

## Sommario

INTRODUZIONE.....	3
CAPITOLO UNO – IL SUBAPPALTO.....	7
1.1 L’evoluzione dell’istituto nell’ordinamento interno .....	7
1.2 Inquadramento nella disciplina civilistica e nel nuovo codice del 2023 .....	13
1.3 Caratteristiche del subappalto: l’autorizzazione del committente.....	25
1.4 I rapporti tra le parti: implicazioni pratiche e responsabilità solidale nel subappalto .....	30
1.5 Le clausole “if and when” .....	36
1.6 La figura del R.U.P. ....	38
1.7 Perché scegliere il subappalto? Illustrazione dei vantaggi.....	50
CAPITOLO DUE – L’IMPATTO DELL’UNIONE EUROPEA SULLA DISCIPLINA DEL SUBAPPALTO .....	55
2.1 L’ombra della criminalità nel subappalto: un’analisi delle ampie restrizioni imposte dal legislatore italiano .....	55
2.2 Il differente approccio dell’Unione Europea all’istituto del subappalto .....	63
2.3 La procedura di infrazione nei confronti dell’Italia (2018/2273).....	66
2.4 La nuova disciplina del subappalto alla luce delle ultime modifiche.....	69
2.5 Subappalto, avvalimento e avvalimento operativo.....	73
2.6 Un’importante novità: il “subappalto a cascata” .....	81
2.6 La tutela del lavoro nel subappalto .....	86
CAPITOLO TRE – IL SUBAPPALTO – RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE .....	92
3.1 Il sistema di classificazione delle imprese: origine ed evoluzione.....	92
3.2 Generalità sul subappalto necessario (o qualificante) .....	96
3.3 Alcuni recenti pronunciamenti della giurisprudenza amministrativa.....	100
3.3.1 <i>Il TAR Lombardia e la questione del limite al subappalto</i> .....	101
3.3.2 <i>La giurisprudenza su subappalto necessario e avvalimento</i> .....	108
CONCLUSIONI.....	116
APPARATI .....	121
I. Bibliografia.....	121

II.	Atti, relazioni, pareri e linee guida .....	126
III.	Repertorio normativo .....	127
<i>III.1</i>	<i>Normativa interna</i> .....	127
<i>III.2</i>	<i>Normativa unionale</i> .....	128
IV.	Giurisprudenza .....	130

## INTRODUZIONE

Il Codice appalti è stato soggetto nel corso del tempo ad una serie piuttosto lunga di rivisitazioni che hanno periodicamente aggiornato l'approccio normativo. Le finalità delle diverse riforme e modifiche introdotte nel corso degli anni sono legate alle esigenze di garantire efficienza, trasparenza e concorrenza nel settore degli appalti pubblici, settore particolarmente strategico nel nostro Paese sia per dimensioni economiche, sia per gli interessi pubblici che vengono ad essere perseguiti attraverso la concessione degli appalti. Queste riforme hanno spesso riguardato la semplificazione delle procedure, l'aggiornamento dei criteri di selezione e aggiudicazione, nonché l'introduzione di misure per contrastare la corruzione e le infiltrazioni della criminalità organizzata; soprattutto a partire dal Codice del 2006, il Legislatore si è dovuto inoltre confrontare con l'impellente necessità di assicurare una maggiore armonizzazione del diritto interno con le direttive europee in materia di appalti pubblici, al fine di favorire la partecipazione delle imprese e promuovere la libera concorrenza

In Italia sono tre gli strumenti normativi che hanno tentato di regolamentare in maniera univoca e coordinata una materia ampia e complessa: il D. Lgs. 163 del 12 aprile 2006; il D. Lgs. 50 de 18 aprile 2016 ed il più recente D. Lgs. 36 del 31 marzo 2023. Risulta evidente come il Legislatore sia stato chiamato a riordinare la materia con una sempre maggiore velocità, anche per riordinare una disciplina che ha trovato importanti elementi di chiarificazione in una serie di disposizioni applicative successive all'emanazione del "Codice" e che hanno prodotto rapidamente una stratificazione normativa che rischiava spesso di generare approcci contraddittori ed eccessivamente complessi. Con conseguenze significative sulla gestione operativa degli appalti, che vedono spesso un significativo rallentamento causato proprio dai tempi di gestione di ricorsi, appelli e deliberazioni giurisprudenziali.

Tra le molteplicità di fattispecie che riguardano le innovazioni introdotto con il recente D. Lgs. 36/2023, abbiamo scelto di concentrare la nostra analisi sul subappalto, che rappresenta uno degli istituti più controversi e complessi. Il subappalto rappresenta infatti uno strumento che ha ricevuto, da parte del legislatore (sia a livello di unionale, sia sul piano del diritto interno) attenzioni particolari ed in parte contraddittorie. Se le più recenti

direttive europee (in ottemperanza dei principi stabiliti nel Trattato di Funzionamento dell'Unione europea) vedono nel subappalto una possibilità di allargare la possibilità di partecipazione al “mercato degli appalti pubblici” anche per aziende di piccole o medie dimensioni, con una conseguente crescita della concorrenza e della libertà di movimento delle attività produttive sul territorio europeo, il Legislatore interno è stato molto più cauto ed ha preferito imporre limiti precisi al ricorso a questa fattispecie. All'origine di questa diffidenza vi sarebbe l'esigenza della tutela dell'interesse pubblico: il subappalto (ed in particolare il cosiddetto “subappalto a cascata”) rischierebbe infatti di vedere un progressivo deterioramento della qualità dei lavori o dei servizi richiesti dalla centrale di committenza; inoltre, il subappalto potrebbe favorire l'inserimento della criminalità organizzata all'interno di uno dei settori più proficui dal punto di vista economico), alterando di fatto l'ecosistema economico. Questa duplicità di approcci ha generato orientamenti operativi diversi, che hanno mostrato una forte divergenza applicativa sul piano fattuale. Ne è sorto addirittura un contenzioso con l'Unione europea: contenzioso che ha visto il nostro Paese soccombente (come vedremo, le pur riconosciute necessità di lotta alla criminalità organizzata sono state considerate subordinate alla necessità di tutelare concorrenza, trasparenza e partecipazione delle imprese al sistema dei contratti pubblici); tuttavia, il legislatore ha mostrato di voler comunque resistere alle istanze unionali e ha mantenuto un approccio volto a regolamentare il subappalto (in tutte le sue molteplici forme) in maniera molto rigorosa, proprio in virtù delle particolarità del sistema produttivo italiano.

L'obiettivo di questo lavoro è quello di esaminare il subappalto alla luce della nuova disciplina introdotta con il D. Lgs. 36/2023, evidenziando tuttavia anche una serie di problematiche che dal punto di vista legislativo si estendono anche alla trattazione della materia effettuata dalla giurisprudenza. L'istituto è stato innovato in maniera significativa; tuttavia, esso non è un elemento estraneo alla gestione delle opere pubbliche all'interno del Codice degli appalti, ma si inserisce in un complesso intersecarsi di temi, materie e figure che hanno visto, con la normativa del 2023, una nuova prospettiva di sviluppo. Tale è, ad esempio, la nuova configurazione della figura del RUP, non più responsabile di *procedimento*, ma di *progetto* e occasione, come cercheremo di declinare nel primo capitolo, per alimentare e valorizzare le competenze della Pubblica Amministrazione in un settore così delicato come quello degli appalti.

Il primo capitolo (*Il subappalto*) inquadra l'istituto nell'ambito della disciplina civilistica, evidenziando le novità introdotte dal nuovo Codice e definendo le principali caratteristiche anche attraverso una ricostruzione diacronica dei principali orientamenti imposti dal legislatore. Il capitolo affronta la differenza che emerge nell'inquadramento della disciplina civilistica legata al subappalto rispetto all'evoluzione normativa intercorsa nel corso del tempo. Nel capitolo vengono esaminate alcuni aspetti fondamentali (a partire dalla responsabilità del RUP definite nel D. Lgs. 36/2023 per affrontare poi i temi legati alla responsabilità) che sono finalizzati ad evidenziare le implicazioni ed i vantaggi dell'utilizzo dello strumento.

Il secondo capitolo (*L'impatto dell'Unione europea sulla disciplina del subappalto*) esamina più nel concreto il differente approccio del diritto interno (in gran parte legato alla lotta alle infiltrazioni della criminalità organizzata all'interno del "mercato degli appalti") rispetto all'orientamento unionale. Oltre ad esaminare le ragioni che determinano questa differenza, si evidenzia in particolare il "conflitto" che si è determinato con la procedura di infrazione aperta dall'Unione europea contro il nostro paese nel 2018 e le reazioni del legislatore interno: reazioni che sono state recuperate all'interno del nuovo testo normativo del 2023, che ha aperto ad alcuni ambiti in precedenza vietati o rigidamente regolamentati (si pensi ad esempio al cosiddetto "subappalto a cascata" o all'imposizione di limiti percentuali precisi per il ricorso al subappalto rispetto all'intera commessa). In questo secondo capitolo cercheremo di evidenziare come il subappalto (specie di un genus più ampio dei subcontratti) è solo una delle possibilità che si presentano ai contraenti generali per poter adempiere alle obbligazioni che si sono assunte nei confronti della pubblica amministrazione committente).

Infine, il terzo capitolo (*Il subappalto necessario, casi pratici*) affronta questa particolare tipologia di subappalto, distinguendolo dall'avvalimento ed evidenziando attraverso alcuni casi pratici l'approccio della giurisprudenza alla disciplina. Il primo paragrafo è però dedicato al sistema di classificazione dell'impresa rispetto alle categorie (generali, specialistiche e superspecialistiche) e alle classi di importo che determinano la possibilità di accedere alle certificazioni SOA, determinanti per poter partecipare agli appalti. Questa particolare strutturazione dei requisiti di partecipazione, infatti, è particolarmente significativa nella gestione degli appalti e dei subappalti ed è tra le materie che ricorrono

con maggior frequenza nell'attività della giurisprudenza amministrativa chiamata a regolamentare gli appalti.

Proprio alla giurisprudenza dedicheremo l'ultimo paragrafo del capitolo, affrontando alcune sentenze che consentiranno di verificare nella prassi delle corti quanto emerso e sottolineato nelle parti teoriche e di analisi dei capitoli precedenti.

## CAPITOLO UNO – IL SUBAPPALTO

### 1.1 L'evoluzione dell'istituto nell'ordinamento interno

La disciplina dell'appalto trova la sua regolamentazione civilistica negli articoli 1655-1677 del Codice Civile. In particolare, l'articolo 1656 precisa che

“L'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è autorizzato dal committente”<sup>1</sup>.

L'origine di questa lettura codicistica deve essere fatta risalire all'inizio degli anni Quaranta del secolo scorso, durante la fase di elaborazione che avrebbe dato vita al Codice civile del 1942. Il testo riprende infatti alla lettera la proposta della *Commissione reale sulla revisione del codice civile* del 1941: lettura che aveva innovato in maniera significativa il Codice del 1865, nel quale l'appalto era di fatto considerato una fattispecie rientrante nella più ampia categoria della locazione d'opera. Con il nuovo testo veniva invece riconosciuto che i due ambiti erano sostanzialmente diversi, poiché rispetto alla locazione d'opera nel contratto di appalto si afferma come predominante una dimensione organizzativa in base alla quale l'appaltatore deve disporre (e mettere a disposizione del committente per la realizzazione dell'opera o del servizio) di mezzi e strumenti idonei alla lavorazione, assumendosi al contempo il rischio d'impresa<sup>2</sup>. Già in questo primo approccio civilistico il Legislatore aveva caratterizzato l'impostazione della disciplina come fattispecie *intuitu personae* e mostrava particolare attenzione al fatto che l'obiettivo finale (ed in quanto tale meritevole di tutela) fosse la realizzazione dell'opera: in questo senso, il riferimento alle capacità personali dell'appaltatore non doveva essere tuttavia riferito tanto alla persona in se stessa, quanto all'impresa intesa come soggetto in grado di disporre delle conoscenze tecniche e strumentali necessarie allo sviluppo del contratto. L'impostazione secondo la quale ad essere tutelato dalla norma è l'opera emerge anche dal fatto che al momento della pubblicazione del testo definitivo era stato espunto un comma che prevedeva che l'appaltatore non fosse tenuto a eseguire personalmente l'opera o il servizio a meno che ciò non fosse stato espressamente richiesto dal

---

<sup>1</sup> Codice civile, art. 1656.

<sup>2</sup> *Relazione del Ministro Guardasigilli alla Maestà del Re Imperatore sul libro del Codice civile "delle obbligazioni"*, Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1941, p. 50.

committente in ragione della natura dell'opera o del servizio: una impostazione che, da quanto emerge dalle relazioni preliminari alla approvazione dell'atto, avrebbe potuto costituire una apertura ad una ammissibilità del subappalto senza ulteriori condizioni e dunque venne stralciata dal testo definitivo.

Questa impostazione venne sottoposta ad una prima modifica con la legge 13 settembre 1982 n. 646<sup>3</sup>. L'articolo 21 aveva introdotto una sanzione pari a un terzo del valore complessiva dell'opera ricevuta in appalto per l'appaltatore che avesse ceduto una parte dei lavori in subappalto senza l'autorizzazione dell'autorità competente. La norma pubblicistica recepiva quindi l'impostazione del codice e la rafforzava, introducendo una sanzione per l'appaltatore: sanzione che era rafforzata sia dalla previsione della responsabilità solidale del subappaltatore, sia dalla possibilità data alla pubblica amministrazione appaltante di recedere dal contratto. Il testo inoltre prevedeva che l'autorizzazione fosse subordinata da un lato alla idoneità tecnica del subappaltatore ad eseguire i lavori, dall'altro alla ulteriore verifica che le imprese subappaltatrici non fossero riconducibili ad una delle imprese sottoposte a misure preventive antimafia<sup>4</sup>.

Il testo è significativo perché per la prima volta nel nostro ordinamento la fattispecie del subappalto viene collegata esplicitamente alle problematiche relative alle possibili infiltrazioni della mafia e più in generale alla criminalità organizzata nella "filiera" degli appalti. Si tratta di un problema piuttosto complesso – che esamineremo meglio e più approfonditamente nelle pagine successive ed in particolare nel secondo capitolo – che ha finito per condizionare buona parte del dibattito sulla revisione dell'impianto della regolamentazione del subappalto nel corso del tempo, pur riconoscendo autorevole dottrina che limitare l'intera valutazione della disciplina del subappalto alla sola preoccupazione di impedire che la criminalità organizzata possa accaparrarsi quote di finanziamento pubblico sarebbe ampiamente riduttivo e non darebbe conto di un dibattito che – soprattutto dagli anni Novanta del secolo scorso – ha coinvolto i temi della efficacia,

---

<sup>3</sup> Legge 13 settembre 1982, n. 646 "Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale e integrazioni 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" (GU n. 253 del 14 settembre 1983).

<sup>4</sup> Legge 31 maggio 1965, n. 575 "Disposizioni contro la mafia" (GU n. 138 del 5 giugno 1965), articolo 10 quinquies.

dell'efficienza e dell'economicità dell'azione pubblica in tema di affidamento di servizi e opere.

E' tuttavia innegabile che la preoccupazione rispetto alla possibilità che imprese con collegamenti strutturali con la malavita organizzata possano ottenere appalti pubblici abbia portato al consolidarsi di un atteggiamento difensivo e prudentiale da parte del Legislatore, come risulta evidente anche dal testo della successiva Legge 55/1990<sup>5</sup>. In essa era previsto, all'articolo 18, comma 3, che tutte le lavorazioni previste dal bando potessero essere subappaltabili o affidabili a cottimo: era però necessario che le stazioni appaltanti indicassero – già nel bando – le categorie dei lavori ed i relativi importi per i quali era ammesso il ricorso al subappalto. In ogni caso, veniva comunque definito un limite percentuale alle opere subappaltabili, stabilito nel 40% dell'importo netto aggiudicato e stabilendo allo stesso tempo un limite del 15% per le opere della categoria prevalente<sup>6</sup>.

