolo portava una novità importante nel nostro ordinamento, e cioè il collegamento tra la mancata autorizzazione di subappalto e una sanzione di natura penale<sup>8</sup> ma anche il passaggio dalla funzione civilistica dell'autorizzazione al perseguimento della stessa di finalità pubblicistiche. L'art. 21 non si limitava però ad inserire una sanzione penale in materia, ma proseguendo col secondo comma affermava 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*

---

<sup>7</sup> Nel senso che per la configurabilità del reato di subappalto non autorizzato è sufficiente che l'agente abbia in appalto opere riguardanti la p.A., anche se non è riconducibile al subappalto.

<sup>8</sup> La legge del 12 ottobre del 1982, n. 726, di conversione del D.L. 6 settembre 1982, n. 629, ha trasformato la sanzione pecuniaria in ammenda e introdotto la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno.

*dei costruttori. L'autorizzazione non può essere rilasciata nei casi previsti dall'articolo 10-quinquies della legge 31 maggio 1965, n. 575 [...]»<sup>9</sup>. Per potere ottenere un'opera in subappalto non era quindi più sufficiente il possesso dei requisiti di idoneità tecnica e l'iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori, ma era necessario che l'impresa non fosse riconducibile a interessi economici di soggetti sottoposti a misura di prevenzione antimafia.*

La trasformazione del subappalto non autorizzato da inadempimento contrattuale, rilevante solo sul piano privatistico, in illecito penale, sortì degli effetti positivi: infatti, prima della nuova normativa il subappalto costituiva una tipologia di esecuzione la quale veniva spesso occultata dagli operatori del settore<sup>10</sup>, dato che gli enti committenti consideravano sfavorevolmente qualsiasi subappalto e spesso negavano l'autorizzazione anche in assenza di motivazione specifiche, tuttavia le amministrazioni tolleravano subappalti "abusivi" che emergevano chiaramente nel corso dei lavori.

Tali comportamenti erano stati ormai preclusi dalla nuova disciplina, portando ad un miglioramento sotto un duplice versante: 1) l'amministrazione committente non poteva più fingere di ignorare subappalti effettivamente in corso e l'appaltatore non poteva dare esecuzione a subappalti non autorizzati senza incorrere in una sanzione penale; 2) venne imposto un diverso approccio al subappalto, difatti la previsione di una normativa più stringente permetteva la possibilità di prevedere tale istituto come soluzione fisiologica

---

<sup>9</sup> L'art. 10-quinquies legge n. 575 del 1965 (aggiunto dall'art. 20 legge n. 646/1982) punisce il pubblico amministratore, il funzionario o il dipendente dello Stato o di altro ente pubblico che consenta la concessione in subappalto di opere riguardanti la pubblica amministrazione in favore di persone incorse in decadenza, sospensione o divieto di iscrizione agli albi di appaltatori di opere e forniture pubbliche o all'albo nazionale dei costruttori in conseguenza di procedimenti o provvedimenti di prevenzione.

<sup>10</sup> Gli appaltatori erano scoraggiati a chiedere l'autorizzazione di cui all'art. 339 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, ed avanzavano una richiesta di approvazione del subappalto solo in presenza di particolari motivi, sovente del tutto estranei all'esecuzione dei lavori.

nella esecuzione di alcune opere pubbliche<sup>11</sup>, senza doversi preoccupare di possibili infiltrazioni malavitose.

Un ulteriore profilo di interesse che emergeva dalla disciplina dettata dalla legge n. 646/1982 era la possibile distinzione tra imprese che effettivamente eseguivano i lavori di cui ottenevano le commesse e imprese che invece si comportavano da intermediari, limitandosi a coordinare il lavoro di molteplici subappaltatori. Prima della suddetta disciplina vi erano molte imprese le quali godevano di una posizione privilegiata acquisita grazie all'iscrizione all'albo nazionale, necessaria per l'affidamento di lavori, che sfruttavano per poter ottenere affidamenti e poi subappaltarli ad altre imprese. Tale possibilità è stata notevolmente limitata dalla disciplina in questione, dato che, soventemente, oltre all'iscrizione all'albo le stazioni appaltanti iniziarono a richiedere, come condizione per l'affidamento, anche un'indicazione riguardante le opere eseguite, dalle stesse imprese candidate, negli ultimi anni e da qui l'impossibilità per molti operatori di poter partecipare alle gare per carenza di tale requisito sostanziale.

L'art. 21 conteneva anche un terzo comma: *“Per i rapporti di subappalto e cottimo contemplati nel presente articolo, che siano in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, l'autorizzazione deve intervenire entro 90 giorni dalla data anzidetta. L'ulteriore prosecuzione dei rapporti stessi, in carenza del titolo autorizzatorio, è punita con le pene stabilite nel primo comma, ferma restando la facoltà dell'amministrazione appaltante di chiedere la risoluzione del contratto”*. E proprio quest'ultimo comma presentava la lacuna maggiore di questa disposizione, fatto dimostrato dalle numerose

---

<sup>11</sup> Considerazione condivisa sia da Carbone, P., *Il subappalto nella legge antimafia: luci, ombre e prospettive*, in *Democrazia e diritto*, n. 6/1983, che da Quaranta, A., *Subappalti e cottimi nella nuova disciplina*, in *Foro Amm.*, n. 1/1983.

modifiche occorse e concluse col correttivo dettato dall'art. 4 della legge n. 936 del 1982. Quest' ultima prevedeva che per i rapporti di subappalto esistenti alla data del 29 settembre 1982, l'autorizzazione dovesse essere richiesta, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge stessa, all'autorità competente, la quale a sua volta era tenuta a pronunciarsi entro sessanta giorni dalla data di ricezione della domanda, se conseguentemente l'autorizzazione fosse stata negata o non richiesta la prosecuzione delle attività era punita con le pene stabilite dallo stesso art. 21 al primo comma<sup>12</sup>. La stessa norma prevedeva, in fase di stesura, anche una sorta di silenzio-assenso da parte del Legislatore che avrebbe permesso la prosecuzione dei rapporti in corso, senza alcun controllo sulle parti, nel caso in cui non fosse pervenuta alcuna risposta dall'amministrazione<sup>13</sup>. Tale previsione fu soppressa in sede di approvazione parlamentare, e ciò incise sull'eshaustività della disposizione, infatti il risultato è stato che per tutti i subappalti in corso alla data del 29 settembre 1982 per i quali fosse stata richiesta l'autorizzazione in termini e per i quali l'amministrazione nulla avesse disposto non era applicabile la norma penale<sup>14</sup>, venendosi così a creare una disparità tra coloro i quali avevano richiesto l'autorizzazione, successivamente negata, e coloro i quali avevano inoltrato la stessa richiesta non ricevendo alcuna risposta dall'amministrazione. Nella prima ipotesi in caso di prosecuzione del subappalto le parti sarebbero occorse in un reato, mentre

---

<sup>12</sup> Art. 4 della legge 936/1982 *“A modifica e integrazione del disposto di cui all'ultimo comma dell'articolo 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646, come modificato dall'articolo 1 della legge 12 ottobre 1982, n. 726, per i rapporti di subappalto e cottimo contemplati nell'articolo 21 predetto, in corso alla data del 29 settembre 1982 l'autorizzazione deve essere richiesta, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, all'autorità competente, la quale si pronuncia entro sessanta giorni dalla ricezione della domanda. Se l'autorizzazione non viene richiesta o viene negata, la prosecuzione dei rapporti di subappalto e di cottimo è punita con le pene stabilite nel primo comma del richiamato articolo 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646, come modificato dall'articolo 1 della legge 12 ottobre 1982, n. 726, sopracitata, ferma restando la facoltà dell'amministrazione appaltante di chiedere la risoluzione del contratto”*.

<sup>13</sup> Carbone, P., *Il subappalto nella legge antimafia: luci, ombre e prospettive*, in *Democrazia e diritto*, n. 6/1983 pp. 140-141

<sup>14</sup> La norma in questione, ex art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile, non avrebbe potuto trovare applicazione al di fuori dei casi e dei tempi in essa previsti

nella seconda ipotesi nel caso in cui le parti avessero proseguito il rapporto di subappalto, nonostante la mancata autorizzazione, non sarebbe stato possibile nei loro riguardi l'applicazione di sanzioni.

### **3. Le riforme degli anni Novanta**

Il sistema degli appalti pubblici, e con esso l'istituto del subappalto, nonostante le riforme di prevenzione apportate dal Legislatore con la legge 646/1982, continuava ad essere considerato un settore che prestava il fianco a possibili infiltrazioni di organizzazioni criminali all'interno del sistema delle commesse pubbliche. I provvedimenti adottati nell'arco di tutti gli anni Novanta del Novecento rappresentano la base normativa sulla quale si poggiano anche le disposizioni più recenti in tema di subappalto: l'introduzione del limite quantitativo, l'individuazione della categoria prevalente, nonché delle ulteriori categorie. Questo sono solo alcune delle modifiche apportate al sistema appalti, e che ne hanno poi modificato non solo l'utilizzazione, ma anche la percezione di esso da parte dell'opinione pubblica.

#### **3.1 La nuova disciplina di autorizzazione al subappalto: art. 18 della l. 55/1990**

Fin dalla legge del 19 marzo 1990 n. 55<sup>15</sup> era emerso, in modo sempre più chiaro, il carattere di "normativa difensiva"<sup>16</sup> quale segno distintivo per quel che riguarda la disciplina del subappalto nel nostro ordinamento. Tuttavia, attraverso l'emanazione della suddetta norma il Legislatore provò ad abbandonare il sistema repressivo adottato in passato, per poter

---

<sup>15</sup> Rubricata "*Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altri gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*"

<sup>16</sup> Definizione adottata da Frontoni, M.; Savelli, L., in *Subappalto e avvalimento tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici*, cap. I, pag. 5, Giappichelli (2018)

passare ad una disciplina capace di controllare il fenomeno attraverso l'imposizione di limiti a tale tipologia di esecuzione del contratto. Il tentativo in questione sfociò quindi nell' art. 18 della legge n. 55/1990, il quale innanzitutto ribadiva il principio per cui era fatto divieto di cessione del contratto di appalto, pratica che precedentemente era ammessa a discrezione dell'amministrazione, ma soprattutto regolava in modo maggiormente dettagliato la possibilità di ricorso al subappalto consentendo un maggiore potere di controllo in capo all'amministrazione, sia riguardo le attività del subappaltatore che sui rapporti intercorrenti tra quest'ultimo e l'aggiudicatario dell'appalto.

L'articolo 18 della legge n. 55 del 1990 tentava di essere una prima organica disciplina dell'istituto, il comma 3 statuiva che *“salvo che la legge non disponga, per specifici interventi, a ulteriori diverse condizioni, l'affidamento in subappalto di qualsiasi parte delle opere o dei lavori pubblici compresi nell'appalto è autorizzato dall'ente o dall'amministrazione appaltante, qualora sussistano le seguenti condizioni [...]”*, il Legislatore era giunto quindi ad accettare l'idea del subappalto come tipologia naturale di esecuzione del contratto. L'articolo in questione non eliminava l'obbligo di autorizzazione, ma assoggettava la stessa a particolari condizioni la cui presenza obbligava l'ente o l'amministrazione appaltante, a concederla, salvo ovviamente i casi in cui la legge non disponesse diversamente.

Il comma 3.1 introduceva invece per la prima volta nel nostro sistema un limite quantitativo al subappalto, stabilendo che *“le opere da subappaltare [...] non superino complessivamente il quaranta per cento dell'importo netto di aggiudicazione dell'appalto con limite massimo del quindici per cento per le opere della categoria prevalente<sup>17</sup>”*. Il limite rappresentava per il Legislatore una sorta di garanzia, era inteso come freno alle

---

<sup>17</sup> È la stazione appaltante a dover indicare nel progetto o nel bando di gara le categorie prevalenti o le altre categorie.

infiltrazioni delle organizzazioni mafiose le quali in questo modo sarebbero state limitate dalla impossibilità di eseguire l'intero appalto in questione, circoscrivendo oltretutto la possibilità di subappalto ai soli lavori relativi alla categoria prevalente. Tuttavia, tale previsione, ritenuta efficace dal Legislatore dell'epoca, si è successivamente rilevata inefficace a limitare l'utilizzazione dello strumento in maniera illecita, e inoltre più che colpire le organizzazioni criminali, la stessa ha piuttosto inciso sulle piccole e medie imprese (PMI) le quali si sono viste limitate e penalizzate nell'esercizio delle proprie attività. I punti 2 e 3 del comma terzo provvedevano invece a specificare le caratteristiche soggettive di cui doveva essere fornita l'impresa affidataria del subappalto, la quale doveva essere: *“iscritta all'albo nazionale dei costruttori per categorie e classifiche di importo corrispondenti ai lavori o le opere da realizzare in subappalto, salvo i casi in cui, è sufficiente per eseguire lavori pubblici l'iscrizione alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura”*, oltre nei cui confronti non doveva sussistere *“alcuno dei divieti previsti dall'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575”*<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Art. 10, L. 575/1965: 1. *Le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una misura di prevenzione non possono ottenere:*

*a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio; b) concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali; c) concessioni di costruzione, nonché di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici;*

*d) iscrizioni negli albi appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione e nell'albo nazionale dei costruttori, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri dei commissionari astatori presso i mercati anonari all'ingrosso;*

*e) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati;*

*f) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali.*

*2. Il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione determina la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, abilitazioni ed erogazioni di cui al comma 1, nonché il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera. Le licenze, le autorizzazioni e le concessioni sono ritirate e le iscrizioni sono cancellate a cura degli organi competenti.*

*3. Nel corso del procedimento di prevenzione, il tribunale, se sussistono motivi di particolare gravità, può disporre in via provvisoria i divieti di cui ai commi 1 e 2 e sospendere l'efficacia delle iscrizioni, delle erogazioni e degli altri provvedimenti ed atti di cui ai medesimi commi. Il provvedimento del tribunale può essere in qualunque momento revocato dal giudice procedente e perde efficacia se non è confermato con il*

Il comma quarto introduceva invece una novità, e cioè l'obbligo nei confronti dell'impresa subappaltatrice di applicare gli stessi prezzi risultanti dall'aggiudicazione con un ribasso massimo del venti per cento, oltre ad introdurre norme di garanzia per i trattamenti economici, previdenziali e di sicurezza per i lavoratori<sup>19</sup>.

Una volta stipulato il contratto tra l'impresa appaltatrice e quella subappaltatrice lo stesso, a norma del nono comma, doveva essere trasmesso in copia autentica all'amministrazione e al direttore dei lavori entro novanta giorni dalla redazione dello stesso.

Al comma 10 infine era fatto espresso divieto di subappaltare ulteriormente l'esecuzione delle opere o dei lavori affidati in subappalto (c.d. subappalto a cascata).

Le disposizioni presenti nell'articolo 18 della legge n. 55 del 1990 rappresentavano quindi, come già detto, un primo tentativo di ricostruzione e disciplina dell'istituto del subappalto

---

*decreto che applica la misura di prevenzione.*

*4. Il tribunale dispone che i divieti e le decadenze previsti dai commi 1 e 2 operino anche nei confronti di chiunque conviva con la persona sottoposta alla misura di prevenzione nonché nei confronti di imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte e indirizzi. In tal caso i divieti sono efficaci per un periodo di cinque anni.*

*5. Per le licenze ed autorizzazioni di polizia, ad eccezione di quelle relative alle armi, munizioni ed esplosivi, e per gli altri provvedimenti di cui al comma 1 le decadenze e i divieti previsti dal presente articolo possono essere esclusi dal giudice nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia.*

*5-bis. Salvo che si tratti di provvedimenti di rinnovo, attuativi o comunque conseguiti a provvedimenti già disposti, ovvero di contratti derivati da altri già stipulati dalla pubblica amministrazione, le licenze, le autorizzazioni, le concessioni, le erogazioni, le abilitazioni e le iscrizioni indicate nel comma 1 non possono essere rilasciate o consentite e la conclusione dei contratti o subcontratti indicati nel comma 2 non può essere consentita a favore di persone nei cui confronti è in corso il procedimento di prevenzione senza che sia data preventiva comunicazione al giudice competente, il quale può disporre, ricorrendone i presupposti, i divieti e le sospensioni previsti a norma del comma 3. A tal fine, i relativi procedimenti amministrativi restano sospesi fino a quando il giudice non provvede e, comunque, per un periodo non superiore a venti giorni dalla data in cui la pubblica amministrazione ha proceduto alla comunicazione.*

*5-ter. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 4 si applicano anche nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale.*

<sup>19</sup>Art. 18 legge n. 55 del 1990: *L'appaltatore di opere pubbliche è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si svolgono i lavori; è, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto. L'appaltatore e, per suo tramite, le imprese subappaltatrici trasmettono all'amministrazione ente committente prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi ed antinfortunistici, nonché copia del piano di cui al comma 8. L'appaltatore e, suo tramite, le imprese subappaltatrici trasmettono periodicamente all'amministrazione o ente committente copia dei versamenti contributivi, previdenziali, assicurativi nonché di quelli dovuti agli organismi paritetici previsti dalla contrattazione collettiva.*

che potesse, da una parte, garantire impermeabilità alle infiltrazioni malavitose e, dall'altra, favorire l'utilizzazione di tale strumento utile sia per la buona riuscita del contratto che per la partecipazione di più imprese.

La situazione, tuttavia, mutò nuovamente con il D.lgs. n. 406 del 1991 il quale all'art. 34 recepiva la nuova direttiva comunitaria<sup>20</sup>, modificando le previsioni del terzo e del nono comma e introducendo un ulteriore comma 3-bis. L'art. 34 confermava l'obbligo per i concorrenti di indicare in sede di gara i lavori da subappaltare, ma eliminava il doppio limite quantitativo del quaranta e del quindici per cento per la categoria prevalente, sulla base dei principi comunitari di libertà di organizzazione e dell'attività imprenditoriale, introducendo solo il divieto per il subappalto della totalità dei lavori della categoria prevalente.

### **3.2 La legge Merloni**

L'esigenza di una riforma del sistema degli appalti pubblici si era andata manifestando, sempre più chiaramente, nel corso degli ultimi decenni dello scorso secolo, derivata soprattutto da quella che era l'incertezza giuridica causata dal sovrapporsi di una serie di norme, spesso inadeguate o in contrasto tra loro, che assiduamente si prestavano ad interpretazioni di comodo. Tale esigenza divenne improcrastinabile allo scoppio del caso "tangentopoli", attraverso il quale divenne di dominio pubblico l'enorme corruzione che era ormai perpetrata nel sistema degli appalti pubblici. Da qui, dunque, la necessità, da una parte, di lanciare un deciso segnale di cambiamento e, dall'altra, di istituire efficaci strumenti legislativi che, oltre a rimodellare l'assetto delle norme in maniera moderna e organica, potessero tutelare la correttezza delle procedure di appalto. A tutto ciò si aggiungevano i continui richiami da parte delle Autorità Comunitarie, affinché la

---

<sup>20</sup> Direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici

legislazione italiana in materia di contratti pubblici si uniformasse alla normativa europea. Per questi, e altri, motivi fu avviato, nel 1992, un progetto di riforma che culminò nella legge n. 109 del 1994 (Legge quadro in materia di lavori pubblici o legge Merloni) la quale portava delle innovazioni evidenti nel nostro ordinamento mutando radicalmente un sistema di prassi e di condotte ormai consolidato nel tempo, sia per quel che riguardava le Amministrazioni, che per gli assegnatari delle opere. Data la portata innovativa della legge apparve da subito evidente che la stessa avrebbe avuto bisogno di un periodo di sperimentazione che conducesse a successive modifiche. Tuttavia, questo non accadde e dopo le elezioni del 1994 la legge Merloni venne sospesa e poi ripresa solo successivamente, in maniera parziale, dalla legge n. 216 del 1995 (“Merloni bis”). La travagliata vicenda si è conclusa solo nel 2002 successivamente l’emanazione delle leggi n. 415 del 1998 (“Merloni ter”) e n. 166 del 2002 (“Merloni quater”), le quali hanno ripreso le disposizioni fondamentali della “Merloni” integrandole con le esperienze e le critiche raccolte negli anni. In tale prospettiva era l'art. 1 ad indicare quelle che erano le linee guida del nuovo sistema: efficienza, efficacia, tempestività, trasparenza e correttezza<sup>21</sup>. In altre parole, la realizzazione di opere pubbliche era informata al rispetto di condizioni che garantissero da un lato congruità di prezzo rispetto a quantità e qualità di beni e servizi, dall'altro un continuo controllo sull'operato degli esecutori e sulla attività della Pubblica Amministrazione<sup>22</sup>.

La riorganizzazione del sistema legato ai lavori pubblici ha ovviamente interessato anche l’istituto del subappalto, in particolare l’art. 34 della legge Merloni provvede a modificare

---

<sup>21</sup> *“In attuazione dell'articolo 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori”*

<sup>22</sup> Si tenga presente che tale processo riorganizzativo era stato possibile anche grazie alla nuova disciplina del procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, anch'essa finalizzata ad una maggiore efficacia e trasparenza nell'azione amministrativa

il contenuto del terzo comma dell'art. 18 della legge n. 55/1990. Innanzitutto, bisogna dire che un primo esame riguardo il contenuto dell'articolo 34, nella sua prima formulazione, non rendeva agevole la comprensione della disciplina in materia. Veniva infatti imputata al Legislatore la scelta di essere intervenuto sull'istituto modificando una norma, l'articolo 18, che aveva già subito successivi interventi di modifica, "*mentre sarebbe stato preferibile elaborare una norma contenente una disciplina organica dell'istituto*"<sup>23</sup>. Anche in ragione del fatto che lo stesso articolo 18 della legge n. 55/1990 era stato concepito come normativa transitoria<sup>24</sup>, la quale avrebbe dovuto essere sostituita dalla disciplina mutuata dalla normativa comunitaria.

Passando all'esame di quelle che sono le disposizioni contenute nell'art. 34 si rilevano delle evidenti novità rispetto alla precedente normativa.

In primo luogo, quello che era l'obbligo per la stazioni appaltanti di indicare le categorie delle lavorazioni previste con i relativi importi, è stato ulteriormente completato dalla previsione secondo cui l'indicazione delle categorie doveva essere contenuta anche nel progetto, oltre alla possibilità di poter stabilire molteplici categorie prevalenti.

È stato, inoltre, ribadito e specificato il divieto di subappaltare la totalità delle opere relative ad una categoria definita prevalente, con l'ulteriore e chiara ammissione della legalità dell'affidamento parziale delle stesse<sup>25</sup>, fermo restando un limite massimo del 30 per cento.

Importante era anche la previsione secondo cui, salvo particolari divieti legislativi, fosse possibile subappaltare qualsiasi lavorazione, indipendentemente dal tipo di categoria

---

<sup>23</sup> Steccanella, M., & Robaldo, E. (1994). La legge quadro in materia di lavori pubblici : legge 11 febbraio 1994, n. 109. Milano: Giuffrè.

<sup>24</sup> Come previsto dall'art. 17 della stessa legge, il quale al comma 1 disponeva che: "*Fino all'integrale recepimento delle direttive comunitarie in materia di contratti per l'esecuzione di opere pubbliche ed in attesa della disciplina organica dei sistemi di aggiudicazione di opere pubbliche, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 18*".

<sup>25</sup> Sulla previsione è intervenuto il Consiglio di Stato con parere del 10 marzo 1993 n. 2455/1992, con il quale ha espresso l'opinione che la norma in questione vieti di affidare in subappalto solo l'intera esecuzione delle opere della categoria prevalente, consentendo invece il subappalto parziale.

*“poiché induceva a ritenere ammessa la possibilità di affidare in subappalto le lavorazioni che esaurissero un'intera categoria, purché non si trattasse, di categoria prevalente”<sup>26</sup>.*

Una ulteriore novità era rappresentata dall'obbligo per i concorrenti di indicare, oltre alle parti di opera che intendessero subappaltare, anche i soggetti che avrebbero potuto eseguire i lavori in subappalto. Precedentemente infatti l'indicazione dei subappaltatori era rimandata ad un momento successivo all'aggiudicazione della gara, mentre la “legge-quadro” anticipava tale operazione in modo che l'amministrazione potesse anzitempo conoscere i nominativi dei soggetti, da uno a sei, che avrebbero potuto partecipare alla commessa pubblica tramite subappalto. Tale previsione avrebbe, tuttavia, potuto creare alcune problematiche dovute al prolungarsi dei tempi della procedura, infatti i soggetti i quali avevano dato disponibilità a realizzare i lavori in subappalto si sarebbero potuti successivamente trovare in uno stato di impossibilità, da qui l'esigenza di temperare tale previsione con la possibilità di sostituire gli stessi: infatti *“nei casi di accertata impossibilità di affidare i lavori in subappalto ai soggetti indicati all'atto dell'offerta è previsto che questi possano essere affidati ad altri soggetti in possesso dei previsti requisiti, previa autorizzazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici”<sup>27</sup>.* Non era invece ripresa la previsione che consentiva di affidare in subappalto anche i lavori ad alta specializzazione, mancanza dovuta ai dettami dell'art. 13 della stessa “legge-quadro”, il quale prevedeva che se l'importo dei lavori ad alto contenuto tecnologico o rilevante complessità tecnica superasse il 15 per cento del valore totale dei lavori, questi non potevano essere affidati in subappalto e che quindi l'esecuzione sarebbe dovuta essere effettuata dai soggetti affidatari.

---

<sup>26</sup> Steccanella, M., & Robaldo, E. (1994). La legge quadro in materia di lavori pubblici : legge 11 febbraio 1994, n. 109. Milano: Giuffrè.

<sup>27</sup> Previsione disciplinata dall'articolo 18 comma 3-ter della legge n. 55 del 1990, modificato dal d.lgs. n. 406/1991.

### **3.3 Gli ulteriori interventi del Legislatore: la legge “Merloni bis”, “ter” e “quater”**

Come detto in precedenza la legge quadro, nella sua iniziale impostazione, ha avuto vita breve. Difatti emanata nel febbraio del 1994 venne prontamente sospesa dopo le elezioni dello stesso anno, dal Governo Berlusconi, e quindi poi rilanciata attraverso l'intervento della legge n. 216 delle 1995 (Merloni bis). Tale normativa tuttavia riprendeva solo parzialmente le innovazioni descritte dalla legge quadro originale, e quindi furono necessari due ulteriori interventi del Legislatore, il quale con le leggi “Merloni ter” e “Merloni quater” provvide ad ottemperare allo scopo che si era prefissato in precedenza: introdurre nel nostro ordinamento una disciplina organica ed innovativa riguardo al settore dei lavori pubblici. Per quanto riguarda il subappalto, la prima novella alla legge quadro non si discostava particolarmente dalla stessa, mentre la l. 415/1998, specialmente all'art. 9 nei commi da 65 a 73, è stata quella che ha apportato le maggiori novità alla disciplina di questo istituto.

#### **3.3.1 Le attività che costituiscono subappalto**

Un dubbio che persisteva dal d.lgs. 406/1991 era quello legato all'art. 18 di detto decreto, il quale al comma 12 prevedeva che *“le disposizioni dei precedenti commi 3, 4, 5, 6, 7,8, 9 e 10 si applicano anche ai noli a caldo o ai contratti similari che prevedevano l'impiego di manodopera da parte dell'impresa affidataria”*. In altri termini, il previgente articolo 18 assimilava il subappalto ad altre due tipologie di contratti, e cioè i noli a caldo<sup>28</sup> e i contratti di fornitura con posa in opera<sup>29</sup>. Affinché tali contratti fossero assoggettati alla disciplina del subappalto era però fondamentale che il costo previsto per la manodopera fosse

---

<sup>28</sup> I noli a caldo sono contratti consistenti nella locazione o somministrazione in uno di mezzi o macchinari purché direttamente azionati da personale alle dipendenze del noleggiatore (in assenza di manodopera del noleggiatore, il contratto è qualificabile come “nolo a freddo”).

<sup>29</sup> I contratti di fornitura con posa in opera sono consistenti nella somministrazione o nella vendita di materiali a cui si collega, a titolo accessorio, l'installazione o la messa in opera dei materiali stessi, purché tale prestazione venga svolta da personale alle dipendenze del fornitore.

superiore a quello relativo ai materiali forniti o ai mezzi noleggiati, mancando tale condizione né i noli a caldo né i contratti di fornitura con posa in opera potevano essere assimilati al subappalto, rimanendo invece configurati come contratti accessori all'appalto. Tale quadro normativo è stato successivamente integrato dall'art. 34, comma 4, della l. 109/1994, il quale, nonostante abbia lasciato inalterata l'enunciazione del suddetto art. 18, aveva però previsto che *“le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo si applicano anche alle attività che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente superiori al 2 per cento dell'importo dei lavori affidati”*. Da qui, tuttavia vennero alla luce dibattiti relativi al coordinamento delle due norme, difatti secondo una prima interpretazione, l'art. 34 comma 4, superando il principio della prevalenza della manodopera sulla fornitura, avrebbe determinato una tacita abrogazione della disciplina prevista dal comma 12 dell'art. 18 della legge 55/1990, e anche se tale tesi fu avallata anche dal Ministero dei Lavori Pubblici<sup>30</sup>, questo non impedì il contrasto con un diverso orientamento il quale sosteneva che *“l'inapplicabilità delle norme sul subappalto sarebbe stata determinata dalla contemporanea presenza di due condizioni: a) prevalenza del prezzo di fornitura su quello di manodopera; b) importo inferiore al 2 per cento del valore dell'appalto”*<sup>31</sup>.

L'intervento della legge 415/1998 fu decisivo per la risoluzione della controversia. Infatti, la Merloni-ter riuscì a reordinare i contenuti delle due norme, abrogando l'art. 34 comma 4 della legge 109/1994<sup>32</sup> e sostituendo l'art. 18 comma 12 della legge 55/1990 con la disposizione secondo cui: *“ai fini del seguente articolo è considerato subappalto qualsiasi*

---

<sup>30</sup> Con la circolare interpretativa del 7 ottobre del 1996 n. 4488/UL.

<sup>31</sup> Steccanella, M., & Robaldo, E. (1995). *La legge quadro in materia di lavori pubblici : legge 11.02.1994, n. 109 (2 ed interamente riveduta a seguito del decreto-legge n 341995, n 101 convertito nella legge 261995, n 216.)*. Milano: Giuffrè.