Questa previsione era poi stata nuovamente modificata dalla Legge 109/1994 di fatto il primo tentativo di definire un quadro normativo coerente per gli appalti pubblici previsto dal Legislatore<sup>7</sup>. La norma, all'articolo 34, aveva ridotto la percentuale di opere che era possibile subappaltare (introducendo il limite del 30% che rimarrà poi a lungo nel nostro ordinamento e che sarà lungamente discusso alla luce delle diverse indicazioni provenienti dall'Unione europea) e aveva previsto una serie di ulteriori condizioni necessarie perché si potesse operare in regime di subappalto. In particolare:

- I concorrenti dovevano indicare nell'offerta le parti di lavori o di opere per le quali prevedevano di ricorrere al subappalto, indicando un numero variabile da 1 a 6 subappaltatori candidati; nel caso ne avessero indicato uno solo, doveva essere allegata l'attestazione del possesso dei requisiti relativi alla normativa antimafia allora in vigore;

---

<sup>5</sup> Legge 19 marzo 1990, n. 55 “Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale” (GU n. 69 del 23 marzo 1990).

<sup>6</sup> Legge n. 55/1990, articolo 17, comma 3, numero 1)

<sup>7</sup> Legge 11 febbraio 1994, n. 109 “Legge quadro in materia di lavori pubblici” (GU n. 41 del 19 febbraio 1994, S. O. n. 29)

- Che entro novanta giorni l'appaltatore dovesse depositare presso la stazione appaltante il contratto di subappalto;
- Che nel caso di indicazione di più soggetti economici, al momento dell'affidamento del subappalto dovesse essere trasmessa anche la relativa certificazione rilasciata ai sensi dell'arti. 10 quinquies della Legge n. 575/1965<sup>8</sup>.

Il significato di questa norma era duplice: da un lato, la conoscenza tempestiva (e preliminare rispetto all'affidamento dei lavori) delle imprese che l'operatore economico intendeva utilizzare per il subappalto era finalizzato a garantire una maggiore trasparenza relativamente sia alle opere da avviare al subappalto, sia alla scelta dei partner. In questo modo si consentiva così alla stazione appaltante di eseguire una approfondita attività di verifica dei requisiti indicati dalla norma circa l'appaltatore e le imprese subappaltanti, potendo in tal modo prevenire le infiltrazioni mafiose<sup>9</sup>.

Se fino a questo momento la normativa relativa al subappalto si era stratificata ad opera del Legislatore interno e sulla base degli interessi generali della pubblica amministrazione (la realizzazione dell'opera in termini di efficacia, efficienza ed economicità e la necessità di evitare infiltrazioni di tipo malavitoso nella dinamica degli affidamenti pubblici), a partire dai primi anni Duemila la normativa interna ha dovuto confrontarsi anche con importanti innovazioni a livello unionale. La condivisione di uno spazio comune europeo in materie economiche e sociali ha comportato la necessità di prendere atto di indirizzi comuni, anche quando queste potevano non essere integralmente rispondenti agli interessi di un singolo Stato. Il subappalto è uno di questi casi: sulla sua regolamentazione sono infatti intervenute una serie di Direttive europee. Si tratta in particolare della Direttiva 2004/17/CE e della 2004/18/CE, rispettivamente dedicate alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, energia, servizi di trasporto e servizi postali<sup>10</sup> e al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di

---

<sup>8</sup> Legge n. 109/1994, Art. 34, comma 1, numero 1)

<sup>9</sup> Frontoni M., Savelli L. (2018), *Sub appalto e avvalimento*, Giappichelli, Torino, pp. 2-12

<sup>10</sup> Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GUE L 134 del 30 aprile 2004)

servizi<sup>11</sup>: in entrambi i casi<sup>12</sup>, il testo lascia alla discrezionalità della stazione appaltante la facoltà di chiedere in fase di gara ai soggetti che concorrono al bando di indicare le parti di lavorazione che intendono subappaltare. Questa discrezionalità, tuttavia, non è nella integrale disponibilità dell'amministrazione appaltante: questa infatti può essere obbligata da uno Stato membro di chiedere all'offerente di indicare le parti che intende subappaltare; in secondo luogo, viene chiarito che la responsabilità dei lavori rimane comunque integralmente in capo al soggetto economico aggiudicatario dei lavori. Il Titolo Terzo della Direttiva 2004/18/CE introduce inoltre una importante novità: quella che consente all'amministrazione aggiudicatrice di imporre al concessionario dei lavori pubblici di affidare in subappalto una percentuale “[...] *non inferiore al 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione*”. Dal punto di vista dell'esegesi di questa affermazione, è stato notato come questo limite deve essere però inteso come una soglia minima che può essere innalzata addirittura dagli stessi candidati; è infatti previsto che essa possa anche essere definita da ciascun candidato se la stazione appaltante non decide autonomamente<sup>13</sup>. La ratio di tale combinato disposto è chiarita, per entrambe le direttive, dai *consideranda* che ne precedono il testo e che chiariscono gli orientamenti del Legislatore europeo: in particolare, rispetto alle due Direttive citate si precisa che la necessità di prevedere specifiche disposizioni in materia di subappalto è finalizzato ad agevolare alle piccole e medie imprese l'accesso agli appalti pubblici. Risulta evidente già in questo momento storico il manifestarsi di una prima divaricazione tra l'orientamento interno e quello euro-unitario: nel primo, la percentuale del 30% risulta essere un limite massimo che non può essere superato, mentre nel caso delle direttive europee esso rappresenta il limite minimo. Non si tratta tuttavia soltanto di una valutazione qualitativa dei limiti, ma anche di approccio alla disciplina: la prudenza del Legislatore interno alla quale abbiamo fatto affidamento male si concilia, infatti, con la visione delle istituzioni europee, che valorizzano piuttosto la concorrenza, la trasparenza

---

<sup>11</sup> 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 (GUE L 134 del 30 aprile 2004)

<sup>12</sup> Il subappalto è regolamentato all'articolo 37 della Direttiva 2004/17/CE e all'articolo 25 della Direttiva 2004/18/CE. Il contenuto letterale dei due articoli è identico.

<sup>13</sup> Direttiva 2004/18/CE, art. 60.

e la possibilità di partecipare a gare pubbliche per una platea di imprese la più ampia possibile<sup>14</sup>.

Le indicazioni delle direttive furono recepite con la Legge n. 62/2005<sup>15</sup>, dalla quale sarebbe poi scaturito, in virtù delle deleghe attribuite al governo, il testo dell'art. 118 del D. Lgs. 163 del 2006<sup>16</sup>. In esso si affermava la possibilità di subappaltare una parte dei lavori (confermando una soglia non superiore al 30% ed in misura differenziata a seconda delle categorie dei lavori stessi), riprendendo allo stesso tempo alcuni dei requisiti presenti nella normativa previgente (indicazione dei lavori, delle parti di opere e di servizi destinati ad essere subappaltati già in fase di offerta; regolarità dell'impresa subappaltante dei requisiti previsti dalla normativa antimafia e dei requisiti di ordine generale) e prevedendo un termine più stringente per il deposito del contratto di subappalto, termine stabilito in 20 giorni antecedenti alla data di inizio dei lavori<sup>17</sup>.

Il codice del 2016<sup>18</sup> aveva poi precisato ulteriori punti significativi per quanto riguarda il subappalto. L'articolo 105 conferma il limite del 30% (aspetto che come vedremo avrà delle conseguenze sotto il profilo dell'armonizzazione del diritto interno con quello unionale, come vedremo); vengono riprese, pur con qualche modifica, le impostazioni del testo previgente: ad esempio, viene introdotta una terna di subappaltatori nel caso di importi superiori al limite previsti dal precedente articolo 35, comma 1. Torneremo più avanti – attraverso l'esame delle differenze con il nuovo codice del 2023<sup>19</sup> – sulle modalità di regolamentazione del subappalto nel codice previgente. Qui serve però notare

---

<sup>14</sup> Andreano F. (2024), “Evoluzione dell'istituto del subappalto e relative problematiche giuridiche”, *Cammino Diritto, Rivista di informazione giuridica*, 2, 10, pp. 3-4.

<sup>15</sup> Legge n. 62 del 18 aprile 2005, “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004” (GU n. 96 del 27 aprile 2005, S. O. n. 76).

<sup>16</sup> Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE” (GU n. 100 del 2 maggio 2006, S. O. n. 107)

<sup>17</sup> D. Lgs. 163/2006, articolo 118, comma 2

<sup>18</sup> Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50, “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 (GU n. 91 del 19 aprile 2016, S.O. n. 10)

<sup>19</sup> Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”, (GU n. 77 del 31 marzo 2023. S. O. n. 12)

come in una norma che ha dichiaratamente il compito di recepire le indicazioni di specifiche direttive comunitarie, il Legislatore interno abbia voluto mantenere una impostazione originaria che avrà poi ripercussioni importanti sullo stato delle relazioni con le istituzioni europee, portando addirittura all'apertura di una procedura di infrazione e alla costituzione in giudizio presso la Corte di Giustizia dell'Unione europea.

## **1.2 Inquadramento nella disciplina civilistica e nel nuovo codice del 2023**

L'evoluzione della disciplina ha evidenziato come il subappalto abbia assunto un ruolo sempre più centrale nel panorama economico contemporaneo, diventando un elemento chiave nell'esecuzione di commesse pubbliche e private. Come si vedrà, questo fenomeno presenta molteplici vantaggi e risulta preferibile ad altre tipologie contrattuali per la flessibilità operativa e l'ottimizzazione delle risorse; presenta al contempo alcune aree problematiche ed alcune criticità che l'elaborato si propone di esplorare, analizzando il subappalto come fattispecie contrattuale complessa anche in relazione alle dinamiche operative e alle implicazioni legali e al rapporto costo-beneficio per la collettività.

Il subappalto è un contratto attraverso il quale l'appaltatore, assumendo il ruolo di sub committente, affida a un terzo, denominato subappaltatore, l'esecuzione di tutte (o parte) delle prestazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico di quest'ultimo<sup>20</sup>; in sostanza si tratta di una specie di delega all'esecuzione dei lavori ordinati dal committente.

Come abbiamo visto, il Codice civile disciplina nel dettaglio soltanto l'istituto dell'appalto, la nozione di quest'ultimo è contenuta nell'art 1655 c.c., secondo cui l'appaltatore assume, con gestione a proprio rischio e organizzazione dei mezzi necessari, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro, dando così evidenza del fatto che si tratti sempre di un contratto a titolo oneroso<sup>21</sup>. Nella disposizione successiva, il Codice civile si limita a precisare che l'appaltatore non può dare in

---

<sup>20</sup> Scarpa A. (2023), "Il subappalto tra disciplina civilistica e Regole Pubblicistiche", *I contratti d'appalto*, P23067, pp. 1-25

<sup>21</sup> Art 1655 c.c.

subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio senza l'autorizzazione del committente<sup>22</sup>.

Nonostante vi sia quindi una sola disposizione specifica presente nel Codice civile dedicata al subappalto, vale a dire l'art 1656 c.c., (disposizione che peraltro non contribuisce a connotare la fattispecie, dato che non fornisce tra l'altro una definizione dell'istituto), ne caratterizza, però, i presupposti:

- Il ruolo centrale dell'appaltatore, come punto di snodo tra il committente ed il subappaltatore;
- Il consenso del committente affinché l'appaltatore possa incaricare altri soggetti economici per l'esecuzione dei lavori, a lui originariamente affidati. E' interessante notare come il trasferimento di una parte delle opere dall'appaltatore ad altre imprese non si configura come una rottura di un rapporto basato sull'*intuitu personae*, ma anzi ribadisce questa impostazione. La figura dell'appaltatore è centrale perché è la fiducia nei suoi confronti che costituisce il presupposto per l'affidamento in subappalto di parte delle opere, nel presupposto che il rapporto di tipo fiduciario che si instaura con il committente si estenda naturalmente anche alle scelte operative compiute dall'appaltatore<sup>23</sup>.

Relativamente alla sua natura giuridica, il contratto di subappalto è un negozio bilaterale, sinallagmatico<sup>24</sup> e meramente obbligatorio che viene tradizionalmente ricondotto nella fattispecie generale del "contratto derivato" per la sua origine cronologica e logica dal contratto di appalto che sta a monte e col quale condivide sia lo stesso contenuto economico, sia una delle parti (l'appaltatore), sia infine una porzione delle prestazioni

---

<sup>22</sup> Matricardi A. (2021), *Il subappalto nel Codice civile*, Altalex. <https://www.altalex.com/guide/subappalto>.

<sup>23</sup> La locuzione latina va tradotta con l'italiano "avuto riguardo alla persona", indica nel linguaggio giuridico quei negozi nei quali si ritengono di particolare rilevanza le qualità personali dei soggetti contraenti. Tali contratti, in quanto basati sulla fiducia personale, sono intrasmissibili e, solitamente, si ritengono estinti con la morte di uno dei contraenti.

<sup>24</sup> Si fa riferimento al contratto a prestazioni corrispettive, nel quale, cioè, una parte assume l'obbligazione di eseguire una prestazione in favore delle altre parti esclusivamente perché queste ultime, a loro volta, assumono l'obbligazione di compiere una prestazione in favore della prima.

che l'appaltatore si è impegnato ad effettuare a favore del committente<sup>25</sup>. Il subappalto non è tuttavia una mera estensione del contratto originario, perchè dà luogo ad un rapporto contrattuale tra subappaltante e subappaltatore diverso dal contratto originario intercorrente tra committente ed appaltatore. Ne consegue, quindi, che appalto e subappalto (che si configura come un contratto accessorio) sono due contratti collegati tra loro aventi però una propria individualità giuridica e connotati da parziale coincidenza soggettiva<sup>26</sup>; tra loro si ha un rapporto di interdipendenza, in quanto il primo condiziona e influenza la sorte del secondo, trascinandolo anche nella sua eventuale invalidità; viceversa, se il subappalto non è stato validamente stipulato, rimane comunque valido ed efficace l'originario contratto di appalto<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda la disciplina applicabile, essendo il subappalto un contratto derivato, ad esso si applica in genere la disciplina del contratto base (come del resto avviene negli altri subcontratti, come il subcomodato); tuttavia questo non implica che patti e condizioni del contratto di appalto si riversino automaticamente in esso, potendo invece le parti regolare in modo difforme i rapporti rispetto al contratto base: ciò avviene stabilendo condizioni, clausole e modalità di esecuzione dell'opera che possono essere in parte diverse, pur nella necessità che vengano rispettate alcune condizioni di fondo del contratto di base. Queste condizioni sono riconducibili alla dimensione cronologica (il subappalto concorrerà al rispetto dei tempi previsti dall'affidamento originario e dunque non potrà discostarsene) e agli aspetti economici, non potendo il subappalto comportare un aggravio dei costi per il committente.

Queste considerazioni comportano una importante considerazione relativamente alla autonomia imprenditoriale che caratterizza l'impresa titolare del subappalto. Questa libertà di azione, infatti, appare essere limitata proprio da quelle esigenze di armonizzazione del subappalto rispetto al contratto principale che inducono a considerare come, mentre da un lato il subappaltatore ha la facoltà di utilizzare con piena libertà i mezzi, le professionalità e la capacità organizzativa di cui dispone per onorare la prestazione professionale, dall'altro questa libertà appare circoscritta ad un perimetro

---

<sup>25</sup> Sersale N. (2015), *Il subappalto nei contratti pubblici, disciplina privatistica e pubblicistica*, Frosinone, Key editore.

<sup>26</sup> Scarpa A. (2023), "Il subappalto tra disciplina civilistica e Regole Pubblicistiche", op. cit.

<sup>27</sup> Matricardi A. (2021), *Il subappalto nel Codice civile*, op. cit.

contrattuale definito nel contratto principale quanto ad alcuni elementi fondamentali come la durata del contratto e la contropartita economica.

Se, dunque, in ambito civilistico la disciplina del subappalto, si ricava essenzialmente dalle norme dettate per l'appalto, ove applicabili, nonché alle sole due norme espressamente dedicate: l'art 1655 e l'art 1670 (relativo alla responsabilità dei subappaltatori), in ambito pubblicistico, abbiamo invece visto come il legislatore abbia avvertito nel tempo la necessità di adottare una serie di disposizioni specifiche per introdurre limiti e vincoli all'utilizzo del subappalto<sup>28</sup>. Si tratta di una disciplina "speciale" finalizzata a tutelare molteplici interessi generali, tra cui quello di non vanificare le procedure ad evidenza pubblica e i controlli che vengono effettuati in quelle sedi relativamente ai requisiti (di ordine morale e speciale) che tutti i concorrenti devono necessariamente possedere, per partecipare alle gare di appalto<sup>29</sup>.