<sup>32</sup> Art. 9, comma 73 della L. 18.11.1998, n. 415.

*contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori affidati o di importo superiore a 100.000 ECU e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare [...]*".

La disposizione quindi evidenziava tre condizioni affinché un sub-contratto potesse definirsi subappalto: 1) doveva trattarsi di contratti aventi ad oggetto attività di manodopera; 2) era necessario che l'importo di tale contratto superasse il 2 per cento dell'importo totale o che superasse i 100.000 euro; 3) infine importava che l'incidenza del costo della manodopera e del personale fosse superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Occorre sottolineare che le tre condizioni sopracitate dovevano sussistere contemporaneamente affinché le attività di manodopera descritte nei contratti potessero essere considerate subappaltabili. Nel caso in cui un contratto non presentasse, contestualmente, le suddette condizioni non si sarebbe potuto configurare un contratto di subappalto.

### **3.3.2 Le condizioni per il subappalto**

L'affidamento in subappalto era inoltre sottoposto ad una serie di condizioni, dettate dall'art. 18 della legge 55 del 1990, e dalle successive novelle allo stesso testo. Tali requisiti erano determinati dal comma 3 del suddetto articolo, il quale prescriveva che per aversi affidamento in subappalto era necessario che:

- 1) *“l'impresa abbia indicato all'atto dell'offerta le opere che intenda subappaltare o concedere in cottimo”*; questa rappresentava una delle condizioni di più difficile applicazione pratica. La suddetta indicazione era richiesta a tutti i concorrenti della gara

e andava realizzata nel momento in cui si presentava l'offerta, ma sicuramente l'ipotesi che si era rivelata maggiormente sgradevole nei confronti dei concorrenti era quella che prevedeva, oltre all'indicazione delle lavorazioni che intendevano subappaltare, anche l'ulteriore indicazione di una rosa di possibili subappaltatori. Tale previsione si era rivelata un obbligo inutile e gravoso nei confronti dei concorrenti dato che il tempo intercorso tra la presentazione dell'offerta e la successiva assegnazione della gara poteva cambiare le condizioni soggettive ed economiche tra appaltatore e subappaltatori, e quindi rese necessario l'intervento della legge Merloni ter che ne sopprime l'adempimento. Dal testo si poteva quindi evincere che l'indicazione delle lavorazioni che si intendeva subappaltare costituiva solo una condizione affinché si potesse ricorrere all'istituto del subappalto, e che invece la mancata indicazione della stessa non potesse costituire motivo di esclusione dalla procedura di gara<sup>33</sup>, anche se ciò fosse previsto espressamente dal bando<sup>34</sup>.

2) *“il contratto tra l'impresa appaltatrice e quella subappaltatrice deve essere trasmesso all'amministrazione o ente committente e al direttore dei lavori entro venti giorni dalla data del contratto stesso”*. La previsione del limite a venti giorni fu introdotta dalla Merloni ter, dato che il precedente testo prevedeva un termine fissato a novanta giorni. La disposizione originaria fu novellata anche nella considerazione che il contratto tra l'impresa appaltatrice e quella subappaltatrice fosse trasmesso in copia autentica, tale previsione fu infatti abrogata dall'art. 9, comma 67, della stessa legge. Alcuni dubbi nacquero invece sulla considerazione che la legge non precisava se il documento da produrre dovesse rappresentare una mera bozza oppure se fosse ammesso anche il contratto già sottoscritto, su questo punto si espresse l'ANAC che

---

<sup>33</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 5 luglio 1999 n. 1163,

<sup>34</sup> Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2001 n. 5602

con la determinazione n. 20 del 5 aprile 2000 indicò come necessaria la produzione di una mera bozza, opponendosi quindi alla prassi che considerava ammissibile il contratto già sottoscritto se sottoposto alla condizione sospensiva dell'autorizzazione della stazione appaltante.

3) *“che 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”*<sup>35</sup>.

Contestualmente alla presentazione del contratto di subappalto, l'appaltatore era tenuto anche a provvedere alla produzione di documenti che attestassero la sussistenza dei requisiti per l'esecuzione delle opere, e cioè “quei requisiti tecnico – organizzativi ed economico – finanziari tali da far presumere in essi l'idoneità all'assunzione di appalti aventi per oggetto l'esecuzione di lavori pubblici, al fine di rendere possibile un coinvolgimento degli stessi nel processo di realizzazione degli obiettivi individuati dal primo comma dell'art. 1 della legge quadro, nel quale è previsto che, in attuazione dell'art. 97 della Costituzione, l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici debba garantirne la qualità e uniformarsi a criteri di efficienza e di efficacia secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori”<sup>36</sup>.

4) *“non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall'art. 10 della legge n. 575 del 1965, e successive modificazioni”*. Il

---

<sup>35</sup> Art. 18 della L. 55/1990, comma 3, n. 4: *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 o in cottimo, ovvero sia in possesso dei corrispondenti requisiti previsti dalla vigente normativa in materia di qualificazione delle imprese, salvo i casi in cui, secondo la legislazione vigente, è sufficiente per eseguire i lavori pubblici l'iscrizione alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura*

<sup>36</sup> Tassan Mazzocco, D. (2003). *Legge quadro sui lavori pubblici: (Merloni-quater): commento alla L. 11 febbraio 1994, n. 109 con le modifiche sino alla L. 1 agosto 2002, n. 166. Milano: Giuffrè*

requisito conclusivo richiesto dal terzo comma concerneva nell'estraneità dell'impresa subappaltatrice alle misure di prevenzione poste dalla normativa antimafia, attestabile tramite la produzione del certificato antimafia di cui al d.P.R. del 3 giugno 1998 n. 252 e norme collegate.

### **3.3.3 La procedura di autorizzazione**

Come già precisato, uno dei capisaldi relativi alla disciplina dei contratti di subappalto era la loro soggezione ad una preventiva autorizzazione che l'impresa appaltatrice aveva l'obbligo di richiedere alla stazione appaltante. La domanda doveva essere corredata di tutta la documentazione che attestasse il possesso dei requisiti indicati in precedenza, nonché di quella prevista dal comma nove dello stesso articolo 18. Quest'ultimo prevede che contestualmente alla presentazione della copia del contratto dovesse essere presentata anche una dichiarazione riguardante la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o collegamento tra l'impresa appaltatrice e quella subappaltatrice, anche se la norma non collegava tale eventualità ad alcuna conseguenza limitandosi a prevedere l'obbligo di manifestazione del rapporto intersocietario<sup>37</sup> ottemperando così al principio di trasparenza. La stazione appaltante doveva decidere sulla richiesta, approvandola o respingendola, entro il termine di trenta giorni dalla presentazione della domanda di autorizzazione, con possibilità di richiedere all'appaltatore una integrazione della documentazione presentata entro un ulteriore termine di trenta giorni. Una volta decorso il termine, nel caso in cui la stazione appaltante non avesse dato risposta all'impresa richiedente, l'autorizzazione si sarebbe ritenuta concessa per silenzio assenso. Il silenzio assenso era stato reintrodotta in materia di autorizzazione al subappalto dalla Merloni ter, difatti questo era previsto nella

---

<sup>37</sup> Zgagliardich, G., *Operativo il divieto di subaffittare le opere di tipo specializzato*, in *Edilizia e Territorio*, n. 18/2000

bozza dell'art. 34 della d.lgs. 406/1991 ma era stato successivamente soppresso dalla legge quadro nella sua formulazione iniziale.

Alla Merloni quater dobbiamo invece una ulteriore modifica al nono comma dell'art. 18 della L. 55/1990, la quale stabiliva che “ *negli appalti di importo inferiore al 2 per cento del totale ma sopra i 100.000 euro, o viceversa di importo inferiore ai 100.000 euro ma sopra il 2 per cento, i termini per il rilascio dell'autorizzazione sono ridotti alla metà*”, e quindi il silenzio assenso sarebbe maturato dopo quindici giorni dalla presentazione della domanda senza risposta da parte della stazione appaltante.

Infine, bisogna citare il dibattito che era venuto alla luce per quel che riguardava la discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti relativamente al rilascio dell'autorizzazione stessa. Venivano infatti a contrasto due orientamenti diversi: uno che ravvisava discrezionalità nel momento in cui le informazioni aggiuntive avessero evidenziato il pericolo di infiltrazioni mafiose, tale però da non poter condurre a provvedimenti ostativi alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni<sup>38</sup>, la tesi in questione aveva oltretutto trovato il favore della giurisprudenza avendo trovato riscontro in una decisione del Consiglio di Stato che riconosceva alle stazioni appaltanti, in questi particolari casi, discrezionalità a verificare il possibile impatto delle informazioni acquisite sulle procedure di gara<sup>39</sup>; l'altro orientamento invece trovava il suo riconoscimento nel fatto che il Legislatore aveva già specificatamente individuato le condizioni alle quali subordinare l'utilizzo del subappalto e che se neanche la normativa speciale in materia di fenomeni mafiosi considerava tali informazioni idonee a precludere la stipula di contratti con la

---

<sup>38</sup> Vagnozzi, D., *Il subappalto nei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale appalti*, n. 4/2001

<sup>39</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 1 marzo 2001 n. 1148; Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2000 n. 5710

Pubblica amministrazione, di certo non potevano essere le stazioni appaltanti ad arrogarsi tale diritto<sup>40</sup>.

#### **4. L'intervento delle direttive europee**

Già verso la fine del 1996 la Commissione attraverso la pubblicazione del Libro Verde intitolato “*Gli appalti pubblici nell’Unione europea – spunti di riflessione per il futuro*” aveva fatto trasparire la volontà di riformare la disciplina del settore ispirandola a nuovi criteri di semplificazione, efficienza e trasparenza. Il Legislatore comunitario era quindi intervenuto, anche se dopo diversi anni, ad aggiornare il quadro giuridico con l’introduzione di un vero e proprio Testo Unico europeo. Egli aveva realizzato il suo obiettivo attraverso l’emanazione di due diverse direttive dirette, innanzitutto alla semplificazione della disciplina, ma anche alla modernizzazione richiesta dalle continue segnalazioni trasmesse sia dalle amministrazioni aggiudicatrici che dagli operatori economici, i quali lamentavano una scarsa flessibilità da parte delle stazioni appaltanti che a loro volta erano costrette a seguire procedimenti rigidi e con non pochi vincoli. I rimedi a tali problematiche furono quindi apportati con le direttive 2004/18/CE relativa agli appalti pubblici e 2004/17/CE attinente agli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (“settori speciali” o “ex esclusi”)<sup>41</sup>. Le due direttive avevano quindi soddisfatto le aspirazioni della Commissione, almeno per quel che riguardava la semplificazione del quadro giuridico comunitario in materia di appalti pubblici mediante l’introduzione di un vero e proprio “Testo unico” europeo e l’aggiornamento della disciplina dei cd. settori speciali dovuto dall’incessante progredire

---

<sup>40</sup> Steccanella, M., & Robaldo, E. (1999). *La legge quadro in materia di lavori pubblici : legge 11 febbraio 1994, n. 109 : aggiornata con la L. 216 (3 ed interamente riveduta.)*. Milano: Giuffrè.

<sup>41</sup> Pubblicate in *Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea*, del 30 aprile 2004

dei processi di liberalizzazione. La direttiva 2004/18/CE assumendo la forma di un Testo unico per gli appalti di forniture, di lavori e di servizi, da un lato, consentiva la salvaguardia della coerenza nel corso del processo legislativo e, dall'altro, presentava vantaggi reali per gli utilizzatori. Infatti, nonostante le direttive dovessero essere recepite dalle legislazioni nazionali, era pur sempre vero che gli operatori economici e le amministrazioni aggiudicatrici potevano riferirsi direttamente ai testi delle direttive.

La suddetta direttiva aveva, ovviamente, definito anche la struttura del subappalto, stabilendo all'articolo 25 che *“nel capitolato d'oneri l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti. Tale comunicazione lascia impregiudicata la questione della responsabilità dell'operatore economico principale”*<sup>42</sup>.

Il primo comma conteneva quindi una disposizione di tipo procedurale consistente nell'enunciazione della possibilità, per il partecipante, di indicare nell'offerta le prestazioni che intendeva subappaltare, e la conseguente indicazione del soggetto subappaltatore. Dunque, con questa disposizione, in primo luogo, si sanciva l'ammissibilità del subappalto come mezzo per l'esecuzione degli appalti, ma, oltretutto, veniva anche attestata la compatibilità del diritto interno italiano con quello comunitario per quel che riguardava la necessaria richiesta di autorizzazione al subappalto<sup>43</sup>. Nonostante il diritto comunitario si ispirasse alla esigenza di realizzare principi quali la libera concorrenza, la libera circolazione di merci e servizi, e quindi a tali fini ritenesse non fondamentale *l'intuitus personae* nella scelta dell'appaltatore, permetteva comunque alla legislazione degli Stati

---

<sup>42</sup> Norma riprodotta anche nel coevo testo dell'art. 37 della direttiva 2004/17/CE relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali

<sup>43</sup> Garofoli, R., Sandulli, M., & Altavista, C. (2005). *Il nuovo diritto degli appalti pubblici: nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*. Milano: Giuffrè.

membri di conservare un regime autorizzatorio assoggettato all'accertamento della qualità oggettiva dell'imprenditore<sup>44</sup>.

#### **4.1 Il primo Codice dei contratti pubblici**

L'esigenza di provvedere all'attuazione interna della disciplina comunitaria rappresentò l'occasione per un'ulteriore riorganizzazione della normativa in materia di appalti pubblici. Difatti, all'obbligo, che gravava sugli Stati membri, di recepimento delle disposizioni comunitarie entro il 31 gennaio 2006, il nostro Legislatore rispose innanzitutto con la legge 18 aprile 2005, n. 62<sup>45</sup>, con cui, all'art. 25, conferiva delega al governo ad adottare gli strumenti legislativi maggiormente idonei a definire il quadro normativo di recepimento delle due direttive. Per la realizzazione dello scopo fu inoltre istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri una Commissione, composta da esperti del settore, atta alla concreta stesura del testo di attuazione. Tutto ciò ha portato alla redazione del primo Codice dei contratti pubblici, approvato con il D.Lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 e destinato ad entrare in vigore il 1° luglio dello stesso anno. Il Legislatore comunitario, come visto, aveva come obiettivo quello di trovare un adeguato punto di equilibrio tra la garanzia di maggiore flessibilità alla stazione appaltante, nel ricorrere al mercato per il completo soddisfacimento delle proprie esigenze e il dovere di accordare l'esercizio di tale libertà all'*acquis* comunitario, ossia tanto ai principi della libera circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione dei servizi enunciati nel Trattato UE, quanto a quelli di parità di trattamento, trasparenza, reciprocità, proporzionalità e di concorrenza<sup>46</sup>. Tali principi rappresentavano,

---

<sup>44</sup> Vengono in rilievo i cosiddetti requisiti di ordine generale per la qualificazione indicati nell'art. 17, d.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34

<sup>45</sup> Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004

<sup>46</sup> Fiorentino, L., *Il Codice degli appalti – il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11/2006

proprio la base sul quale il Legislatore delegato nazionale costruì la struttura del nuovo Codice.

Il codice dei contratti pubblici provvide a risistemare il sistema di affidamento dei lavori in subappalto, fissando, con l'art. 118, una disciplina specifica, la quale ribadiva l'obbligo per la stazione di indicare nel progetto e nei bandi di gara le singole prestazioni richieste e, per i lavori, la categoria prevalente e il relativo importo, nonché le altre categorie di lavoro, sempre con il relativo importo. Il principio fondamentale della disciplina era rappresentato dalla previsione che tutte le prestazioni, come tutte le lavorazioni a qualsiasi categoria appartengano, fossero subappaltabili, con la restrizione della previsione di un limite per la categoria prevalente fissato dal regolamento, ma comunque non superiore al trenta per cento.

Lo stesso art. 118 stabiliva le condizioni cui era subordinato l'affidamento in subappalto:

- a) *“che i concorrenti, all'atto dell'offerta (o all'atto dell'affidamento se trattasi di lavori in corso di esecuzione) abbiano indicato i lavori o la parte di essi che intendono subappaltare”;*
- b) *“che l'affidatario provveda al deposito del contratto di sub-appalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dei lavori”;*
- c) *“che al momento del deposito del contratto di sub-appalto l'affidatario presenti la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti, nonché la dichiarazione di possesso dei requisiti generali”;*
- d) *“che, infine, nei confronti del subappaltatore non sussista alcuno dei divieti previsti dalla legislazione antimafia.”*

Importante, per il suo valore innovativo, era l'ultimo comma dell'art. 118 il quale esonerava due categorie di forniture o servizi, per via della loro specificità, dal novero delle attività affidate in subappalto, tali erano le attività specifiche a lavoratori autonomi e la subfornitura a catalogo di prodotti informatici.

### **1.1.1 Il subappalto delle opere specializzate**

In materia di subappalto delle opere specializzate, in base alla prima versione dell'articolo 37, comma 11, del Codice dei Contratti pubblici: *“Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, 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 qualora una o più di tali opere superi altresì in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori, esse non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari. In tali casi, i soggetti che non siano in grado di realizzare le predette componenti sono tenuti a costituire, ai sensi del presente articolo, raggruppamenti temporanei di tipo verticale, disciplinate dal regolamento che definisce altresì l'elenco delle opere di cui al presente comma. Per le medesime speciali categorie di lavori, che siano indicate nel bando di gara, il subappalto, ove consentito, non può essere artificiosamente suddiviso in più contratti.* E quindi qualora l'oggetto dell'appalto comprendesse l'esecuzione di opere che richiedevano lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, era previsto il divieto del ricorso al subappalto e il contestuale obbligo per l'affidatario di eseguire tali opere in proprio. In caso di mancanza da parte di quest'ultimo delle necessarie competenze, era previsto l'obbligo per l'affidatario di costituire un raggruppamento temporaneo di impresa di tipo verticale. Tuttavia, la

Commissione aveva contestato tale divieto e precisato che in questo modo il Legislatore imponeva una forma giuridica determinata, in contrasto con le previsioni delle direttive appalti pubblici che non permettono di escludere il subappalto<sup>47</sup> e autorizzano l'operatore economico ad avvalersi delle capacità di altri soggetti. Il Legislatore, con l'articolo 1, comma 1, lett. h) del decreto legislativo n. 152 del 11 settembre 2008 (Terzo correttivo del Codice dei contratti pubblici) aveva recepito tale contestazione superando la predetta limitazione e consentendo l'utilizzazione del subappalto anche per le opere speciali.

### **1.1.2 Il c.d. "subappalto necessario"**

In tema di autorizzazione restava ferma la previsione per la quale non comportava motivo di esclusione la mancata indicazione del nominativo del subappaltatore, o di una rosa di subappaltatori, in sede di gara<sup>48</sup>. Tuttavia, tale disposizione si pose in contrasto con un orientamento giurisprudenziale secondo cui il concorrente che si fosse limitato a manifestare la propria volontà di far ricorso al subappalto, senza contemporaneamente indicare il nominativo del subappaltatore e soprattutto senza attestare il possesso, di quest'ultimo, dei requisiti necessari, sarebbe dovuto essere escluso dalla gara ogni qualvolta fosse risultato sprovvisto dei requisiti per eseguire in proprio le prestazioni oggetto del futuro subappalto<sup>49</sup>. Da qui la nozione formulata dalla giurisprudenza amministrativa di "subappalto necessario", riferita alle ipotesi in cui il subappalto possa essere utilizzato per far fronte alla carenza di un requisito essenziale per l'esecuzione della prestazione in capo al concorrente. In altri termini, l'appaltatore che intendesse affidare ad altri le prestazioni per le quali fosse privo dei necessari requisiti non avrebbe potuto dichiarare di voler

---

<sup>47</sup> Art. 37 direttiva 2004/17/CE e art. 25 direttiva 2004/18/CE

<sup>48</sup> Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2014, n. 5760; Id., Sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449; Id., Sez. V, 25 luglio 2013, n. 3963; Id., Sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563.

<sup>49</sup> TAR Molise Sez. I, 23 settembre 2010, n. 1051

procedere in tal senso senza indicare espressamente le generalità del soggetto con cui stipulerà il contratto di subappalto. Tale orientamento comportava, ovviamente, dei riflessi pratici: innanzitutto, veniva così costruita una nuova causa di esclusione dalle gare, non prevista dall'ordinamento ma ricavabile in via interpretativa, il che portava incertezza tra gli operatori economici, i quali se da un lato potevano quindi contare su un nuovo strumento ai fini dell'impugnazione degli esiti di gara; dall'altro avrebbero sofferto una ulteriore instabilità ed imprevedibilità agli esiti delle aggiudicazioni, oltre ad aumentare notevolmente il numero dei contenziosi. Da ciò sono nati quindi degli orientamenti tra loro discordanti, dapprima coloro i quali ritenevano ammissibile la tesi di un "subappalto necessario": difatti nei casi in cui il concorrente non era in possesso dei requisiti di qualificazione, il subappalto avrebbe rappresentato uno strumento di integrazione dei requisiti mancanti, come succede con l'avvalimento, infatti a tale istituto sarebbe stata applicabile la stessa disciplina, ossia l'indicazione in sede di gara del nominativo del subappaltatore e la conseguente verifica dei requisiti da quest'ultimo posseduti; inoltre, per quel che riguardava il tenore letterale dell'art. 118, i sostenitori di questa tesi asserivano che la mancanza dell'indicazione del nominativo del subappaltatore, sarebbe stata compatibile solo con l'ipotesi in cui il concorrente possedesse tutti i requisiti per eseguire in proprio le prestazioni. Diversamente, quando il ricorso al subappalto fosse necessario alla integrazione dei requisiti la disposizione avrebbe dovuto essere interpretata come una imposizione nei confronti del subappaltante, egli infatti avrebbe dovuto indicare il nominativo del subappaltatore a pena di esclusione dalla gara.

Non tutti, però, aderirono a tale orientamento; varie pronunce dei TAR locali, del Consiglio di Stato e anche dell'ANAC (al tempo AVCP) si erano, infatti, opposte alla possibilità di un subappalto necessario, utilizzando svariati argomenti: innanzitutto il fatto che la lettera

dell'art. 118 non richiedesse nessuna ulteriore indicazione, oltre alla volontà di far ricorso al subappalto, tanto meno a pena di esclusione dalla gara e che una interpretazione difforme sarebbe apparsa contraria al principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara; inoltre, come sostenuto dal Consiglio di Stato: *“non sarebbe potuto essere invocato l'istituto dell'eterointegrazione. Questo avrebbe presupposto, infatti, l'esistenza di una precisa norma imperativa applicabile al caso concreto, del quale sia stato semplicemente omissa il richiamo da parte della lex specialis”*<sup>50</sup> e cioè che la eterointegrazione del bando sarebbe stata ammissibile solo nel caso in cui il principio facesse già parte dell'ordinamento. La stessa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP) aveva rilevato che l'adesione a tale tesi avrebbe portato alla creazione di due diverse tipologie di subappalto (facoltativo e necessario) le quali sarebbero state soggette a due regimi giuridici differenti e ciò non trovava alcun riscontro nel nostro ordinamento. Infine, era stata evidenziata anche una problematica di carattere pratico, veniva preso ad esempio il caso in cui l'impresa subappaltatrice prescelta, successivamente all'esito della gara, avesse rifiutato di sottoscrivere il contratto di subappalto. Questo avrebbe comportato sicuramente una inadempienza nei confronti dell'aggiudicatario e subappaltante, ma non sarebbe stato violato nessun obbligo nei confronti della stazione appaltante, e ciò dimostrava come la teoria del “subappalto necessario” avrebbe finito con l' esporre la stazione appaltante a rischi imprevedibili, per i quali l'ordinamento non prevedeva alcun rimedio. In conclusione, la teoria del “subappalto necessario” aveva sicuramente il pregio di aver posto in risalto la connessione esistente tra lo strumento del subappalto e le potenziali mancanze nei requisiti posseduti dall'appaltatore. Una connessione che risentiva delle caratteristiche normative del sistema, in cui un soggetto poteva legittimamente prendere parte alla gara adoperando dei

---

<sup>50</sup> Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2012, n. 139

requisiti che poi, una volta stipulato il contratto di appalto, non gli permettevano di effettuare tutte le prestazioni. In tale quadro, il subappalto costituiva una ragionevole soluzione al problema creato dalla non omogeneità tra le norme che disciplinavano i requisiti nella fase di gara e quelle che disciplinavano i requisiti nella fase esecutiva. Una soluzione che il sistema accostava all'istituto dell'avvalimento e a quello del raggruppamento temporaneo di imprese. Tuttavia, queste producevano un effetto diverso da quello prodotto dal "subappalto necessario": l'avvalimento ed il RTI permettevano al concorrente di integrare i propri requisiti con quelli posseduti da altri soggetti, cosicché gli fosse permesso di partecipare alla gara, ma anche di eseguire tutti i lavori. Il subappalto, invece, rappresentava una soluzione che interveniva nella sola fase esecutiva, pertanto, più che di integrazione dei requisiti dell'appaltatore, è giusto inquadrarla come un' autorizzazione ad un soggetto privo delle specifiche attestazioni di qualificazione ad eseguire prestazioni per le quali queste sarebbero previste, nel caso in cui lo stesso abbia stipulato un contratto di subappalto con un soggetto che realmente abbia i requisiti mancanti.

## **2. Le novità della normativa attuale e i contrasti con la disciplina comunitaria**

### **1. Il subappalto nel nuovo Codice dei contratti pubblici**

Il quadro normativo nazionale descritto nel precedente Capitolo ha inevitabilmente subito delle modificazioni a seguito del recepimento delle direttive n. 23, 24 e 25 del 2014.

Dopo pochi anni dalla emanazione delle direttive 17 e 18 del 2004, la Commissione ha avvertito l'esigenza di adeguare nuovamente il quadro normativo europeo in materia di *public procurement*, e lo ha fatto attraverso le direttive: n. 2014/23/UE che introduce una rinnovata disciplina della materia delle concessioni (lavori e servizi)<sup>51</sup>; n. 2014/24/UE riguardante gli appalti nei settori ordinari; e infine la n. 2014/25/UE attinente agli appalti nei settori speciali<sup>52</sup>. Queste sono state approvate dal Parlamento europeo nel gennaio del 2014 e pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 28 marzo del 2014, a partire da questa data agli Stati membri erano concessi 24 mesi per il recepimento delle stesse direttive. Le disposizioni contenute nelle citate direttive avevano l'obiettivo di conseguire una semplificazione, legata soprattutto ad una maggiore flessibilità, delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, nonché l'avvicinamento della disciplina dei settori "speciali" a quella dei settori ordinari.

Gli strumenti elaborati al fine di raggiungere tali scopi erano molteplici: innanzitutto, un maggiore utilizzo dell'autocertificazione attraverso l'istituzione del documento di gara unico europeo (DGUE), contenente tutte le informazioni riguardanti l'azienda e l'autocertificazione dei requisiti obbligatori per poter accedere alla gara. "Parliamo, in

---

<sup>51</sup> La disciplina relativa alla concessione di lavori era, in precedenza, inserita nella normativa riguardante la realizzazione delle opere pubbliche. Mentre non era per niente regolamentata la concessione di servizi.

<sup>52</sup> Procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali

questo caso, di una novità a livello europeo, ma senza alcun tratto realmente rivoluzionario per il nostro ordinamento in cui il processo di decertificazione è stato avviato da tempo”<sup>53</sup>;

In secondo luogo, sono state introdotte misure incentivanti nei confronti delle piccole e medie imprese affinché potessero accedere con maggiore facilità al mercato dei contratti pubblici. Tale fine è stato perseguito tramite diverse disposizioni, come la previsione di una riduzione dei costi amministrativi per la partecipazione alle gare, o anche una maggiore incentivazione della suddivisione degli appalti in lotti con obbligo di motivazione, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, nel caso in cui il contratto non fosse stato suddiviso in lotti di dimensioni più piccole.

Inoltre, rispetto alle precedenti disposizioni comunitarie, le nuove direttive hanno concesso maggiore importanza alla fase dell’esecuzione dei contratti pubblici.

Confrontando le direttive del 2014 e quelle del 2004 si notano due importanti differenze in materia:

1. In primis, quella riguardante la possibilità da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici di esigere particolari condizioni di esecuzione del contratto<sup>54</sup>;
2. Secondariamente, quella afferente alla natura delle condizioni che le Amministrazioni possono esigere nell’esecuzione del contratto pubblico. Sul punto la previgente direttiva considerava unicamente considerazioni sociali e ambientali, mentre la direttiva 24/2014/UE ha allargato tale eventualità anche a considerazioni economiche legate ad innovazioni di carattere ambientale, sociale ed occupazionale.

---

<sup>53</sup> Mantini, P., Nencini, R., Titomanlio, F., Pajno, A., Realfonzo, U., & Corradino, M. (2015). *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici: semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*. Milano: Giuffrè.

<sup>54</sup> Mentre infatti la direttiva 2004/18/CE prevedeva tale possibilità a condizione che fosse comunque garantito il rispetto del diritto comunitario, la direttiva 2014/24/UE ha ammesso tale possibilità a patto che sussista un collegamento con l’oggetto dell’appalto ai sensi dell’art. 67

## 1.1 La disciplina comunitaria

La disciplina del subappalto, come tutta la materia dei contratti pubblici, ha subito delle innovazioni in seguito all'emanazione delle nuove direttive europee. Tuttavia, ben prima dell'emanazione delle nuove Direttive, il Legislatore comunitario aveva già cercato di incentivare l'utilizzo del subappalto e la Direttiva 2009/81/CE ne è l'esempio. Benché diretta ad un settore specifico (difesa e sicurezza), quest'ultima aveva dimostrato una maggiore attenzione nei confronti dell'istituto, prevedendo:

- la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore di obbligare, o anche essere invitato da uno Stato membro ad obbligare, l'aggiudicatario a subappaltare a terzi parte del contratto;
- che non sono da considerarsi terzi le imprese che si sono raggruppate per ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, né le imprese ad esse collegate;
- che la selezione del subappaltatore deve avvenire attraverso procedure competitive;
- che quando un aggiudicatario che non riveste il ruolo di amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore assegna un subappalto, deve rendere nota la propria intenzione mediante un avviso<sup>55</sup>.

Queste disposizioni hanno rappresentato il punto di partenza per quella che è la nuova disciplina comunitaria del subappalto.

Importante per poter comprendere le novità apportate all'istituto è il considerando 105 della direttiva 24/2014.

Il testo nella prima parte si preoccupa di estendere alcune tutele e obblighi, relativi ad aspetti sensibili e di primaria importanza per l'azione dell'Unione, anche in sede di subappalto,

---

<sup>55</sup> Titolo III, capo I, Direttiva 2009/81/CE

concedendo infatti primaria importanza all'osservanza degli obblighi previsti in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro<sup>56</sup>

In seguito, si occupa delle procedure di gara, soffermandosi in particolare sull'esigenza di trasparenza e controlli, prescrivendo maggiori garanzie nella catena dei subappalti e chiarendo che l'obbligo di fornire le necessarie informazioni grava sul contraente principale. Viene, altresì, chiarito che tutte 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, dovrebbero trovare applicazione ogni volta che il diritto nazionale di uno Stato membro preveda un meccanismo di responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale. Inoltre, il testo sottolinea l'esigenza di concedere agli Stati membri la possibilità di poter imporre condizioni più rigorose, ad esempio estendendo gli obblighi in materia di trasparenza, consentendo il pagamento diretto ai subappaltatori, 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<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> *“È importante che l'osservanza, da parte dei subappaltatori, degli obblighi applicabili 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, sia garantita dalle autorità nazionali competenti, ad esempio gli ispettorati del lavoro o le agenzie per la protezione dell'ambiente, mediante azioni adeguate entro i limiti delle loro responsabilità e del loro mandato.”*

<sup>57</sup> *“[...]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 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.*

Nell'applicare tali misure ai subappaltatori, il Legislatore europeo, specifica che occorrerebbe garantire un certo grado di coerenza con le disposizioni applicabili ai contraenti principali, facendo sì che l'esistenza di motivi obbligatori di esclusione comporti l'obbligo per il contraente principale di sostituire il subappaltatore. Viene comunque caldeggiata l'ipotesi che agli Stati membri venga concessa ampia libertà nel prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità o norme più avanzate in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori.

Partendo da questi presupposti, possiamo poi vedere come il Legislatore europeo non si sia limitato a modificare le precedenti normative per adattare alla comparsa di nuove esigenze, piuttosto ha delineato un nuovo ed innovativo quadro giuridico sia per quel che riguarda l'intera materia dei contratti pubblici, ma soprattutto relativamente la disciplina del subappalto.

Diversamente dall'art. 25 della direttiva 2004/18/CE, il quale contemplava che allo Stato membro fosse concessa la mera possibilità di richiedere all'offerente, in sede di offerta, l'indicazione delle parti dell'appalto che intendesse subappaltare nonché la designazione di

---

*Inoltre, dovrebbe essere indicato esplicitamente che gli Stati membri dovrebbero poter imporre condizioni più rigorose, ad esempio estendendo gli obblighi in materia di trasparenza, consentendo il pagamento diretto ai subappaltatori, 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. 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. 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 o norme più avanzate in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori."*

una rosa di nominativi dei possibili subappaltatori, l'art. 71 della direttiva 2014/24/UE disciplina l'istituto in maniera più articolata.

Il primo comma si occupa di garantire “l'osservanza degli obblighi di cui all'articolo 18, secondo comma<sup>58</sup>” da parte dei subappaltatori, attraverso azioni adeguate delle autorità nazionali competenti che agiscono nell'ambito delle rispettive responsabilità e competenze.

A tal proposito, per poter garantire l'osservanza dei suddetti obblighi viene data la possibilità agli Stati membri, al comma 6 del succitato articolo, di introdurre meccanismi di responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale. Mentre al secondo comma vengono ribadite le previsioni già descritte e contenute nella precedente direttiva (indicazione parti suscettibili di subappalto; indicazione rosa subappaltatori),

Viene anche introdotta, al comma 3, la possibilità di pagamento diretto del subappaltatore<sup>59</sup>, previsione che, sicuramente, aspirava a realizzare una maggiore circolazione di liquidità per gli operatori economici, “ma che sul piano squisitamente attuativo per potersi rivelare efficiente avrebbe dovuto essere necessariamente coordinata con le eventuali normative dei singoli Stati membri sulla fatturazione elettronica per i pagamenti da parte delle Amministrazioni pubbliche”.<sup>60</sup>

Quindi ricapitolando, la disciplina comunitaria del subappalto trova la base in alcuni concetti salienti contenuti nella Direttiva 2014/24/UE :

---

<sup>58</sup> Direttiva 24/14/UE art. 18 c. 2: “Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X”.

<sup>59</sup> Sul punto la disciplina prevista in materia di subappalto dall'art. 118, D.Lgs. n. 163/2006 e prima ancora dal D.Lgs. n. 406/1991 si era dimostrata molto simile a quella comunitaria. Al comma 3 del succitato articolo, infatti, si legge chiaramente che “nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate [...]”

<sup>60</sup> Corradino, M. (2017). *I contratti pubblici*. Assago: Wolters Kluwer.

1. per prima la previsione di poter escludere dal mercato degli appalti pubblici le imprese subappaltatrici che non rispettino specifici “criteri sociali”;
2. in secondo luogo, l’opportunità di introdurre “clausole sociali”<sup>61</sup>. Tali clausole prevedono la possibilità di rendere oggetto dei criteri di aggiudicazione, oltre le normali misure, anche quelle dirette alla tutela della salute del personale, o anche l’integrazione di persone svantaggiate nel personale incaricato dell’esecuzione dell’appalto;
3. in terza istanza la previsione che introduce regimi di solidarietà fra appaltatore e subappaltatori per quel che riguarda i trattamenti economici riservati ai lavoratori impiegati nell’esecuzione dell’appalto.

Nonostante il fatto che la disciplina comunitaria presenti in tema di subappalto disposizioni di assoluto valore, parte della dottrina si è mostrata critica nei confronti delle determinazioni assunte dall’Unione.

Per taluni la riforma dei contratti pubblici risulta sbilanciata propendendo più verso la libertà del mercato che verso la tutela dei lavoratori, rischiando così di “compromettere il raggiungimento dell’obiettivo dichiarato di garantire una *fair and open competition* fra le imprese e di esporre il settore dei *public commitments* a invasivi fenomeni di *dumping sociale*”<sup>62</sup>

Secondo altri, invece, l’intervento comunitario, avendo lasciato al potere legislativo degli Stati membri la decisione riguardante l’obbligo di indicare in sede di gara i nominativi dei subappaltatori proposti, presenta il difetto di non aver fornito alcun riferimento circa il possesso o meno dei requisiti del concorrente per la parte da subappaltare, e di non aver chiarito la differenza tra subappalto necessario e facoltativo.

---

<sup>61</sup> Considerando n. 99, Direttiva 24/2014/UE

<sup>62</sup> Costantini S., *Il subappalto nelle recenti direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni*, in [www.diprist.unimi.it](http://www.diprist.unimi.it).

## 1.2 Le novità del d.lgs. 50/2016

Le nuove tre direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, settori speciali e concessioni sono state pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 28 marzo 2014. Dalla loro entrata in vigore, avvenuta venti giorni dopo la loro pubblicazione, agli Stati membri sono stati concessi ventiquattro mesi per il loro recepimento.

L'attuazione delle indicazioni europee nel nostro paese ha avuto avvio con la legge n. 11/2016, con la quale è stata data delega al governo di dare attuazione alle suddette direttive.

La stessa contava 71 principi, ed era più ampia e dettagliata rispetto alla sintetica delega che fu alla base del decreto legislativo n. 163/2006<sup>63</sup>, composta invece da soli 4 articoli.

La legge delega ha proposto di focalizzare l'attenzione su obiettivi quali la semplificazione e l'accelerazione delle procedure, dando contemporaneamente rilievo sia ai valori fondamentali di trasparenza, prevenzione della corruzione e dell'infiltrazione della criminalità organizzata, che a quelli di tutela sociale e dell'ambiente. La stessa, inoltre, contemplava diverse modalità di recepimento delle direttive, era prevista per il Legislatore delegato la possibilità di scegliere tra due opzioni: intervenire in due tempi<sup>64</sup> oppure attraverso un unico intervento complessivo.

Il Governo decise di optare per la seconda possibilità, la quale consentiva di adottare entro il 18 aprile 2016, ultimo giorno utile per evitare di incorrere in una infrazione, un unico decreto legislativo che soddisfacesse sia l'impellenza di dover dare attuazione alle direttive,

---

<sup>63</sup> art. 25, L. 18/04/2005, n. 62

<sup>64</sup> La prima opzione affidata al Governo consentiva la possibilità di adottare due distinti decreti legislativi:

- Il primo, denominato "decreto di recepimento", finalizzato all'attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, e 2014/25/UE, da adottarsi entro il termine del 18/04/2016, fissato dalle direttive europee per il loro recepimento.
- Il secondo, denominato "decreto di riordino", finalizzato alla riorganizzazione complessiva della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, da adottarsi entro la data del 31/07/2016.

che l'esigenza di riordinare l'intera materia dei contratti pubblici. In attuazione della legge delega è stato quindi emanato il decreto legislativo delegato n. 50/2016 denominato: *“Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”*, o anche detto Codice dei Contratti pubblici<sup>65</sup>.

Con riferimento al subappalto, alla lett. rrr, era contemplata l'introduzione di una disciplina specifica che stabilisse l'obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta le parti del contratto che intende subappaltare; la precisa individuazione dei casi 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; l'espressa individuazione delle fattispecie in cui la stazione appaltante deve procedere al pagamento diretto del subappaltatore quando questo sia una microimpresa o una piccola impresa.

Seguendo i principi di semplificazione e flessibilità, il Parlamento ha delegato il Governo a recepire le direttive nel rispetto del divieto del c.d. “gold plating”, consistente nel *“divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive”*<sup>66</sup>. Divieto che, come vedremo in seguito, è stato più volte derogato

---

<sup>65</sup> Soprannome legificato nell'art.120, comma 2 bis, c.p.a.

<sup>66</sup> art.1 c. 1 lett. a), L. 11/2016

dalla stessa legge delega attraverso l'introduzione di principi direttivi maggiormente severi rispetto a quelli previsti dalle direttive comunitarie.

Come già visto nel precedente capitolo, l'istituto del subappalto è stato spesso oggetto di contrasto tra la disciplina nazionale, che ha ribadito a più riprese l'estrema diffidenza nei confronti dell'istituto giustificata dalla preoccupazione di infiltrazioni di organizzazioni criminali nel mondo delle commesse pubbliche, le quali potrebbero utilizzarlo in modo da aggirare le regole di evidenza pubblica; e la disciplina comunitaria che ha sempre considerato il subappalto come una mera modalità di esecuzione atta a favorire l'ingresso delle PMI agli appalti pubblici e idonea per perseguire le finalità concorrenziali, scegliendo infatti per l'istituto una scarna disciplina nelle proprie disposizioni.

Tanto è vero che conseguentemente l'emanazione delle Direttive, sul tema del subappalto gli Stati membri si sono distinti in due gruppi: il primo include gli Stati che hanno deciso per l'introduzione di disposizioni inderogabili da parte della stazione appaltante o, comunque, di forme di tutela rafforzata anche rispetto a quanto previsto dalla Direttiva (Francia, Italia, Lituania, Polonia, Repubblica Ceca, Slovenia e Austria). Parliamo di norme riguardanti l'identificazione di subappaltatori, la prova delle qualificazioni di questi e la previsione dell'onere dei pagamenti da parte dell'autorità aggiudicatrice agli stessi subappaltatori. Con alcune differenze, tutti questi Paesi identificano come assolutamente necessaria la protezione della pubblica amministrazione dalla mancanza di trasparenza nei subappalti, nonché la protezione delle piccole e medie imprese da una "debole cultura di pagamento" che approfitta della subalternità organizzativa ed economica dei subappaltatori non garantendo i pagamenti nei tempi dovuti.

Il secondo gruppo di Paesi (Estonia, Finlandia, Paesi Bassi, Regno Unito, Slovacchia, Svezia e Ungheria) comprende, invece, gli Stati che si limitano a riprendere l'enunciazione della Direttiva, autorizzando l'autorità aggiudicatrice a scegliere in che misura debbano essere implementate le disposizioni sui subappalti. In particolare, le norme relative ai pagamenti diretti ai subappaltatori non sono prese in considerazione in molti di questi Paesi<sup>67</sup>.

Nello specifico, per quanto riguarda il nostro ordinamento, il D.lgs. n. 50/2016 si occupa di subappalto all'art. 105, rubricato nell'ambito del Titolo V dedicato all'Esecuzione.

Lo stesso art. 105 al comma 2 provvede, per la prima volta, a fornire una definizione dell'istituto in questione, statuendo che: *“l 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. Costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera.”*

Possiamo notare come al primo comma è lasciata intendere una maggior apertura, o quantomeno una minor diffidenza del Legislatore, all'utilizzo dello strumento del subappalto, difatti laddove l'art. 118 contenuto nel precedente Codice esordiva con la previsione per cui *“i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice sono tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto”*, l'art. 105, del testo in esame, prevede che *“i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice di norma eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi compresi nel contratto”*. L'impiego del termine “di norma” spinge a credere che l'esecuzione diretta

---

<sup>67</sup> Scomparin, L. (2016). *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*. Torino: Giappichelli

dell'appalto da parte dell'aggiudicatario, nonostante resti la regola, possa essere soggetta di maggiori eccezioni rispetto al passato.

Invero, continuando nella lettura dell'articolo in commento ci si rende conto che rispetto alle attese suscitate dall'incipit, l'art. 105 ha introdotto una disciplina del contratto di subappalto molto più rigorosa di quella contemplata dal Codice de Lise e, al di là dei propositi annunciati, spesso in disaccordo con la disciplina comunitaria.

Il testo, nella sua redazione iniziale, confermava, al comma 2, il limite massimo della subappaltabilità del trenta per cento dell'importo complessivo del contratto: *“fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture”*, riprendendo quindi in parte la previsione già contenuta nel comma 2 dell'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006. Anche se, la nuova formulazione della disposizione non richiama del tutto l'antecedente, differenziandosi da questa per il fatto che mentre la precedente prevedeva il limite del trenta per cento per la sola categoria prevalente, rendendo quindi totalmente subappaltabili tutte le lavorazioni riconducibili alle categorie scorporabili (eccezion fatta per le opere “super specialistiche”), il nuovo enunciato stabilisce che il limite sia applicato a tutte le lavorazioni.

Oltretutto, il comma 5 dell'art. 105 d.lgs. n. 50/2016 precisando che tale limite fosse riferito, unicamente, ad una determinata categoria di opere<sup>68</sup>, fa sì che emerga una chiara incongruenza tra i due commi, dato che il limite del trenta per cento previsto dal comma 5, considerato come eccezionale, è stato in seguito generalizzato nel testo finale del comma 2.

---

<sup>68</sup> *“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 30 per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso”*

A ciò si aggiungeva il fatto che tali limiti così come previsti dal nuovo art. 105, non trovando alcuna corrispondenza nella direttiva n. 24/2014/UE, potevano rappresentare una contravvenzione al succitato “divieto di gold plating”.

Ed ancora, al comma 4 viene fatta espressa menzione delle condizioni necessarie affinché si possa ricorrere al subappalto. Infatti, oltre a ribadire l’obbligatorietà dell’autorizzazione da parte della stazione appaltante, è previsto che:

- a. tale facoltà sia prevista espressamente nel bando di gara anche limitatamente a singole prestazioni e, per i lavori, sia indicata la categoria o le categorie per le quali è ammesso il subappalto. Tutte le prestazioni nonché le lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili;*
- b. all'atto dell'offerta abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo;*
- c. il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.*

La previsione nel bando di gara della facoltà di ricorrere a tale istituto, come condizione per l’autorizzazione al subappalto ha generato alcuni problemi applicativi di cui è stata investita l’ANAC. La stessa autorità si è espressa più volte in materia, prima nel 2017 con Parere<sup>69</sup>, ha ritenuto non conforme alla disciplina di settore la clausola di un bando di gara che, interpretando la disposizione in maniera erronea, aveva vietato indiscriminatamente il ricorso al subappalto. Decisione assunta sulla scorta di precedenti pronunce<sup>70</sup>, le quali statuivano che la previsione nei bandi di gara di limitazioni o divieti al subappalto deve

---

<sup>69</sup> Parere n. 1024 dell’11 ottobre 2017

<sup>70</sup> Parere sulla Normativa AG25 del 20 dicembre 2012 e nel Parere di Precontenzioso n. 60 del 23 marzo 2013

comunque essere motivata da specifiche esigenze di natura tecnico-organizzativa e rispettare i principi di proporzionalità e di massima partecipazione.

Poi, nel 2018 sempre con Parere<sup>71</sup> relativamente ad una gara indetta sotto la vigenza del testo non ancora novellato, l'Autorità aveva precisato che la disposizione non poteva essere interpretata come espressione di un potere indiscriminato di esclusione del subappalto. Chiarendo poi che la limitazione dell'istituto e il relativo ampliamento dei poteri di esclusione del subappalto necessitano un'adeguata motivazione in sede di redazione del bando, in ossequio al principio di proporzionalità.

È stato inoltre introdotto con il nuovo Codice dei Contratti, conformemente alle esigenze di trasparenza sottolineate nelle Direttive europee, l'obbligo, ai sensi del comma 6, di indicare una terna di subappaltatori in sede di offerta *“qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione”*, o indipendentemente da ciò, quando il ricorso all'istituto interessi alcune attività riconosciute come maggiormente soggette al rischio di infiltrazioni mafiose<sup>72</sup>.

Dal combinato disposto dei commi 7 e 18 dell'art. 105 si ricava che per usufruire del subappalto, l'appaltatore che ne abbia espresso volontà debba presentare istanza, previo deposito del contratto di subappalto, presso la stazione appaltante almeno venti giorni<sup>73</sup> prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni, allegando ad essa anche una dichiarazione riguardante la sussistenza o insussistenza di forme di controllo

---

<sup>71</sup> Parere n. 609 del 27 giugno 2018

<sup>72</sup> Attività individuate dall'art. 1, comma 53, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. Legge anticorruzione)

<sup>73</sup> Come già constatato per il precedente regime, non sembrano coordinate le previsioni del co. 7 e del co. 18 dell'art. 105, laddove prevedono rispettivamente: il deposito del contratto di subappalto, presso la stazione appaltante, almeno 20 giorni prima rispetto alla data di inizio delle attività; ed un termine di 30 giorni (prorogabili) per il rilascio dell'autorizzazione

o di collegamento, a norma dell'art. 2359 del Codice civile, con il subappaltatore<sup>74</sup>. La disposizione, analogamente al precedente regime, prevede un termine di trenta<sup>75</sup> giorni per il rilascio dell'autorizzazione, a partire dal momento in cui è stata ricevuta la richiesta; inoltre il termine può essere prorogato solo una volta (per altri 30 giorni), se ricorrono giustificati motivi.

Il testo presenta poi delle ulteriori disposizioni avente rilievo principalmente, ma non unicamente, operativo volte ad assicurare una maggiore responsabilizzazione all'appaltatore. A norma del comma 8 il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante, ed è, inoltre, responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi. L'appaltatore è stato comunque svincolato da tale responsabilità solidale nei casi in cui, ai sensi del comma 13, la stazione appaltante paghi direttamente al subappaltatore l'importo per le prestazioni eseguite se il subappaltatore è una piccola o microimpresa, o anche per soddisfare una sua richiesta, sempre che la natura del contratto lo consenta. Si è inoltre ribadito che la corresponsione diretta al subappaltatore dovuta a un proprio inadempimento non comporta la liberazione dalla responsabilità solidale dell'appaltatore. Il comma 9 prescrive che l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni. Ed è, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto. Al comma 17 è statuito che l'affidatario è tenuto a curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti nel cantiere, al fine di rendere gli

---

<sup>74</sup> Analoga dichiarazione deve essere adempiuta da ognuno dei soggetti partecipanti nel caso di consorzi, raggruppamenti temporanei o società

<sup>75</sup> Trascorso tale limite temporale, l'autorizzazione si intende concessa configurandosi un ipotesi di silenzio assenso

specifici piani redatti dai singoli subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario. Inoltre, il direttore tecnico del cantiere è responsabile del rispetto del piano di sicurezza da parte di tutte le imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori. Infine, il comma 19 detta, ancora una volta, il divieto di “subappalto a cascata” escludendo quindi che le prestazioni concesse in subappalto possano essere subappaltate ulteriormente.

### **1.3 Il primo correttivo al Codice dei contratti**

Prima che fosse trascorso un anno dall'emanazione del nuovo Codice dei contratti pubblici (o D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) il Governo ha deciso di avvalersi dell'art. 1, comma 8, della legge n. 11 del 2016 che lo autorizzava, entro un anno dalla data di entrata in vigore del Codice, ad adottare disposizioni correttive e integrative dello stesso. Da tale scelta è nato il decreto “correttivo” d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56<sup>76</sup>, che ha rappresentato un intervento molto ricco e incisivo: composto, infatti, da ben 131 articoli che hanno implicato 441 correzioni al Codice.

### **1.4 I progetti per l'istituto nello schema di decreto “correttivo”**

Il decreto “correttivo” è stato anch'esso oggetto di un iter molto ampio: questo ha avuto inizio con l'esame da parte del Consiglio dei Ministri delle proposte presentate dai principali stakeholders (CONSIP, ANAC, Regioni, Comuni e associazioni di categoria), di quelle provenienti dalla Cabina di Regia<sup>77</sup> e infine di quelle presentate dai soggetti non

---

<sup>76</sup> Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 103 del 5 maggio 2017

<sup>77</sup> La Cabina di regia è un organo istituito presso il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi e ha in particolare, il compito di effettuare la ricognizione sullo stato di attuazione del codice ai vari livelli istituzionali e sulle difficoltà riscontrate dalle stazioni appaltanti nella fase di applicazione, anche al fine di proporre eventuali soluzioni correttive e di miglioramento; esaminare eventuali proposte di modifiche normative nella materia disciplinata dal codice al fine di valutarne l'impatto sulla legislazione vigente, garantire omogeneità e certezza giuridica; promuovere la diffusione dell'utilizzo degli strumenti informatici e della digitalizzazione delle fasi del

formalmente invitati alla consultazione. Dopodiché il Consiglio stesso ha, in via preliminare, approvato e pubblicato lo schema del decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici<sup>78</sup>, il quale è successivamente passato al vaglio del Consiglio di Stato, della Conferenza unificata e delle Commissioni parlamentari, i quali avevano il compito di esprimere un proprio parere entro un breve termine (venti giorni per Consiglio di Stato e Conferenza; trenta per le Commissioni parlamentari) prima che lo schema tornasse all'esame del Consiglio dei Ministri. Una volta acquisiti i predetti pareri, ai sensi dell'art. 1, comma 8 della legge n. 11/2016 l'iter del correttivo doveva terminare entro il 19 aprile 2017.

L'art. 66 dello schema di decreto "correttivo" contemplava vistose modifiche al testo dell'art. 105, le quali si ponevano in deciso sfavore nei confronti dell'istituto del subappalto così come descritto dal suddetto articolo.

Innanzitutto, veniva eliminata dal primo comma l'espressione "di norma", confermando l'assoluta eccezionalità del subappalto e rafforzando il principio di esecuzione in proprio da parte dell'appaltatore.

Mentre il secondo periodo del comma 2 ribaltava completamente il testo precedente, statuendo che costituisce subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività che richiedono l'impiego di manodopera nel caso in cui il loro valore, preso singolarmente, fosse di importo superiore al due per cento dell'importo delle prestazioni affidate, ovvero in caso di importo superiore a centomila euro qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al cinquanta per cento dell'importo del contratto da affidare.

---

processo di acquisto; segnalare eventuali specifiche violazioni o problemi sistemici all'ANAC; presentare le relazioni di controllo previste dalla normativa europea.

<sup>78</sup> Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (397), approvato durante la seduta del Consiglio dei Ministri tenutasi il 23 febbraio del 2017

Aprendo quindi alla possibilità di procedere subappalto, in determinate condizioni, anche per le attività di fornitura con posa in opera e per i noli a caldo, il che ha portato alla conseguente soppressione del quarto periodo dello stesso comma.

Sempre al comma 2, al terzo periodo, in riferimento al limite di subappaltabilità del 30%, le parole: "*complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture*" erano sostituite da: "*dei lavori della categoria prevalente, per i lavori. Per i servizi e le forniture, tale quota è riferita all'importo complessivo del contratto*", ripristinando quindi il limite di subappaltabilità dei lavori solo alla categoria prevalente, ma lasciando invariato quello relativo a servizi e forniture.

Al comma 4, lettera a), venivano aggiunte le seguenti parole: "*purché l'affidatario sia qualificato nella relativa categoria*" al fine di evitare che la disposizione fosse interpretata in modo da permettere una generale subappaltabilità delle prestazioni consentite dal bando di gara, a prescindere dalla qualificazione del subappaltatore.

Il comma 6, nel quale era prevista l'indicazione della terna di subappaltatori, è stato totalmente riedito contemplando l'obbligatorietà per quel che riguarda l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora la stazione appaltante ritenesse necessario conoscere anticipatamente i nominativi dei subappaltatori e sempreché tale richiesta fosse indicata nel bando di gara. Inoltre, l'indicazione della terna di subappaltatori non era obbligatoria nel caso di strumenti di acquisto e di negoziazione messi a disposizione da centrali di committenza e aperti all'adesione delle stazioni appaltanti. Infine, nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori andava indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione prevista nel bando di gara e sempre ivi specificata.

Veniva inoltre inserito un ulteriore presupposto che comportava l'inammissibilità del subappalto, con l'introduzione del nuovo comma 7-bis, il quale statuiva che: *“L'autorizzazione al subappalto può essere negata nell' ipotesi in cui il subappaltatore abbia presentato offerta nell'ambito del medesimo procedimento di gara, a condizione che tale facoltà sia stata precisata negli atti di gara.”*

### **1.5 I pareri degli Organi consultivi**

La commissione speciale del Consiglio di Stato ha concesso molto spazio nel proprio Parere<sup>79</sup> all'art. 105, analizzando nel dettaglio le sopracitate modifiche apportate dall'art. 66 dello schema di decreto “correttivo”. Analizzando la modifica del comma 2, la quale prevede che, per i lavori, l'eventuale subappalto non può superare la quota del trenta per cento dell'importo dei lavori della categoria prevalente, anziché dell'importo complessivo del contratto, come in precedenza previsto, la Commissione speciale ha rilevato, innanzitutto, che tale modifica sembrava voler ampliare la possibilità di ricorso al subappalto per quanto riguarda i contratti di appalto relativi ai lavori, al fine di superare la rigidità della disciplina prevista, anche alla luce della sentenza della Corte di giustizia europea relativa alla causa C-406/14. Tuttavia, se l'obiettivo era quello di non porre limiti al subappalto per i lavori diversi da quelli della categoria prevalente, la Commissione ha suggerito di esprimere tale proposito con una norma più chiara, poichè quella proposta si limitava ad affermare che *“l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo dei lavori della categoria prevalente, per i lavori”*. Non essendo dunque affermata espressamente la possibilità che il subappalto fosse consentito senza limiti per i lavori delle altre categorie, veniva, anzi, sottolineato come la norma si prestasse ad una

---

<sup>79</sup> Cons. St., comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782

interpretazione secondo cui per le altre categorie il subappalto non fosse per niente consentito.

In relazione alle modifiche in materia di “terna dei subappaltatori” il Consiglio ha osservato che avendo la legge delega demandato al decreto delegato *“l’espressa individuazione dei casi specifici in cui vige l’obbligo d’indicare, in sede d’offerta, una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto”*, non fosse possibile delegare tale compito alle stazioni appaltanti mediante la previsione disposta al comma 6, che prevede tale possibilità ogniqualvolta *“la stazione appaltante ritenga necessario conoscere anticipatamente i nominativi dei subappaltatori e tale richiesta è indicata nel bando di gara”*. Il Consiglio ha ritenuto il criterio, infatti, troppo generico e necessitante di essere integrato con ulteriori parametri, rimettendo la predisposizione degli stessi alla potestà attribuita all’Amministrazione.

Analogamente, sono stati sollevati dubbi sul criterio secondo cui l’indicazione della terna non è obbligatoria nei casi di strumenti d’acquisto e negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza. Il Consiglio di Stato, infatti, ha ritenuto fosse necessaria una revisione di detta indicazione perché *“proprio ai sensi del medesimo comma 6, non è obbligatoria per legge ma solo nel caso in cui la stazione appaltante lo richieda. Pertanto, il periodo dovrebbe essere espunto in quanto pleonastico. Se viceversa l’intendimento dell’Amministrazione fosse quello di evitare che l’indicazione della terna sia richiesta nella succitata fattispecie, il capoverso dovrebbe essere sostituito, precisando che l’indicazione della terna “non può essere chiesta” nelle suddette circostanze.”*

Dopodiché, ha suscitato perplessità anche la previsione contenuta nell’ultimo periodo del comma 6, secondo cui nel bando o nell’avviso la stazione appaltante possono essere previsti ulteriori casi in cui è obbligatoria, ancorché solo all’atto della stipula del contratto,

l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'art. 35. A tal proposito, infatti, è stato evidenziato che tale previsione sarebbe potuta apparire in contrasto sia con il criterio di delega di cui alla lett. rrr) della legge delega, secondo cui il codice deve prevedere *“l’obbligo per il concorrente d’indicare in sede di offerta le parti del contratto che intende subappaltare”*, nonché *“l’espressa individuazione dei casi specifici in cui vige l’obbligo d’indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto”*. Pertanto, nel Parere era consigliato di eliminare il richiamo alla stipula del contratto, quale momento utile per indicare la terna, anche se in questo modo la disposizione si sarebbe limitata a ribadire il principio già contenuto nel primo periodo del comma 6, che stabilisce che la stazione appaltante possa richiedere nel bando di gara l'indicazione della terna, qualora lo ritenga necessario, e ciò con riferimento sia agli appalti sopra che a quelli sotto soglia. La Commissione speciale, pertanto, invitava il Governo a valutare l'opportunità di sopprimere la succitata previsione, *“in considerazione dei dubbi esistenti in merito alla sua compatibilità con le previsioni dell’ordinamento nazionale e comunitario in precedenza richiamate nonché con quanto disposto dal primo periodo del comma 6 del decreto correttivo in esame”*.