Le modifiche intervenute sul nuovo testo relativo al subappalto, e segnatamente quelle adottate con il comma 2 dell'articolo 119 del D. Lgs. 36/2023, contengono alcune importanti innovazioni che, a partire dalla fase definitiva, consentono di esaminare anche la differenza tra l'approccio civilistico e quello pubblicistico. Vediamo dunque i due testi in sinossi:

<b>Art. 105, comma 2 del D. Lgs. 50/2016</b>	<b>Art. 119, comma 2 del D. Lgs. 36/2023</b>
<i>Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto.</i>	<i>Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore.</i>

La differenza tra le due formulazioni chiarisce come elemento essenziale del subappalto (essenziale al punto da distinguere questa fattispecie da tutte le altre tipologie di contratti)

---

<sup>28</sup> Sersale N. (2015), *Il subappalto nei contratti pubblici, disciplina privatistica e pubblicistica*, op. cit.

<sup>29</sup> Con questa locuzione si indica la procedura che la Pubblica Amministrazione è tenuta a seguire al fine di giungere alla stipula di un contratto privato. In altre parole, è il procedimento necessario per poter svolgere la sua attività negoziale nell'individuazione di un contraente per il reperimento di forniture, servizi ed opere nei contratti di appalto.

è legata al fatto che il subappaltatore deve mettere a disposizione non solo la propria capacità organizzativa, ma debba anche farsi carico dei rischi connessi alla prestazione. Si tratta di una definizione che aveva recepito quanto sostenuto da autorevole giurisprudenza: in sostanza, non tutte le lavorazioni di opere o di servizi possono qualificarsi come subappalto e analizzeremo più avanti le differenze tra il subappalto ed i diversi contratti derivati; perché lo siano, occorre che le prestazioni vengano affidate ad un soggetto terzo (quindi distinto sia dal punto di vista economico, sia da quello giuridico rispetto all'appaltatore principale); questo soggetto deve comunque realizzare la parte di prestazioni a lui affidate in autonomia, mettendo a disposizione la propria capacità organizzativa ed i propri mezzi strumentali, assumendosi contestualmente anche i rischi connessi alla prestazione: rischi che devono essere valutati anche in termini di rispetto di scadenze e di costi rispetto al contratto originario, come abbiamo visto. Viene quindi esclusa la possibilità di definire come subappalto la realizzazione di un'opera o alla erogazione di un servizio che veda il soggetto come esecutore materiale senza margini di autonomia imprenditoriale, come del resto una costante giurisprudenza aveva già sottolineato. Il testo dell'articolo 119 del D. Lgs. 36/2023 (in continuità con il citato articolo 105 del D. Lgs. 50/2016) si pone in una situazione di divaricazione dell'impostazione pubblicistica rispetto a quella privatistica che va segnalata perché significativa.

Il Codice civile non pone limiti alla possibilità di subappaltare i lavori da parte del contraente principale: la relazione fiduciaria tra questi ed il committente consentirebbe il trasferimento di tutte le opere a soggetti terzi e la configurazione dell'operatore economico principale come soggetto aggregatore di competenze professionali ed organizzative che risiedono in una serie di imprese terze. Diversamente nell'appalto pubblico, secondo quanto previsto dalla impostazione del Legislatore, il subappalto non può avere oggetto l'intera prestazione del contratto d'appalto, anche se questa declinazione è stata oggetto di profonde revisioni normative che analizzeremo nelle prossime pagine. Anche il profilo autorizzativo previsto dalla norma civilistica assume aspetti diversi e molto più ampi rispetto a quanto contenuto nella normativa pubblicistica. L'autorizzazione prevista dall'art. 1656 del Codice civile rimanda alla libera autonomia del committente privato: il Codice non prevede una forma tipica per l'autorizzazione, che può essere generica ed espressa in qualunque forma compresa, essendo ammessa anche

la forma orale; la dottrina ammette che nell'ambito del rapporto tra privati regolato dal Codice civile possa essere ammessa anche un'autorizzazione a ratifica, successiva all'esecuzione dei lavori. In questa interpretazione dottrinarina è possibile riscontrare non soltanto una conseguenza della discrezionalità del committente, ma una ulteriore conferma che l'appalto costituisce una fattispecie *intuitu personae*: anche la ampia discrezionalità nella scelta delle modalità di autorizzazione ad effettuare il subappalto sarebbe infatti espressione della fiducia che il committente ripone nell'appaltatore relativamente alle sue qualità tecniche e professionali, tra le quali troverebbe posto anche quella di scegliere in maniera opportuna l'affidamento di parte delle prestazioni in subappalto, attraverso una scelta di opportunità di operatori economici in grado di eseguire in maniera ottimale (e migliore di quanto egli sarebbe in grado di fare autonomamente) la prestazione professionale richiesta dal contratto.

Diversamente, quando si agisce nell'ambito degli appalti pubblici, la discrezionalità della stazione appaltante appare molto ridotta e sostanzialmente limitata ad una funzione ricognitiva rispetto alla sussistenza delle caratteristiche e degli specifici requisiti previsti dalla norma<sup>30</sup>.

La nuova disciplina è contenuta nell'art. 119 del Nuovo Codice dei contratti pubblici (D. lgs. 31 marzo 2023 n.36), quest'ultima, rappresenta un punto di svolta significativo nella regolamentazione del subappalto nell'ambito dei contratti pubblici, introducendo importanti novità tra cui, l'eliminazione dei limiti quantitativi e anche l'esigenza di definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni.

Nello specifico, il comma due della citata disposizione, dà una definizione precisa dell'istituto del subappalto definendolo, come abbiamo visto: un “[...] *contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore*”. Pertanto, ogni prestazione o lavorazione affidata a terzi ricade nell'ambito di questo contratto purchè appunto l'appaltatore abbia la capacità di svolgere

---

<sup>30</sup> Scarpa A. (2023), “Il subappalto tra disciplina civilistica e Regole Pubblicistiche”, op. cit., pp. 5-7.

le lavorazioni con l'autonomia che gli deriva da un lato dalla messa a disposizione dei mezzi e della propria struttura organizzativa, dall'altro dall'assunzione dei rischi connessi alla realizzazione dell'opera.

Sul piano della teoria generale, quindi, il subappalto è un contratto appartenente alla categoria di contratti di cooperazione giuridica, in quanto esso amplia "l'utilità del contratto e la possibilità di sfruttamento delle cose, rafforzando la solidarietà e la compagine sociale"<sup>31</sup>.

È importante precisare che il subappalto è diverso rispetto alla cessione del contratto, prevista dall'art 1406 del Codice civile, il quale recita:

*“Ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta”.*

La cessione del contratto si configura quindi come un contratto plurilaterale alla cui formazione concorrono tre parti: il cedente, il cessionario e il ceduto<sup>32</sup>. In realtà quest'ultimo partecipa al processo di cessione in una posizione distinta rispetto agli altri soggetti coinvolti; il suo ruolo si limita a dare il consenso agli effetti della cessione sulla sua sfera giuridica, agendo come un terzo e non come una parte diretta della cessione stessa. In questo caso, di norma, la dichiarazione del ceduto costituisce un elemento essenziale e, quindi, un requisito per la validità della cessione. La natura giuridica della cessione del contratto è stata delineata sia in dottrina che in giurisprudenza, anche sulla base degli studi compiuti dalla pandettistica tedesca, e da quanto premesso emerge che il terzo succede integralmente nel rapporto originario, ossia in tutte le posizioni attive e passive ad esso correlate. La cessione, quindi, importa una modificazione soggettiva del contratto, operando una vera e propria novazione soggettiva mediante la sostituzione di una parte<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup>Giovannelli M. (2024), “Subappalto e subcontratto per prestazioni accessorie”, *Urbanistica e Appalti*, 2, p. 209

<sup>32</sup> Si veda in proposito la Sentenza della Corte di Cassazione, Sentenza 20 febbraio 1963, n. 413, secondo la quale il consenso del contraente ceduto non può assumere la forma ed il valore di una mera adesione all'accordo già intercorso tra il cedente ed il cessionario

<sup>33</sup>Santoro E., Santoro P. (2007), *Trattato breve dei contratti pubblici*, Milano, Maggioli

La cessione del contratto non è tuttavia prevista per l'appalto (e per il subappalto) nell'ambito di una procedura pubblica. Già l'art. 105 del D. Lgs. 5/2016 aveva stabilito il divieto di cessione del contratto, sanzionando tale atto con la nullità. Questa impostazione è stata confermata anche dall'articolo 119, comma 1 del D. Lgs. 36/2023 e conferma la natura stessa dei contratti di appalto e subappalto rispetto alla loro difformità rispetto alle analoghe fattispecie regolamentate dal Codice civile. In particolare, pur non prevedendo più alcun limite al subappalto, viene esclusa la possibilità di trasferire l'intera prestazione; ciò implica che nella dinamica tra committente, contraente principale e subappaltatore si stabilisca un nesso per il quale risulta fondamentale per l'ordinamento identificare le figure giuridiche coinvolte ed individuare per ognuna di esse obbligazioni, oneri, responsabilità e rischi. E' proprio in nome del principio dell'immodificabilità del contraente che la cessione del contratto viene confermata come fattispecie vietata ed il contratto eventualmente costituito in violazione colpito da nullità. Questo implica che nel subappalto non avviene un trasferimento del ruolo di contraente dal contratto originale di appalto, sicché l'autorizzazione concessa dal committente non crea una struttura trilaterale, ma mantiene quella bilaterale del contratto di appalto con l'aggiunta di un ulteriore rapporto tra appaltatore e subappaltatore<sup>34</sup>.

Il tema è stato affrontato, prima ancora che nel nuovo Codice, con l'art 49 del decreto- legge n. 77/2021, che ha apportato alcune modifiche significative alla disciplina del subappalto. In esso sono infatti state inserite le modifiche al comma 1 dell'articolo 105 del D. Lgs. 50/2016, prevedendo espressamente che:

*“A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera”.*

Il testo di questa modifica, che è posta dal Legislatore a premessa della regolamentazione del subappalto, pone quindi una differenza tra l'appalto (ed il collegato subappalto) e le altre

---

<sup>34</sup> Mangini V., Iacuanello Bruggi M. (1997), *Il contratto d'appalto*, Torino, UTET, 1997.

fattispecie previste dalla disciplina dei contratti secondo la norma civilistica. Da qui si deduce la rigorosa disciplina prevista oggi per le modificazioni soggettive dei contratti pubblici, nella quale giocano un ruolo determinante gli aspetti connessi alla necessità di assicurare da un lato, la trasparenza e l'imparzialità della vicenda contrattuale e dall'altro un corretto ed efficace utilizzo del denaro pubblico. In particolare, nel corso degli anni, un ruolo centrale è stato ricoperto dalla corretta individuazione dell'appaltatore non solo in base al principio dell'*intuitus personae* al quale abbiamo già accennato, ma anche dall'esigenza di accrescere la tutela contro possibili infiltrazioni mafiose, specie nella fase di aggiudicazione.

Quanto abbiamo fin qui delineato rispetto al subappalto evidenzia come esso sia una particolare tipologia di subcontratto: nella dinamica dell'affidamento a terzi di una parte delle opere o dei servizi, l'appaltatore diventa a sua volta committente, definendo una nuova relazione che crea un rapporto obbligatorio di mezzi e non di risultato dal quale tuttavia il committente è escluso, non potendo questi né vantare diritti, né acquisire obblighi nei confronti del subappaltatore. Il rapporto tra contraente principale e committente non subisce infatti conseguenze dall'introduzione del subappalto per una parte delle prestazioni, considerando che la responsabilità delle lavorazioni continua a gravare sull'appaltatore. La possibilità di ricorrere al subappalto può determinare la proliferazione di contratti d'appalto per come li abbiamo descritti, determinando una molteplicità di "livelli" contrattuali che potrà essere tanto più profonda quanto più sarà possibile ricorrere ai cosiddetti "appalti a cascata" (dei quali parleremo più avanti e che consentono anche al subappaltatore di affidare a terzi una parte delle lavorazioni ottenute). Tra tutti questi contratti continuerà ad esistere la connessione logica e temporale con il contratto principale, dai quali tutti dipendono tramite la relazione tra committente e contraente principale quanto a validità, efficacia e condizioni. In altri termini, pur essendo contratti a se stanti, per ognuno dei quali vale l'autonomia imprenditoriale del subappaltatore come struttura organizzativa in grado di mettere a disposizione mezzi e competenze per realizzare la parte di opera affidata, essi condivideranno *pro quota* i termini fondamentali del contratto principale e saranno tenuti a contribuire al rispetto delle sue condizioni generali.

Questa dinamica definisce una particolarità rispetto alla fattispecie generale del subcontratto. Nel subcontratto, infatti, la posizione contrattuale non viene trasferita da un soggetto (il contraente principale) ad un altro (il subcontraente). Il contratto che viene stipulato può contenere delle variazioni rispetto ai termini del contratto-base (ad esempio per quanto riguarda i tempi di consegna, i prezzi unitari, il sistema delle penali). La definizione degli elementi generali del contratto derivato sono piuttosto difficili da determinare: non solo infatti non esiste accenno a questa fattispecie generale nel Codice civile, dove l'unico riferimento è rappresentato dal rimando all'azione diretta del creditore della prestazione nel contratto di base nei confronti del titolare della posizione passiva nel subcontratto: ciò consente ad esempio al locatore di promuovere un'azione diretta contro il subconduttore sia per ottenere il pagamento della sublocazione, sia per adempiere a tutte le obbligazioni che derivano dal subcontratto<sup>35</sup> e allo stesso tempo anche il mandante è autorizzato ad agire direttamente contro la persona sostituita dal mandatario<sup>36</sup>. Anche dal punto di vista pubblicistico il riferimento del subappalto al *genus* generale del subcontratto è sfumato. E' così interessante notare che il Legislatore non ha prodotto una definizione "autonoma" di subcontratto, ma ha preferito procedere per sottrazione, includendo in questa fattispecie tutte le situazioni che, in virtù di particolari limiti legati alla tipologia, alle proporzioni rispetto al contratto principale e particolari condizioni indicate dalla norma, non può essere gestito attraverso un subappalto<sup>37</sup>.

A livello generale, si identificano quattro fattispecie che possono essere ricondotte al tema del subcontratto: oltre al subappalto esistono i subcontratti assimilati al subappalto, la lavorazione in cottimo ed il subcontratto in senso stretto. Il comma 2 dell'articolo 119, stabilisce che tutte le prestazioni possono essere svolte con la forma del subcontratto purchè rispettino alcune caratteristiche fissate dalla norma. Tra queste, le principali forme di subcontratto sono:

- *la fornitura con posa in opera*: in essa si realizza l'installazione del prodotto realizzato da un soggetto economico. Si tratta di una prestazione accessoria di forniture che sono eseguite direttamente da un operatore e che non implicano

---

<sup>35</sup> Articolo 1595 del Codice civile

<sup>36</sup> Articolo 1717, comma 4 del Codice civile

<sup>37</sup> Chinè G. (1993), "Il subcontratto tra teoria generale ed ipotesi tipiche", *Giustizia civile*, p. 575.

la trasformazione di materiali. L'oggetto dell'obbligazione è infatti la cosiddetta "prestazione di dare": la fornitura di alcuni beni richiederebbe una attività di installazione e collaudo che non si configura come lavorazione in senso stretto, ma che piuttosto appare come accessoria alla fornitura stessa, al punto che questo tipo di contratto viene assimilato alla vendita. Nell'ambito di un appalto, una lavorazione di questo tipo può essere subappaltata, ma sarà necessario effettuare una comunicazione al committente dalla quale si evinca che l'importo della fornitura è inferiore al 2% del valore dell'appalto, o ha un importo inferiore a 100.000 euro e un'incidenza del costo della manodopera e del personale superiore al 50% della fornitura complessiva<sup>38</sup>; questo ultimo punto risulta essere dirimente proprio in ragione del fatto che la prestazione di manodopera risulta strumentale alla fornitura del bene o del servizio;

- *il nolo a caldo*: si determina quando un soggetto mette a disposizione di un appaltatore un mezzo d'opera, fornendo anche l'operatore specializzato. Il nolo a caldo deve essere effettuato per un tempo limitato e strettamente necessario alla esecuzione della prestazione professionale. Si tratta di una fattispecie di confine tra la locazione ed il contratto di prestazione professionale: l'esempio tipico di questo tipo di servizio è il noleggio di macchine per la movimentazione di terra e di inerti, che vengono utilizzate per un periodo limitato e che richiedono personale qualificato fornito direttamente dal fornitore del servizio. Anche in questo caso sarà necessaria una comunicazione alla stazione appaltante in modo che esplicitino i limiti già precedentemente dedotti del 2%, dell'importo di 100.000 euro e del valore dell'appalto e del 50% dell'importo della manodopera, giustificato anche in questo caso dalla accessoria dell'intervento professionale rispetto al noleggio del bene necessario ad eseguire la prestazione<sup>39</sup>.