Al vaglio della Commissione è stata, inoltre, sottoposta introduzione del nuovo comma 7-bis, col quale era previsto che l'autorizzazione al subappalto potesse essere negata nell'ipotesi in cui il subappaltatore avesse presentato offerta nell'ambito del medesimo procedimento di gara, a condizione che tale facoltà fosse stata inclusa negli atti di gara.

La norma intendeva risolvere una ipotesi controversa, concernente la possibilità per gli operatori economici di assumere la veste di concorrente e, in caso di mancata aggiudicazione, di subappaltatore. A tale diniego, tuttavia, lo schema di decreto correttivo avrebbe dovuto aggiungerne altri sia per la questione riguardante l'opportunità di vestire

sia il ruolo di concorrente, che quello di subappaltatore indicato nella terna; ma anche per la possibilità che un'impresa potesse essere indicata contemporaneamente nelle terne di più concorrenti partecipanti alla stessa gara.

Infatti, nonostante la soluzione più coerente con la normativa comunitaria e con i principi della concorrenza dovrebbe permettere tale casistica, non può essere tralasciato il rischio di possibili effetti distorsivi della corretta procedura di gara derivanti dal ruolo molteplice assunto da alcuni operatori e dal loro eventuale contatto preventivo con diverse imprese, anche in relazione al principio di segretezza delle offerte.

In ogni caso, la Commissione nel proprio Parere considera che la formulazione proposta dallo schema del correttivo presenti alcune criticità, perché lascia un ampio margine di discrezionalità alle stazioni appaltanti, sia nella fase di definizione del bando, sia nella scelta concreta attinente all'autorizzazione al subappalto. E suggerisce, infine, di affidare alle linee guida dell'ANAC la fissazione di criteri per delimitare il doppio potere discrezionale della stazione appaltante previsto dalla disposizione in commento, di contemplare la causa di divieto nel bando, e di negare in concreto l'autorizzazione al subappalto.

Una volta terminata la disamina delle considerazioni proposte dal Consiglio di Stato, possiamo quindi individuare quali indicazioni ci sono state fornite in merito al subappalto.

Si può facilmente notare come l'istituto sia stato oggetto di particolare attenzione e che siano state previste notevoli proposte di modifica da parte del Consiglio. Innanzitutto, per quanto riguarda la modifica che ambisce ad eliminare i limiti al subappalto delle categorie diverse da quella prevalente, questa, secondo la Commissione, andrebbe espressa chiaramente all'interno dell'articolo. Anche se, in linea generale, il parere pone molti dubbi sull'opportunità di introdurre tale modifica dato che questa avrebbe comportato una completa inversione di rotta rispetto alla scelta originaria del Codice. Infatti, già in un

precedente parere<sup>80</sup> il Consiglio relativamente all'art. 105 aveva suggerito che il Legislatore nazionale avrebbe avuto la possibilità, in tema di subappalto, di imporre limiti maggiormente severi rispetto alle direttive europee, che non avrebbero portato ad una violazione del c.d. principio di *gold plating*, ma sarebbero giustificati da specifiche ragioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro<sup>81</sup>. Tuttavia, il Consiglio non poteva di certo ignorare la giurisprudenza della Corte di giustizia, e, in particolare la decisione C. Giust. UE, III, 14.7.2016 C-406/14<sup>82</sup>, secondo cui il diritto europeo non avrebbe permesso agli Stati membri di porre limiti quantitativi al subappalto. Secondo la citata pronuncia, la direttiva 2004/18 andava intesa nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice non possa decidere di imporre, mediante una clausola del capitolato d'onori di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori oggetto dell'appalto avvalendosi di risorse proprie. Al contempo precisando che qualora i documenti dell'appalto avessero imposto agli offerenti di indicare le parti dell'appalto che essi hanno eventualmente l'intenzione di subappaltare e i subappaltatori proposti, l'amministrazione aggiudicatrice avesse comunque il diritto, per quanto riguarda l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori quando non fosse stata in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario.

---

<sup>80</sup> Cons. St., comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855

<sup>81</sup> Nella parte generale del parere n. 855/2016 in esame, nell'affrontare il tema del divieto di *gold plating* si era affermato che *“il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive” va rettamete interpretato in una prospettiva di riduzione della “oneri non necessari”, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive. Così, in termini generali, 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 (...)*”.

<sup>82</sup> v. anche C. Giust. UE, 10.10.2013 C-94/12; Id., 18.3.2004 C-314/01

Va comunque tenuto in considerazione che, tale giurisprudenza eurounitaria si è formata in relazione alla previgente direttiva 2004/18, mentre la nuova direttiva 2014/24/UE autorizza gli Stati membri a dettare una disciplina del subappalto più limitativa, rispetto a quella prevista in precedenza. Anche se occorre considerare che neppure le nuove direttive, al pari delle previgenti, prevedono espressamente limiti quantitativi al subappalto, ma solo la possibilità per la stazione appaltante di conoscere preventivamente i nomi dei subappaltatori e la facoltà per gli Stati membri di imporre norme di tutela giuslavoristica.

Tuttavia, il Consiglio considera che: *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.*

In tale prospettiva, il Consiglio suggerisce che il Governo potrebbe scegliere “l'opzione zero” ossia di non intervenire sulla scelta di fondo già operata dal Codice, difendendo la scelta italiana in sede di eventuale procedura di infrazione, e modificando la norma solo a seguito di una eventuale condanna in sede comunitaria<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> Eventualità poi verificatasi attraverso la lettera di messa in mora e la successiva procedura di infrazione operata dalla Commissione e indirizzata al Governo italiano, v. 2.2.4, *La lettera di messa in mora della Commissione UE*.

In merito all'indicazione della terna dei subappaltatori, anche in considerazione di quanto disposto dalla legge delega, il Consiglio di Stato ha evidenziato come il Codice non possa esonerarsi dall'individuare i casi tassativi in cui tale indicazione sia obbligatoria in sede di gara, e che quindi la previsione proposta nel decreto correttivo, secondo la quale le stazioni appaltanti stabiliscono l'obbligo di indicazione della terna ogniqualvolta ritengano *"necessario conoscere anticipatamente i nominativi dei subappaltatori"* appare troppo generica e deve essere necessariamente completata.

Infine, per quanto riguarda l'art. 105, co 7-bis il Consiglio ha osservato, su tale punto, che la soluzione alla questione relativa alla possibilità per un operatore economico di presentare offerta per una procedura di gara ed essere allo stesso tempo indicato come subappaltatore da un altro operatore più coerente con la normativa comunitaria e con i principi della concorrenza dovrebbe essere nel senso di ammettere tale possibilità. Tuttavia, non possono essere sottovalutati i rischi di possibili effetti distorsivi della corretta procedura di gara, derivanti dal ruolo molteplice assunto da alcuni operatori e dal loro eventuale contatto preventivo con diverse imprese, anche in relazione al principio di segretezza delle offerte. Il parere auspicava, quindi, un intervento del Legislatore che potesse dare una risposta chiara a tale dubbio, suggerendo al Governo di valutare attentamente la scelta se introdurre o meno il nuovo comma.

In definitiva, il Consiglio di Stato appare alquanto critico nei confronti delle scelte adottate in sede di decreto correttivo in tema di subappalto. Tuttavia, mentre da una parte auspica una maggiore chiarezza da parte del Legislatore nel dettare le norme in materia; dall'altra esprime perplessità sulla possibilità di adeguarsi completamente al diritto comunitario, soprattutto per quel che riguarda i limiti che nel nostro sistema rappresentano una garanzia avverso le infiltrazioni criminali.

La Conferenza Unificata ha reso anch'essa parere favorevole sullo schema di decreto correttivo del Codice dei Contratti Pubblici, favore tuttavia condizionato all'accoglimento integrale di quattro proposte emendative ritenute prioritarie e allegare al Parere<sup>84</sup> stesso:

- eliminare la modifica introdotta per i lavori al comma 2 relativamente alla percentuale subappaltabile del trenta per cento della categoria prevalente. La quale, secondo il Parere della Conferenza, *“risulta ancor più limitativa in quanto sembrerebbe esclusa la subappaltabilità delle categorie scorporabili”*, e quindi, *“si propone una formulazione che ristabilirebbe la previgente disciplina sul subappalto”*;
- eliminare le novità introdotte dallo schema al comma 4 ritenendo che debba essere consentito al concorrente di partecipare alla gara anche se qualificato per la sola categoria prevalente, facendo ricorso al subappalto per le categorie di cui è sprovvisto;
- eliminare il riferimento, contenuto nell'ultimo periodo del comma 6, alla possibilità per la stazione appaltante di considerare altri casi nei quali è obbligatoria l'indicazione della terna dei subappaltatori anche sotto le soglie previste dall'art. 35;
- eliminare il comma 7bis, poiché *“non si comprende la modalità operativa di attuazione di tale nuova norma”*.

## **1.6 Le modifiche apportate dal decreto correttivo**

Una volta terminato, dal sopradescritto iter di approvazione viene fuori un art. 105 sensibilmente modificato dall'art. 69 del d.lgs. n. 56/2017. Il Legislatore delegato aveva, infatti recepito integralmente le indicazioni fornite dai pareri del Consiglio di Stato e della

---

<sup>84</sup> Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Parere sullo “schema” di Decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, 17/29/CU4/C4, 30 marzo 2017*

Conferenza Unificata, mentre per quanto riguarda l'aggiunta della lettera c-bis) al comma 3 e la modifica del comma 4, benché non fossero state richieste dal Consiglio di Stato, non sembravano contrastare né con i principi dettati dalla legge delega, né da quelli espressi dalla Direttiva n. 24/2014/UE.

Tenuto conto di tutte le osservazioni pervenute, il Codice novellato in materia di subappalto prevedeva:

- a) al comma 1, la soppressione dell'espressione "*di norma*" già contemplata dallo schema; l'aggiunta dell'inciso "*fatto salvo l'art. 106, comma 1, lettera d)*", proposto dal Parere del Consiglio di Stato, consolidando, in questo modo, il principio di esecuzione "in proprio" da parte dell'aggiudicatario e confermando l'eccezionalità del subappalto, quale deroga di tale principio generale;
- b) al comma 2, l'intera rielaborazione del secondo periodo, così come prevista dallo schema venendo quindi ridefinita la nozione di subappalto, riducendone l'ambito, mediante l'estensione ai beni e servizi della disposizione già prevista in tema di lavori. Infatti secondo il nuovo art. 105, comma 2 "*Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare*". Le prestazioni che non rientrano in questi limiti percentuali sono quindi escluse dalla normativa sul subappalto;

La soppressione della modifica del terzo periodo riguardante il riferimento della quota massima subappaltabile (30%) ai «*lavori della categoria prevalente, per i lavori*»,

anziché, come per i servizi e le forniture, “*all'importo complessivo del contratto*” scegliendo così la c.d. “opzione zero”; Importante inoltre precisare che tale limite generalizzato, quindi non più riferito per i lavori alla sola categoria prevalente, facendo decadere la possibilità per il concorrente di chiamare in causa il subappaltatore per usufruire dei suoi requisiti per l'esecuzione delle prestazioni caratterizzanti l'appalto, ha difatti eliminato il c.d. “subappalto necessario”, consentendo unicamente, in caso di carenza assoluta dei requisiti da parte del concorrente, il ricorso all'avvalimento;

- c) al comma 3, l'introduzione ex novo della lettera c-bis)<sup>85</sup>, a norma della quale non si configurano come attività affidabili in subappalto anche le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto.
- d) al comma 4, l'integrale sostituzione del previgente testo con una nuova disposizione<sup>86</sup> che statuisce l'eliminazione della necessità che il bando di gara preveda espressamente la facoltà di poter ricorrere al subappalto, espressione che poteva lasciar spazio a importanti dubbi interpretativi. Inoltre, nell'attuale formulazione, il comma 4 esclude che possano essere affidate attività in subappalto a operatori economici che abbiano partecipato alla stessa procedura, che non siano qualificati per lo svolgimento delle attività loro affidate, nel caso in cui all'atto dell'offerta non siano stati indicati i lavori o

---

<sup>85</sup> “*le prestazioni rese in favore dei soggetti aggiudicatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto*”;

<sup>86</sup> “*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*”

le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare e quando non siano rispettati i requisiti di cui all'art. 80 del Codice;

- e) al comma 6<sup>87</sup>, l'integrale sostituzione del previgente testo, recependo appieno le indicazioni del Consiglio di Stato, disponendo quindi l'obbligatoria 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 fissate all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, nel caso in cui 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. Inoltre, la disposizione precisa che 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.
- f) al comma 20, per giustificare la contraddittorietà evidenziata dal Consiglio di Stato<sup>88</sup>, è stato soppresso il riferimento all'applicabilità delle disposizioni dell'articolo anche alle “associazioni in partecipazione” ed è stato aggiunto il seguente periodo: *“Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo è consentita, in deroga all'articolo 48, comma 9, primo periodo, la costituzione dell'associazione in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto”*.

---

<sup>87</sup> “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 esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo 80”;

<sup>88</sup> Il comma 20 prevedeva l'applicazione delle disposizioni dell'art. 105 anche alle “associazioni in partecipazione”, non considerando che tali associazioni erano state vietate dall'art. 48 comma 9 del decreto stesso

## 2. I conflitti con la normativa eurounitaria

L'Unione europea tramite la Direzione del Mercato interno, dell'industria, dell'imprenditoria e delle PMI della Commissione, all'indomani della pubblicazione del d.lgs. n. 50/2016 aveva espresso delle remore riguardanti il regime normativo del subappalto nell'ordinamento italiano.

I dubbi sulla compatibilità del regime nazionale con quello comunitario erano stati sollevati dall'Associazione Nazionale Costruttori Edili (ANCE), la quale aveva denunciato alla Commissione le violazioni perpetrate alle disposizioni europee con l'adozione del d.lgs. n. 50/2016<sup>89</sup>.

Era evidenziato, infatti, come la normativa dettata dal Codice dei Contratti si ponesse in contrapposizione sia con il diritto europeo che con le posizioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia<sup>90</sup>, e che quindi il subappalto non dovesse essere sottoposto a nessun limite che sia esso qualitativo o quantitativo.

La Commissione, quindi, recepì le critiche sollevate dall'ANCE e per di più asserì che il subappalto nel nostro paese fosse in linea generale vietato, essendo consentito solamente in caso di espressa autorizzazione del committente e in ogni caso nel limite massimo del 30% dell'importo dell'opera.

Attraverso una lettera<sup>91</sup>, con la quale metteva in guardia il nostro ordinamento, precisò l'importanza delle finalità che la normativa europea sugli appalti pubblici esprimeva, cioè rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione delle merci, alla libertà di stabilimento e alla

---

<sup>89</sup> ANCE, *Nuovo Codice degli appalti pubblici. Le principali novità*. Aprile 2016

<sup>90</sup> Tra le altre sentenze della Corte di Giustizia conformi a tale orientamento si segnalano: 1) CoNISMa del 23 dicembre 2009 (C305/08); 2) SWN Costruzioni 2 del 10.10/2013 (C-94/12); 3) Ostas Celtnieks Sia del 14 gennaio 2016 (C-234/14); 4) Siemens del 18 marzo 2004 (C-314/01); 5) "Wroclaw" del 14 luglio 2016 (C-406/2014)

<sup>91</sup> Commissione europea, lettera 23 marzo 2017, n. 1572232

libera prestazione dei servizi, oltre a quella di facilitare ed incentivare la partecipazione delle PMI al mercato dei contratti pubblici.

Asserendo che quanto previsto dal nostro Codice dei Contratti si poneva in contrasto con i suddetti obiettivi provocando, inoltre, una rilevante penalizzazione per numerose imprese, a cui sostanzialmente era precluso l'accesso alle procedure di appalto, suggerendo al Legislatore di tenere conto di tali aspetti in previsione di modifiche e correttivi al d.lgs. n. 50/2016. Le aspettative comunitarie, come abbiamo visto, sono state tuttavia disattese in quanto le indicazioni della Commissione non sono state incluse nelle modifiche apportate al testo.

## **2.1 Le singole violazioni alle disposizioni europee**

L'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016, come sappiamo, vieta il subappalto se non avallato da una espressa autorizzazione del committente, e comunque non lo permette mai oltre il limite del trenta per cento rispetto al valore complessivo della commessa. La disposizione, tuttavia, ha altresì introdotto un complesso e articolato sistema normativo che rende gravoso il ricorso a tale istituto, anche per quel poco consentito.

Secondo l'ANCE, infatti, viene così impedito agli affidatari delle commesse di potersi avvalere delle specializzazioni di terze imprese, il che comporterebbe un aggravio dei costi per i pubblici committenti e una limitazione nello sviluppo delle specializzazioni negli appalti pubblici. Oltretutto, tali barriere normative impedirebbero alle piccole imprese, prive della qualificazione sufficiente a divenire dirette appaltatrici, di accedere al mercato dei contratti pubblici.

Come detto, le principali violazioni al diritto comunitario sono quindi rintracciabili nell'obbligo generale di esecuzione diretta (art. 105, comma 1); nel divieto di subappalto

per una quota superiore al trenta per cento del valore complessivo dell'appalto (art. 105, comma 2); e nelle prospettazioni contenute nel documento di denuncia redatto dall'ANCE. Per quanto riguarda il divieto di esecuzione diretta, 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.

Tuttavia, vi è da dire che di tutte le limitazioni previste dalla normativa in questione, quella della necessaria autorizzazione appare come la più sensata e adeguata alla tutela dell'interesse pubblico e per esercitare un controllo sui tentativi di infiltrazione criminale. Inoltre, l'autorizzazione al subappalto, in presenza dei requisiti e presupposti indicati dall'art. 105 costituisce un atto pressoché dovuto e suscettibile di impugnazione nel caso in cui la stessa fosse negata ingiustamente.

Per quanto riguarda invece il divieto di subappalto oltre il limite massimo del trenta per cento, tale previsione sembrerebbe in contrasto con i principi comunitari laddove contempla un divieto generale al libero mercato nelle stesse modalità, anche più gravi se consideriamo la maggiore quantità percentuale prevista nel divieto, condannate dalla Corte di Giustizia nella sentenza Wroclaw<sup>92</sup>. Fissare una limitazione al ricorso al subappalto per una percentuale fissata in maniera astratta, a prescindere dalla possibilità di accertare le capacità

---

<sup>92</sup> La vicenda affrontata dalla Corte di Giustizia verteva 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 per cento dell'importo del contratto. Con tale sentenza la Corte 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'oneri di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori oggetto detto appalto avvalendosi di risorse proprie (...)".

e i requisiti di potenziali subappaltatori, sembra infatti discordante con quanto previsto dall'art. 71, Direttiva 2014/24/UE.

Oggetto di molteplici critiche è stato anche l'obbligo previsto dall'originario comma 6, che contemplava l'indicazione in sede di offerta della terna di subappaltatori per gli appalti di lavori, servizi e fornitura che richiedessero una particolare specializzazione tecnica. Tale previsione è stata ulteriormente ampliata con il Decreto Correttivo che ha esteso tale obbligo a tutti gli appalti di importo superiore alla soglia prevista all'art. 35 del Codice degli appalti nonché a quelli che, indipendentemente dall'importo, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa. Anche tale obbligo produce una violazione delle disposizioni comunitaria generando, secondo l'ANCE, un'alterazione del mercato e della concorrenza, difatti tale norma potrebbe scoraggiare il ricorso al subappalto, generando una superflua duplicazione di controllo nei confronti dell'impresa subappaltatrici. Cosicché queste ultime saranno sottoposte a controlli sia nel momento in cui vengono presentate le offerte (art. 105, comma 6), che prima di dare esecuzione ai lavori (art. 105, comma 7).

Un ulteriore limitazione ricompresa nel Codice dei Contratti è quella inerente alla impossibilità da parte dell'impresa appaltatrice di utilizzare, ai fini della propria qualificazione, la parte di opere eseguite dal subappaltatore. L'art. 105, comma 22, prevede infatti che *“Le stazioni appaltanti rilasciano i certificati necessari per la partecipazione e la qualificazione di all'art. 83 comma 1, e all'articolo 84 comma 4, lettera b), all'appaltatore, scomputando dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto (...)”*.

Sappiamo che in Italia vige un “*Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici*”<sup>93</sup> diretto a certificare la qualità e la quantità dei lavori eseguiti da un dato operatore economico. Esentare da questo sistema il computo dei lavori eseguiti in subappalto potrebbe anch’esso comportare una limitazione contraria alle libertà fondamentali previste dall’Unione Europea. Come noto, l’appaltatore è responsabile verso la stazione appaltante per l’esecuzione dell’intera opera, inclusa la parte eseguita in subappalto, senza però maturare la qualificazione per quest’ultima. In realtà il requisito che non matura è quello inerente all’esecuzione dei lavori, mentre è diverso il discorso relativo al fatturato globale, il cui requisito di certo matura in capo all’appaltatore, non prevedendo diversamente il comma 22 dell’art. 105. Inoltre, parte della dottrina ritiene doveroso dover aggiungere alla responsabilità nei confronti del committente quella solidale tra appaltatore e subappaltatore, la quale dovrebbe essere considerata come “*vero fondamento del riconoscimento in favore dell’appaltatore ed al fine dell’acquisizione dei requisiti di qualificazione, quanto meno di una quota parte dei lavori eseguiti dal subappaltatore, come premio di coordinamento e vigilanza*”<sup>94</sup>. *L’appaltatore, oltre a dover garantire l’esecuzione dell’intera opera, è, infatti, responsabile in solido con il subappaltatore in relazione a diversi e qualificanti aspetti dell’assetto imprenditoriale, di talché si fatica a comprendere come possa conciliare tale estesa responsabilità, si ripete, solidale con l’impresa subappaltatrice, aggiuntiva rispetto a quella ordinaria di consegna dell’opus verso il committente, con lo stralcio totale dalla base imponibile per la maturazione dei requisiti di qualificazione, dei lavori seguiti dal subappaltatore”*.

---

<sup>93</sup> Art. 84 del D.Lgs. n. 50/2016

<sup>94</sup> Frontoni, M., Savelli, L., & Corradino, M. (2018). Subappalto e avvalimento: tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici. Torino: Giappichelli.

## 2.2 Le questioni sollevate in via pregiudiziale dal TAR Lombardia

A seguito dell'emanazione del decreto "correttivo" riguardante il Codice dei Contratti pubblici, il TAR Lombardia, Milano, con l'ordinanza n. 148 del 19 gennaio 2018, ha sollevato presso la Corte di Giustizia Europea la seguente questione pregiudiziale: *“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”*.

La pronuncia trae spunto dalla gara pubblica, indetta da Autostrade per l'Italia nel mese di agosto 2016 e che dava l'avvio ad una procedura ristretta per l'affidamento dei lavori di ampliamento della quinta corsia dell'autostrada A8, tra la barriera di Milano Nord e l'interconnessione di Lainate. Dalla richiamata procedura scaturiva un contenzioso instaurato dalla Vitali S.p.a. che, avendo partecipato alla gara, si vedeva esclusa per avere superato il limite del trenta per cento previsto, in materia di subappalto, dall'art. 105, D.Lgs. n. 50/2016. L'impresa citata adiva le competenti Autorità giudiziarie nazionali impugnando la propria esclusione e, tra gli altri aspetti rilevati, sosteneva che la disciplina nazionale sul subappalto fosse in contrasto con il diritto dell'Unione.

Nell'occasione, il giudice amministrativo ha optato per una ricostruzione scrupolosa della materia spiegando che le limitazioni quantitative al subappalto furono introdotte nella materia dei contratti pubblici per la prima volta dall'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55, ovvero nell'ambito di una disciplina molto rigorosa i cui obiettivi, come confermato anche dalla Corte Costituzionale<sup>95</sup>, erano quelli di salvaguardare l'ordine e la sicurezza pubblica; e che la particolare severità che ha condizionato la disciplina del subappalto nasce dalla consapevolezza che tale strumento rischiava essere utilizzato in modo fraudolento, al fine di eludere le regole di gara soprattutto nell'ambito di contesti criminali.

Nella pronuncia è stato dato poi spazio anche ad alcuni pareri del Consiglio di Stato, il quale (come già visto)<sup>96</sup> in relazione all'art. 105, comma 2, si era già pronunciato in sede consultiva analizzando lo Schema di decreto legislativo finalizzato alla revisione del D.Lgs. n. 50/2016.

Nel parere il Consiglio di Stato aveva appoggiato la scelta del Legislatore nazionale in tema di subappalto, constatando che lo stesso era autorizzato ad apporre limiti di maggior rigore rispetto alle direttive europee, e che ciò non avrebbe comportato una violazione del divieto di goldplating, ma anzi sarebbe stato giustificato da motivazioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro.

La sezione si è poi occupata di esaminare la giurisprudenza della CGUE in relazione alla legittimità delle normative in materia di subappalto degli altri Stati membri. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si era, infatti, già pronunciata in materia, anche se con riferimento alle precedenti direttive 2004/17 e 2004/18, le quali anch'esse ammettevano il ricorso al subappalto senza prevedere alcuna limitazione. Viene infatti menzionata la sentenza del 14 luglio 2016 della III Sezione (C-406/14, Wrocław), con la quale la CGUE

---

<sup>95</sup> Corte Costituz., sentenza n. 218 del 5 maggio 1993

<sup>96</sup> v. cap. 2, par.1.5, *I pareri degli Organi consultivi*

ha dichiarato che *“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’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 la sentenza del 5 aprile 2017 della V Sezione (C-298/15, Borta UAB) in cui la stessa Corte ha chiarito che le norme del TFUE contrastano con qualsiasi misura nazionale che vieti, ostacoli o renda gravoso l’esercizio della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi; per cui una disposizione nazionale che impedisca agli affidatari di contratti pubblici di subappaltare a terzi, tutto o parte delle opere, viola la normativa comunitaria.

Una volta terminata la parte ricostruttiva, il TAR Lombardia ha quindi palesato i propri dubbi riguardo la compatibilità dell’art. 105, comma 2, terzo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, rispetto ai principi e alle regole ricavabili dagli articoli 49 e 56 TFUE e dall’art. 71 della direttiva 2014/24/UE. Secondo il Collegio *“la previsione di un limite generale del 30 % per il subappalto, con riferimento all’importo complessivo del contratto, sia per il contratto di lavori, sia per quello di servizi e forniture, impedendo agli operatori economici di subappaltare a terzi una parte cospicua delle opere (70 %), può rendere più difficoltoso l’accesso delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, agli appalti pubblici, così ostacolando l’esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi e precludendo, peraltro, agli stessi acquirenti pubblici l’opportunità di ricevere offerte più numerose e diversificate; tale limite, non previsto dall’art. 71 della*

*direttiva 2014/24, impone una restrizione alla facoltà di ricorrere al subappalto per una parte del contratto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favore per l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici”.*

Va, tuttavia, tenuto conto che il Consiglio di Stato, nel succitato Parere n. 782/2017 ha rilevato che i limiti quantitativi al subappalto, così come disciplinate dal Legislatore nazionale, vanno valutate da una parte considerando quei principi di sostenibilità sociale che sono a fondamento delle stesse direttive, e dall'altra considerando i valori superiori prescritti dall'art. 36 TFUE, tra cui figurano l'ordine e la sicurezza pubblica, che possono comportare limitazioni della libera concorrenza e del mercato. E quindi, il Consiglio stesso è giunto alla conclusione che *“l'obiettivo di assicurare l'integrità dei contratti pubblici e la loro immunità da infiltrazioni della criminalità potrebbe giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi”.*

Occorre tuttavia precisare che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>97</sup>, una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi *“può essere giustificata qualora essa persegua un obiettivo legittimo di interesse pubblico e purché rispetti il principio di proporzionalità, vale a dire, sia idonea a garantire la realizzazione di tale obiettivo e non vada oltre quanto è necessario a tal fine”*, e ancora *“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*

---

<sup>97</sup> Sentenza del 5 aprile 2017, causa C-298/15, cit., al punto 51, che richiama le sentenze del 27 ottobre 2005, Contse e a., C-234/03, EU:C:2005:644, punto 25, nonché del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 44

*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”.*

È necessario, inoltre, tener presente 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”.* E quindi, la scelta di una limitazione quantitativa rigida e aprioristica come quella scelta per il subappalto non è ritenuta efficace al riaggiungimento dell'obiettivo di salvaguardare l'integrità del mercato dei contratti pubblici; tale obiettivo sembra già adeguatamente raggiunto grazie alle nuove previsioni che, se correttamente attuate, permettono di eseguire verifiche e controlli maggiormente specifici rispetto al passato, finalizzate ad assicurare l'istituto in esame venga utilizzato, in maniera trasparente, da operatori qualificati.

Per quanto riguarda, inoltre, la funzione inibitoria esercitata dalla disciplina in questione rispetto ai fenomeni criminali e corruttivi, il giudice del rinvio ha precisato *“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 sopra evidenziato, 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”.*

Le, sopradescritte, perplessità manifestate dal giudice di rinvio relativamente alla compatibilità delle limitazioni imposte al subappalto con la disciplina europea in materia sembrano ampiamente condivisibili. Ciò perché la *ratio* che era alla base di dette limitazioni, ossia la mancanza di fiducia nei confronti dei subappaltatori, dovrebbe essere stata superata dalle ulteriori e numerose previsioni contenute nell’art. 105 del Codice dei Contratti pubblici:

1. la necessaria autorizzazione della stazione appaltante;
2. la necessaria indicazione, al momento dell’offerta, delle prestazioni che il concorrente intende subappaltare;
3. la necessaria indicazione, al momento dell’offerta, di una terna di subappaltatori
4. la necessaria dimostrazione, in capo al concorrente, dell’assenza di motivi di esclusione ex art. 80 riconducibili ai subappaltatori;
5. l’impossibilità di accesso al subappalto per le imprese che abbiano partecipato alla procedura di affidamento dello stesso appalto.

In conclusione, possiamo dedurre che la limitazione, afferente alla subappaltabilità del “solo” trenta per cento dell’importo totale della commessa, non è più considerato uno strumento né attuale, né efficace per il soddisfacimento dell’obiettivo di assicurare

l'integrità del mercato dei contratti pubblici. In particolare, considerando che il nostro sistema già contempla una serie di attività interdittive deputate ai prefetti e finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o, comunque, collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali presenti sul territorio.

### **2.3 Gli ulteriori rinvii alla CGUE**

Il Consiglio di Stato, sez. VI, con ordinanza del 11 giugno 2018 n. 3553 ha rimesso alla Corte di Giustizia la seguente questione: *“se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del TFUE, gli artt. 25 della Direttiva 2004/18/CE e 71 della Direttiva 2014//24/UE, che non contemplano limitazioni per quanto concerne la quota subappaltabile ed il ribasso da applicare ai subappaltatori, nonché il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 118, commi 2 e 4, d.lgs. n. 163 del 2006, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto e l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al 20%”*.

Il Consiglio di Stato ha quindi sollevato alla CGUE, non solo, la stessa questione già rilevata dal TAR Lombardia, ma anche una ulteriore richiesta di pronuncia in merito alla compatibilità del diritto comunitario con le disposizioni contenute nell'art. 118, comma 4 del d.lgs. n. 163 del 2006 e nell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 i quali prevedono che

l'affidatario debba praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al venti per cento<sup>98</sup>.

Contestualmente al Consiglio di Stato anche il TAR Lazio con ordinanza n. 6010/2018 ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una questione circa la compatibilità con gli artt. 57 e 71 par. 6 della Direttiva 2014/24/UE e con il principio di proporzionalità, dell'art. 80, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui prevede l'esclusione dell'operatore economico nel caso di accertamento, in corso di gara, di un motivo di esclusione relativo ad un subappaltatore indicato nella terna in sede di offerta, invece di concedere al concorrente la possibilità di sostituire il subappaltatore escluso.

Il Collegio evidenziava come, nel caso di obbligatoria indicazione della terna dei subappaltatori, il diritto nazionale prevedesse conseguenze diverse a seconda che la causa di esclusione fosse accertata nei confronti di un subappaltatore in corso di gara, oppure in un momento successivo alla stipulazione del contratto, infatti:

- Se questa interverrà nel corso della procedura, l'art. 80, comma 5 prevede che l'accertamento di una causa di esclusione attribuita ad un subappaltatore parte della terna porterà all'esclusione dell'operatore;
- Se questa interverrà dopo l'affidamento della commessa, l'art. 105, comma 12 prevede che successivamente l'accertamento di un motivo di esclusione, la stazione appaltante dovrà imporre all'affidatario la sostituzione del subappaltatore;

Il Collegio sottolineava, quindi, la difformità del diritto interno dall'art. 71 e dal "considerando" 105 della Direttiva 2014/24/UE che prevedono, invece, la sostituzione del subappaltatore quale sanzione massima irrogabile conseguentemente l'accertamento di una causa di esclusione a carico dello stesso.

---

<sup>98</sup> Ciccolo, C., *Subappalto: rimessione alla CGUE della questione pregiudiziale relativa alla compatibilità con il diritto europolitano dei limiti quantitativi al subappalto*, in *lamministrativista.it* del 29 giugno 2018

Inoltre, il TAR rilevava anche probabili contrasti dell'art. 80, comma 5 del d. lgs. n. 50/2016 sia con il principio di proporzionalità, che con il considerando 101 della Direttiva 2014/24/UE, nella parte in cui dispone l'automatica esclusione del concorrente, anche nel caso in cui vi siano altri subappaltatori non esclusi oppure l'operatore economico dichiara di rinunciare al subappalto, perché in possesso dei requisiti per eseguire le prestazioni<sup>99</sup>.

Pertanto, il TAR Lazio ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le seguenti questioni pregiudiziali:

- 1. se gli articoli 57 e 71, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE, ostino a una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la quale prevede l'esclusione dell'operatore economico offerente nel caso di accertamento, in fase di gara, di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore facente parte della terna indicata in sede di offerta, in luogo di imporre all'offerente la sostituzione del subappaltatore designato;*
- 2. in subordine, laddove la Corte di Giustizia ritenga che l'opzione dell'esclusione dell'offerente rientri tra quelle consentite allo Stato membro, se il principio di proporzionalità, enunciato all'articolo 5 del Trattato UE, richiamato al "considerando" 101 della direttiva 2014/24/UE e indicato quale principio generale del diritto dell'Unione Europea dalla Corte di Giustizia, osti a una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la quale prevede che, in caso di accertamento in fase di gara di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore designato, venga disposta l'esclusione*

---

<sup>99</sup> La vicenda trae spunto da un provvedimento di esclusione disposto nei confronti della società ricorrente nell'ambito di una procedura di gara indetta da Consip S.p.A. per "l'affidamento della fornitura del sistema WDM per l'interconnessione del CED dei Dipartimenti RGS, DT e DAG", motivato con riferimento alla causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. i, accertata in corso di gara nei confronti di un subappaltatore (nella specie il non essere in regola con le "Norme per il diritto al lavoro dei disabili" di cui alla legge n. 68 del 1999).

*dell'operatore economico offerente in ogni caso, anche laddove vi siano altri subappaltatori non esclusi e in possesso dei requisiti per eseguire le prestazioni da subappaltare oppure l'operatore economico offerente dichiararsi di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni.*

## **2.4 La lettera di messa in mora della Commissione UE**

Nei mesi che hanno preceduto la risposta della CGUE, la Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione<sup>100</sup> nei confronti del Governo italiano inviando allo stesso una lettera di costituzione in mora. Questa aveva ad oggetto la difformità rinvenute in alcune disposizioni del D.Lgs. 50/2016 rispetto al quadro comunitario in materia di contratti pubblici e, in particolare, alla direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, alla Dir. 2014/24/UE sugli appalti pubblici e alla Dir. 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. Il precontenzioso si riferisce soprattutto alle disposizioni che interessano: i limiti quantitativi che il Codice dei Contratti pone al subappalto di opere generali e specialistiche; l'obbligo di indicare una terna di subappaltatori; il divieto di subappalto a favore di un partecipante alla gara; e il c.d. subappalto a cascata.

Relativamente i limiti quantitativi, la Commissione, innanzitutto, rilevava come nelle direttive del 2014 non fosse presente alcuna disposizione che contemplasse un limite obbligatorio per la subappaltabilità dei contratti pubblici. Anzi, dato che tra gli obiettivi dichiarati dalle direttive vi è anche quello di incoraggiare una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI)<sup>101</sup> agli appalti pubblici, ed essendo il subappalto uno degli

---

<sup>100</sup> Costituzione in mora - Infrazione n. 2018/2273

<sup>101</sup> Considerando 63 della Direttiva 2014/24/UE

strumenti attraverso il quale tale obiettivo può essere raggiunto, una disposizione così limitativa, oltretutto in maniera astratta e generica, del ricorso a tale istituto sicuramente non poteva essere in linea con quelle che erano le finalità attese dal Legislatore comunitario. In conformità con tali considerazioni, l'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva n. 2014/24/UE: *consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offerenti di ricorrere al subappalto, ma solo ove siffatta restrizione sia giustificata dalla particolare natura delle prestazioni da svolgere*. La stessa impostazione si ritrova sia nell'articolo 79, paragrafo 3, della direttiva 2014/25/UE, che nell'articolo 38, paragrafo 2, della direttiva 2014/23/UE dal quale risulta che gli offerenti debbano avere la possibilità di ricorrere a subappaltatori nell'esecuzione dei contratti. La Commissione conclude quindi *“che la normativa italiana viola il diritto UE in quanto essa limita il ricorso al subappalto in tutti i casi, e non solo nei casi in cui una restrizione del subappalto sia oggettivamente giustificata dalla natura delle prestazioni dedotte in contratto”*.

La suddetta conclusione è confermata anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, la quale, come già visto, nella causa C-406/14 aveva statuito che una clausola che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale delle prestazioni di cui si tratta, fosse incompatibile con la direttiva 2004/18/CE. La Commissione sottolineava che, per quanto la succitata giurisprudenza della CGUE fosse stata elaborata in riguardo alle precedenti Direttive del 2004, non vi è alcuna ragione per ritenere che per le nuove direttive riguardanti i Contratti Pubblici siano consentite restrizioni

quantitative al subappalto fissate in maniera astratta in una determinata percentuale dell'appalto<sup>102</sup>.

Quindi seguendo la tesi sostenuta dalla Commissione nella procedura di infrazione, non vi è dubbio che riprendendo la stessa logica deduttiva utilizzata dalla Corte di Giustizia nel 2016 in relazione alla

direttiva del 2004, la disciplina che regola l'istituto a livello comunitario prevede la possibilità per gli offerenti di ricorrere al subappalto in modo illimitato.

Anche la stessa Commissione ha confermato tale orientamento affermando che: *“la direttiva 2014/24/UE, proprio come la direttiva 2004/18/CE, non prevede la possibilità d'introdurre limitazioni quantitative al subappalto”* dichiarando quindi *“l'illegittimità dell'art. 105, comma 2, terza frase, e comma 5, del decreto legislativo 50/2016 per violazione dell'articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, l'articolo 63, paragrafo 2, e l'articolo 71 della direttiva 2014/24/UE”*.

## **2.5 La risposta della Corte di Giustizia**

La Corte di Giustizia dopo aver ricevuto ed esaminato le istanze di rinvio con sentenza della V Sezione del 26 novembre 2019, n. C-63/18 ha affermato che: *“La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal Regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento*

---

<sup>102</sup> Veltri, G., *Codice dei contratti pubblici: la lettera di messa in mora della Commissione UE e la replica del Legislatore*, in *Urbanistica e appalti*, a. XXIII, n. 4/2019

*principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi".*

La Corte pronunciandosi ha infatti affermato che per quanto una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere ritenuta idonea a contrastare i fenomeni di infiltrazione mafiosa, una limitazione astratta e incondizionata allo stesso istituto viene ritenuta eccessiva rispetto alla realizzazione di tale obiettivo, poiché l'imposizione di un divieto così generale non lascerebbe margini per una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore. La Corte inoltre riteneva che gli obiettivi prefissati dal Legislatore italiano sarebbero stati raggiungibili anche attraverso delle misure meno restrittive, sottolineando, ancora una volta, che il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive 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. In definitiva, la Corte ha quindi constatato che le restrizioni, così come previste dal Codice dei Contratti pubblici, al ricorso del subappalto non possano essere ritenute compatibili con la direttiva 2014/24.

La Corte si è espressa in tale senso anche con la sentenza della V Sezione del 27 novembre 2019, C-402/18. La stessa, relativamente al limite quantitativo delle prestazioni subappaltabili, ha ripetuto che una normativa nazionale che prescrive un limite al ricorso all'istituto per una parte dell'appalto stabilita in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò senza verificare le capacità degli eventuali subappaltatori e il carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, si rivela contrastante con le disposizioni comunitarie e con l'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia

a

vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma anche delle amministrazioni aggiudicatrici<sup>103</sup>.

Secondo la Corte, quindi, la direttiva in materia osta a una normativa nazionale, come quella contenuta all'art 105 del d.lgs. n. 55 del 2016, che limita al solo trenta per cento la quota di appalto che l'aggiudicatario è autorizzato a subappaltare a terzi.

La Corte si è poi espressa anche sulla disposizione che prevede un “*ribasso non superiore al 20% dei prezzi risultanti dall'aggiudicazione praticabile alle prestazioni subappaltate*”.

La Corte ha innanzitutto ricordato come la Commissione europea avesse chiarito la sua posizione, esposta dinanzi alla Corte attraverso alcune osservazioni, secondo cui il limite del venti per cento sarebbe stato compatibile con la libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento. Tale orientamento si fondava sull'interpretazione delle constatazioni operate dal giudice del rinvio, in base alle quali tale limite avrebbe consentito di valutare caso per caso la reale necessità di applicare il suddetto limite per evitare il dumping sociale. Tuttavia, la Corte ha osservato che, nel caso di specie, il limite del venti per cento viene imposto in maniera tassativa, a pena di esclusione dell'offerente dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, e che lo stesso limite è determinato in modo generale e astratto, indipendentemente da qualsiasi verifica della sua effettiva necessità.

La Corte, inoltre, aggiunge che il limite così determinato rende molto meno allettante la possibilità di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, dal momento che tale normativa limita l'eventuale vantaggio concorrenziale in termini di costi che i lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto presentano per le imprese che intendono avvalersi di detta possibilità, contrastando così

---

<sup>103</sup> Giuffrè, G. A., Le risoluzioni della CGUE alle questioni pregiudiziali di compatibilità euro-unitaria sul limite quantitativo al subappalto imposto dalla normativa italiana, in *lamministrativista.it*, Giurisprudenza commentata del 19 febbraio 2020

l'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile e, in

particolare, dell'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

Oltretutto, tale limite non sarebbe neanche giustificabile in un'ottica di tutela dei lavoratori impiegati nel subappalto, in quanto la normativa nazionale non riconosce ai lavoratori una tutela tale da giustificare un limite così stringente, dal momento che questo si applica indipendentemente da qualsiasi tutela sociale garantita dalle leggi, dai regolamenti e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati.

Infine, con riferimento alla questione specifica di cui viene investita la Corte, questa, pur precisando che spetta al giudice del rinvio verificarlo, afferma che *“il subappalto comporta il ricorso a cooperative sociali che beneficiano, in forza della normativa italiana ad esse applicabile, di un regime preferenziale in materia di fiscalità, di contributi, di retribuzione e di previdenza sociale, e che tale normativa mira proprio a facilitare l'integrazione nel mercato del lavoro di talune persone svantaggiate, rendendo possibile il versamento ad esse di un corrispettivo meno elevato di quello che si impone nel caso di altri soggetti che effettuano prestazioni analoghe. Neppure tale limite sarebbe giustificato dall'obiettivo di voler garantire la redditività dell'offerta e la corretta esecuzione dell'appalto, in quanto, anche supponendo che il limite del 20% sia tale da raggiungere detto obiettivo, un tale limite generale e astratto sarebbe, in ogni caso, sproporzionato rispetto all'obiettivo perseguito, dal momento che esistono altre misure meno restrittive che faciliterebbero il raggiungimento di quest'ultimo, consentendo all'amministrazione aggiudicatrice di verificare la capacità e l'affidabilità del subappaltatore prima che egli effettui le prestazioni subappaltate.*

*Come pure non potrebbe essere giustificato alla luce del principio della parità di trattamento degli operatori economici, dal momento che la mera circostanza che un offerente sia in grado di limitare i propri costi in ragione dei prezzi che egli negozia con i subappaltatori non è di per sé tale da violare il principio della parità di trattamento, ma contribuisce piuttosto a una concorrenza rafforzata e quindi all'obiettivo perseguito dalle direttive adottate in materia di appalti pubblici”.*

Anche in questo caso, quindi, la CGUE si esprime in maniera sfavorevole rispetto alla nostra normativa nazionale, la quale limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate oltre il venti per cento rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione.

### **3. Il D.L. n. 32/2019 c.d. “sblocca cantieri”**

Il D.L. n. 32/2019, noto anche come decreto “sblocca cantieri” e la successiva legge di conversione n. 55/2019, con gli artt. 1 e 2 hanno previsto importanti novelle alle disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici. Il Legislatore è intervenuto seguendo alcune logiche di intervento, tra cui: la semplificazione delle fonti attuative; la realizzazione di modifiche mirate a scongiurare procedure di infrazione o condanne da parte della Corte di Giustizia UE su questioni pregiudiziali ad essa rimesse da giudici nazionali, o anche a scongiurare dubbi di costituzionalità; l’apporto di correzioni di dettaglio o finalizzate a dirimere questioni esegetiche insorte in prima applicazione o a coordinare il codice con sopravvenuti atti normativi<sup>104</sup>. Tra le novità, quella che più ci interessa è

---

<sup>104</sup> De Nictolis, R., *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 “sblocca cantieri”*, in *Urbanistica e appalti*, a. XXIII, n. 4/2019

certamente l'applicazione, fino al 31 dicembre 2020 di particolari regole di semplificazione quali: quelle sulla verifica posticipata del possesso dei requisiti nei settori ordinari; la semplificazione e accelerazione per il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, e la liberalizzazione del subappalto.

Proprio riguardo questo ultimo punto il D.L. n. 32/2019, prima, e la L. n. 55/2019 poi, sono intervenuti sull'art. 105 Codice. Come in precedenza descritto, i punti salienti della versione dell'art. 105, anteriore al D.L. n. 32/2019, erano la previsione di una terna obbligatoria dei subappaltatori e la determinazione di un limite del 30 per cento come importo massimo subappaltabile e non solo per la categoria prevalente nei lavori. Queste previsioni avevano avuto l'effetto di produrre numerose critiche sia interne che comunitarie, sfociate poi nella procedura di infrazione promossa dalla Commissione europea nei confronti del Governo italiano.

Proprio per ovviare alle problematiche prodotte da una procedura di infrazione si è deciso di intervertire nuovamente sull'istituto con il chiaro obiettivo di adeguarlo agli standard europei.

Tuttavia, bisogna operare una differenziazione tra le modifiche prospettate dalla versione originaria del D.L. n. 32/2019, e quelle poi effettivamente presenti nella legge n. 55 del 2019.

Il D.L. n. 32/2019 contemplava un, benché parziale, adeguamento dell'art. 105 alle osservazioni della Commissione europea prevedendo:

- a) una modifica al limite generale del subappalto, portandolo dal trenta al cinquanta per cento dell'importo contrattuale (art. 105, comma 2);
- b) l'abolizione la terna obbligatoria (art. 105, comma 6).

- c) la riproposizione della previsione secondo cui il subappalto deve essere previsto dal bando di gara;
- d) l'abolizione del divieto di subappalto operante nei confronti dei soggetti che avessero partecipato alla procedura di gara (art. 105, comma 4, lett. a);
- e) l'abolizione dell'obbligo di pagamento diretto del subappaltatore quando questi sia una microimpresa o piccola impresa (art. 105, comma 13, lett. a);
- f) una previsione che generalizzava il dovere di pagamento diretto del subappaltatore se questi lo richiedesse, eliminando la condizione che lo consenta la natura dell'appalto (art. 105, comma 13, lett. c).

Di queste solo le disposizione a), b) e c) sono state poi convertite in legge.

Difatti, in sede di conversione, la legge n. 55/2019 ha apportato un intervento minimale e transitorio all'art. 105, concedendo solo una parziale e temporanea risposta alla procedura di infrazione. Parliamo di un provvedimento che non opera modifiche al codice, quanto piuttosto, restando *extravagante*, si limita a sospendere alcune norme e a derogare ad altre (art. 1, comma 18, D.L. n. 32/2019, inserito dalla legge di conversione)<sup>105</sup>.

Le disposizioni in esso contenute:

- a) la previsione di un nuovo limite quantitativo pari al quaranta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture; tanto, in dichiarata deroga all'art. 105, comma 2, codice, che resta in vigore, e solo temporaneamente, fino al 31 dicembre 2020; sicché viene elevato dal 30% al 40% il limite al subappalto, e solo temporaneamente;

---

<sup>105</sup> Giuffrè, G.A., & Tranquilli, S. (2019). *Contratti pubblici: cosa cambia. Aggiornato alle L. di conversione e dd.ll. "Sblocca cantieri" e "Crescita"*. Milano: Giuffrè.

- b) per quel che riguarda la terna dei subappaltatori, essa non viene formalmente abrogata, ma solo sospesa, fino al 31 dicembre 2020;
- c) per effetto della sospensione della terna dei subappaltatori vengono anche sospese, fino al 31 dicembre 2020, le verifiche dei requisiti ex art. 80 nei confronti del subappaltatore, fatte in sede di gara, nelle ipotesi di terna obbligatoria (art. 80, comma 1 e comma 6); rimanendo ovviamente in vigore le verifiche ex art. 80 sui subappaltatori a valle dell'aggiudicazione;
- d) la previsione, stavolta in accordo con la versione originaria del decreto, che il subappalto va indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara, aprendo tuttavia all'ipotesi che il bando limiti motivatamente il subappalto in relazione alla natura delle prestazioni;
- e) infine, indirettamente connessa con la disciplina del subappalto, la previsione di una nuova causa di esclusione, riconducibile all'art. 80, introdotta dalla L. n. 55/2019. È infatti prevista l'esclusione degli operatori economici che abbiano commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, il grave inadempimento deve essere riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato (art. 80, comma 5, lett. c quater).

Si può notare come non vi è stato adeguamento ad alcune delle critiche sollevate dalla Commissione europea, in quanto è rimasto immutato il limite del subappalto per le opere di cui all'art. 89, comma 11 previsto dall' art. 105, comma 5, ritenendo lo stesso in qualche modo giustificabile dalla particolare natura delle prestazioni; inoltre niente è stato fatto in tema di subappalto c.d. a cascata; e infine ancora non è stata risolta la questione riguardante l'esclusione degli operatori che avendo partecipato alla aggiudicazione della gara sarebbero stati impossibilitati a rivestire il ruolo di subappaltatore.

#### 4. Le posizioni dell'ANAC

La succitata sentenza della CGUE, ha quindi dichiarato che il limite generale del subappalto di cui all'art. 105 del Codice si trova in contrasto con il diritto comunitario. Ciò ha suscitato parecchie incertezze tra gli operatori circa l'obbligo o meno di disapplicazione della norma nazionale nelle nuove procedure di affidamento di appalti pubblici. Nella prassi delle stazioni appaltanti è andato delineando un duplice orientamento: da un lato, coloro che tendono per la difesa del limite interno, anche in considerazione del rilievo penalistico del subappalto non autorizzabile a norma della L. 646/1982; dall'altro coloro che, al contrario, in ossequio al primato del diritto comunitario e all'obbligo di disapplicazione delle disposizioni nazionali in contrasto, hanno praticamente liberalizzato al cento per cento il subappalto nei bandi di gara.

In riguardo bisogna evidenziare che all'indomani della pubblicazione della sentenza della CGUE, l'ANAC ha formalmente assunto una posizione in materia attraverso due interventi, i quali convergono sul richiedere al Legislatore, evitando quindi il libero arbitrio delle stazioni appaltanti, la risoluzione della questione attraverso una nuova modifica all' art. 105 del Codice.

Anzitutto il Comunicato del Presidente dell'ANAC del 23 ottobre 2019, col quale sono state fornite le prime indicazioni per l'aggiornamento del bando – tipo a seguito delle modifiche al Codice apportate dalla legge di conversione dello sblocca-cantieri. Già nelle premesse del Comunicato si chiarisce che l'art. 1, comma 18, l. 55/2019 ha previsto che fino al 31 dicembre 2020 la quota subappaltabile non può superare il quaranta per cento dell'importo complessivo del contratto e che nonostante sul limite della quota subappaltabile sia intervenuta una sentenza della Corte di giustizia<sup>106</sup> si precisa che “nelle more delle

---

<sup>106</sup> CGUE sez. V, 26 settembre 2019, causa C-63/18

modifiche al Bando-tipo n. 1/2017, al fine di orientare l'attività interpretativa delle stazioni appaltanti ed evitare prassi applicative discordanti e/o erranee delle nuove disposizioni codicistiche, si segnalano le clausole del citato bando, che devono reputarsi sospese o non conformi alle disposizioni sopra richiamate. Più precisamente: (...) il paragrafo 9 "Subappalto", non è conforme all'art. 1, comma 18, l. 55/2019 in quanto fino al 31 dicembre 2020 il limite massimo della quota subappaltabile è pari al 40% dell'importo complessivo del contratto. Devono, inoltre, ritenersi automaticamente sospese le clausole in cui si fa riferimento alla terna dei subappaltatori e ai controlli in sede di gara sui subappaltatori, stante la previsione dell'art. 1, comma 18, l. 55/2019".

Quindi nonostante la pronuncia della CGUE, l'Autorità ritiene ancora applicabile per i futuri bandi di gara il limite generale del quaranta per cento dell'importo totale del contratto. Anche se, sarebbe stato interessante conoscere i motivi che hanno portato l'Autorità a confermare la validità della previsione nazionale a discapito della pronuncia del giudice comunitario.

Dopodiché l'Autorità si è nuovamente pronunciata mediante l'Atto di Segnalazione del 13 novembre 2019, col quale, nell'esercizio del proprio potere di segnalazione<sup>107</sup> ha voluto formulare alcune proposte per una urgente modifica normativa in materia di subappalto alla luce della sentenza della Corte di Giustizia della UE. Infatti, l'Autorità ritiene prioritario fornire chiare indicazioni alle stazioni appaltanti, così da scongiurare eventuali contenziosi, attraverso una rivisitazione del meccanismo di subappalto. La nuova disciplina dovrebbe comportare, a detta dell'Autorità, una compensazione tra i diritti di libertà riconosciuti a livello europeo e le esigenze nazionali di sostenibilità sociale, ordine e sicurezza pubblica, che sono sempre stati alla base della limitazione all'utilizzo dell'istituto. "Bisognerebbe

---

<sup>107</sup> art. 213, comma 3, lett. d), del Codice

infatti individuare nuovi equilibri tra le esigenze di flessibilità organizzativa ed esecutiva per gli operatori incaricati della commessa con una adeguata, irrinunciabile, prevenzione di rischi corruttivi, collusivi, e di turbative in fase di affidamento ed esecuzione. Nell'adeguare la disciplina nazionale in senso conformativo all'orientamento della Corte si dovrebbero prevedere alcuni accorgimenti e "contrappesi" rispetto alla tendenziale espansione della subappaltabilità della commessa".

Inoltre, l'ANAC evidenzia che la Corte di Giustizia ha, da una parte, stabilito la non conformità al diritto UE del limite quantitativo al subappalto ma, dall'altra, non sembra aver statuito nella sentenza la possibilità di ricorrere illimitatamente al subappalto.

La Corte ha segnalato che il problema del limite quantitativo deriva da un'applicazione indiscriminata rispetto al settore economico interessato, alla natura dei lavori o all'identità dei subappaltatori e al fatto che la disciplina interna non lascia alcuno spazio a valutazioni caso per caso da parte della stazione appaltante circa l'effettiva necessità di una restrizione al subappalto stesso. Da ciò si ricava che un quadro normativo in linea con le aspettative comunitarie dovrebbe prevedere il subappalto senza limitazioni quantitative a priori, affinché si faciliti l'ingresso negli appalti pubblici delle piccole e medie imprese, oltre a promuovere l'apertura del mercato e la concorrenza in gara. Tuttavia, al contempo un eventuale subappalto totale delle prestazioni oggetto del contratto comporterebbe che la commessa verrebbe svolta sostanzialmente da terzi e non dal soggetto aggiudicatario. Sul punto, l'ANAC richiama la disposizione dell'art. 105, comma 1, del Codice, secondo cui "*I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto*". Con tale norma, il Legislatore ha inteso stabilire la regola generale secondo cui l'operatore economico deve eseguire in proprio l'appalto, anche al fine di evitare che una impresa partecipi alla gara al solo fine di

aggiudicarsi il contratto per delegarne poi la sostanziale esecuzione a soggetti terzi non verificati in gara.

Quindi il primo aspetto che l'ANAC segnala al Legislatore è quello di valutare il mantenimento del divieto di subappalto dell'intera commessa o di una sua parte rilevante, e per superare le critiche della Corte di Giustizia sarebbe opportuno prevedere la regola generale dell'ammissibilità del subappalto, richiedendo alla stazione appaltante l'obbligo di motivare adeguatamente un eventuale limite al subappalto in relazione allo specifico contesto di gara, evitando di restringere ingiustificatamente la concorrenza. In tal senso, alcuni dei criteri potrebbero essere stati suggeriti proprio dalla Corte nella sentenza, cioè il settore economico o merceologico di riferimento, la natura della prestazione, etc...

L'ANAC suggerisce inoltre di recuperare l'obbligo di indicazione dei subappaltatori già in fase di gara, almeno per gli appalti che superano una certa soglia, e ciò al fine di bilanciare la maggiore libertà di subappalto con le esigenze di trasparenza e di garanzia di affidabilità, consentendo alla stazione appaltante di conoscere preventivamente i soggetti incaricati e di effettuare le opportune verifiche. Cosicché, in caso di limiti al subappalto adeguatamente motivati ma entro determinate soglie, si potrebbe confermare l'attuale sistema della mera indicazione della intenzione di subappaltare alcune parti del contratto e di verificare il subappaltatore in fase di autorizzazione. Oltre determinate soglie, invece, si potrebbe prevedere la verifica obbligatoria dei subappaltatori anche in fase di gara.

In definitiva, dalle richiamate pronunce l'Autorità sembra considerare che la disciplina del subappalto, per la sua complessità, e le sue importanti implicazioni nel sistema degli appalti pubblici, non possa essere considerata materia regolamentabile per via *lex specialis* da ciascuna stazione appaltante, col rischio di comportamenti disomogenei. Dovrà, quindi, essere il Legislatore a definire una sintesi adeguata tra libertà comunitarie ed esigenze

nazionali di prevenzione e contrasto al fenomeno criminoso. In ogni caso, nella situazione odierna, la sentenza della Corte non sembra legittimare una liberalizzazione integrale del subappalto in assenza di adeguati correttivi.

## **5. Il TAR Lazio: la legittimità del limite quantitativo**

Le sentenze della Corte di giustizia in materia di limiti al subappalto hanno avuto una grande risonanza nel nostro paese e dopo poco tempo hanno iniziato a manifestarsi nella giurisprudenza nazionale i primi sintomi ricollegabili a tali pronunce. Abbiamo visto che si sono palesate varie incertezze tra gli operatori circa l'obbligo o meno di disapplicazione della norma relativa ai limiti al subappalto, e dalle incertezze sono ovviamente scaturite scelte errate e conseguenti contenziosi. Uno di questi ha investito il TAR Lazio, il quale con la sentenza 24 aprile 2020, n. 4183, nonostante le pronunce sulla incompatibilità comunitaria dei limiti dall'art. 105 del Codice, non ha tuttavia ritenuto che i precetti dei giudici comunitari volessero intendere un contrasto assoluto dei limiti rispetto alle direttive europee.

Il caso sul quale il TAR si è pronunciato è il seguente: un raggruppamento temporaneo di professionisti, successivamente la verifica di una anomalia, è stato escluso da una procedura di gara bandita dalla Camera dei deputati per l'affidamento dei servizi di monitoraggio ICT, poiché dall'offerta presentata risultava che gran parte della prestazione sarebbe stata eseguita tramite la tipologia contrattuale del lavoro autonomo. Nello specifico, la stazione appaltante ha motivato l'esclusione del raggruppamento sulla base del fatto che il ricorso a lavoratori autonomi poteva riguardare solo attività accessorie, e non l'attività oggetto dell'appalto, come previsto dall'articolo 105, comma 3, lettera a), del Codice, e quindi l'utilizzo di tali lavoratori era di fatto inquadrabile come subappalto, con conseguente

violazione della quota del trenta per cento posta dall'allora vigente comma 2 dell'articolo 105.