A discriminare l'utilizzo dello strumento del subappalto o di quello del subcontratto sarebbero dunque i limiti definiti relativi alla percentuale e al valore degli importi e all'impatto della manodopera sulla prestazione complessiva. La ratio della norma è quella

---

<sup>38</sup> D. Lgs. 36/2023, articolo 119, comma 2

<sup>39</sup> Sadile C., "I sub-contratti negli appalti di lavori pubblici: definizioni e prassi distorsive", *Amministrazione in Cammino*, 2012

di assimilare ai lavori attività che hanno diversa qualificazione, in modo da offrire anche a queste le garanzie che sussistono per i subappalti<sup>40</sup>.

Il D. Lgs. 36/2023 ha in qualche modo spinto verso la più generica fattispecie del subcontratto una serie di situazioni per le quali ha previsto l'esclusione dalla possibilità di attivare il subappalto. Queste tipologie sono identificate dal comma 3 dell'articolo 119 del D. Lgs. 36/2023. Queste sono:

- a) l'affidamento di attività secondarie, accessorie o sussidiarie a lavoratori autonomi: l'affidamento di queste attività deve comunque essere oggetto di comunicazione alla stazione appaltante;
- b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
- c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani;
- d) 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; in questo caso i relativi contratti dovranno essere trasmessi alla stazione appaltante almeno contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

Nei casi di cui al punto a) e d), la ragione che impedisce il ricorso al subappalto è legata all'assenza, per questo tipo di rapporti contrattuali, della capacità imprenditoriali ed organizzative necessarie a realizzare la fornitura. In particolare, per quanto riguarda i contratti sottoscritti prima dell'indizione della procedura, viene evidenziato - tanto in dottrina quanto in giurisprudenza - come le circostanze temporali indichino chiaramente che l'obbligazione del contratto di servizio o fornitura va a beneficio dell'operatore economico affidatario e non della stazione appaltante. E' infatti impossibile (proprio per la circostanza temporale) considerare queste prestazioni come subaffidamento di parti del contratto aggiudicato<sup>41</sup>.

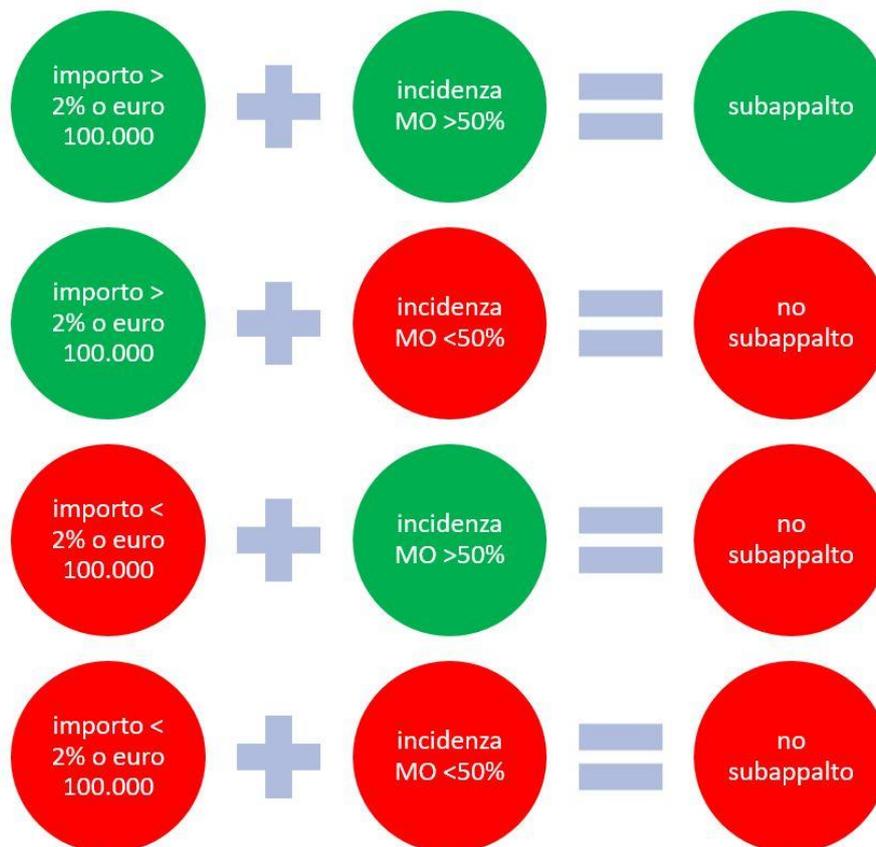
---

<sup>40</sup> Villata R., Ramajoli M. (2024), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pacini Giuridica, coll. 607-609.

<sup>41</sup> Girlando P. (2023), "Il subappalto nel nuovo codice dei contratti senza (o quasi) limiti e differenza con il mero subcontratto". *Aliautonomie.it*. <https://aliautonomie.it/wp-content/uploads/2023/09/Il-Subappalto-nel-nuovo-codice-dei-contratti-senza-o-quasi-limiti-e-differenza-con-il-mero-subcontratto-di-Pier-Luigi-Girland.pdf>. Sito consultato il 16 luglio 2024.

Il quadro generale che emerge nella differenziazione tra subappalto e altre tipologie di contratti è così complesso e comporta una serie di possibilità che orientano la scelta verso l'una o l'altra tipologia di contratti. La figura 1 evidenzia ed esemplifica la gamma di possibilità che vengono a crearsi:

Figura 1 – Subappalto e subcontracto: possibilità e esclusioni



Fonte: Santinelli M. (2023), Il subappalto negli appalti pubblici.

### 1.3 Caratteristiche del subappalto: l'autorizzazione del committente

Come già illustrato sopra, il principale presupposto del subappalto è la presenza, alla base, di un contratto di appalto, del quale il contratto di subappalto ad esso collegato segue la vita e le sorti, anche rispetto alla validità; lo stesso Codice civile riporta come figura prioritaria unicamente quella dell'appaltatore (ossia l'imprenditore che con propri mezzi e rischi si incarica della realizzazione del risultato finale). Nonostante questo, tuttavia, il subappalto presenta le proprie regole e caratteristiche peculiari che lo rendono unico e diverso dal contratto di appalto dal quale dipende

I soggetti protagonisti di questo rapporto contrattuale sono:

1. Committente;
2. Appaltatore;
3. Subappaltatore.

A questo proposito è utile segnalare come la giurisprudenza affermi che il soggetto appaltatore deve essere necessariamente un imprenditore; ciò trova conferma dalla formulazione dell'art 1655 in quanto le espressioni “organizzazione dei mezzi necessari” e “gestione a proprio rischio” utilizzano una terminologia utilizzata per identificare i requisiti tipici dell'impresa<sup>42</sup>; parte della dottrina risulta essere, sulla base di una interpretazione restrittiva del principio dell'intuitu personae, di contrario avviso e sostiene che l'organizzazione dei mezzi sia l'unico requisito necessario. La disciplina in questione quindi si applicherebbe anche a chi occasionalmente si assuma l'incarico di eseguire un'opera o effettuare un servizio senza assumere la qualifica di imprenditore. Tuttavia, va rilevato come l'interpretazione prevalente sia proprio verso la prima interpretazione, anche sulla base del fatto che il ricorso all'intuitu personae non esclude che il soggetto sul quale si “deposita” la fiducia del committente sia una persona fisica, potendo in effetti essere anche una persona giuridica o, come sintesi di questa interpretazione, una persona fisica (l'imprenditore) in quanto rappresentante (sia dal punto di vista legale, sia sotto il profilo organizzativo) dell'impresa della quale è a capo. Anche sotto il profilo della prassi risulta complesso individuare una persona fisica occasionalmente incaricata di eseguire un'opera, anche in considerazione delle caratteristiche che l'impresa subappaltatrice deve dimostrare di possedere.

Per quanto riguarda nello specifico i rapporti intercorrenti tra le parti, l'appaltatore necessita dell'autorizzazione del committente per affidare parte delle prestazioni in subappalto; questo non determina il sorgere di alcun rapporto tra i due<sup>43</sup> e di conseguenza nessuno di tali soggetti acquista diritti né assume obbligazioni nei confronti dell'altro. L'autorizzazione tutela essenzialmente il committente e l'interesse di questi alla corretta esecuzione dell'opera o del servizio, e può anche essere preventiva e generica, e conferma

---

<sup>42</sup> Franceschetti P. (2016), *Contratto preliminare*, Altalex, 27 aprile 2016. <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2016/03/09/contratto-preliminare>.

<sup>43</sup> Cassazione civile, Sez. II, Sentenza dell'11 agosto 1990, n. 8202.

che la fiducia riposta nell'appaltatore è tale da far confidare anche nella bontà e oculatezza della sua scelta del subappaltatore<sup>44</sup>. La mancata autorizzazione all'esecuzione del subappalto può comportare conseguenze diverse: alcuni ritengono che ciò renda il contratto nullo, mentre altri lo considerano annullabile.

In particolare, l'orientamento prevalente, della dottrina, accolto anche dalla giurisprudenza, è quello secondo il quale in mancanza di autorizzazione, il contratto di subappalto sia affetto da nullità relativa e pone, in capo al committente, la legittimazione ad agire per far pronunciare tale nullità<sup>45</sup>. Tale soluzione si ricava, tra l'altro, in via analogica dalla disciplina in materia di appalti pubblici, ma nel sistema vigente del diritto privato non sembra trovare stabili appigli, per una serie di ragioni di seguito riportate:

1. Anche rimarcando la natura strettamente individuale dell'interesse protetto dall'art 1656 c.c., è difficile giustificare una tutela anticipata del committente dotata del grado massimo di deterrenza;
2. Tale elaborazione dottrinale in materia di subcontratto considera che la nullità del contratto derivato, privo di autorizzazione, derivi dalla intromissione illecita nella sfera giuridica del primo contraente in assenza di un suo consenso preventivo al ricorso a tale fattispecie. Tuttavia, è utile ricordare che la giurisprudenza non ha dubbi in merito all'autonomia strutturale del subappalto rispetto al contratto principale ad esso collegato, e così come sull'assunto che dalla stipulazione del contratto di subappalto non conseguano diritti né obblighi in capo al committente<sup>46</sup>.

Ragionando in questo modo il risultato è che il committente, che assume la veste di terzo nel contratto di subappalto, non può per questo motivo né essere favorito né leso o pregiudicato da quest'ultimo, non essendo idoneo ad incidere nella sua sfera giuridico-

---

<sup>44</sup> Esposito R. (2024), "Il subappalto negli appalti pubblici. In particolare, il soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione della terna dei subappaltatori alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici e del relativo Decreto correttivo", *Il diritto amministrativo*, 16 (7).

<sup>45</sup> Federici F. (s.d.), "L'autorizzazione al subappalto", *Il diritto amministrativo*

<sup>46</sup> In applicazione del principio della relatività degli effetti giuridici del contratto, in base al quale il contratto spiega i suoi effetti solo ed esclusivamente nei confronti delle part'. Esso esprime la regola dell'intangibilità della sfera giuridica individuale, che non può essere modificata da atti negoziali altrui.

patrimoniale. Alla luce di queste considerazioni si giustifica, la necessità di chiedere il suo consenso (tramite l'autorizzazione) ai fini della validità del subappalto,

1. Il rimedio della nullità relativa può essere fatto valere solo ed esclusivamente da un soggetto che sia anche parte del contratto invalido, mentre nel caso in questione il committente non è parte del contratto di subappalto<sup>47</sup>.
2. Infine: la sanzione della nullità è vista come un aspetto negativo in relazione a una certa configurazione d'interessi disapprovata dal sistema legale, aspetto che però non sembra essere evidente nel caso del subappalto privato.

Un'altra parte della dottrina invece, pur reputando valido ed efficace tra le parti il subappalto non autorizzato, sostiene che esso sia inefficace nei confronti del committente (cosiddetta teoria dell'inefficacia del subappalto rispetto al committente). Questa teoria si basa sul concetto di efficacia riflessa del contratto, che implica da un lato, l'opponibilità del contratto e dall'altro, l'importanza esterna di questo.

Nella prassi, si esclude che la stipulazione del subappalto senza autorizzazione configuri, a carico dell'appaltatore, un inadempimento grave a tal punto da giustificare lo scioglimento del contratto; la gravità dell'inadempimento va ricercata piuttosto, nella mancanza di idoneità tecnico-economica del subappaltatore, la sola a determinare l'irrimediabile compromissione dell'utilità attesa dal contratto. L'autorizzazione al subappalto, presupponendo la verifica di tale idoneità in realtà è volta a prevenire preliminarmente tale eventualità.

Anche il D. Lgs. 36 del 2023 si occupa dell'autorizzazione al subappalto; l'art 119 precisa che l'appaltatore che intende avvalersi del subappalto deve presentare alla stazione appaltante (Pubblica amministrazione aggiudicatrice o altro soggetto di diritto che affida appalti pubblici di lavori, forniture o servizi e concessioni) un'apposita istanza, subordinata alla serie di condizioni ovvero:

- che l'appaltatore sia qualificato per eseguire le lavorazioni previste;

---

<sup>47</sup> Federici F. (s.d.), "L'autorizzazione al subappalto", op. cit.t

- che non gravino su di lui le cause di esclusione previste dal Codice, incluse quelle relative alla prevenzione dalle infiltrazioni della criminalità negli appalti pubblici;
- che la previsione dell'affidamento in subappalto di una parte delle opere sia presente nell'offerta<sup>48</sup>;

Inoltre, gravano sull'affidatario dei lavori (o su ciascuno dei partecipanti all'eventuale raggruppamento temporaneo di impresa, consorzio o società che hanno ottenuto l'affidamento dei lavori) una serie di ulteriori adempimenti

- a. Copia autentica del contratto di subappalto, con la specifica relativa alla sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento tra gli aggiudicatari ed i subappaltatori, ex articolo 2359 del Codice civile;
- b. La certificazione che attesti il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione;
- c. La dichiarazione attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'art 38 del Codice.

L'autorizzazione è rilasciata dalla stazione appaltante entro 30 giorni dalla presentazione della richiesta<sup>49</sup>: il tempo a disposizione della stazione appaltante non è cambiato rispetto alle previgenti disposizioni del Codice degli appalti ed è consolidato a partire dal Codice del 2006: non tanto perché il Legislatore abbia sottovalutato l'importanza dei controlli che la Pubblica amministrazione aggiudicatrice è tenuta a svolgere (tanto è vero che ha previsto una proroga, subordinata a motivi giustificati). Rispetto al passato, infatti, vi è maggiore affidamento sulla possibilità di effettuare i dovuti controlli e le verifiche previste dal codice attraverso il collegamento telematico tra le varie amministrazioni. La previsione di un periodo massimo (inclusa la proroga) di sessanta giorni trova tuttavia una importante giustificazione nella necessità di offrire certezze in merito ai tempi di aggiudicazione e di esecuzione delle opere. A questa esigenza risponde anche la previsione del silenzio assenso nel caso la stazione appaltante non conceda l'autorizzazione nei termini previsti. Va inoltre segnalato come i tempi per la concessione dell'autorizzazione si dimezzino nel caso di importi inferiori a 100.000 euro. Beninteso,

---

<sup>48</sup> D. Lgs. 36/2023, articolo 119, comma 4.

<sup>49</sup> D. Lgs. 36/2023, articolo 119, comma 16

la richiesta di autorizzazione può essere negata dalla stazione appaltante: ma il diniego dovrà essere sostenuto dall'applicazione puntuale e rigorosa della norma e dunque dal rispetto dei requisiti previsti dal Codice degli appalti e dalle norme ad esso collegate. Secondo la giurisprudenza, non sarebbe ammissibile alcun potere discrezionale da parte della stazione appaltante e secondo l'orientamento prevalente la valutazione delle opposizioni al diniego rientra nelle competenze del giudice ordinario<sup>50</sup>.

Di conseguenza, relativamente all'autorizzazione, la disciplina pubblicistica sembra distinguersi dalle previsioni privatistiche che come abbiamo detto considerano l'autorizzazione come un atto riconducibile alla sfera del rapporto fiduciario tra committente e appaltatore: in questa prospettiva, l'elemento fiduciario del rapporto configura in capo al committente un potere ampiamente discrezionale e non vincolante; nell'appalto pubblico, invece, l'autorizzazione assume sostanzialmente il significato di un atto dovuto da parte della stazione appaltante, con una funzione ricognitiva in ordine alla sussistenza delle condizioni in essere.