Il TAR ha valutato come legittimo il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante. Nonostante il tentativo del raggruppamento di richiamare la sentenza della Corte di giustizia nella causa C-63/19, la quale appunto rilevava l'incompatibilità, rispetto alla direttiva 2014/24/UE, della normativa nazionale che limita al trenta per cento la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi. Secondo i giudici, infatti, tale pronuncia, pur avendo censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno, non esclude la compatibilità con il diritto dell'Unione di limiti superiori. In questo senso, come si evince peraltro anche dalla successiva sentenza del 27 novembre 2019, nella causa C-402/18, la Corte Ue ha evidenziato innanzi tutto che “il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo, che può giustificare una restrizione alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

In altri termini, secondo il TAR Lazio, la CGUE, da una parte, ha rilevato il contrasto tra le direttive europee e la disciplina nazionale in tema di limite percentuale del subappalto ma, comunque, non ha escluso che il Legislatore nazionale possa individuare comunque un limite proporzionato rispetto all'obiettivo del contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata.

Nella vicenda esaminata, invece, il raggruppamento ricorrente aveva demandato a contratti di lavoro autonomo una quota delle attività contrattuali nettamente superiore non solo al limite del trenta per cento di cui all'articolo 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, ma anche all'attuale soglia del quaranta per cento introdotta, fino al 31 dicembre 2020, dall'articolo 1,

comma 18, della legge n. 55/2019, risultando complessivamente affidata a lavoratori autonomi, durante tutto il periodo di esecuzione dell'appalto, una rilevante parte delle attività contrattuali, vale a dire il sessanta per cento del totale delle ore annue previste per l'erogazione delle attività di coordinamento di monitoraggio, l'ottanta per cento delle ore previste per le attività in fase di avvio del monitoraggio, il cento per cento delle ore previste per le attività in fase di chiusura dei contratti monitorati e, infine, il trentotto per cento delle ore previste per l'erogazione delle attività di consulenza e supporto: coefficienti ritenuti dal Tar Lazio di gran lunga superiori alla soglia del subappalto previsto dal Legislatore nazionale al fine di contemperare le esigenze di controllo interno con i principi affermati in ambito comunitario.

### **3. I limiti al subappalto: tra lotta alla corruzione e ostacolo per le PMI**

#### **1. I limiti al subappalto**

Abbiamo potuto constatare come, a differenza dell'appalto privato, la normativa che disciplina il subappalto dei contratti pubblici sia stata oggetto di una sempre maggiore attenzione da parte del Legislatore volta a regolare il ricorso a questa forma di collaborazione tra imprese.

In particolare, la forma di controllo che il Legislatore ha più utilizzato in questa peculiare tipologia di esecuzione degli appalti si è palesata sotto forma di limiti. La possibilità di subappaltare una commessa pubblica, o meglio parte di essa, è, infatti, condizionata dalla presenza di limiti legali di vario genere.

Questi limiti possono essere di tipo quantitativo, soggettivo e organizzativo.

#### **1.1 I limiti quantitativi**

Quello di tipo quantitativo rappresenta sicuramente il limite maggiormente incisivo in materia di restrizioni all'utilizzo del subappalto. Introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 18 della legge n. 55 del 1990, il quale stabiliva che le opere da affidare in subappalto non dovessero superare complessivamente il quaranta per cento dell'importo netto di aggiudicazione dell'appalto, con un ulteriore limite massimo del quindici per cento per le opere della categoria prevalente, è stato successivamente riformato dal d.lgs. n. 163/2006 che all'art. 118, il quale abbassava la quota subappaltabile al trenta per cento. Ed è attualmente disciplinato dall'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 il quale, come già visto, nella sua prima stesura prevedeva il limite del trenta per cento dell'importo complessivo dei contratti di lavori, servizi e forniture, mentre attualmente ai sensi dell'art.

1, comma 18, primo periodo, della legge n. 55 del 2019, fino al 31 dicembre 2020, in deroga al succitato comma, il subappalto non può superare la quota del quaranta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Importante sottolineare inoltre che rispetto alla previgente disciplina prevista dal d.lgs. n. 163/2006, il limite del trenta per cento non è più riferito solo alla categoria prevalente, ma all'importo complessivo del contratto, il che ha portato alla conseguenza che i subappalti relativi a lavori compresi nelle categorie scorporabili, precedentemente subappaltabili al cento per cento, ora concorrono al raggiungimento del limite di importo del trenta per cento dell'intero appalto. Parte della dottrina, già prima che intervenissero le istituzioni comunitarie, aveva espresso i propri dubbi sulla base di calcolo del vecchio limite del trenta per cento, osservazioni che nonostante l'innalzamento del suddetto limite restano comunque attuali. Tali considerazioni si riferivano alle modalità in cui andrebbe calcolato il limite posto a base di gara, sostenendo che questo dovesse essere rapportato al valore del contratto risultante dall'aggiudicazione, e cioè nel senso che la disposizione andrebbe interpretata facendo sì che una valutazione circa il superamento o meno della quota prestabilita debba essere compiuta solo successivamente all'aggiudicazione ovvero nella fase di avvio dei lavori, in quanto sarebbe opportuno conoscere l'effettivo importo del contratto. In quest'ottica, occorrerebbe tenere conto di una serie di elementi suscettibili di incidere sul valore del contratto, quali ad esempio la presenza di una offerta a prezzi unitari con indicazione dei singoli prezzi e delle singole quantità; la possibilità per l'affidatario di praticare ai subappaltatori un ribasso non superiore al 20% rispetto ai prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione; la produzione in proprio, da parte dell'aggiudicatario, di calcestruzzo e inerti, con conseguente scomputo di tale fornitura dall'importo delle opere in subappalto<sup>108</sup>. Tuttavia, tale orientamento non ha

---

<sup>108</sup> Frontoni, M., Savelli, L., & Corradino, M. (2018). *Subappalto e avvalimento: tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli.

trovato l'accordo della giurisprudenza. Il TAR Lombardia-Milano, sez. I, con la sentenza n. 28 del 5 gennaio 2018 ha espresso le proprie remore riguardo la sopracitata prospettazione sottolineando che la formulazione letterale della norma non è univoca, e che quindi il generico riferimento all'importo complessivo del contratto di lavori, non possa consentire, *ex se*, di prendere posizione in un senso o nell'altro. Tuttavia, chiarisce anche che 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. Facendo diversamente, infatti, da un lato, si favorirebbero situazioni di incertezza (fino al momento dell'aggiudicazione) circa l'effettivo rispetto del limite in questione da parte dei concorrenti e, dall'altro lato, si legittimerebbero irragionevoli trattamenti differenziati tra gli operatori economici.

In definitiva, il giudice amministrativo sentenza che l'appaltatore può amministrare questo trenta per cento (innalzato a quaranta) distribuendolo, come meglio ritiene opportuno, tra le varie "tipologie di prestazioni omogenee previste nel bando di gara", con la possibilità, nel caso di raggruppamento, di stabilire eventualmente in specifici accordi come deve ritenersi ripartita tale quota tra i componenti del raggruppamento stesso. Oltretutto tale possibilità comporta un effetto paradossale, difatti potrebbe verificarsi il caso di una categoria prevalente di importo inferiore al quaranta per cento e, quindi, subappaltabile totalmente, eventualità la quale era espressamente vietata dalle precedenti discipline in materia, basate sul presupposto che i lavori della categoria prevalente fossero quelli caratterizzanti l'opera. Diverso discorso va fatto per le categorie superspecialistiche, di cui è fatta menzione al comma 5 dell'art. 105 ("Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11<sup>109</sup>, e fermi restando

---

<sup>109</sup> le opere di cui all'art. 89, comma 11, sono quelle "per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. È considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, da adottare entro

*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*”). La disposizione in esame provvede, quindi, a disciplinare il subappalto delle opere definite superspecialistiche o anche S.I.O.S. (Strutture Impianti Opere Speciali) in considerazione della specialità tecnologica e tecnica che le caratterizza, quali ad esempio le opere inerenti la realizzazione di strutture, impianti e opere speciali, che abbiano una incidenza superiore al dieci per cento rispetto all'importo totale dei lavori oggetto dell'appalto. In ragione della natura specialistica di tali opere, il che implica elevati standard di specializzazione e anche una adeguata qualificazione, è stata presa la decisione di limitare l'utilizzo del subappalto per tali categorie, per le quali oltretutto è stato assolutamente escluso anche l'avvalimento.

## **1.2 I limiti soggettivi**

Importanti in tema di limiti al contratto di subappalto sono i c.d. limiti soggettivi che, a seguito dell'art. 105, d.lgs. n. 50/2016, caratterizzano notevolmente l'istituto.

La norma contempla limiti soggettivi, sia negativi che positivi, utili a far sì che il ruolo di subappaltatore possa essere rivestito soltanto dai soggetti che non abbiano partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto (art. 105, comma 4, lett. a), e per i quali il concorrente abbia dimostrato *“l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80”* (il comma 4, lett. d).

L'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 richiede delle considerazioni che hanno inizio col quadro normativo precedente l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016.

---

*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”.*

Il Consiglio di Stato<sup>110</sup> aveva affermato che, non essendo necessaria l'indicazione del candidato subappaltatore in sede di gara, l'omessa indicazione non avrebbe potuto costituire causa di esclusione. Infatti, essendo il subappalto un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto il suo mancato funzionamento deve essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, in particolare, anche l'indicazione nominativa del subappaltatore, ricavabile già in sede di offerta, non può vincolare il concorrente alla scelta di quell'impresa come subappaltatrice, e conseguentemente impedirgli di indicare una diversa impresa in un successivo momento.

Nel quadro normativo definito dal d.lgs. n. 50 del 2016, le vicende soggettive del subappaltatore rilevano, invece, già in sede di gara, sia per l'obbligatoria indicazione del nominativo, sia per gli eventuali casi di esclusione ad esso riferibili. Vi è al riguardo da osservare che nelle Linee guida ANAC n. 6, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice"<sup>111</sup>, l'Autorità afferma che, ai fini della partecipazione alla gara, la stazione appaltante deve verificare l'assenza della causa ostativa prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice in capo:

- *all'operatore economico, quando i gravi illeciti professionali sono riferibili direttamente allo stesso in quanto persona giuridica;*
- *ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice quando i comportamenti ostativi sono riferibili esclusivamente a persone fisiche;*
- *al subappaltatore nei casi previsti dall'art. 105, comma 6, del Codice.*

---

<sup>110</sup> Cons. Stato, sez. III, sentenza 3 novembre 2016, n. 4617

<sup>111</sup> Aggiornate al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017

Le Linee Guida precisano, poi, che per poter partecipare alla gara l'assenza della causa di esclusione *ex art. 80, comma 5*, debba essere verificata sia in capo all'operatore economico, che ai soggetti individuati *ex art. 80, comma 3*, sia, infine, *“al subappaltatore nei casi previsti dall'art. 105, comma 6, del Codice”*, ovvero nei casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta.

Particolarmente rilevante, inoltre, il divieto assoluto di subappalto posto in capo a coloro che abbiano partecipato alla medesima gara. Tale divieto trova origine nell'esperienza dei Protocolli di legalità<sup>112</sup>, e che poi aveva trovato l'accordo anche dell'Autorità Anticorruzione proprio in merito al divieto del doppio ruolo di subappaltatore e di concorrente alla stessa gara di appalto con le determinazioni n. 1 del 2015 e n. 4 del 2014, le quali esprimevano però delle specifiche prescrizioni sulla legittimità della previsione del divieto in questione. L'autorità, infatti, pronunciandosi su una clausola contenuta in un protocollo di legalità che disciplinava il predetto divieto, aveva stabilito che la stessa potesse essere applicata, sebbene *“nel rispetto del principio di proporzionalità, in un'ottica di contemperamento della necessità di prevenire condotte anticoncorrenziali, anche aventi connotazione mafiosa, con il principio di libera organizzazione dei mezzi imprenditoriali”* Quindi, perché la predetta clausola fosse ammissibile l'ANAC affermava comunque la necessaria valutazione, caso per caso, se vi fosse l'effettiva utilità della stessa, considerando anche il livello di *“influenza mafiosa”* nel contesto ambientale o nel settore merceologico.

---

<sup>112</sup> Prefettura di Napoli – Protocollo di legalità del 19 gennaio 2005, art. 3, clausola n. 3: *“La sottoscritta impresa offerente allega alla presente un'apposita dichiarazione con l'indicazione delle imprese subappaltatrici, titolari di noli nonché titolari di contratti derivati e subcontratti, comunque denominati, nonché i relativi metodi di affidamento e dichiara che i beneficiari di tali affidamenti non hanno partecipato alla gara e non sono in alcun modo collegati direttamente o indirettamente alle imprese partecipanti alla medesima gara in forma singola o associato ed è consapevole che, in caso contrario tali subappalti o sub-affidamenti non saranno consentiti”*

In relazione alla originaria previsione dell'art. 105, il TAR Piemonte in due sentenze gemelle<sup>113</sup>, aveva ritenuto illegittima l'esclusione osservando che tale sanzione in capo al ricorrente e alle altre due concorrenti fosse stata disposta prima dell'apertura delle offerte e sulla base della circostanza che lo stesso soggetto si è palesato nella gara in un caso come concorrente e in due altri casi come subappaltatore. *“È pacifico che la legge di gara, pur imponendo l'indicazione dei subappaltatori, non prevedeva siffatta evenienza quale causa di esclusione, né stabiliva un divieto per lo stesso soggetto di concorrere in più vesti. Neppure siffatto divieto è previsto dalla legge, in analogia a quanto invece disposto, ad esempio, per gli ausiliari o i componenti il raggruppamento temporaneo di imprese”*<sup>114</sup>.

La stazione appaltante aveva infatti ricondotto la causa di esclusione all'art. 80 comma 5 lett. m), ritenendo che la partecipazione di uno stesso soggetto, se pure a diverso titolo, a tre offerte avrebbe potuto integrare una forma di collegamento o controllo sostanziale tra concorrenti, idonea ad alterare la concorrenza ed a comportarne quindi l'esclusione.

Il collegio ritiene che la decisione della stazione appaltante di applicare l'esclusione automatica di un concorrente che risulti anche indicato da altri come subappaltatore non sia conforme al principio di proporzionalità, tanto più che l'indicazione del subappaltatore non implica necessariamente una precedente formalizzazione dei rapporti tra subappaltatore stesso e concorrente che lo indica. Inoltre, la presenza dello stesso soggetto nell'ambito di più offerte potrebbe costituire semplicemente sintomo di un collegamento tra le offerte e della dubbia trasparenza delle stesse ma, essendo un mero indizio, non può che essere verificato, insieme ad altri eventuali indizi ed alla luce delle offerte formulate, nel contraddittorio delle parti. La corte cita la sentenza Edilux<sup>115</sup>, pronunciata dalla CGUE, per

---

<sup>113</sup> TAR Piemonte sentenza n. 328/2017 dell'8 marzo 2017 e n. 395 del 15 marzo 2017

<sup>114</sup> TAR Piemonte sentenza n. 328/2017 dell'8 marzo

<sup>115</sup> CGUE del 22 ottobre 2015 in causa C-425/14, Edilux

quel che riguarda l'esclusione automatica, la quale *“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”*.

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

La norma si presta, quindi, a facili critiche in ragione dell'assoluto automatismo espulsivo.<sup>116</sup>

Il decreto “sblocca cantieri”<sup>117</sup> aveva abrogato il divieto di tali affidamenti, ma in fase di conversione tale abrogazione non è stata confermata e quindi il divieto continua ad operare. Tuttavia, non appare chiara la ratio della norma, anche in considerazione dei principi di libertà di impresa e di concorrenza, e pertanto la giurisprudenza su questo specifico tema ammette talvolta una disciplina meno rigida, conducendo ad ipotizzare che tale divieto debba essere applicabile non in maniera automatica ma solo a valle di una specifica valutazione da parte della stazione appaltante circa il possibile carattere collusivo delle due offerte.

In conclusione, la fattispecie in parola, e cioè la partecipazione alla gara sia nella veste di subappaltatore che in quella di concorrente, appare di certo molto rischiosa potendosi

---

<sup>116</sup> De Nictolis, R. (2017). *I nuovi appalti pubblici*. Bologna: Zanichelli

<sup>117</sup> Decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 c.d. “Sblocca cantieri” recante *“Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”*, convertito con Legge 14 giugno 2019, n. 55

qualificare come elemento indicativo di collusione, ma comunque necessitante di una disciplina maggiormente elastica che permetta una valutazione caso per caso.

Maggiori problematiche derivano dal comma 6 dell'articolo in esame, il quale, prima che ne fosse sospesa l'operatività<sup>118</sup>, prevedeva l'indicazione obbligatoria di una 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 dal comma 53 dell'articolo 1 della legge n. 190/2012<sup>119</sup>”*

Una precisazione importante riguardo la succitata disciplina la ricaviamo dal proseguo dello stesso comma 6, il quale prevedeva che in caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori dovesse essere indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. La precisazione comporta certamente un maggiore numero di soggetti da indicare quale candidati subappaltatori ma, d'altro canto, non è sufficiente a risolvere i quesiti di natura interpretativa connessi alla formulazione della norma nella relazione tra *“le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa”* e gli obblighi dichiarativi in sede di gara. Da un lato, infatti, l'interpretazione letterale della norma sembrava indicare che la previsione fosse applicabile

---

<sup>118</sup> L'obbligo di indicare una terna di subappaltatori, introdotto dal D.Lgs. 50/2016 e modificato dal D. Lgs. 56/2017, è stato sospeso fino al 31 dicembre 2020 dall'art. 1, comma 18, secondo periodo, della legge n. 55 del 2019.

<sup>119</sup> Le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa (aggiornabili entro il 31 dicembre di ogni anno con apposito Decreto del Ministero degli Interni, come definito dal comma 54 art. 1, legge n. 190/2012) risultano attualmente essere:

- a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;
- b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
- c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- e) noli a freddo di macchinari;
- f) fornitura di ferro lavorato;
- g) noli a caldo;
- h) autotrasporti per conto di terzi;
- i) guardiania dei cantieri.

ai soli appalti principali, e cioè quelli oggetto della gara bandita dall'amministrazione appaltante, aventi ad oggetto una tra le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa. Questa lettura, tuttavia, avrebbe potuto portare ad una effettiva restrizione dell'applicazione della norma, che in realtà si presentava volutamente ampliativa, soprattutto se consideriamo che nella realtà dei fatti emergeva una assoluta diminuzione di gare che abbiano ad oggetto principale, una delle attività elencate come rischiose, le quali, tra l'altro, dal punto di vista funzionale, appaiono tutte serventi rispetto ad una prestazione principale.

Emergeva, quindi, una diversa interpretazione, pressoché opposta e che riteneva che vi fosse obbligo di indicare la terna dei candidati subappaltatori nel caso in cui nell'oggetto dell'appalto fossero comprese una o più delle attività esposte e che l'appaltatore volesse subappaltare una o più di queste attività<sup>120</sup>.

Tuttavia, anche questa seconda interpretazione non era immune da critiche, la prima delle quali era data dalla circostanza che per le gare di appalti di lavori verrebbero attratti alla disciplina del subappalto anche attività che costituiscono, invece, servizi (guardiania, trasporti per conto terzi).

Una seconda criticità era data, invece, dalla possibile concorrenza degli importi di tali attività economico riferibili a servizi e non lavori, al raggiungimento del limite legale del 30% dell'importo del contratto.

In attesa che il Legislatore possa chiarire i citati dubbi interpretativi, ovviamente dopo che sia scaduto il termine sospensivo, era intervenuta una importante pronuncia del TAR Palermo. Nella sentenza n. 1229 del 2017 il TAR ha affrontato il tema dell'obbligo sancito

---

<sup>120</sup> Frontoni, M., Savelli, L., & Corradino, M. (2018). *Subappalto e avvalimento: tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli.

all'art. 105, comma 6, nel caso in esame una ditta, che aveva partecipato ad una gara per l'affidamento settennale del servizio di raccolta e trasporto di rifiuti urbani, veniva esclusa dalla stazione appaltante per essersi rifiutata di integrare, attraverso soccorso istruttorio, la propria domanda di partecipazione alla procedura, nella parte in cui non aveva indicato il nominativo dei subappaltatori da impiegare in gara, nonché le dichiarazioni degli stessi soggetti ai sensi dell'art. 80, d.lgs. n. 50/2016.

Il collegio ha quindi deciso di accogliere il ricorso dato il fatto che né il bando di gara, né la specifica disciplina prevedevano espressamente la pena dell'esclusione per tale casistica. In particolare, è stato constatato come il bando avesse fatto erroneamente riferimento alla precedente disposizione in materia di subappalto (l'art. 118, d.lgs. n. 163/2006), che, tra l'altro, non prevedeva l'obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore eventualmente incaricato.

In conclusione, quindi il TAR ha confermato che, in assenza di una espressa previsione all'interno degli atti di gara che risulti conforme al dettato del nuovo art. 105, comma 6, l'offerta non corredata dall'indicazione preventiva dei subappaltatori non può essere punita con l'esclusione.

Tuttavia, nella prassi si è appurato che molte amministrazioni ritengono la mancata indicazione della terna dei subappaltatori in presenza di una dichiarata intenzione di voler subappaltare i lavori alla stregua di una irregolarità essenziale meritevole di esclusione dalla gara se non sanata, richiamando oltretutto alcune delibere dell'ANAC. Una in particolare, la determina n. 1 del 2015 la quale trattava per linee generali il criterio dell'essenzialità delle irregolarità. Al riguardo, tuttavia, non sarebbe nemmeno possibile argomentare l'essenzialità della irregolarità richiamando la succitata determina, la quale era stata emessa in relazione ad un quadro normativo precedente rispetto a quello del codice del 2016,

determina che quindi non poteva contemplare la fattispecie della carenza della indicazione della terna, dato che tale obbligo è stato introdotto solo successivamente proprio dal d.lgs. n. 50/2016.

Possiamo inoltre notare come il comma 9 dell'art. 83, d.lgs. n. 50/2016 recepisce la nozione di "irregolarità essenziale" formulata dall'ANAC proprio nella determinazione n. 1/2015, la quale statuisce che la stessa è da intendersi come "*carenza della documentazione (ovviamente concernente i requisiti richiesti a pena di esclusione) che non consente l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa*" mentre l'indicazione della terna di subappaltatori sembrerebbe un adempimento meramente formale, nel caso di impresa munita di tutti i requisiti essenziali.

In definitiva, la mancata indicazione della terna, nel caso in cui non vi fosse mancanza di requisiti essenziali, non dovrebbe costituire irregolarità essenziale, ma dovrebbe esaurirsi nella perdita della facoltà di ricorrere al subappalto.

### **1.2.1 La sostituzione del candidato subappaltatore**

L'art. 71 della direttiva 24/2014/UE, al paragrafo 6, lett. b), sancisce la possibilità per gli Stati membri di prevedere la verifica di motivi di esclusione di cui all'art. 57 in capo ai subappaltatori, specificando che in questi casi, le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. E inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre o essere obbligate da uno Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione.

Si denota, quindi, una netta differenza tra l'art. 25 della previgente direttiva 18/2004/CE<sup>121</sup> e l'art. 71 della direttiva 24/2014/UE, il quale dedica al subappalto una disciplina dettagliata, introducendo nuove condizioni che non erano previste nel precedente regime giuridico. Tra di esse vi sono quelle contemplano da un lato, la possibilità di estendere nei confronti delle imprese subappaltatrici la verifica dei requisiti di cui all'art. 57 della direttiva 24/2014/UE e, dall'altro, la possibilità della sostituzione del subappaltatore quale conseguenza dell'accertamento di uno dei motivi di esclusione. Anche se, è da rilevare che la disposizione in commento non chiarisce il momento in cui si dovrebbe collocare la sostituzione dell'impresa subappaltatrice.

Durante gli anni in cui sono state in vigore le previgenti direttive in materia di appalti pubblici, la Corte di Giustizia ha avuto occasione di pronunciarsi riguardo la possibilità per l'operatore economico di sostituire il subappaltatore, seppur in un caso relativo alla fase di esecuzione del contratto.

La Corte di Giustizia nel caso Wall<sup>122</sup> ha sottolineato che il cambiamento di un contratto durante la sua esecuzione può considerarsi sostanziale, quindi vietato, se introduca condizioni che laddove fossero state parte dell'originaria procedura di gara, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli che hanno effettivamente partecipato alla gara. Applicando tale criterio interpretativo al caso di specie, il giudice ha, quindi, rilevato che la sostituzione del subappaltatore può costituire una modifica di uno degli elementi essenziali del contratto tutte le volte che sulla base delle sue peculiari

---

<sup>121</sup> Direttiva 18/2004/CE, art. 25: *“Nel capitolato d'oneri l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti. Tale comunicazione lascia impregiudicata la questione della responsabilità dell'operatore economico principale”*

<sup>122</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 13 aprile 2010, causa C-91/08

caratteristiche, il subappaltatore indicato in sede di offerta ha in realtà costituito un elemento decisivo ai fini dell'aggiudicazione della gara.

Si ricava dalla sentenza Wall che in casi “eccezionali” la sostituzione del subappaltatore può costituire una modifica sostanziale del contratto, vietata dalle normative europee in quanto elusiva del principio della parità di trattamento degli offerenti e del correlativo obbligo di trasparenza delle procedure di gara.

La Corte pur non avendo individuato in modo tassativo i casi “eccezionali” al ricorrere dei quali la sostituzione del subappaltatore deve considerarsi vietata, ha fornito a fini ermeneutici un suggerimento all'interprete. Infatti, pur avendo rimesso al giudice nazionale ogni valutazione sulla ricorrenza dei presupposti per qualificare nel caso concreto l'indicazione di quel subappaltatore come elemento determinante per la conclusione del contratto, nella sentenza si può leggere che *“Il giudice del rinvio osserva che, nel progetto accluso all'offerta presentata al Comune di Francoforte dalla FES, quest'ultima ha indicato che essa avrebbe utilizzato i “City-WC” di Wall. Secondo detto giudice è probabile che, in tal caso, la concessione sia stata attribuita alla FES a causa dell'identità del subappaltante che essa aveva proposto”*.

Sotto tale profilo, la CGUE sembra aver considerato che la situazione in cui, in sede di partecipazione alla gara, l'operatore economico abbia espressamente indicato in sede di offerta un determinato subappaltatore per l'esecuzione di una precisa parte dell'appalto, potrebbe costituire uno dei casi “eccezionali” in cui la sua sostituzione del subappaltatore integrerebbe una modifica sostanziale del contratto, perciò vietata. In effetti, in questi casi il subappalto perderebbe la sua natura di elemento eventuale e facoltativo riguardante la sola fase di esecuzione del contratto, divenendo invece componente essenziale dell'offerta

tecnica del partecipante alla gara e, conseguentemente, in caso di aggiudicazione e successiva stipulazione del negozio, a suo elemento sostanziale non modificabile.

Con riferimento propriamente alla fase di partecipazione alla gara e sempre in materia di ricorso al subappalto, la Corte ha chiarito che le direttive europee in materia di appalti pubblici consentono agli operatori economici, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, di far riferimento alla capacità di altri soggetti a prescindere dalla natura giuridica dei vincoli che hanno con essi, purché siano in grado di provare di disporre dei mezzi di tali soggetti necessari per l'esecuzione della commessa pubblica<sup>123</sup>.

Quindi, quando la qualificazione dell'operatore economico sia fondata sul subappalto, esso diventa elemento costitutivo dell'offerta, oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante, in condizioni di parità con gli altri offerenti e nel rispetto del principio di trasparenza (c.d. subappalto necessario<sup>124</sup>).

In questa ipotesi il subappalto, in quanto necessario per l'offerente ai fini della partecipazione alla gara, concorre, dal punto di vista sostanziale, alla definizione della "identità" dell'offerente: ciò postula, dal punto di vista formale, la necessità che in sede di offerta l'operatore economico indichi non solo il nome del subappaltatore, ma anche le parti che saranno oggetto di esecuzione e il relativo prezzo.

La conseguenza, ritornando alla possibilità o meno della sostituzione del subappaltatore indicato in offerta, è che in caso di subappalto necessario, dopo la scadenza dei termini di presentazione dell'offerta, la sostituzione del subappaltatore consisterebbe in una modificazione dell'offerta stessa, ipotesi contraria alla disciplina degli appalti pubblici. Ed infatti, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione impongono che tutti i

---

<sup>123</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-176/98, Holst Italia S.p.A

<sup>124</sup> v. capitolo 4.1.2, *Il c.d. subappalto necessario*

concorrenti dispongano delle medesime possibilità nella formulazione dei termini della loro offerta e che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni.

Si deve quindi concludere che la sostituzione del subappaltatore, quando essa interessa il contenuto dell'offerta, è vietata. La sua modificazione costituirebbe difatti una modifica dell'offerta e dell'identità stessa dell'operatore, dal punto di vista sostanziale.

Tuttavia, si potrebbe giungere ad una conclusione nel caso in cui, o per lo stesso requisito l'operatore economico abbia indicato in sede di offerta più subappaltatori; oppure nell'ipotesi in cui la procedura di gara sia articolata in due fasi (procedura ristretta, dialogo competitivo) e la perdita del requisito del subappaltatore avvenga tra la fase di prequalifica e quella di presentazione dell'offerta.

Nella prima ipotesi a condizione che ci sia una piena fungibilità tra i subappaltatori indicati, la perdita del requisito da parte di uno, dopo la presentazione dell'offerta, non dovrebbe comportare l'esclusione dell'operatore economico, potendo l'operatore economico contare sui requisiti e sull'attività di uno degli altri subappaltatori indicati. Anche al ricorrere di una simile fattispecie si avrebbe comunque una modifica dell'offerta, quantomeno sotto il profilo formale, tuttavia tale tipo di modifica potrebbe essere considerata “non essenziale” in considerazione della piena fungibilità tra i subappaltatori indicati.

Nella seconda ipotesi, avvenendo la sostituzione prima della presentazione dell'offerta e dopo la fase di pre-qualificazione, dato che l'offerta è costituita solo al momento in cui si cristallizza la proposta negoziale unilaterale e, ferma restando la necessità, che non vi sia una alterazione in concreto dell'assetto concorrenziale del segmento di mercato interessato

dalla procedura, dovrebbe ritenersi consentita la sostituzione del subappaltatore necessario dopo la pre-qualificazione e prima della presentazione dell'offerta<sup>125</sup>.

Passando all'esame della disciplina italiana in materia, al comma 12 dell'art. 105 è definito l'obbligo di sostituire i subappaltatori *“relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80”*.

Tuttavia, i commi 1 e 5 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, in contrasto con il comma 12 (e la normativa comunitaria), prevedono invece che il concorrente debba essere escluso qualora i subappaltatori indicati nella terna non posseggano i requisiti richiesti nella procedura di gara. Portando quindi alla conseguenza di vietare, con effetti espulsivi, in sede di gara ciò che, invece, è pacificamente possibile in sede esecutiva.

Il Consiglio di Stato nel parere della Commissione speciale del 3 novembre 2016, n. 2286<sup>126</sup> e l'ANAC<sup>127</sup> avevano raccomandato la risoluzione del contrasto, nel senso di evitare l'esclusione del concorrente, nel caso in cui almeno uno dei candidati subappaltatori fosse in possesso dei requisiti necessari. Il decreto correttivo non ha, però, seguito tale indicazione per cui, a tenore letterale della norma, ancora sussiste una dicotomia di conseguenze rispetto alla carenza di requisiti in capo al subappaltatore. Inoltre, dato che i controlli in sede di gara si limitano alla presentazione di una autodichiarazione del candidato subappaltatore, mentre in fase esecutiva il controllo può essere maggiormente pregnante, attraverso l'acquisizione dei documenti sottostanti alla autodichiarazione, la differenza tra le due disposizioni si palesa ancora più inspiegabile.

---

<sup>125</sup> Cardarelli, F.; Caldarelli, S.; Trecroci, C., *Le modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: RTI, subappalto, avvalimento e operazioni straordinarie*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5/2019

<sup>126</sup> Parere della Commissione speciale del 3 novembre 2016, n. 2286

<sup>127</sup> ANAC delibera del 3 maggio 2017, n. 487

La discrepanza tra le due disposizioni è stata, anche se solo temporaneamente, risolta dal decreto “sblocca cantieri” il quale ha previsto la sospensione sino al 31 dicembre 2020 delle verifiche in sede di gara, riferite al subappaltatore, previste dall’art. 80 del Codice.<sup>128</sup>

### **1.3 I limiti organizzativi**

All’interno della Relazione illustrativa del d.lgs. n. 50/2016, si può rinvenire una parte in cui è descritta la recezione del divieto del c.d. subappalto “a cascata” introdotto anche a livello europeo dalla direttiva 24/2014/UE, la quale dispone che l’esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non possano formare oggetto di un ulteriore subappalto. In realtà, la disposizione a cui si riferisce la Relazione, e cioè il comma 5 dell’art. 71 della direttiva 24 del 2014 prevede che *“le amministrazioni aggiudicatrici possono estendere o possono essere obbligate dagli Stati membri a estendere gli obblighi previsti al primo comma, ad esempio (...) ai subappaltatori dei subappaltatori del contraente principale o ai subappaltatori successivi nella catena dei subappalti”*, la quale non sembra esprimere chiaramente il divieto a cui allude la Relazione. Nel Codice, pertanto, al comma 19 dell’art. 105 è stato inserito il divieto di subappalto “a cascata”, senza neanche tener conto della disciplina prevista dall’art. 170, comma 2, D.P.R. n. 207/2010, in base alla quale il subappaltatore in possesso dei requisiti relativi alle categorie ivi specificate poteva stipulare con un subcontraente il contratto di posa in opera di componenti e apparecchiature necessari per impianti elettromeccanici trasportatori, impianti pneumatici e antintrusione, strutture

---

<sup>128</sup> D.L. 32/2019 (c.d. “sblocca cantieri”) che all’art. 1, co. 18, con particolare riguardo al subappalto dispone *“Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2020, in deroga all’articolo 105, comma 2, del medesimo codice, fatto salvo quanto previsto dal comma 5 del medesimo articolo 105, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Fino alla medesima data di cui al periodo precedente, sono altresì sospese l’applicazione del comma 6 dell’articolo 105 e del terzo periodo del comma 2 dell’articolo 174, nonché le verifiche in sede di gara, di cui all’articolo 80 del medesimo codice, riferite al subappaltatore.”*

prefabbricate in cemento armato, componenti strutturali in acciaio, componenti per facciate continue. Peraltro, la norma regolamentare trovava fondamento nella previsione del comma 11 dell'art. 118, d.lgs. n. 163/2006 a tenore del quale il subappaltatore non avrebbe potuto subappaltare a sua volta le prestazioni, tranne che in alcuni specifici casi<sup>129</sup>.

L'assenza di tali disposizioni nel nuovo Codice configura un ulteriore nuovo limite al subappalto, che possiamo definire di carattere organizzativo<sup>130</sup>, perché vieta il subappalto di secondo livello, in precedenza ammesso per particolari lavorazioni caratterizzate da così elevata specializzazione da richiedere una apposita deroga.

## **2. I limiti come strumento per la lotta alla corruzione**

Abbiamo visto come, sin dalla prima disciplina della materia, i limiti al subappalto hanno rappresentato un argine alle infiltrazioni criminali nelle commesse pubbliche e uno strumento di lotta alla corruzione. Difatti, limitare le possibilità di subappalto solo ad una determinata quota della commessa, o anche vietare che il subappaltatore possa a sua volta subappaltare sono tutti accorgimenti presi al fine di rendere meno facile l'accesso agli appalti pubblici da parte di operatori con intenzioni criminose o comunque poco limpide.

Per avere una idea più chiara dell'impatto che tali strumenti hanno sui propositi di legalità perseguiti dal Legislatore dobbiamo esaminare la disciplina che vige riguardo la violazione dei suddetti limiti e quindi la funzione deterrente che essa svolge.

---

<sup>129</sup> Il subappaltatore non può subappaltare a sua volta le prestazioni salvo che per la fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali da individuare con il regolamento; in tali casi il fornitore o subappaltatore, per la posa in opera o il montaggio, può avvalersi di imprese di propria fiducia per le quali non sussista alcuno dei divieti di cui al comma 2, numero 4)

<sup>130</sup> Frontoni, M., Savelli, L., & Corradino, M. (2018). *Subappalto e avvalimento: tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli.

Innanzitutto, nei casi in cui un operatore violi le limitazioni imposte dalla disciplina e dal bando di gara viene punito con l'esclusione dalla procedura di gara da parte della stazione appaltante. Questo avviene quando si verifichi una violazione di uno o più dei sopradescritti limiti, mentre diversa disciplina è dettata nei casi di subappalto "illecito". Sappiamo che con tale termine intendiamo il caso in cui vengano affidate opere in subappalto senza che vi sia l'autorizzazione da parte del committente, e abbiamo inoltre visto come le pene collegate a tale violazione fossero disciplinate da una vecchia normativa antimafia, ossia la legge n. 646 del 1942 (c.d. legge Rognoni – La Torre)<sup>131</sup>.

Tale normativa è stata recentemente innovata dal D.L. 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. Decreto sicurezza) il quale all'art. 25 ha dettato la disciplina per la nuova fattispecie di subappalto "illecito"<sup>132</sup>. Si tratta di una riforma degna di nota, sia per l'aumento della pena in una fattispecie già prevista come reato, ma anche e soprattutto per la conseguente diversa rubricazione del fatto, che viene trasformato da "contravvenzione" a "delitto" il che comporta importanti implicazioni in chiave processuale. Oltretutto, il subappalto non autorizzato viene qualificato come delitto anche in mancanza del presupposto della pericolosità mafiosa richiesta dal Codice antimafia, e ciò considerando che il dettato del disposto prevede un inasprimento della pena rispetto al passato nei casi in cui l'appaltatore conceda in subappalto o in cottimo, in tutto o in parte le opere di sua spettanza senza l'autorizzazione della stazione appaltante. La pena, prima fissata nell'arresto da sei mesi ad un anno, adesso è divenuta reclusione da uno a cinque anni, mentre l'ammenda prevista per

---

<sup>131</sup> v. capitolo 2, *Il subappalto nella legislazione antimafia*

<sup>132</sup> D.L. n. 113/2018, art. 25: *Sanzioni in materia di subappalti illeciti. All'articolo 21, comma 1, della legge 13 settembre 1982, n. 646, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo periodo, le parole "l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda" sono sostituite dalle seguenti: "la reclusione da uno a cinque anni e con la multa"; b) al secondo periodo, le parole "dell'arresto da sei mesi ad un anno e dell'ammenda" sono sostituite dalle seguenti: "della reclusione da uno a cinque anni e della multa".*

un valore non inferiore a un terzo del valore complessivo dell'opera è stata trasformata in una multa sempre di pari valore.

Il Legislatore, a parere di chi scrive, in questo caso non ha fatto altro che aumentare il sospetto e le paure che circondano tale istituto, oltretutto senza che ciò favorisca la riuscita dei propri propositi di trasparenza e legalità. La trasformazione del reato di subappalto "illecito" in delitto e il conseguente inasprimento delle pene anche in mancanza del presupposto di pericolosità mafiosa, presupposto sul quale si fondava l'intera disciplina in questione, appare infatti come l'ennesima "scorciatoia giudiziaria" utilizzata non tanto per semplificare e rendere più trasparente l'esecuzione in subappalto quanto per scoraggiarla. In molti infatti ritengono la nuova disposizione utile solo rispetto alle infiltrazioni mafiose e corruttive di minore intensità e complessità, correlate ovviamente a contratti ad evidenza pubblica di scarso valore<sup>133</sup>, e che il mutamento delle dinamiche criminali operato dalle organizzazioni di stampo mafioso e corruttivo divenute ormai fenomeni di scala globale, è tale da esigere strumenti sicuramente più sofisticati di quelli previsti dall'art. 21 della L. 13 settembre 1982, n. 646.

### **3. L'ingiustificabilità del limite generale e astratto**

Abbiamo visto quali sono le ragioni che il Legislatore utilizza per giustificare i limiti al subappalto, e durante l'analisi si è potuto constatare come la previsione di tali strumenti, benché alle volte eccessiva, ben si concilia con gli scopi perseguiti dal Legislatore nazionale. D'altro lato, l'utilizzo del subappalto contribuisce al perseguimento degli

---

<sup>133</sup> Antinucci, M., Piselli, P., *Il nuovo delitto di subappalto illecito: "fiore all'occhiello della politica criminale antimafia o eterogenesi dei fini nella vita delle imprese?"*, in *Diritto penale e processo*, a. XXV, n. 3/2019

obiettivi fissati dalle Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, essendo interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile. La Corte di Giustizia, che ha dovuto decidere sulla questione, ha difeso le posizioni comunitarie affermando che, nonostante il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisca un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali ed ai principi generali del TFUE in materia di appalti pubblici, una normativa nazionale non può prevedere divieti generali ed astratti. Aggiungendo che, anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere idonea a contrastare il fenomeno delle infiltrazioni criminali negli appalti, quella prevista dal nostro Codice degli appalti osta comunque ai principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità, in quanto eccessiva e posta in modo rigido.

Uno degli argomenti maggiormente utilizzati dal Governo italiano per difendere la propria scelta di prevedere una disciplina rigidamente restrittiva sul subappalto, è costituito dal presunto rapporto quasi strumentale che lo stesso avrebbe rispetto all'ingresso nel mercato dei contratti pubblici da parte della criminalità organizzata<sup>134</sup>. Sul punto, come si è visto, i Giudici comunitari hanno replicato che il Legislatore nazionale possiede svariati strumenti che, senza ostacolare o limitare la concorrenza e senza penalizzare le PMI, possano rappresentare un importante presidio di legalità.

In effetti, il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Tuttavia, anche supponendo che una

---

<sup>134</sup> Fino, G., (2018) voce: "art. 105", in "Commentario Breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati". Milano: Carullo - Iudica

restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, secondo i Giudici comunitari, una restrizione come quella operata dal nostro Codice eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo.

Oltretutto, la previsione di cui all'art. 105, D.Lgs. n. 50/2016 vieta in modo generale ed astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore.

Quanto detto permette di focalizzarsi su una questione di fondo, ossia sulla reale pericolosità della minaccia secondo cui il contratto di subappalto costituirebbe il "veicolo" per facilitare l'ingresso nel mercato delle organizzazioni criminali. A detta di molti, ormai, l'assunto è vero solo in parte ed assume quasi i contorni di un luogo comune utilizzato al fine di giustificare la storica avversione nei confronti di tale istituto<sup>135</sup>.

Infatti, il dubbio è legittimo, visto che ogni forma contrattuale che attribuisce più flessibilità alla gestione del contratto, nonostante comporti al contempo un onere di verifica e controllo maggiore alle stazioni appaltanti, viene da sempre osteggiata dal Governo di turno (es. l'avvalimento).

La considerazione porta verso un tema culturale che si riconnette alla necessità di cambiare l'approccio di tipo non collaborativo tra appaltatore e stazione appaltante. Una pubblica amministrazione che non può instaurare sani rapporti collaborativi ma che deve affermare un primato attraverso restrizioni preliminari è anacronistica, e rappresentativa di uno schema ormai obsoleto e poco performante.

---

<sup>135</sup> Giacalone, A.; Peloso, A., *I limiti al subappalto. Ovvero ciò che ne rimane*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2/2020

Il Legislatore europeo in virtù di queste ragioni ha introdotto pochi riferimenti normativi al subappalto, accenni alla materia sono ad esempio ravvisabili all'art. 63, par. 2, Dir. 2014/24/UE<sup>136</sup> che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offerenti di ricorrere al subappalto, ma solo nei casi in cui la restrizione sia giustificata dalla particolare natura delle prestazioni da svolgere<sup>137</sup>. Al contrario, proprio per incoraggiare l'utilizzo dell'istituto, l'art. 38, par. 2, Dir. 2014/23/UE prevede che gli offerenti debbano avere la possibilità, in linea di principio, di ricorrere a subappaltatori nella realizzazione dei contratti.

Da qui la decisione della Corte di Giustizia, la quale ha ritenuto che le restrizioni previste dalla disciplina italiana eccedano quanto necessario a raggiungere l'obiettivo di contrasto alla criminalità, e che la previsione di un divieto generale ed astratto, applicato a prescindere dalla natura dell'appalto e dall'identità del subappaltatore, che comporta la pena dell'esclusione, contrasta con i principi di par condicio, trasparenza e proporzionalità.

In conclusione, non sono posti dubbi sull'esistenza delle esigenze di tutela che vengono poi rappresentate nelle norme in materia di subappalto ma, piuttosto, che la *ratio* di tali disposizioni non debba eccedere la proporzionalità e ragionevolezza della limitazione, affinché la stessa non operi in maniera indiscriminata nei confronti degli operatori del mercato.

---

<sup>136</sup> art. 63, par. 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*”.

<sup>137</sup> Parimenti, analoga disciplina si ritrova nell'art. 79, par. 3, Dir. 2014/25/UE: “*Nel caso di appalti di lavori, di contratti di prestazione di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un contratto di fornitura, gli enti aggiudicatori 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 37, paragrafo 2, da un partecipante al raggruppamento*”.

### 3.1 Una ingiusta penalizzazione per le piccole e medie imprese

Il tessuto economico europeo poggia su un sistema diffuso di piccole e medie imprese (PMI)<sup>138</sup>, che costituisce una importante risorsa in termini di potenzialità di occupazione e sviluppo. È molto diffusa l'opinione che una maggiore partecipazione delle PMI al mercato del *public procurement* possa determinare un potenziale incremento di concorrenza, in termini qualitativi e quantitativi. Da qui il dibattito circa l'opportunità di adottare politiche a sostegno delle micro, piccole e medie imprese, che trovano espressione in una serie di documenti europei<sup>139</sup>. Da tempo, infatti, la Commissione ha sviluppato una serie di misure finalizzate specificamente ad assistere le PMI in Europa<sup>140</sup>. La convinzione diffusa è che queste possano giocare un ruolo importante nel perseguimento degli obiettivi dell'Unione europea di accelerare la crescita economica e sviluppare il mercato del lavoro. Tale soluzione, infatti, porterebbe le stazioni appaltanti ad essere garantite dall'aver come affidatari diretti imprese di grandi dimensioni con esperienza, senza sacrificare il potenziale di innovazione associato all'attività delle PMI, mentre per le grandi imprese si presenterebbe la possibilità di utilizzare le risorse addizionali e l'esperienza dei *subcontractor*. In un

---

<sup>138</sup> La definizione di micro, piccole e medie imprese è contenuta nella Raccomandazione della Commissione 361/2003, cui rinviano le stesse direttive e le leggi nazionali di recepimento; in tal senso l'art. 3 d.lgs. 50/2016 lett. aa, il quale sancisce che “*sono medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono microimprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro*”.

<sup>139</sup> Tra questi lo Small Business Act for Europe (SBA), che si ispira a quello americano del 1953, seppur diverga fortemente quanto al metodo e agli strumenti impiegati per perseguire l'obiettivo. La strategia della Commissione Europea si ispira al principio *think small first* e ad un modello di PMI - friendly procurement, decisamente più soft rispetto a quello statunitense, che prevede invece strumenti di sostegno più importanti

<sup>140</sup> Nonostante l'impegno profuso, i dati forniscono un'immagine ancora grigia della situazione europea e in particolare di quella italiana. La partecipazione delle micro, piccole e medie imprese al mercato del *public procurement* nell'Europa a 27, valutata in base alla percentuale del numero dei contratti sopra soglia e alla percentuale del valore aggregato dei contratti, ha subito una flessione tra il 2006 e il periodo considerato 2009-2011. Quanto alla dimensione nazionale, se si guardano alcuni dati relativi alla percentuale del numero di contratti sopra soglia aggiudicati tra il 2009 e il 2011 in Italia in rapporto all'Europa, si osserva che nonostante in Italia il numero delle PMI, la loro percentuale di partecipazione al PIL e all'occupazione totale siano ampiamente superiori alla media del resto d'Europa, la percentuale del valore aggregato dei contratti aggiudicati a loro favore è notevolmente inferiore rispetto alla media dell'UE.

sistema dei subcontratti che funzioni correttamente possono derivare effetti benefici per tutti i soggetti coinvolti<sup>141</sup>.

La Corte di Giustizia con le conclusioni alle quali giunge sul caso Vitali<sup>142</sup> dà conferma di come le istituzioni europee siano da sempre schierate a tutela del principio della *favor participationis* delle PMI ai contratti pubblici.

L'argomento è sempre stato oggetto di attenzione nel nostro paese, anche perché in un contesto economico come quello italiano, ossia frammentato e costituito per lo più da PMI, parlare di subappalto e dei suoi limiti significa, in sostanza, ragionare sulla concreta attuazione del principio di libera concorrenza. Risulta infatti evidente come tale principio sia parzialmente sacrificato nell'attuazione dei limiti al subappalto, questi infatti rappresentano per lo più degli ostacoli per le PMI nell'accesso alle commesse pubbliche. Le limitazioni all'istituto diminuiscono, infatti, per gli operatori rientranti in tale categoria le possibilità di entrare nell'ambito degli appalti pubblici, da un lato perché mancanti delle capacità o requisiti per eseguire in proprio un intero appalto, e dall'altro perché limitate anche nelle vesti di subappaltatori, sia per la previsione che rende subappaltabile solo una quota (quaranta per cento) dell'importo totale, ma anche perché tale quota non è calcolata, come in passato, solo per la categoria prevalente, ad oggi concorrono nel calcolo relativo la quota massima anche tutte le altre categorie di lavori.

Si pone, oltretutto, un'altra interpretazione della questione; bisogna, infatti, verificare se la limitazione all'istituto possa trovare una giustificazione nell'esigenza, da alcuni indicata come vera ragione del parziale divieto introdotto dal Legislatore, di proteggere PMI dai

---

<sup>141</sup> Raganelli, B., *PMI, Procurement e favor participationis*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3-4/2017

<sup>142</sup> CGUE sentenza della V Sezione del 26 settembre 2019, n. C-63/18

rischi di “sfruttamento” a cui possono essere sottoposte nelle dinamiche imprenditoriali concernenti il subappalto.

Secondo questa differente lettura della questione, la misura limitativa servirebbe, oltre che a scongiurare deviazioni inquinate del mercato dei contratti pubblici, a rafforzare la posizione delle PMI inducendole a ricercare accordi in associazioni temporanee di imprese (ATI) che attribuiscono loro la veste formale di parti contraenti dell'Amministrazione.

Il paradosso di questa interpretazione è che il subappalto, il quale è stato concepito come un'opportunità e un vantaggio per le PMI, viene, invece, considerato come un problema per la medesima categoria di operatori. Tuttavia, a ben vedere, tale interpretazione non contiene alcuna contraddizione logica nel rilevare che lo strumento del subappalto, ideato per favorire l'accesso ai contratti pubblici delle PMI, possa essere strumentalizzato laddove usato in maniera distorta dalla parte più forte (l'impresa aggiudicataria) al fine di sfruttare la posizione di debolezza dei subappaltatori.

La prospettazione si fonda, quindi, sull'argomentazione che le misure limitative siano poste proprio a garanzia di una maggiore tutela della categoria di imprese che, invece, dovrebbero essere avvantaggiate dalla liberalizzazione del subappalto.

Senonché, anche qui, la soluzione più appropriata non appare quella del divieto, anche se parziale, di subappalto. Abbiamo visto che tale approccio comporta, innanzitutto, incompatibilità con le disposizioni europee e, oltretutto, produce l'effetto di ridurre l'operatività di uno strumento che, se rettammente usato, appare concepito e strutturato proprio per agevolare l'accesso delle piccole e medie imprese al settore degli appalti pubblici.

Se è vero, infatti, che le piccole e medie imprese restano libere, anche con la limitazione quantitativa, di partecipare alle procedure di aggiudicazione come co-offerenti (ATI), è

anche vero che lo strumento del subappalto appare come quello più utile ed efficace, rispetto a quello dell'associazione temporanea di imprese, a garantire il loro accesso ai contratti pubblici.

Non è, infatti, in alcun modo dimostrato che gli accordi partecipativi incentivati dal parziale divieto di subappalto garantiscano di più le PMI, come, peraltro, espressamente chiarito dalla CGUE in una sentenza del 2017<sup>143</sup>.

Il subappalto, infatti, se contornato dalle giuste garanzie per le imprese subappaltatrici e per i loro dipendenti, sembra assicurare in maniera più duttile ed effettiva l'acquisizione di segmenti contrattuali ai quali le PMI dovrebbero altrimenti accedere per mezzo di ATI.

Non solo, ma, soprattutto, la partecipazione delle PMI come co-offerenti le espone ad assumere responsabilità contrattuali dirette nei riguardi della stazione appaltante, mentre con il subappalto la responsabilità resta intestata, in via esclusiva, in capo all'impresa aggiudicatrice, il che si traduce in un evidente vantaggio per quelle subappaltatrici.

Bisogna ricordare, inoltre, che il d.lgs. n. 50/2016, a garanzia dei subappaltatori che siano micro e piccole imprese ha introdotto una nuova disciplina al fine di prevenire il fenomeno del mancato pagamento di quanto eseguito da parte dell'appaltatore. Infatti, l'art. 105, comma 13 del Codice<sup>144</sup>, prevede che la stazione appaltante corrisponda direttamente al subappaltatore l'importo dovuto per le prestazioni eseguite quando il subappaltatore è una microimpresa o piccola impresa<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> CGUE sentenza della V sezione del 5 aprile 2017, n. C-298/15

<sup>144</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 105, comma 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 quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa”*

<sup>145</sup> La definizione di micro e piccole imprese si può ricavare nell'art. 3, comma 1, lett. aa) del Codice che prevede quanto segue: *“sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono microimprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro”*.

La definizione contenuta nella norma in commento ricalca quanto definito nella Raccomandazione n. 2003/362/CE della Commissione del 6 maggio 2003, che fornisce l'ulteriore definizione di medie imprese.

Nel caso del pagamento diretto del subappaltatore non è necessaria la previsione della fattispecie nel bando di gara, differenziandosi così dalla previgente disciplina per la quale il pagamento diretto del committente al subappaltatore era una mera facoltà per la stazione appaltante e doveva essere espressamente richiesta in sede di autorizzazione al subappalto. Invece, a norma della nuova disciplina, la previsione deve essere applicata direttamente dalla Stazione Appaltante durante la rendicontazione del contratto e dopo aver autorizzato il subappalto.

È, inoltre, opportuno sottolineare che il pagamento diretto del subappaltatore, che sia piccola o microimpresa, rientra nella fattispecie disciplinata dall'art. 1269 del codice civile<sup>146</sup>, come ribadito dall'AVCP con proprio parere sulla normativa<sup>147</sup>, ne discende che il rapporto contrattuale continua a sussistere, anche con il pagamento diretto al subappaltatore, solo ed esclusivamente tra l'appaltatore e il subappaltatore, escludendo la stazione appaltante.

#### **4. Sistemi alternativi per fronteggiare i rischi connessi al subappalto**

L'analisi fino a qui compiuta induce ad effettuare alcune considerazioni sull'istituto del subappalto, specie dopo le pronunce della Corte di Giustizia Europea.

Innanzitutto, occorre chiarire che la soluzione ai problemi relativi al subappalto non può essere l'eliminazione del limite quantitativo. Tale circostanza è stata smentita sia in

---

<sup>146</sup> art. 1269 c.c.: *Delegazione di pagamento* “Se il debitore per eseguire il pagamento ha delegate un terzo, questi può obbligarsi verso il creditore, salvo che il debitore l'abbia vietato. Il terzo delegato per eseguire il pagamento non è tenuto ad accettare l'incarico, ancorché sia debitore del delegante. Sono salvi gli usi diversi”

<sup>147</sup> AVCP Parere n. 4 del 17 maggio 2012: “a seguito del contratto di subappalto ed anche nel caso di pagamento diretto al subappaltatore, possa sussistere alcun rapporto giuridico tra stazione appaltante e subappaltatore” (AVCP, deliberazione n. 157/2004). Si ritiene, infatti, che l'interpretazione letterale della disposizione in oggetto permetta di qualificare la fattispecie del pagamento diretto quale delegazione di pagamento ex lege tra l'appaltatore, il subappaltatore e la stazione appaltante. Non sorge, pertanto, un autonomo rapporto obbligatorio tra il subappaltatore e la stazione appaltante, ma quest'ultima, pagando, adempie la propria obbligazione nei confronti dell'appaltatore e, in virtù della delegazione, estingue anche l'obbligazione dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore. I rapporti, sorti in virtù di distinti contratti, rimangono pertanto autonomi”.

giurisprudenza che dall'attività di regolazione posta in essere dall'ANAC<sup>148</sup>. Non sembra infatti ipotizzabile la disapplicazione della norma italiana e, conseguentemente, la liberalizzazione in toto del subappalto. Tale prospettiva, oltretutto, non è considerata neanche dalla stessa giurisprudenza comunitaria, la quale ha, da una parte, elencato i motivi di illegittimità della normativa italiana e ribadito l'importanza del subappalto quale strumento che accresce la concorrenza e favorisce l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, ma dall'altra, non ha certamente sminuito i rischi che corrono stazioni appaltanti nell'applicazione di tale strumento.

Una possibile soluzione per superare i rilievi della Corte di Giustizia, senza esporre eccessivamente le stazioni appaltanti al rischio criminalità, potrebbe essere quella di prevedere la regola generale dell'ammissibilità del subappalto, richiedendo alla stazione appaltante l'obbligo di motivare adeguatamente un eventuale limite in relazione allo specifico contesto di gara, evitando di restringere ingiustificatamente la concorrenza. In tal senso, alcuni dei criteri, da fissare in via esemplificativa, potrebbero individuarsi proprio a partire da quelli indicati dalla Corte nella sentenza, cioè il settore economico o merceologico di riferimento, la natura (ad esempio principale o accessoria) della prestazione, ma anche specifiche esigenze che richiedono di non parcellizzare l'appalto, con finalità di carattere preventivo rispetto a fenomeni di corruzione, spartizioni o di rischio di infiltrazioni criminali e mafiose, ma anche di carattere organizzativo, per una più efficiente e veloce esecuzione delle prestazioni. Riguardo, invece, al criterio del settore economico menzionato dalla Corte di Giustizia, delle restrizioni potrebbero essere motivate, ad esempio, in ragione del limitato numero di operatori economici qualificati o dei possibili

---

<sup>148</sup> Atto di segnalazione n. 8 del 13 novembre 2019 ANAC in ambito di azioni correttive da porre in essere, successivamente alla sentenza della Corte di Giustizia.

partecipanti, proprio al fine di promuovere la più ampia concorrenza, atteso che la presenza di uno o più subappaltatori potrebbe favorire accordi spartitori in fase di gara. Altra possibilità, nell'affidamento dei lavori pubblici, è quella di far valere eventuali ragioni di sicurezza alla luce delle specificità del cantiere, laddove la presenza di molteplici addetti appartenenti a più operatori potrebbe aumentare i rischi di scarso coordinamento e attuazione delle misure di tutela del lavoro. Altro criterio che potrebbe essere oggetto di valutazione è quello inerente al valore e la complessità del contratto, al fine di consentire maggiore libertà per appalti di particolare rilevanza che suggeriscono di accordare più flessibilità nella fase realizzativa.

L'ANAC ha, inoltre, suggerito di recuperare l'obbligo di indicazione dei subappaltatori già in fase di gara, almeno per gli appalti che superano una certa soglia, e ciò al fine di bilanciare la maggiore libertà di subappalto con le esigenze di trasparenza e di garanzia di affidabilità, consentendo alla stazione appaltante di conoscere preventivamente i soggetti incaricati e di effettuare le opportune verifiche che, naturalmente, non si sostituirebbero a quelle ulteriori in fase esecutiva propedeutiche all'autorizzazione al subappalto di cui all'art. 105, comma 4, del Codice.

In caso di limiti al subappalto adeguatamente motivati ma entro determinate soglie, si potrebbe confermare l'attuale sistema della mera indicazione della intenzione di subappaltare alcune parti del contratto e di verificare il subappaltatore in fase di autorizzazione. Oltre determinate soglie, invece, si potrebbe prevedere la verifica obbligatoria dei subappaltatori anche in fase di gara.