#### **1.4 I rapporti tra le parti: implicazioni pratiche e responsabilità solidale nel subappalto**

Alla luce delle considerazioni sinora effettuate, occorre verificare se il committente principale e il subappaltatore acquistino e assumano obbligazioni reciproche. Secondo alcuni autori, data l'assenza di una disposizione simile all'art 1595 Codice civile<sup>51</sup>, nella disciplina del subappalto contenuta nel Nuovo Codice e stante la non applicabilità analogica di tale norma, trattandosi di norma eccezionale, si esclude che al committente spetti un'azione diretta nei confronti del subappaltatore volta ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione cui quest'ultimo è tenuto verso il proprio creditore, ovvero verso il contraente principale<sup>52</sup>. Il committente, per ottenere ciò che è stato pattuito contrattualmente, potrebbe rivolgersi solo ed esclusivamente alla propria parte

---

<sup>50</sup> TAR del Lazio, Sezione III, Sentenza 6 aprile 2016, n. 4181.

<sup>51</sup> *“Il locatore, senza pregiudizio dei suoi diritti verso il conduttore, ha azione diretta contro il subconduttore per esigere il prezzo della sublocazione, di cui questi sia ancora debitore al momento della domanda giudiziale, e per costringerlo ad adempiere tutte le altre obbligazioni derivanti dal contratto di sublocazione”.*

<sup>52</sup> Sersale N. (2015), *Il subappalto nei contratti pubblici, disciplina privatistica e pubblicistica*, op. cit.

contrattuale: l'appaltatore, appunto; sarà tuttavia costretto a lasciare a quest'ultimo l'azione in garanzia o in regresso nei confronti del subappaltatore; l'appaltatore sarà quindi responsabile nei confronti del committente anche delle inadempienze che derivino dal mancato rispetto delle obbligazioni da parte del subappaltatore<sup>53</sup>. Secondo altri, invece, il meccanismo di cui all'art 1595 c.c. avrebbe carattere generale e l'azione prevista in tale norma sarebbe esperibile anche nelle figure sub-contrattuali che non la prevedono espressamente<sup>54</sup>.

Anche la Suprema Corte di Cassazione si è occupata della questione, interpretandola nel senso che la consapevolezza, o anche il consenso, espresso dal committente all'esecuzione totale o parziale, delle opere in subappalto, varrebbe solo ed esclusivamente a rendere legittimo il ricorso dell'appaltatore a tale modalità di esecuzione della propria prestazione, ma non ad instaurare alcun rapporto diretto tra committente e subappaltatore<sup>55</sup>. Pertanto, la conseguenza è che, in mancanza di accordi diversi, il subappaltatore sarà responsabile della sua esecuzione solo ed esclusivamente nei confronti dell'appaltatore, e non anche del committente. Di regola avverrà, quindi, che il committente potrà eventualmente agire in giudizio nei confronti dell'appaltatore, e solo quest'ultimo potrà a sua volta citare il subappaltatore, proprio in virtù del rapporto che li lega.

Andando ad esaminare, invece, i rapporti intercorrenti tra appaltatore e subappaltatore, se è vero quanto fin qui detto, vale a dire che il contratto derivato non altera l'originario rapporto di appalto, è parimenti vero che per effetto del subappalto viene ampliata la responsabilità dell'appaltatore nei confronti del committente: egli sarà, come detto, infatti responsabile non solo del suo operato ma anche di quello del proprio subappaltatore<sup>56</sup>. È possibile per l'appaltatore esperire l'azione di regresso<sup>57</sup> ex art 1670 del Codice civile nei confronti del subappaltatore. Detta norma prevede che:

---

<sup>53</sup> Galgano F. (2011), *Le obbligazioni in generale*, Bologna-Roma, Cedam

<sup>54</sup> Bianca C. M. (2019), *Diritto Civile. IV L'obbligazione*, Milano, Giuffrè.

<sup>55</sup> Corte di Cassazione Civile, Seconda sezione, Sentenza del 2 agosto 2011, n. 16917

<sup>56</sup> Sersale N. (2015), *Il subappalto nei contratti pubblici, disciplina privatistica e pubblicistica*, op. cit.

<sup>57</sup> Con azione di regresso si intende l'atto mediante il quale un soggetto creditore avvia un procedimento atto ad ottenere, da parte di un soggetto debitore, l'adempimento di una spettanza economica precedentemente stabilita.

*“L'appaltatore per poter agire in regresso nei confronti dei subappaltatori deve, sotto pena di decadenza, comunicare ad essi la denuncia, entro sessanta giorni dal ricevimento”.*

Presupposto fondamentale dell'azione di regresso è la comunicazione, entro un termine perentorio di sessanta giorni, della denuncia dei vizi; sebbene il legislatore non lo abbia esplicitato, l'analisi letterale del testo civilistico evidenzia come l'azione dell'appaltatore sia subordinata a quella del committente. Il testo viene interpretato dalla dottrina prevalente nel senso che l'oggetto della comunicazione è la denuncia (intesa come contestazione o dichiarazione di avvio dell'azione risarcitoria) che il committente ha inviato all'appaltatore per indurlo al rispetto delle condizioni previste nelle lavorazioni affidate al subappalto<sup>58</sup>. In questo modo, la denuncia del committente è un presupposto necessario per consentire al subappaltatore di attivare il dispositivo dell'articolo 1670 del Codice civile ed agire in giudizio per ottenere il regresso. E' ovviamente sempre possibile che l'appaltatore intenda agire in giudizio direttamente contro il subappaltatore anche a prescindere da una richiesta esplicita del committente, chiedendo il rispetto degli obblighi contrattuali assunti con il subappaltatore<sup>59</sup>.

Anche la Suprema Corte di Cassazione si è pronunciata al riguardo, affermando che l'appaltatore è tenuto a denunciare tempestivamente al subappaltatore le difformità o i vizi a lui contestati dal committente. Prima della sua formale denuncia, l'appaltatore non ha interesse ad agire in regresso nei confronti del subappaltatore, prendendo atto del fatto che comunque, nonostante i vizi palesi, il committente potrebbe accettare ugualmente l'opera, o denunciare i vizi occulti tardivamente. La denuncia non può essere effettuata direttamente dal committente al subappaltatore, poiché i rapporti di appalto e subappalto sono autonomi e tale comunicazione, così come previsto dagli articoli 1669 e 1670 c.c., impone che non solo il destinatario, ma anche la fonte della dichiarazione si identifichino con i soggetti nei confronti dei quali sono destinati a prodursi gli effetti legali impeditivi della decadenza<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Caroccia F. (2011), “Sub art. 1670”, Gabrielli E. (ed.), *Commentario del Codice civile*, Torino, UTET

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> Corte di Cassazione Civile, Sezione II, Sentenza dell'8 ottobre 2018, n. 24717

Va infine precisato che la responsabilità del subappaltatore, sussiste solo ed esclusivamente se il lavoro svolto da questo sia effettivamente stato autonomo, vale a dire nei limiti in cui egli non sia stato mero esecutore degli obblighi dell'appaltatore<sup>61</sup>.

Si può anche verificare un caso peculiare: si tratta dell'ipotesi in cui quanto fatto dal subappaltatore integri un illecito; a questo punto il committente potrà agire per far valere non solo la responsabilità contrattuale, ma anche quella extracontrattuale del subappaltatore. In questa ipotesi risponderanno, dei danni cagionati al committente, in solido sia appaltatore che subappaltatore, ma con un titolo differente<sup>62</sup>.

A tal proposito, proprio l'art 119, comma 6, del D. Lgs. n. 36/2023 sancisce che: “[...] *il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di appalto*”. Dalla disposizione si deduce la previsione, da parte del legislatore, di due fattispecie di responsabilità solidali:

1. La responsabilità inerente alle prestazioni oggetto del contratto di appalto;
2. La responsabilità relativa agli obblighi di natura contributiva e retributivi.

In questo secondo caso, tuttavia, lo stesso appaltatore è esonerato, nel caso in cui la stazione appaltante proceda alla corresponsione diretta delle somme dovute al subappaltatore<sup>63</sup>.

Sotto il profilo della responsabilità, nel subappalto privato l'appaltatore rimane l'unico responsabile nei confronti del committente: il ricorso al subappalto, infatti, non determina l'insorgere di rapporti diretti tra questi e l'impresa subappaltatrice, la quale risponde dell'esecuzione dei lavori all'appaltatore; coerentemente, anche per quanto riguarda il rispetto delle obbligazioni determinate dalla lavorazione (ed in particolare per quanto riguarda il pagamento della prestazione eseguita) il rapporto si instaurerà tra appaltatore e subappaltatore, escludendo qualsiasi ruolo del committente. La responsabilità

---

<sup>61</sup> Carocchia F. (2011), “Sub art. 1670”,

<sup>62</sup> Sersale N. (2015), *Il subappalto nei contratti pubblici, disciplina privatistica e pubblicistica*, op. cit.

<sup>63</sup> Scalise R. (2024), “*La responsabilità solidare tra appaltatore e subappaltatore; la concreta applicabilità nel Dlgs 36/2023*”, *Avvocato di Cantiere*, 7 febbraio 2024. <https://avvocatodicantiere.it/la-responsabilita-solidale-tra-appaltatore-e-subappaltatore-la-concreta-applicabilita-nel-dlgs-36-2023-art-119-comma-6/>. Sito consultato il 17 luglio 2024.

dell'appaltatore nei confronti del committente deriva dall'articolo 1218 del Codice civile e si estende anche alle opere del subappaltatore al quale ha demandato – sia pure in forza di una autorizzazione – una parte delle opere o della realizzazione dei servizi ex art. 1228 del Codice civile, prevedendo tale responsabilità anche relativamente a fatti dolosi o colposi. Dottrina e giurisprudenza escludono invece il ricorso all'articolo 2049 del Codice civile per estendere la responsabilità del committente anche ai danni provocati a terzi dal subappaltatore nel corso dell'esecuzione delle opere o della prestazione: ciò in virtù di una autonomia imprenditoriale del subappaltatore che può essere derogata solo da specifici accordi pattizi con il committente o con l'appaltatore e fatto salvo che questi soggetti non abbiano esercitato una attività di controllo sui lavori del subappaltatore tanto pervasiva da ridurlo al rango di mero prestatore d'opera. E' ammessa una deroga in tal senso solo nel caso che i danni siano provocati dalla circostanza che l'appaltatore abbia affidato i lavori ad una impresa priva dei requisiti tecnici e della capacità organizzativa necessaria ad eseguire la prestazione<sup>64</sup>.

In tema di responsabilità, il D. Lgs. 36/2023 ha introdotto importanti novità. Fino all'entrata in vigore del D. Lgs. 50/2016, infatti, l'impostazione privatistica e quella pubblicistica erano sostanzialmente corrispondenti: anche nel caso di appalti pubblici, infatti, il contraente principale era responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante<sup>65</sup>. Tuttavia, anche su spinta degli atti di emanazione euro-unitaria, questa impostazione era stata modificata, stabilendo che il contraente principale ed il subappaltatore fossero responsabili in solido rispetto alla stazione appaltante. La modifica era stata introdotta con il Decreto-legge n. 77/2021<sup>66</sup> e poi è stata inserita nel testo del nuovo codice degli appalti all'articolo 119 comma 6. Il nuovo testo normativo muta quindi l'approccio alla responsabilità (vedi figura 2) e prefigura una serie di rapporti nei quali i soggetti (appaltatore, subappaltatore e committente) sono reciprocamente coinvolti. In particolare:

---

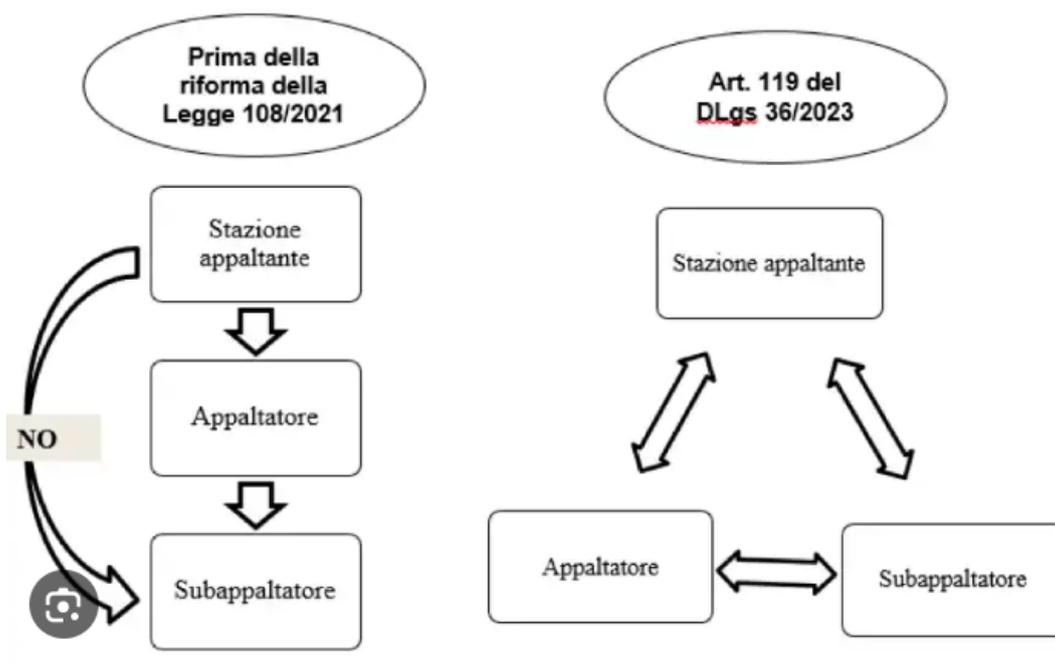
<sup>64</sup> Ivi, pp. 11-13.

<sup>65</sup> D. Lgs. 50/2016, articolo 105, comma 8

<sup>66</sup> Decreto-legge 31 maggio 2021 n. 77, "Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure (GU n. 129 del 31 maggio 2021). Il Decreto è stato convertito con modificazioni dalla Legge 20 luglio 2021, n. 108 .

- il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti dell'amministrazione aggiudicataria per le prestazioni inserite nel contratto di subappalto;
- l'aggiudicatario, a sua volta, è responsabile in solido con il subappaltatore per gli obblighi contributivi e retributivi;
- l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale nei casi previsti dalla norma che prevedono che la stazione appaltante corrisponda direttamente al subappaltatore ed ai titolari dei sub-contratti l'importo delle prestazioni, ovvero quando il subcontraente sia una microimpresa o una piccola impresa o su richiesta del subcontraente, subordinata alla verifica della natura del contratto<sup>67</sup>

Figura 2 – Responsabilità nel subappalto. Differenze tra nuovo e vecchio codice



Fonte: Scalise R. (2023)

Su questo punto, peraltro, la dottrina ha espresso pareri contrastati: la novazione normativa, infatti, non preclude un'interpretazione classica del subappalto inteso come contratto derivato. Il fatto di essere in presenza di contratti distinti comporta infatti la

<sup>67</sup> Articolo 119, comma 11 del D. Lgs. 36/2023

conseguenza che il contratto tra committente e contraente principale si riflettono sul subappaltatore; al contrario, il contratto tra contraente principale e subappaltatore non comporterebbe ripercussioni per il committente, secondo il principio della accessorialità a senso unico.

### **1.5 Le clausole “if and when”**

Frequentemente nel settore dei contratti pubblici, e, nello specifico, nel contratto di subappalto, vengono inserite le cosiddette clausole “*if and when*”. Queste ultime non sono regolate dalla legge italiana, ma sono importate dalla contrattualistica anglosassone ed hanno l’obiettivo di rafforzare la relazione di dipendenza del contratto di subappalto da quello di appalto.