Ulteriore aspetto posto alla riflessione del Legislatore si evidenzia nella necessità che un più ampio ricorso al subappalto non si debba, ovviamente, tradurre in maggiori incentivi all'elusione della disciplina antimafia. Poiché l'informazione antimafia è richiesta per i

subcontratti, cessioni o cottimi di importo superiore a 150.000 euro<sup>149</sup>, un massiccio ricorso al subappalto, in astratto finalizzato a promuovere l'efficienza esecutiva anche tramite il coinvolgimento delle PMI, potrebbe nascondere finalità elusive della normativa antimafia, ad esempio mediante l'impiego di molteplici subappaltatori con quote di attività inferiori alla soglia prevista per i controlli antimafia.

---

<sup>149</sup> art. 91, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159



## CONCLUSIONI

A chiusura dell'indagine storico – ricostruttiva del quadro normativo in materia di subappalto, svolta alla luce dei corrispondenti sviluppi normativi e giurisprudenziali, si impone la necessità di un sintetico richiamo delle relative conclusioni, che, peraltro, in ragione della complessità del tema e delle sue vicende dinamiche, non possono essere formulate in termini assoluti.

Lo scopo centrale del presente lavoro è stato quello di analizzare le normative interne che si sono susseguite nel tempo per poi confrontarle con i principi e le direttive comunitarie in materia.

Dal confronto è, quindi, emersa una profonda differenza tra la visione comunitaria e quella italiana relativamente l'istituto del subappalto. Esaminando l'evoluzione della materia, sin dalla Legge 13 settembre 1982, n. 646, si è palesata da parte del Legislatore interno una sempre crescente diffidenza nei confronti dell'istituto, dovuta al verificarsi di eventi tristemente noti nel nostro paese che hanno portato a considerare il subappalto come uno strumento capace di favorire le illiceità per quel che riguarda la materia dei contratti pubblici.

D'altro canto, abbiamo potuto constatare come il Legislatore comunitario, invece, considera il subappalto come uno strumento fondamentale per la realizzazione dei propri scopi. Le direttive europee, sia quelle del 2004 che quelle del 2014<sup>150</sup>, hanno infatti ribadito

---

<sup>150</sup> Direttive 17/2004/CE – 18/2004/CE; Direttive 23/2014/UE – 24/2014/UE – 25/2014/UE

l'importanza dell'istituto per realizzare alcuni dei principi considerati preminenti dalle istituzioni comunitarie.

Il terreno sul quale si sono più volte scontrate le due discipline è quello relativo ai limiti apposti al subappalto. Se, da un lato, la normativa interna, fin dalla Legge 55/1990<sup>151</sup>, ha sempre previsto dei limiti al subappalto, dall'altro, la normativa comunitaria ha sempre optato per la libera utilizzazione dell'istituto.

L'attenzione si è quindi focalizzata sull'ultimo importante intervento del Legislatore italiano, avvenuto proprio in sede di recepimento delle direttive comunitarie, con il quale è stato emanato il nuovo Codice dei contratti pubblici<sup>152</sup>. Il testo, già novellato, è stato recentemente riformato dal Decreto c.d. "sblocca cantieri"<sup>153</sup>, il quale ha tentato di risolvere alcune annose questioni sollevate dalle istituzioni europee.

Il suddetto intervento operando un innalzamento del limite quantitativo al subappalto (quaranta per cento) e sospendendo l'operatività di alcune previsioni, particolarmente criticate anche internamente, non ha comunque evitato un giudizio di illegittimità (tuttavia riferibile al "vecchio" limite quantitativo) da parte della Corte di Giustizia UE<sup>154</sup>.

Considerato che se, da un lato, i propositi comunitari sono certamente volti ad un miglioramento del mercato dei contratti pubblici e ad un incremento delle possibilità, specie per le PMI, di poter partecipare ad un commessa pubblica, dall'altro, tali intenti si scontrano con una realtà, quella italiana, molto attenta al settore cui fa riferimento il subappalto.

---

<sup>151</sup> art. 18 della Legge 19 marzo 1990, n. 55

<sup>152</sup> D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

<sup>153</sup> D.L 18 aprile 2019, n. 32

<sup>154</sup> CGUE sentenza, V Sezione, 26 novembre 2019, n. C-63/18

Tuttavia, così come ricostruita la disciplina interna comporta la previsione di limiti generali e astratti, i quali nonostante garantiscano un minore pericolo per gli appalti pubblici, risultano ingiusti e particolarmente limitanti per alcune categorie di operatori economici. Ciò comporta il contrasto con i principi europei volti a favorire una maggiore apertura della concorrenza e del mercato del lavoro.

In conclusione, come ribadito dalla Corte di Giustizia UE, nulla nega al Legislatore interno di apporre limiti al subappalto in relazione a specifici casi o contesti. Piuttosto viene contestato il limite generale e astratto il quale viene considerato lo strumento più efficace e utile al fine di assicurare l'integrità del mercato dei contratti pubblici e la prevenzione dell'infiltrazione della criminalità organizzata negli appalti.

Da qui la necessaria ricerca di contemperare le esigenze di entrambe le parti, considerando di assoluta importanza i principi comunitari e le loro finalità, ma senza esporre il sistema interno dei contratti pubblici ad eccessivi rischi.

All'interno dell'elaborato si è più volte prospettata l'ipotesi di una soluzione che non elimini in toto i limiti al subappalto, ma che piuttosto preveda una regola generale di ammissibilità del subappalto, che obblighi la stazione appaltante a motivare un eventuale limite in relazione allo specifico contesto di gara, evitando così di restringere ingiustificatamente la concorrenza.

## ***Bibliografia generale***

Abrate, S.; Giuffrè, G.A.; Tranquilli, S., *Il Codice sta per compiere un anno: in arrivo il correttivo con oltre 200 modifiche. Una rassegna delle principali novità ora al vaglio del Consiglio di Stato*, in *lamministrativista.it*, focus del 10 marzo 2017

Antinucci, M., Piselli, P., *Il nuovo delitto di subappalto illecito: “fiore all’occhiello della politica criminale antimafia o eterogenesi dei fini nella vita delle imprese?”*, in *Diritto penale e processo*, a. XXV, n. 3/2019

Arona, A.; Salerno, M., *Codice appalti: nel mirino Ue subappalti, lotti, avvalimento, anomalie. Ecco la lettera in Edilizia e Territorio* del 6 febbraio 2019

Balocco, G., *La riforma del subappalto e principio di concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2017

Balocco, G., *Mancanza od irregolarità della dichiarazione di subappalto ed esclusione dalla gara - il commento*, in *Urbanistica e appalti*, n. 9/2009

Barbieri, D. (2008). *Lavori pubblici : gestione del contratto di appalto e delle controversie* (3 ed agg. e ampliata secondo il Codice dei contratti.). Roma: Dei tipografia del genio civile.

Baroni, M. A.; Marsiglia, L. B., *Raggruppamento temporaneo di micro e piccole imprese in subappalto e pagamento diretto ex art. 105 co. 13*, in *Diritto24* del 12 giugno 2019

Bernardini, M., *La nuova legge quadro sugli appalti pubblici – il commento*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 6/1994

Boscolo, R., *Sulla necessaria indicazione della terna di subappaltatori di cui all'art. 105, comma 6 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, n. 2/2018

Calderazzi, R., *La responsabilità dei subappaltatori*, in *GiustAmm.it – Rivista di diritto pubblico*, n. 4/2018

Caranta, R. (2004). *I contratti pubblici*. Torino: G. Giappichelli.

Carbone, P., *Il subappalto nella legge antimafia: luci, ombre e prospettive*, in *Democrazia e diritto*, n. 6/1983

Cardarelli, F.; Caldarelli, S.; Trecroci, C., *Le modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: RTI, subappalto, avalimento e operazioni straordinarie*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5/2019

Caringella, F., *L'assetto delegificato della normativa antimafia e la nuova disciplina del subappalto*, in *Giustamm.it – Rivista di diritto pubblico*, n. 0/2002

Caringella, F., *La nuova disciplina del subappalto dopo la Merloni-ter*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2/1999

Carrato, A., *Le principali problematiche in tema di appalto privato*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2017

Carullo, A., & Clarizia, A. (2004). *La legge quadro in materia di lavori pubblici* (4 ed.). Padova: CEDAM.

Caterini, E.; Chiappetta, G., *L'autonomia negoziale e il concetto di parte nella dottrina e nella giurisprudenza*. (2003). Napoli: Edizioni scientifiche italiane.

Cavallari, C., *Il subappalto nella disciplina dei lavori pubblici: limiti e condizioni di ammissibilità – il commento*, in *Il Corriere del Merito*, n. 10/2012

Centofanti, N. (2000). *Il subappalto nel sistema dei lavori pubblici*. Padova: CEDAM.

Centofanti, N., Favagrossa, S. & Centofanti, P. (2012). *Il subappalto*. Padova: CEDAM

Chiarappa, U., “L’avalimento, il subappalto ed il senso del limite”, in *Appalti e Contratti*, n. 5/2019

Chiné, G., *Il secondo correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Il Corriere del Merito*, n. 10/2007

Chinnici, C., *Il punto sul subappalto tra la normativa nazionale e comunitaria*, in *Iusinitinere.it* del 3 dicembre 2019

Chiti, M., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2016

Chiti, M., *Le modifiche al Codice dei contratti pubblici: un corettivo “scorretto”? – Il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2017

Ciani, M; De Marinis, N., *Il subappalto e il cottimo nella legislazione antimafia. I) Individuazione della fattispecie*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 4/1983

Cicchinelli, A., *L’esecuzione dei contratti e la tutela dell’ambiente*, in *Giustamm.it – Rivista di diritto pubblico*, n. 2/2016

Ciccia, A., & Di Bartolo, S. (2008). *Appalti pubblici: definizioni e ambiti applicativi, il procedimento per l’affidamento degli appalti pubblici, aggiornato alla L. 244/2007 (Finanziaria 2008)*. Napoli: Sistemi Editoriali.

Ciccolo, C., *Subappalto: rimessione alla CGUE della questione pregiudiziale relativa alla compatibilità con il diritto eurounitario dei limiti quantitativi al subappalto*, in *lamministrativista.it* del 29 giugno 2018

Cisterna, A., *Decreto sicurezza: le nuove sanzioni in materia di subappalti illeciti*, in *Quotidiano Giuridico Wolters Kluwer*, n. 3/42, 8/10/2018

Clarich, M. (2019). *Manuale di diritto amministrativo* (Quarta edizione.). Bologna: Il Mulino.

Clarizia, A., *Il subappalto e il cottimo nella legislazione antimafia. II) L' autorizzazione e i soggetti del rapporto*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 4/1983

Claudio, L., *La riforma della legge Merloni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/1995

Comba, M. (2011). *L'esecuzione delle opere pubbliche: con cenni di diritto comparato*. Torino: G. Giappichelli.

Concilio, E., *Limiti al subappalto: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Giustamm.it – Rivista di diritto pubblico*, n. 12/2019

Corradino, M. (2017). *I contratti pubblici*. Assago: Wolters Kluwer.

Corradino, M., Sticchi Damiani, S., & Cantone, R. (2016). *I nuovi appalti pubblici: commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*. Milano: Giuffrè.

Costantini S., *Il subappalto nelle recenti direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni*, in [www.diprist.unimi.it](http://www.diprist.unimi.it).

Costantini, A., *Le innovazioni introdotte dalla Merloni-ter alla legge quadro in materia di lavori pubblici – il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/1999

D'Alessandri, F., *Il subappalto alla luce della Legge – n. 55/2019 e il difficile rapporto con il diritto europeo*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1/2020

De Gioia, V; De Nictolis, R, *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e appalti*, n. 9/2006

De Nictolis, R. (2017). *I nuovi appalti pubblici*. Bologna: Zanichelli

De Nictolis, R., Caranta, R., Baldi, M., & Caringella, F. (2007). *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*. Milano: Giuffrè.

De Nictolis, R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2016

De Nictolis, R., *La Corte costituzionale si pronuncia sul Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1/2008

De Nictolis, R., *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 11/2008

De Nictolis, R., *Le novità normative in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e appalti*, n. 9/2007

De Nictolis, R., *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 “sblocca cantieri”*, in *Urbanistica e appalti*, a. XXIII, n. 4/2019

Delfino, G., *Il nuovo istituto del subappalto dopo il decreto sblocca cantieri*, in *Appalti & Contratti* del 9 maggio 2019

Deodato, C., *Il subappalto: un problema o un'opportunità*, in *lamministrativista.it* del 11 ottobre 2017

Diana, A. (2003). *Il subcontratto*. Torino: UTET.

Dugato, M; *Il subappalto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2019

Durano, G., *La prevenzione dei fenomeni corruttivi e la disciplina del subappalto nel d.lgs. n. 50/2016*, in *Amministrativamente*, n. 1-2/2018

Fantini, S., & Simonetti, H. (2017). *Le basi del diritto dei contratti pubblici : aggiornato allo schema di decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*. Milano: Giuffrè.

Ferrari, G.; Tarantino, L., *Osservatorio amministrativo – Limiti nel subappalto e tassatività delle cause di esclusione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2014

Ferrari, G.; Tarantino, L., *Osservatorio amministrativo – Subappalto facoltativo e subappalto necessario*, in *Urbanistica e appalti*, n. 10/2013

Ferraro, G., *Il subappalto delle prestazioni che compongono la lavorazione*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 2/2011

Ferruti, A., *Il regolamento attuativo della Merloni-ter – il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 7/2000

Fidone, G., *La corruzione e la discrezione amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2015

Fidone, G., *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 1 – 2015 pag. 101

Filippetti, I., *Il «subappalto necessario» al vaglio dell'Adunanza Plenaria: le sentenze della settimana*, in *Edilizia e territorio*, 16 giugno 2015

Fino, G., (2018) voce: “art. 105”, in “*Commentario Breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*”. Milano: Carullo - Iudica

Fiorentino, L., *Il Codice degli appalti – il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11/2006

Fiorentino, L., *Il terzo correttivo del Codice dei contratti pubblici – il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2009

Follieri, E., *Le modifiche al subappalto nei contratti pubblici apportate dal D.L. n. 32/2019, convertito in L. n. 55/2019*, in *Giustamm.it – Rivista di diritto pubblico*, n. 10/2019

Fregnan, F., *Subappalto: pagamento diretto alle Micro e Piccole imprese*, in *Appaltinforma* del 3 maggio 2018

Frontoni, M. (2015). *Contratto e antimafia. Il percorso dai “Patti di Legalità” al rating di legalità*. Torino: Giappichelli.

Frontoni, M., Savelli, L., & Corradino, M. (2018). *Subappalto e avvalimento: tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli.

Galli, D.; Cavina A., *Subappalto necessario e funzione nomofilattica*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 3/2016

Gallo, S., *Subappalto e qualificazione ad una svolta*, in *Giustamm.it – Rivista di diritto pubblico*, n. 9/2013

Garofalo, D. (2017). *Appalti e lavoro: volume primo. Disciplina pubblicistica*. Torino: Giappichelli

Garofoli, R., Sandulli, M., & Altavista, C. (2005). *Il nuovo diritto degli appalti pubblici : nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005* . Milano: Giuffrè.

Gentile, M., *Il subappalto nel nuovo codice: aumentano limiti, vincoli e dubbi applicativi*, in *Appalti e contratti*, n. 6/2016

Gentili, M.; Varlaro Sinisi, A., *Divieto di subappalto per strutture, impianti ed opere speciali – il commento in Urbanistica e Appalti*, n. 8/2003

Gentili, M.; Varlaro Sinisi, A., *Il Consiglio di Stato fa il punto sulla possibilità di subappaltare le categorie OG – il commento in Urbanistica e Appalti*, n. 1/2004

Ghidini, G.; Naponiello, A., *La nuova disciplina in materia di appalti e concessioni*, in *I contratti*, n. 4/1994

Giacalone, A.; Peloso, A., *I limiti al subappalto. Ovvero ciò che ne rimane*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2/2020

Giampaolino, L., Sandulli, M., Stancanelli, G., & Merloni, F. (1999). *COMMENTO alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla “Merloni-ter”*. Milano: Giuffrè.

Giampaolino, L., *Vecchi problemi e nuovi scenari: le «varianti», il «subappalto», le «misure di prevenzione antimafia», dopo il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito nella legge 11 agosto 2014 n. 114 e alla vigilia del recepimento delle direttive nn. 22, 23 e 24 del 2014*, in *Giustamm.it – Rivista di diritto pubblico*, n. 12/2014

Giovannelli, G.; Masi, L.; Baldi, M.; Tarantino, L., *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7/2006

Giovannelli, M., *Subappalto a qualificazione obbligatoria – il commento*, in *Urbanistica e appalti*, n. 10/2015

Giuffrè, G. A., *Le risoluzioni della CGUE alle questioni pregiudiziali di compatibilità euro-unitaria sul limite quantitativo al subappalto imposto dalla normativa italiana*, in *lamministrativista.it*, Giurisprudenza commentata del 19 febbraio 2020

Giuffrè, G. A., *Subappalto*, in *lamministrativista.it*, bussola del 18 febbraio 2020

Giuffrè, G.A., & Tranquilli, S. (2019). *Contratti pubblici: cosa cambia. Aggiornato alle L. di conversione e dd.ll. “Sblocca cantieri” e “Crescita”*. Milano: Giuffrè.

Giuffrè, G.A., *Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 1, 1/02/2018

Giurdanella, A., *I contratti continuativi di cooperazione e il subappalto*, in *Giurdanella.it*, 13 marzo 2019

Giusti, A., *Subappalto – Il subappalto nei contratti pubblici fra certezze europee e incertezze nazionali*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 1/2020

Imarisio, N., *Il subappalto*, in *Obbligazioni e contratti*, n. 8-9/2008

Lacava, C., *Il secondo correttivo al Codice dei contratti pubblici – il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2007

Lamberti, C., *Il subappalto è (ancora) del giudice ordinario? – il commento*, in *Il Corriere del Merito*, n. 3/2010

Laus, F., *Il ricorso al subappalto*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 6/2018

Leggiadro, F.; Locati, M.; Giovannelli, M.; Lastraioli, D.; Crisafulli, A., *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8/2006

Longo, A., & Canzonieri, E. (2018). *La nuova disciplina dei contratti pubblici*. Milano: Giuffrè.

Maiellaro, G.F., *I limiti al subappalto dei contratti pubblici: così è se vi pare*, in *Appalti & Contratti* del 29 aprile 2020

Mangani, R., *Gare, con l'avvalimento saltano tutti i limiti al subappalto*, in *Edilizia e Territorio* del 30 gennaio 2020

Mangani, R., *Subappalto, nuova tegola della Corte Ue: il limite del 20% non è in linea con l'Europa*, in *Edilizia e Territorio* del 6 dicembre 2019

Mantini, P., *Il subappalto “italiano” rinviato alla Corte di giustizia europea*, in *Giustamm.it – Rivista di diritto pubblico*

Mantini, P., Nencini, R., Titomanlio, F., Pajno, A., Realfonzo, U., & Corradino, M. (2015). *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici: semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*. Milano: Giuffrè.

Masi, L., *La dichiarazione di subappalto secondo il Codice dei contratti pubblici – il commento*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2/2008

Massari, A., *Ancora sui limiti al subappalto tra la sentenza della CGUE e la posizione dell'ANAC*, in *Appalti & Contratti*, del 4 dicembre 2019

Mazzone, M., & Loria, C. (2005). *Manuale di diritto dei lavori pubblici* (2 ed.). Roma: Jandi Sapi.

Messineo, F., *Contratto derivato – Subcontratto*, in *Enciclopedia del diritto*, X, 1962

Militerni, G. *Osservazioni critiche alla teoria del subappalto necessario*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 6/2015

Mucio, C. *Sull'onere della preventiva indicazione del subappaltatore – il commento*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8-9/2015

Napoli, M., *Imprese vittime della criminalità organizzata ed esclusione delle pubbliche gare*, in *Urbanistica e appalti*, n. 12/2009

Pagani, I., *I sistemi di qualificazione delle imprese, la realizzazione dei lavori e la selezione delle offerte*, in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2011

Pagani, I., *Osservatorio civile - Nullità e rilevabilità d'ufficio del subappalto di opere pubbliche “a cascata”*, in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2014

Pasanisi, G., *La Commissione UE censura il dirigismo dell'Italia in materia di collaborazione tra imprese nel settore dei contratti pubblici*, in *GiustAmm.it – Rivista di diritto pubblico*, n. 3/2019

Perla, A., *Il subappalto alla luce della L. 55/2019 di conversione con modificazioni del D.L. "Sblocca - Cantieri": una realtà tutta italiana*, in *Diritto24* del 5 luglio 2019

Perulli, G. (2018). *La nuova disciplina degli appalti pubblici*. Torino: Giappichelli

Picardi, I., *Limite quantitativo al subappalto: dall'ANAC proposte modificative per allineare la disciplina nazionale al diritto dell'Unione*, in *Appalti & Contratti* del 21 novembre 2019

Pintus, E. (1999). *La definizione delle regole nei processi di acquisto delle amministrazioni pubbliche*. Milano: Edizioni giuridiche, economiche, aziendali dell'Università Bocconi e Giuffrè, EGEA.

Primicerio, L., *Identificazione del subappaltatore. Requisiti di moralità professionale: non c'è socio di maggioranza in caso di tre soci con quote uguali - il commento*, in *Urbanistica e appalti*, n. 11/2013

Proietti, R., *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, in *Il Corriere giuridico*, n. 8-9/2016

Protto, M., *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7/2004

Quaranta, A., *Subappalti e cottimi nella nuova disciplina*, in *Foro Amm.*, n. 1/1983

Raganelli, B., *Contratti pubblici e piccole medie imprese. Gli strumenti a sostegno compatibili con la normativa comunitaria e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2/2011

Raganelli, B., *PMI, Procurement e favor participationis*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3-4/2017

Rusconi, G. (2010). *Codice appalti: codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: aggiornamento al decreto di attuazione degli obblighi comunitari*. Torino: UTET Scienze tecniche.

Russo, E., & Criaco, C. (2005). *L'appalto privato*. Torino: UTET.

Sadile, L. (2014). *Il subappalto dei lavori pubblici: commento e modulistica*. Milano: Giuffrè.

Salerno, M., *Appalti, nella legge europea le prime risposte alle obiezioni Ue su esclusioni e subappalto*, del 7 febbraio 2020

Salerno, M., *La Corte Ue «riboccia» i subappalti italiani: no all'esclusione automatica per carenze dei subaffidatari*, in *Edilizia e Territorio* del 30 gennaio 2020

Salerno, M., *La Corte UE boccia i limiti al subappalto: ci sono altri strumenti per evitare le infiltrazioni*, in *Edilizia e Territorio* del 27 settembre 2019

Sandulli, M., & De Nictolis, R. (2019). *Trattato sui contratti pubblici*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre.

Santilli, G., *Dalla Merloni ad oggi: venti anni persi*, in *Edilizia e Territorio* del 18 novembre 2015

Savelli, L., *Subappalto, il Tar Lazio «ammorbisce» l'incompatibilità del codice con la direttiva Ue*, in *Edilizia e territorio*, del 28 aprile 2020

Scomparin, L. (2016). *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*. Torino: Giappichelli

Sebastio, G. (2006). *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno*. Torino: UTET giuridica.

Senatore, A., *Il subappalto necessario nella prospettiva evolutiva del D.lgs. n. 50/206*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2017

Steccanella, M., & Robaldo, E. (1994). *La legge quadro in materia di lavori pubblici : legge 11 febbraio 1994, n. 109* . Milano: Giuffrè.

Steccanella, M., & Robaldo, E. (1995). *La legge quadro in materia di lavori pubblici : legge 11.02.1994, n. 109* (2 ed interamente riveduta a seguito del decreto-legge n 341995, n 101 convertito nella legge 261995, n 216.). Milano: Giuffrè.

Steccanella, M., & Robaldo, E. (1999). *La legge quadro in materia di lavori pubblici : legge 11 febbraio 1994, n. 109 : aggiornata con la L. 216* (3 ed interamente riveduta.). Milano: Giuffrè.

Stella Richter, P., & Bargone, A. (2001). *Manuale del diritto dei lavori pubblici: la riforma e i procedimenti di attuazione*. Milano: Giuffrè.

Tampone, G., *L' autorizzazione al subappalto di opere pubbliche*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 1/1989

Taormina, C., & Conso, G. (1985). *Appalti, subappalti e cottimi nella legislazione antimafia: articolo 1 comma 4 d.-l. 6 settembre 1982, n. 629; articoli 19-24 legge 13 settembre 1982, n. 646; articolo 1 legge 12 ottobre 1982, n. 726; articoli 2-4 legge 23 dicembre 1982, n. 936* . Milano: Giuffrè.

Tarantino, L., *Subappalto e collegamento tra imprese – il commento*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 10/2000

Tassan Mazzocco, D. (2003). *Legge quadro sui lavori pubblici : (Merloni-quater) : commento alla L. 11 febbraio 1994, n. 109 con le modifiche sino alla L. 1 agosto 2002, n. 166* . Milano: Giuffrè.

Usai, S., *Rapporti tra subappalto e dichiarazione di avvalimento dei requisiti – il commento*, in *Urbanistica e appalti*, n. 11/2011

Vagnozzi, D., *Il subappalto nei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale appalti*, n. 4/2001

Valletti, A. (2005). *Il subappalto: aggiornato alle recente direttive comunitarie n. 2004/17/CE e n. 2004/18/CE, alla legge 11 febbraio 2005 n. 15 (modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa) e alla legge comunitaria n. 62 del 2005*. Milano: Giuffrè.

Valletti, A., *I contratti aperti di lavori. Riflessioni anche alla luce del Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8/2007

Valletti, A., *Il giudice amministrativo e il subappalto: più di un'occasione mancata – il commento* in *Urbanistica e Appalti*, n. 4/2008

Varlaro Sinisi, A., *Fioccano i pareri consultivi dell'autorità in tema di cauzione provvisoria, subappalto e avvalimento*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2007

Varlaro Sinisi, A., *L'esecuzione dei lavori nel nuovo regolamento unico*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2011

Veltri, G., *Codice dei contratti pubblici: la lettera di messa in mora della Commissione UE e la replica del legislatore*, in *Urbanistica e appalti*, a. XXIII, n. 4/2019

Villata, R. (2001). *L'appalto di opere pubbliche* . Padova: CEDAM.

Zgagliardich, G., *Operativo il divieto di subaffittare le opere di tipo specializzato*, in *Edilizia e Territorio*, n. 18/2000

## ***Giurisprudenza citata***

TAR Lazio, Sez. I, sentenza 24 aprile 2020, n. 4183

Corte di Giustizia UE, Sez. V, sentenza del 26 settembre 2019, C-63/18

TAR Liguria, Sez. II, sentenza, 13 agosto 2019 n. 698

TAR Piemonte, Sez. I, sentenza, 18 marzo 2019 n. 309

TAR Veneto, Sez. I, sentenza, 15 febbraio 2019, n. 198

TAR Lazio, Sez. III, sentenza, 29 gennaio 2019, n. 1135

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza, 27 dicembre 2018, n. 7256

Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 11 giugno 2018, n. 3553

TAR Piemonte, Sez. I, sentenza, 11 maggio 2018 n. 578

TAR Lazio, Sez. II, ordinanza, 24 maggio 2018 n. 6010

TAR Lombardia, Sez. I, sentenza, 5 gennaio 2018, n. 28

Corte di Giustizia UE, Sez. V, 5 aprile 2017, causa C-298/15

Consiglio di Stato, comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782

TAR Piemonte, Sez. II, 15 marzo 2017, n. 395

TAR Piemonte, Sez. II, 8 marzo 2017, N.

Consiglio di Stato, Sez. III, 3 novembre 2016, n. 4617

Corte di Giustizia UE, Sez. III, 14 luglio 2016 C-406/2014

Consiglio di Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855

Corte di Giustizia UE, Sez. I, 14 gennaio 2016 C-234/14

Corte di Giustizia UE, Sez. X, 22 ottobre 2015, C-425/14

Consiglio di Stato, Sez. V, 21 novembre 2014, n. 5760

Consiglio di Stato Sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449

Corte di Giustizia UE, Sez. V, 10 ottobre 2013 C-94/12

Consiglio di Stato Sez. V, 25 luglio 2013, n. 3963

Consiglio di Stato Sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563.

Consiglio di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2012, n. 139

TAR Molise, Sez. I, 23 settembre 2010, n. 1051

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 13 aprile 2010, C-91/08

Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 23 dicembre 2009 C305/08

Corte di Giustizia UE, Sez. III, 27 ottobre 2005 C-234/03

Corte di Giustizia UE, Sez. VI, 18 marzo 2004 C-314/01

Consiglio di Stato, Sez. V, 24 ottobre 2001 n. 5602

Consiglio di Stato, Sez. IV, 1 marzo 2001 n. 1148

Consiglio di Stato, Sez. V, 24 ottobre 2000 n. 5710

Corte di Giustizia UE, Sez. V, 2 dicembre 1999, causa C-176/98

Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 luglio 1999 n. 1163

Corte Costituzionale, sentenza n. 218 del 5 maggio 1993

## *ANAC*

Atto di segnalazione del 13 novembre 2019, n. 8

Comunicato del Presidente dell'ANAC del 23 ottobre 2019

Parere del 14 novembre 2018, n. 1071

Parere del 30 ottobre 2018, n. 1035

Parere del 27 giugno 2018, n. 609

Parere del 30 maggio 2018, n. 508

Parere del 28 marzo 2018, n. 324

Parere del 7 marzo 2018, n. 256

Parere del 1 marzo 2018, n. 191

Parere del 21 febbraio 2018, n. 181

Parere del 24 gennaio 2018, n. 70

Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di subappalto 2017-2018

Parere del 20 dicembre 2017, n. 1333

Parere del 13 settembre 2017, n. 944

Parere del 11 ottobre 2017, n. 1024

Delibera del 3 maggio 2017, n. 487

Parere del 22 marzo 2017, n. 276

Parere sulla normativa dell'8 febbraio 2017, n. 87

Determinazione del 8 gennaio 2015, n. 1

Deliberazione del 26 giugno 2014, n. 22

Determinazione del 23 aprile 2014, n. 4

Parere sulla Normativa del 13 marzo 2014

Parere di Precontenzioso del 23 marzo 2013, n. 60

Parere sulla Normativa AG25 del 20 dicembre 2012

Determinazione del 1 agosto 2012, n. 2

Parere del 17 maggio 2012, n. 4

Analisi del subappalto e della struttura delle imprese subappaltatrici maggio 2011