Si tratta di clausole che hanno lo scopo di rendere partecipe il subappaltatore del rischio di inadempimento, dell’insolvenza o anche solo del ritardo del committente principale<sup>68</sup>. Nella pratica contrattuale la clausola si presenta con una varietà di formule, che possono essere ricondotte a due modelli principali:

1. Il primo modello, conosciuto con l’espressione: “*pay when paid*”, che si limita a stabilire che il pagamento del compenso del subappaltatore avverrà nel momento in cui il subcommittente riceverà il corrispettivo da parte del committente principale. In questo caso, la clausola ha natura di termine di adempimento, il che vuol dire che l’esigibilità della prestazione viene differita nel tempo<sup>69</sup>;
2. Il secondo modello, conosciuto come: “*pay if paid*”, attribuisce al subappaltatore il diritto di ricevere il compenso soltanto se e quando il subcommittente abbia ottenuto il corrispettivo del contratto principale di appalto. Si denota come questa clausola trasferisca sul subappaltatore il rischio di insolvenza o di inadempimento del committente principale,

---

<sup>68</sup> Sersale N. (2015), *Il subappalto nei contratti pubblici, disciplina privatistica e pubblicistica*, op. cit.

<sup>69</sup> Salanitro U (2004), “La clausola if and when nel contratto di subappalto”, *Studium Iuris*, 7-8, pp. 882-886

subordinando l'obbligazione pecuniaria dell'appaltatore a un evento futuro e incerto<sup>70</sup>.

Sorgono dubbi sulla liceità della clausola *if and when*, dovuti proprio all'assenza di una previsione contrattuale che riconosca un'azione diretta del subappaltatore nei confronti del committente principale; ci si domanda, quindi, se sia possibile tutelare in altro modo la posizione del subappaltatore.

Esaminando alcune importanti decisioni del Collegi Arbitrali, si riscontra l'indicazione di interpretazioni favorevoli alla sua posizione: nello specifico, è importante tenere in debita considerazione che la clausola è stata interpretata quale termine di adempimento, consentendo in questo modo al subappaltatore, nel caso in cui l'appaltatore non dovesse ricevere il proprio corrispettivo dal suo committente, di rivolgersi al giudice per chiedere la fissazione di un termine per l'adempimento dell'appaltatore *ex art 1183 del Codice civile*. Da ciò si deduce che il subappaltatore viene comunque considerato particolarmente meritevole di tutela, consentendo così dal punto di vista giuridico di mettere in atto tutte le azioni che possono aiutarlo a perseguire il suo legittimo interesse, ovvero a conseguire il pagamento del corrispettivo indipendentemente dalle vicende del contratto principale<sup>71</sup>. Dottrina e giurisprudenza arbitrale sono state sollecitate ad estendere la qualificazione di dette clausole quali termini di adempimento, anche nei casi in cui emerga l'intenzione delle parti di trasferire il rischio di insolvenza del debitore principale, sul subappaltatore<sup>72</sup>. Il risultato di questa ipotesi è quello di attribuire alla clausola in questione un ambito di applicazione parecchio limitato.

Seguendo un'altra interpretazione, in caso di prolungato inadempimento del committente, il subappaltatore potrebbe addirittura chiedere la risoluzione del contratto di subappalto nonché il risarcimento del danno.

Attenzionando, invece, la clausola *pay if paid*, si può notare come questa abbia chiaramente la natura di condizione (e non di termine, come la precedente), e la sua apposizione ha l'effetto di esonerare l'appaltatore dall'obbligo di versare il corrispettivo

---

<sup>70</sup> Ibidem

<sup>71</sup> Galgano F. (1999), *Diritto civile e commerciale*, T. 1, Padova, CEDAM, p. 398 e ss.

<sup>72</sup> Salanito U (2004), "La clausola *if and when* nel contratto di subappalto", op. cit.

nel caso di inadempimento del committente. Va esclusa però l'ipotesi in cui l'inadempimento sia dovuto ad un fatto dell'appaltatore.

È intuibile il dibattito in dottrina e giurisprudenza che tale tipologia di clausola scatena, soprattutto relativamente alla sua liceità. Coloro per i quali tale clausola è inammissibile fondano la loro tesi sul fatto che tale clausola avrebbe ad oggetto un elemento essenziale del contratto, che di conseguenza sarebbe nullo. Così facendo il contratto di subappalto acquisterebbe carattere aleatorio<sup>73</sup>, quindi non meritevole di tutela nel nostro ordinamento se la posizione di debolezza, derivante da tale clausola, del subappaltatore, non venga in alcun modo attenuata dalla previsione in suo favore di tutelare direttamente i propri interessi attraverso la possibilità di intervenire direttamente nel giudizio tra committente principale e suo appaltatore, come accade tra l'altro nella prassi internazionale.

In conclusione, queste clausole presentano sia potenziali benefici, ma anche rischi significativi in quanto possono esporre il subappaltatore a un rischio finanziario non indifferente. Per questo di fronte a tali clausole si richiede necessariamente che la volontà delle parti sia espressa in modo chiaro e univoco, dovendosi altrimenti interpretare nel senso meno gravoso per il subappaltatore.

## **1.6 La figura del R.U.P.**

Una figura chiave nei contratti pubblici, di appalto e subappalto è quella del RUP. Questo ruolo è una delle parti che hanno ricevuto, nel nuovo Codice, una lettura maggiormente innovativa rispetto al passato.

La figura del RUP era apparsa per la prima volta (con la connotazione di Responsabile di procedimento, come spiegheremo più avanti) nell'art. 10 de D. Lgs. 163/2006, per poi passare – con ruolo e funzioni precisate con maggiore attenzione – nell'art. 31 del D. Lgs. 50/2016: l'ampliamento introdotto dal Legislatore fu allora importante non solo da un punto di vista quantitativo (vennero allora previste un maggior numero di competenze e di azioni nell'ambito della gestione dell'appalto) e qualitativo (il ruolo assumeva una centralità nella gestione della gara sconosciuta fino a quel momento per il responsabile del procedimento previsto dalla L. 241/90), ma anche perché di fatto introduceva

---

<sup>73</sup> Si tratta di un atto negoziale nel quale l'entità e l'esistenza della prestazione è collegata a un evento non sicuro, e nel quale pertanto il rischio contrattuale è più ampio.

all'interno dell'universo delle amministrazioni pubbliche una nuova figura professionale, come si evince anche dal fatto che venivano elencate puntualmente le caratteristiche professionali ed i requisiti per poter accedere a quella funzione. Che il Legislatore, nell'atto di licenziare il nuovo Codice, intendesse affidare a questa figura una funzione nuova e più centrale nell'ambito della gestione dell'appalto risulta evidente anche dal cambio di denominazione: se infatti l'art. 31 del D. Lgs. 50/2016 definiva il R.U.P. come *“Responsabile unico del procedimento”* (a segnalare una funzione di garanzia formale sui complessi processi amministrativi che definiscono l'appalto a partire dall'indizione della gara e durante l'esecuzione), l'articolo 15 del D. Lgs. 36/2023 ridefinisce tale ruolo come *“Responsabile Unico di progetto”*. Non si tratta di una mera modifica lessicale: il nuovo testo di fatto produce un vero e proprio cambio di paradigma. La funzione del responsabile del procedimento, infatti, era mutuata dalla Legge 241/90<sup>74</sup> : l'individuazione di tale figura all'interno del processo amministrativo era fondamentalmente finalizzata ad offrire ai cittadini un punto di riferimento certo, individuando una persona fisica al posto di un ufficio) e rendendola il punto di snodo di tutte le comunicazioni e le relazioni tra cittadini, portatori di interesse e pubblica amministrazione. Questo orientamento aveva caratterizzato anche la figura di responsabile del procedimento fino al D. Lgs. 50/2016: tale figura aveva la funzione di coordinare e gestire il complesso flusso di documenti, atti e processi che vengono posti in essere nell'espletamento di una gara. Era quindi prevalsa una visione di tipo burocratico-amministrativo, che faceva del RUP una figura importante, ma inserita all'interno di una funzione di garanzia rispetto alla trasparenza e al buon andamento dell'azione della pubblica amministrazione. Con il nuovo testo del codice, le cose sono cambiate in maniera sostanziale e la funzione si è arricchita di una serie di caratteristiche che rendono questa figura sostanzialmente un vero e proprio project manager. La figura, assume così il connotato di

*“[...] centro nevralgico del progetto, rivestendo un ruolo centrale per tutta la commessa pubblica e anche qualora vengono nominati singoli responsabili per le sub-fasi dei singoli procedimenti, questi ultimi non*

---

<sup>74</sup> Legge 7 agosto 1990, n. 241 “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi” (GU del 18 agosto 1990, n. 192)

*possono sovrapporsi in termini di responsabilità al RUP, che rimane il fulcro amministrativo della commessa*<sup>75</sup>.

Il RUP è dunque il soggetto che assicura il completamento dell'intervento pubblico quale figura cruciale per garantire il risultato finale. Il fatto che la norma si riferisca ad un progetto, implica che il RUP deve prendere in carico tutte le quattro fasi che definiscono l'intero ciclo di vita del progetto (programmazione, progettazione, aggiudicazione ed esecuzione): anche qualora si optasse per la presenza dei responsabili di procedimento assegnati alle fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione, sul RUP permangono tutte le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento. Che la presenza di uno o più responsabili del procedimento non sollevi il RUP da nessuna delle responsabilità a lui attribuite è testimoniato dal fatto che la norma prevede che, in particolare per gare molto complesse ed onerose, la pubblica amministrazione appaltante possa mettere a disposizione del RUP una struttura organizzativa che opera in base alle sue indicazioni; inoltre, si è aperta – a partire da alcune riflessioni emerse nella prassi, ma poi sottolineate anche dalla letteratura – una riflessione anche nel merito dell'opportunità di identificare delle modalità di riconoscimento economico connesso con tali responsabilità, da definire attraverso la contrattazione collettiva e “pesate” sulla base del carico di attribuzioni effettivamente assunte dal RUP<sup>76</sup>.

Il primo comma dell'articolo 15 del D. Lgs. 36/2023 stabilisce che la nomina del RUP avvenga al momento del primo atto di avvio dell'intervento pubblico, in modo da poter indicare tale nominativo già nella documentazione di gara (o nella manifestazione di interesse o in qualunque altro documento correlato, purchè sia preliminare alla gara); la figura può essere scelta tra i dipendenti (anche a tempo determinato) dell'ente pubblico committente e non deve necessariamente essere inquadrato in posizione dirigenziale, come invece succedeva in passato; la nomina, tuttavia, non può essere rifiutata e si configura come dovere d'ufficio.

---

<sup>75</sup> Cosmai P., Buonanno A. (2023), *La riforma del codice appalti. Guida teorico-pratica al D. Lgs. 36/2023 per professionisti, operatori e stazioni appaltanti*, Milano, Wolters Kluwer, pp. 69 e ss.

<sup>76</sup> Ricciardi D. (2022), “Il RUP: da funzionario a professionista degli appalti”, *Lavoripubblici.it*, 7 novembre 2022. <https://www.lavoripubblici.it/news/il-rup-da-funzionario-a-professionista-appalti-29653>. Sito consultato il 13 luglio 2024.

Nella scelta di affidare tale ruolo di RUP ad un unico soggetto, per tutte le fasi della procedura di affidamento, compresa l'attività pre-contrattuale, si evince la volontà del legislatore di confermare quella logica di effettività del risultato che emergeva anche dalla normativa previgente; alla base vi è in ogni caso, il perseguimento del principio di buon andamento dell'azione amministrativa: ma è utile considerare che la prospettiva è nuova, perché l'obiettivo di lavorare secondo un approccio per progetto e non per atti rappresenta un'occasione per la pubblica amministrazione un'occasione per promuovere una modalità gestionale che per quanto ampiamente utilizzata nell'ambito del privato, rappresenta spesso una innovazione per il settore pubblico<sup>77</sup>.

Con riguardo alla nomina del RUP, nel vigente Codice si conferma come questo debba essere scelto dal responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa, ma con la soppressione dell'inciso “*che deve essere di livello apicale*” che caratterizzava il testo previgente. Questo aspetto è stato esplicitamente specificato nella *Relazione illustrativa* che ha accompagnato l'approvazione del D. Lgs. n. 36/2023<sup>78</sup>. L'art 15 del predetto decreto chiarisce inoltre, che in caso di mancata nomina del RUP nell'atto di avvio dell'intervento pubblico, questo incarico viene ricoperto dal medesimo responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa; resta altresì ferma, la disposizione secondo la quale l'ufficio di RUP è obbligatorio e non può essere rifiutato. Anche l'ANAC ha sottolineato l'obbligatorietà dell'incarico di RUP, sostenendo che l'eventuale rifiuto del soggetto incaricato potrebbe eccezionalmente fondarsi su circostanze che impediscono lo svolgimento di tale delicato compito. La figura professionale individuata dovrà quindi far notare, per poter rinunciare all'incarico:

1. Di non disporre della professionalità adeguata per assolvere all'incarico cui è chiamato;
2. la sussistenza di un conflitto di interessi, anche potenziale, che rendono inopportuna la sua presenza all'interno della struttura chiamata a gestire la gara in posizione di coordinamento e gestione;

---

<sup>77</sup> Principio generale cui deve uniformarsi la Pubblica Amministrazione, che prevede il rispetto dei criteri di economicità, rapidità, efficacia ed efficienza.

<sup>78</sup> Gavioli F. (2023), “Nomina, requisiti e compiti del RUP nel nuovo Codice dei contratti pubblici”, *Altalex*, 12 aprile 2023. <https://www.altalex.com/documents/2023/04/12/nomina-requisiti-compiti-rup-codice-contratti-pubblici>. Sito consultato il 14 luglio 2024.

3. l'esistenza di una sentenza di condanna per reati contro la Pubblica Amministrazione.

E' opportuno rilevare come tutte queste motivazioni non sono poste come possibilità della persona individuata per rinunciare all'incarico, ma in risposta ad un interesse pubblico, unico valore effettivamente tutelato.

Il RUP viene quindi nominato nel primo atto che determina l'avvio dell'intervento pubblico dal responsabile dell'unità organizzativa dotata di potere di spesa. L'individuazione fin dal primo momento dell'avvio della procedura è funzionale all'interesse della pubblica amministrazione o delle altre amministrazioni coinvolte: il RUP è infatti una figura cruciale per il compimento dei compiti previsti ed è necessario che entri in gioco fin dall'esordio dell'intervento pubblico. Tale necessità è confermata dal fatto che nel caso il primo atto non faccia esplicita menzione del RUP, il ruolo sarà assunto direttamente dal dirigente responsabile dell'unità operativa titolare di potere di spesa<sup>79</sup>. Fin dai primi commenti relativi al nuovo codice è emerso come tale nomina si inserisca nel quadro di un rapporto fiduciario tra Amministrazione, RUP e cittadini (a beneficio dei quali è posto ogni intervento pubblico): in questo tipo di rapporto, il RUP viene dotato di una ampia autonomia decisionale, che si accompagna alla responsabilità professionale di cui è dotato (anche in virtù di uno specifico percorso formativo). A ulteriore dimostrazione di questo rapporto fiduciario e del maggior grado di responsabilità va notato come il nuovo codice abbia eliminato l'incompatibilità assoluta che vigeva nel precedente testo normativo rispetto alla possibilità che il RUP facesse parte della commissione giudicatrice<sup>80</sup>: una incompatibilità che era stata già superata con il D. Lgs. 56/2017, ma che adesso viene ancora di più marcata visto che il RUP può anche presiedere la commissione per le procedure sotto soglia<sup>81</sup>.

Sempre riguardo alla procedura di nomina del RUP, appare rilevante la questione relativa al possesso della qualifica dirigenziale. Il RUP può essere nominato (ed è elemento innovativo) anche tra i dipendenti a tempo determinato, purchè la scadenza del contratto di lavoro sia successiva alla fine della procedura di affidamento del contratto. Il testo

---

<sup>79</sup>D. Lgs. 36/2023, articolo 15, Comma 2

<sup>80</sup> D. lgs. 36/2023, articolo 93, comma 3

<sup>81</sup> D. Lgs. 36/2023, articolo 51, comma 1

parla generalmente di dipendenti in senso generale, avendo espunto dal testo ogni riferimento alle figure apicali. L'inquadramento professionale del RUP all'interno dell'ente che promuove la procedura era già stato affrontato dopo il D. Lgs. 50/2016, che rispetto al ruolo del Responsabile del procedimento aveva rimandato all'ANAC l'emanazione di linee guida per determinare in maniera più compiuta il ruolo di questa figura professionale<sup>82</sup>. L'ANAC aveva chiarito che il RUP dovesse essere individuato

*“[...] tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità organizzativa inquadrati come dirigenti o dipendenti con funzioni direttive o, in caso di carenza di organico della suddetta unità organizzativa, tra i dipendenti in servizio con analoghe caratteristiche”<sup>83</sup>.*

La questione della necessità che il RUP disponesse o meno della qualifica dirigenziale è stata risolta positivamente dal Consiglio di Stato<sup>84</sup>. Il giudizio prendeva in esame l'impugnazione avverso l'aggiudicazione di una procedura concorsuale da parte di uno dei soggetti partecipanti risultato escluso, impugnazione che era stata rigettata in tutti i gradi di giurisdizione. Tra le diverse ragioni che erano state poste all'attenzione del giudice da parte del ricorrente vi era anche la presunta

*“[...] incompetenza del dirigente che avrebbe adottato alcuni atti della procedura in luogo del R. U. P., in violazione dell'art. 31, comma 3 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), e delle linee guida Anac n. 3”<sup>85</sup>.*

Il Consiglio di Stato ha confermato il giudizio di infondatezza emanato sia in sede di giudizio di primo grado, sia nel ricorso al T.A.R. Nella sentenza viene infatti sottolineato come il testo dell'articolo 31 del codice dei contratti pubblici debba essere integrato dall'art. 107 comma 3 del D. lgs. n. 267/2000, che prevedeva che la responsabilità delle

---

<sup>82</sup> D. Lgs. 50/2016, articolo 31, comma 4

<sup>83</sup> Anac, Linee guida n. 3, di attuazione del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni”. Le linee guida sono state approvate con Delibera del Consiglio dell'autorità n. 1096 del 26 ottobre 2016 ed in seguito aggiornate alle determinazioni assunte dal Legislatore con il D. Lgs. 56/2017 (Delibera del Consiglio dell'autorità n. 1007 dell'11 ottobre 2017).

<sup>84</sup> Consiglio di Stato, Sezione V, Sentenza n. 3638 del 10 maggio 2022

<sup>85</sup> Ibidem

procedure d'appalto fosse attribuita al dirigente, mentre il RUP fosse responsabile dei compiti e delle procedure che non fossero esplicitamente affidati ad altri organi o ad altri soggetti. Inoltre, i giudici del Consiglio di Stato avevano richiamato anche l'art. 6 comma 1 della Legge 241/90, in base al quale gli atti che impegnano l'amministrazione nei confronti dell'esterno dovevano essere adottati da organi con qualifica dirigenziale, lasciando al responsabile del procedimento il compito di adottare il provvedimento finale. Nel caso di specie, fatto che il RUP non fosse dotato di qualifica dirigenziale rendeva corretto l'iter procedurale in base al quale il provvedimento di aggiudicazione definitiva era stato adottato dal dirigente del settore. Il Consiglio di Stato aveva quindi ritenuto legittimo (e coerente con l'ordinamento degli Enti Locali) la sottoscrizione di atti, l'esecuzione di istruttorie e la conclusione di procedimenti in sostituzione del RUP, senza che questo comporti la estromissione del RUP dal procedimento. Questo comporta quindi una propensione della giurisprudenza verso la qualifica dirigenziale del RUP: va comunque segnalato che la questione appare comunque piuttosto complessa e affatto univoca, come testimonia il fatto che l'ultimo parere nel merito dell'art. 31 del D. Lgs. 50/2016 fosse stato emanato dall'ANAC l'8 marzo 2023, poche settimane prima dell'approvazione del nuovo testo del Codice degli appalti che ha innovato, come abbiamo visto, la figura del RUP. Il testo dell'articolo 15 del D. Lgs. 36/2023 e il collegato allegato I.2 (all'articolo 3) propone una interpretazione estensiva rispetto alle qualifiche professionali di cui il RUP deve essere dotato, prevedendo che possa essere individuato anche da dipendenti di ruolo non inquadrati come dirigenti.

Più che la qualifica professionale, il nuovo testo del Codice degli appalti sembra puntare sulla formazione e sulla competenza professionale. Il RUP deve infatti aver maturato:

- esperienze nello svolgimento di attività analoghe a quelle esaminate nell'ambito dell'incarico che va ad assumere e graduate in termini di durata sulla base dell'importo dell'intervento (1 anno per gli interventi al di sotto di 1 milione di euro; 3 anni per importi tra 1 milione ed il limite alle soglie definite dall'articolo 14 del Codice; 5 anni per importi superiori a tali limiti).
- Nel caso di lavori particolarmente complessi, il RUP deve aver anche maturato un'esperienza professionale di almeno cinque anni nelle procedure di affidamento di lavori in una o più delle fasi indicate dal codice

(programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione) e oltre ad una laurea triennale deve avere una competenza come project manager, acquisita anche con la frequenza di appositi corsi di formazione. E' bene a questo proposito ricordare come il codice richiami ad un costante aggiornamento professionale e culturale di questa figura professionale.

- Nel caso di appalti e concessioni per servizi di ingegneria e architettura, serve inoltre l'abilitazione all'esercizio della professione (qualora prevista) o la qualifica di tecnico specializzato in possesso di requisiti formati ed esperienza professionale adeguate.

Per ciò che concerne i compiti del RUP, quest'ultimo, è responsabile di tutte le fasi che definiscono la realizzazione di una procedura definita dal codice e dunque alla programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei lavori. Nella sua attività, il RUP può ovviamente utilizzare una struttura di supporto e di una serie di Responsabili di procedimento ai quali, volta per volta, delegherà parti di preordinate alla realizzazione di un progetto. Specificamente in fase progettuale egli coordina le attività relative alla redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, del progetto definitivo ed esecutivo, valutando anche i risultati ottenuti in fase di predisposizione e verifica dei progetti. È chiaro che il RUP riveste un ruolo attivo anche nella scelta della controparte contrattuale scegliendo la procedura di affidamento e le modalità di aggiudicazione. Nella fase esecutiva deve, in concreto, verificare che il lavoro proceda, in conformità con quanto stabilito dal contratto e dalle disposizioni di legge. Il comma 5 dell'art 15 del d.lgs. 36/2023, evidenzia che il RUP svolge non solo tutte le attività indicate nell'Allegato 1.2 del Codice, ma anche tutte le attività che siano comunque necessarie a raggiungere gli obiettivi, ove non di competenza di altri organi<sup>86</sup>.

Questa figura, nonostante la sua unicità, può però essere coadiuvato nell'espletamento delle sue funzioni da "responsabili di fase". Infatti, lo stesso Codice sostiene che:

*“[...] ferma restando l'unicità del RUP le stazioni appaltanti, e gli enti concedenti, possono individuare modelli organizzativi, che prevedano la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione,*

---

<sup>86</sup> Scalise R. (2024), *“La responsabilità solidare tra appaltatore e subappaltatore; la concreta applicabilità nel Dlgs 36/2023”*, op. cit.

*progettazione ed esecuzione, e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento*”<sup>87</sup>.

Le relative responsabilità saranno in questo modo ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando quelle relative alla supervisione, indirizzo e controllo del RUP<sup>88</sup>.

Nel caso specifico del subappalto, il RUP svolge una funzione di controllo, verificando che l'impresa subappaltatrice rispetti tutte le condizioni del contratto principale, ivi incluse le norme sulla sicurezza sul lavoro, la qualità del lavoro svolto e i tempi di consegna.

Requisiti, compiti e funzioni del RUP sono approfonditi nell'allegato I.2 al D. Lgs. 36/2023. In particolare, l'articolo 6 prevede una lunga elencazione di compiti comuni a tutti i contratti e a tutte le fasi di lavorazione. In base a quanto qui definito, il RUP:

- Coordina il processo di realizzazione dell'intervento, rispetto tempi e costi e curando che sia rispettata la qualità della fornitura di lavori, beni o servizi richiesta dal bando e della manutenzione programmata ove esistente. E' la figura di riferimento per quanto riguarda la vigilanza delle norme relative alla sicurezza e alla salute dei lavoratori e si può avvalere dei responsabili di fase individuati ex art. 15, comma 4;
- In caso di lavori, verifica che le aree e gli immobili siano nella disponibilità dell'ente e verifica la regolarità urbanistica, predisponendo e curando le eventuali varianti necessarie alla piena regolarità dell'opera;
- nel caso di azione coordinata tra diverse pubbliche amministrazioni promuove e conclude un accordo di programma qualora questo sia funzionale alla realizzazione dell'opera; sempre nella prospettiva di favorire la collaborazione tra diversi enti pubblici interessati alla realizzazione dell'opera, propone l'indizione (o la indice egli stesso qualora sia legittimato a farlo) una conferenza dei servizi con la funzione

---

<sup>87</sup> D. Lgs. n. 36/ 2023, articolo 15, comma 4, ultimo periodo

<sup>88</sup> Scalise R. (2024), *“La responsabilità solidare tra appaltatore e subappaltatore; la concreta applicabilità nel Dlgs 36/2023”*, op. cit.

di acquisire tutti gli atti necessari alla realizzazione dell'opera (licenze, autorizzazioni, concessioni, pareri, permessi etc.);

- nel caso di lavori con importo inferiore a un milione di euro, il RUP verifica i progetti, assicurandone la conformità alle esigenze espresse nel documento di indirizzo e la conformità normativa, secondo quanto disposto dall'articolo 42; se opera attraverso un responsabile di procedimento per la fase di progettazione, sottoscrive con esso gli atti di progetto, motivando le eventuali controdeduzioni in dissenso che dovessero emergere dalla fase di verifica;
- accerta e attesta la sussistenza delle condizioni che impediscono la suddivisione dell'appalto in lotti;
- decide le modalità di affidamento dei lavori, le tipologie di contratto da stipulare ed i criteri di aggiudicazione, facendosi promotore della richiesta della commissione giudicatrice nei confronti della stazione appaltante.
- Svolge la funzione di contrasto alla corruzione e alla illegalità e cura gli aspetti relativi alla trasparenza dell'azione amministrativa.

Oltre a questi compiti, che sono comuni a tutte le fasi dell'azione amministrativa, il RUP – qualora decida di non avvalersi di Responsabili di procedimento per le altre fasi del ciclo di vita dell'appalto – assume anche altri compiti specifici. In particolare:

- per quanto riguarda la fase di affidamento, presiede alla verifica dell'azione amministrativa e qualora sia costituito un ufficio apposito ne coordina il funzionamento e la regolarità del procedimento amministrativo. E' inoltre responsabile della verifica della congruità delle offerte quando venga scelto il criterio del minor prezzo, valutando direttamente le offerte economiche; quando le procedure hanno una elevata complessità può avvalersi di una commissione nominata ai sensi dell'articolo 15 comma 6 del D. Lgs. 36/2023. In caso di procedure che prevedano l'offerta economicamente più vantaggiosa, effettua tutte le attività di verifica che non prevedano un potere valutativo, affidato alla commissione giudicatrice. Infine, dispone le esclusioni dalle gare e adotta il provvedimento finale della procedura<sup>89</sup>;

---

<sup>89</sup> Allegato I.2, articolo 7 del D. Lgs. 36/2023

- assume compiti specifici per la fase di esecuzione dei lavori. Si tratta di una serie di compiti complessi ed articolati che vanno dalla assunzione del ruolo di Responsabile dei lavori ai fini delle norme relative alla sicurezza sui luoghi di lavoro ai poteri di emettere disposizioni di servizio per assicurarsi la regolarità dei lavori. Ha inoltre la possibilità di proporre la sospensione o l'allontanamento dell'appaltatore, dei subappaltatori o dei lavoratori autonomi, potendo imporre la risoluzione del contratto. Inoltre:
  - approva e autorizza le modifiche in corso d'opera;
  - approva i prezzi relativi a lavorazioni non previste nel progetto;
  - verifica e segnala le inadempienze contrattuali ed emette le relative penali;
  - ordina la sospensione dei lavori per motivi di interesse pubblico;
  - dirime le controversie, potendo proporre la definizione di accordi bonari<sup>90</sup>;

E' interessante notare come il Legislatore abbia introdotto un principio di responsabilità per fasi: ciò consente di alleggerire le competenze dirette del RUP, con un vantaggio relativo sia alla gestione complessiva dell'appalto e con l'importante conseguenza che si evita anche una eccessiva concentrazione di poteri in capo ad una unica persona. E' inoltre importante notare come il RUP non sovrapponga le proprie competenze rispetto al responsabile del procedimento definito dalla Legge 241/1990: nella gloriosa norma di riforma dell'azione della pubblica amministrazione è infatti stabilito il principio dell'unicità della responsabilità rispetto al singolo procedimento: questa figura può essere intesa sia come ufficio, sia come persona fisica. Ben diverso quanto disposto dal nuovo codice degli appalti rispetto alla figura del RUP, che invece assume le caratteristiche di una persona fisica.

Il legislatore ha poi distinto le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici ed il contratto e la sua stipulazione, superando le sovrapposizioni che erano presenti nel codice previgente attraverso la predisposizione di due articoli distinti.

---

<sup>90</sup> Allegato I.2, articolo 8 del D. Lgs. 36/2023

Sulla base dell'articolo 17 vengono definite le fasi della procedura di affidamento di un appalto pubblico: vengono così disciplinati i momenti relativi all'emersione della volontà a contrarre da parte del soggetto pubblico, l'affidamento diretto, la conclusione del procedimento di gara e l'aggiudicazione conclusiva, predisponendo anche le modalità per dirimere l'eventuale contenzioso e procedere all'esecuzione d'urgenza. Secondo la nuova impostazione normativa, le procedure di affidamento devono concludersi entro termini massimi che devono essere predeterminati: il superamento di tali termini è valutato ai fini del rispetto del dovere di buona fede ed è considerato un inadempimento.

L'articolo 18 prevede i requisiti di forma del contratto. Viene inoltre disciplinato l'istituto dello "stand and still", definito sulla base delle discipline unionali. Si definisce stand and still una clausola che impedisce che un contratto di appalto venga stipulato prima che sia trascorso un determinato lasso di tempo dall'aggiudicazione. La clausola stand and still è posta a tutela dei concorrenti: si tratta infatti di un impedimento temporaneo alla firma di un contratto aggiudicato in via definitiva dopo che il procedimento di selezione delle diverse offerte si è concluso. L'amministrazione non potrà, in questo periodo, passare alla fase di esecuzione del contratto; i concorrenti che risultano non vincitori utilizzeranno questo periodo per proporre eventuali ricorsi o presentare le proprie deduzioni alla stazione appaltante. Indirettamente, va notato che la norma tutela anche l'interesse pubblico dall'intraprendere azioni che potrebbero ritardare o pregiudicare la corretta azione amministrativa, con conseguenti azioni risarcitorie a carico della stazione appaltante. Nel caso di specie, la norma stabilisce che il contratto non può essere stipulato se non quando siano trascorsi almeno 35 giorni dall'invio delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione<sup>91</sup>.

Probabilmente l'innovazione più significativa è legata al cambiamento della natura della figura del RUP, che nel nuovo Codice diventa il soggetto che è responsabile, in virtù dei requisiti che abbiamo visto, di tutte le fasi che riguardano l'affidamento del contratto. In questo modo si attuerebbe un ulteriore passaggio della privatizzazione della sfera dell'azione pubblica, che per la gestione degli appalti verrebbe innovata attraverso l'introduzione nel processo di competenze tratte dalle scienze gestionali tipiche delle procedure derivate da progetti di stampo privatistico e gestite da un soggetto le cui

---

<sup>91</sup> Bolognino D. et al (2022), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, La Tribuna.

competenze manageriali e le responsabilità sono molto più diffuse rispetto allo statuto professionale dei dirigenti pubblici. Di conseguenza risulta

*“[...] valorizzata la concezione privatistica dei contratti pubblici secondo cui essi sono qualificabili come contratti di diritto privato speciale, ai quali si applicano i principi dell’attività di diritto privato svolto dall’amministrazione ai sensi dell’art. 1 l. n. 241 del 1990, con alcuni correttivi di natura pubblicistica”<sup>92</sup>.*

Inoltre, a sottolineare l’importanza del RUP, viene evidenziato che le caratteristiche di queste figure richiedono competenze in parte nuove per la pubblica amministrazione.

Esse prevedono

*“[...] modalità gestionali di carattere manageriale prive di norme procedurali rigide, ma modulate secondo il principio del risultato e di fiducia che orientano tutta l’attività del RUP”<sup>93</sup>.*

Resta tuttavia interessante comprendere – ma è un elemento che emergerà dalla prassi nel corso del tempo, in particolare per quanto riguarda la gestione dei progetti del PNRR – se anche la pubblica amministrazione riuscirà a trovare un’adeguata spinta innovativa per dare sostanza e sostegno ad una figura alla quale il Legislatore ha affidato una serie di competenze e di responsabilità così determinanti.

### **1.7 Perché scegliere il subappalto? Illustrazione dei vantaggi**

Abbiamo analizzato le caratteristiche fondamentali del subappalto e abbiamo delineato, tracciando il suo percorso normativo e osservandone la dinamica evolutiva tra diritto interno e diritto euro-unitario, come esso abbia assunto, nella prassi dei contratti pubblici, un’importanza ed un ruolo sempre più significativo. Il subappalto si configura infatti come un importante strumento a disposizione del contraente principale per poter realizzare opere, prestazioni e servizi di maggiore qualità. La realizzazione di queste opere si configura sempre di più come una situazione “complessa”: essa richiede

---

<sup>92</sup> Bolognesi M. (2023), “Stazioni appaltanti e responsabile unico del progetto nel codice dei contratti pubblici n. 36/2023”, *Giustiziaamministrativa.it*, p. 19. <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/158189-24>. Sito consultato il 14 luglio 2024.

<sup>93</sup> Ibidem

competenze pluri-disciplinari, spesso con la necessità di affrontare le realizzazioni con competenze superspecialistiche: queste competenze sono spesso difficili da rinvenire in un unico soggetto giuridico, anche in ragione di una specializzazione del lavoro che sembra essere uno dei tratti caratteristici della contemporaneità. o prestazioni di servizi che richiedono competenze plurime e specifiche, spesso difficilmente rinvenibili in un unico soggetto giuridico. Il subappalto consente allora di selezionare professionalità idonee per realizzare – con competenze tecnico-professionali di alto profilo – ogni tipo di lavorazione, a vantaggio dello stesso committente che potrà così disporre delle migliori professionalità in ogni categoria di lavori previsti nell'appalto. Questo determina una serie di vantaggi che possono essere declinati attraverso alcuni punti fondamentali rappresentati dalla flessibilità, dalla riduzione dei costi e dalla specializzazione.

Per quanto riguarda il tema della flessibilità, occorre rilevare come questo tipo di vantaggio sia ben noto nell'ambito dell'appalto privato, che ne ha largamente usufruito per garantire duttilità organizzativa – in particolare per quanto riguarda il mercato del lavoro – e valorizzare l'autonomia imprenditoriale<sup>94</sup>. Ricorrendo al subappalto, infatti, le imprese possono ampliare rapidamente la loro capacità produttiva senza assumere in modo permanente personale qualificato. Non si tratta solo di un problema di costi, ma anche di qualità del lavoro: acquisire le risorse professionali necessarie per svolgere una determinata lavorazione andando sul mercato del lavoro potrebbe infatti rivelarsi molto difficile, costringendo l'impresa a compromessi che potrebbero impattare sulla qualità complessiva dell'opera. Detto in altri termini, l'appaltatore potrebbe essere costretto ad abbassare i requisiti professionali per acquisire il numero di risorse necessarie a consegnare l'opera nei tempi previsti e non incorrere in penali. Le risorse così selezionate, tuttavia, potrebbero non disporre di tutte le conoscenze necessarie, senza che l'impresa appaltatrice abbia il tempo per poterle formare adeguatamente se non attraverso un enorme aumento di costi. Il ricorso al subappalto consente di individuare una impresa già dotata di mezzi (tecnologie, conoscenze, professionisti) e di capacità organizzativa per realizzare le lavorazioni richieste: ciò consente di diminuire i tempi di realizzazione e consegnare un prodotto migliore. Inoltre, la flessibilità può essere intesa anche come

---

<sup>94</sup> Meloni J. (2024), “Utilità e criticità del subappalto nel settore privato”, *Ius in Itinere*, 27 febbraio 2024. <https://www.iusinitinere.it/utilita-e-criticita-del-subappalto-nel-settore-privato-44852>. Sito consultato il 13 luglio 2024.

“flessibilità lavorativa”: il subappalto permette di adattarsi alle esigenze specifiche di un progetto, consentendo all'appaltatore di basare la sua attenzione su altre attività; in altre parole, un'impresa che subappalta determinate operazioni “delegandole” ad altri, potrà rivolgere tutte le sue forze e attenzioni per migliorare e rendere più efficiente quello che è il suo “core business”, cioè la principale attività che svolge. La nuova lettura del Codice degli appalti (anche sulla base di quanto indicato dalla normativa europea, spinge anche il settore pubblico a valutare il subappalto sotto questa prospettiva.

Prospettiva che determina (ed è questo il secondo vantaggio) una riduzione dei costi. Il subappalto sicuramente può essere un'opzione più economica rispetto all'assunzione di personale interno. A questo proposito occorre chiarire che il termine economicità va inteso in senso estensivo: esso dovrebbe comprendere infatti sia il risparmio economico diretto, sia i costi indiretti che derivano dalla gestione internalizzata di una mole non insignificante di professionalità, ognuna delle quali ha necessità di specifiche competenze professionali che devono essere costruite, accresciute nel tempo e mantenute correttamente. Inoltre, la valutazione dei costi ha una ricaduta indiretta non solo nell'ambito della procedura (programmazione, progettazione, aggiudicazione ed esecuzione), ma nell'intero ciclo di vita dell'opera o del servizio: il subappalto, quando realizzato da aziende in possesso dei requisiti tecnici e professionali richiesti dal codice, consente di realizzare opere “a regola d'arte”, che in futuro avranno meno bisogno di manutenzione e di interventi di modifica.

Infine, un ulteriore vantaggio è rappresentato dalla possibilità per l'impresa aggiudicataria (e di riflesso per il committente) di usufruire di risorse altamente specializzate. Si tratta di una delle ragioni principali che portano a scegliere il subappalto: infatti, affidare determinate opere o lavori a subappaltatori specializzati, permette di migliorare e gestire le attività in maniera più efficiente. Questo perché la specializzazione consente di ottenere una maggiore qualità del lavoro. Infatti, se i subappaltatori possiedono specifiche competenze (come vedremo esiste una puntuale regolamentazione di tali competenze) possono garantire risultati conformi agli standard richiesti proprio in virtù della loro elevata qualificazione professionale. In un mercato come quello attuale, infatti, non è agevole trovare sul mercato imprese capaci di contenere, al loro interno, di tutte le professionalità che la realizzazione di opere complesse come possono essere gli appalti pubblici richiedono.

Nel complesso, quindi, il subappalto è sicuramente uno strumento che permette di ottimizzare le risorse e migliorare l'efficienza; esamineremo nel prosieguo della trattazione il tema dei rischi, che pure sono insiti nel subappalto. La letteratura ha spesso focalizzato la propria attenzione sul rischio di infiltrazioni da parte di organizzazioni criminali e su un rischio più generale di "sfruttamento" delle Piccole Medie Imprese coinvolte nei subappalti da parte dell'appaltatore principale: per questo motivo, il Legislatore interno ha cercato di orientare le PMI (che, secondo l'impostazione del legislatore europeo, dovrebbero essere le principali beneficiarie dell'allargamento delle possibilità di ricorrere al subappalto) verso scelte diverse, segnatamente quelle delle associazioni temporanee di impresa: così, se il subappalto è visto come un'opportunità se osservato secondo la prospettiva europea, costituirebbe un limite secondo una diversa prospettiva: limite che non sarebbe solo relativo all'interesse pubblico di cui è titolare la stazione appaltante, ma che riguarderebbe anche gli operatori economici che potrebbero giovare del subappalto. Tuttavia, una parte della dottrina ha rilevato come questa contraddizione sia solo apparente, poiché non vi sarebbe

*"[...] nessuna contraddizione logica nel rilievo che lo strumento del subappalto, di per sé idoneo, in astratto, a favorire l'accesso ai contratti pubblici delle piccole e medie imprese, possa essere strumentalizzato, laddove usato in maniera distorta, dalla parte più forte (l'impresa aggiudicataria) al fine di "sfruttare" la posizione di debolezza degli operatori rimasti estranei al circuito delle aggiudicazioni"*<sup>95</sup>.

E' infine indubbio che la preoccupazione che il Legislatore ha mostrato nella regolamentazione del subappalto nel corso del tempo è anche sostenuta dal fatto che la rigorosa gestione della filiera assume una importanza fondamentale non solo per garantire l'impermeabilità della pubblica amministrazione da strategie di accaparramento da parte di soggetti criminali, ma – in una visione più positiva – per garantire la migliore opera possibile. Un subappalto affidato con le giuste attenzioni significa trasferire ad una impresa terza la quota di lavorazioni per la quale essa risulta più qualificata rispetto al contraente principale; l'interesse pubblico dunque è quello di far eseguire le opere a soggetti

---

<sup>95</sup> Deodato C. (2017), "Il subappalto: un problema o un'opportunità?", *L'amministrativista*. 11 ottobre 2017. <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2017/10/II-Subappalto-un-problema-o-un%E2%80%99opportunit%C3%A0.pdf>. Sito consultato il 14 luglio 2024.

imprenditoriali altamente qualificati: diversamente – nel caso di trasferimento di quote di lavorazione effettuato soltanto per massimizzare il profitto del contraente principale o del subappaltatore – si otterrebbe una distorsione del mercato che è fonte di sprechi e di cattivo uso delle risorse pubbliche.

## **CAPITOLO DUE – L’IMPATTO DELL’UNIONE EUROPEA SULLA DISCIPLINA DEL SUBAPPALTO**

### **2.1 L’ombra della criminalità nel subappalto: un’analisi delle ampie restrizioni imposte dal legislatore italiano**

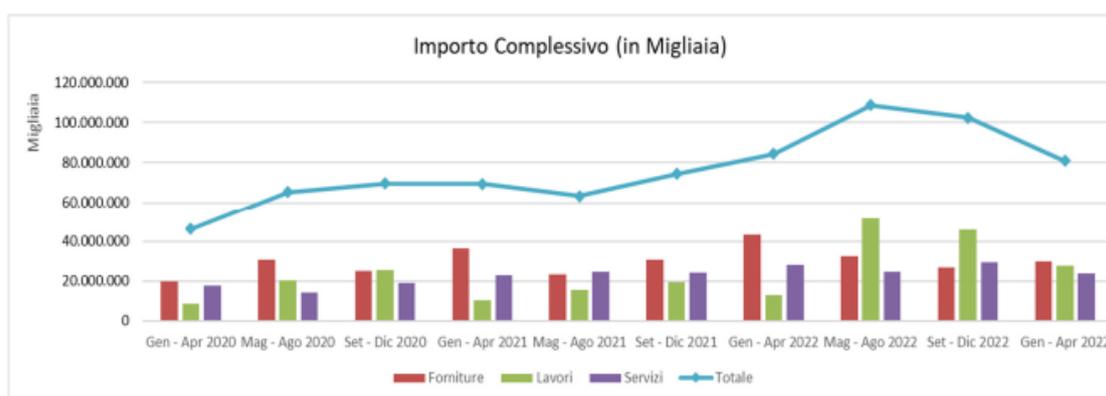
Lo Stato è, nelle economie sviluppate, il principale committente di lavori, servizi e forniture destinate a rispondere alle esigenze dei cittadini in numerosi ambiti strategici. Per quanto una parte della politica reclama una minore presenza dello Stato nell’economia, resta il fatto che in molte delle materie che la nostra Costituzione considera diritti fondamentali per i cittadini, la necessità di utilizzare i contratti pubblici – ed in particolare gli appalti, nelle forme definite nel primo capitolo – è una esigenza sostanziale. L’istituto ha una sua rilevanza anche perché è uno strumento di sussidiarietà tra settore pubblico e settore privato, che possono così promuovere sinergie potenzialmente proficue tra le amministrazioni pubbliche, che perseguono i propri fini istituzionali a vantaggio dei cittadini e degli operatori economici ai quali vengono affidati l’esecuzione dei lavori o la fornitura di beni e servizi, che possono perseguire le proprie finalità imprenditoriali. Da un lato, la gestione degli appalti produce un notevole impegno della pubblica amministrazione, che ha il dovere istituzionale di promuovere procedure aperte, trasparenti e gestite con imparzialità, con l’obiettivo finale di individuare fornitori in grado di offrire il miglior servizio in termini di qualità e prezzo; dall’altro, gli appalti e le procedure costituiscono un vero e proprio volano per l’economia, perché creano posti di lavoro e promuovono opportunità di investimento attraverso un flusso economico consistente. L’ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione), nella relazione del giugno 2023 e riferita all’annualità 2022, ha registrato 233.000 procedure, per un valore economico di 289,8 miliardi di euro: un incremento significativo – il più importante dal 2018 – sia in termini di valore assoluto, sia come aumenti percentuali: il dato registrato nelle banche dati dell’ANAC nel 2022 risulta essere più alto del 39,5% rispetto al 2021 e addirittura maggiore del 56,2% rispetto al 2020, quando il valore delle procedure di appalto si era attestato a 185,6 miliardi di euro<sup>96</sup>. Una parte di questo aumento è senza

---

<sup>96</sup> Anac (2023b), *Relazione annuale 2022*, <file:///C:/Users/Governatore/Downloads/Anac%20-%20Presentazione%20della%20Relazione%20annuale%202023%20su%20attivit%C3%A0%20>

dubbio legato all'aumento delle procedure legato all'implementazione delle misure previste nel PNRR; per quanto i dati di monitoraggio riportati nella relazione quadrimestrale mostrino una flessione nell'ultimo quadrimestre del 2022 e nel primo quadrimestre del 2023 (prevalentemente per l'effetto della diminuzione del valore degli appalti relativi ai lavori, come si evince dalla figura 1), si tratta comunque di un flusso economico enorme che impegna una parte rilevante della spesa pubblica, oggi superiore certamente al 13% registrato solo due anni fa. Questo quadro è reso complesso dal punto di vista gestionale se si considera che solo una parte degli appalti viene gestita dalle strutture centrali dello Stato: circa il 60% delle 233.000 procedure riguarda infatti amministrazioni periferiche dello Stato (regioni, enti locali, aziende sanitarie, municipalizzate etc.), che non sempre dispongono di competenze professionali e tecniche specifiche per assicurare i principi fondamentali dell'ordinamento.

Fig. 3 – Importo delle procedure di affidamento, per tipologia di contratto, 2020-2023



Fonte: Anac, 2023<sup>97</sup>, p. 8<sup>97</sup>

Proprio per la sua rilevanza dal punto di vista economico, il settore dei lavori pubblici è uno dei più esposti al rischio di comportamenti in grado di alterare la libera concorrenza, danneggiando – attraverso comportamenti illeciti e illegali – l'intero sistema economico.

[2022.pdf](#). Sito consultato il 19 maggio 2024. Questi valori sono riferiti alle sole procedure superiori ai 40.000 euro.

<sup>97</sup> Il grafico contiene un refuso: le ultime barre a destra, che riportano la dicitura “gen-apr 2022” sono in realtà riferite al primo quadrimestre del 2023. ANAC (2023a), *Rapporto quadrimestrale sul mercato dei contratti pubblici*, <https://www.anticorruzione.it/documents/91439/171948/Rapporto+sul+mercato+dei+contratti+pubblici+-+I+quadrimestre+2023.pdf/76b18fcf-2849-0956-cba3-1cfca170f3d1?t=1696933998967>. Sito consultato il 20 maggio 2024

I maggiori rischi vengono dalla corruzione, contro la quale la pubblica amministrazione è impegnata da anni, e dalle infiltrazioni della criminalità organizzata all'interno del settore produttivo legale dello stato. Si tratta di una tendenza in atto da tempo: i principali gruppi criminali hanno infatti limitato la loro attività di ostilità diretta nei confronti dello stato attraverso una contrapposizione fatta di scontri armati, attentati e omicidi; dopo la triste stagione delle stragi del 1992, culminata con gli attentati ai giudici Falcone e Borsellino, mafia, camorra e 'ndrangheta hanno preferito una strategia più sottile e sofisticata: hanno infatti tentato di appropriarsi di una quota rilevante di denaro pubblico mimetizzando le loro attività illecite dietro la facciata di attività lecite, controllate più o meno direttamente. Nella pratica, ciò avviene attraverso il riciclaggio dei soldi provenienti da attività illecite attraverso aziende e società di copertura che entrano nella dinamica degli appalti con la pubblica amministrazione. Il settore dei lavori – che necessita di minori competenze di base – è quello più utilizzato per raggiungere questo scopo; ma negli ultimi anni sono aumentate anche le infiltrazioni all'interno delle forniture di beni e servizi.

E' quindi opportuno chiedersi cosa si intenda con il termine di "infiltrazione mafiosa". Una definizione offerta dalla letteratura ne evidenzia alcuni elementi fondamentali, specificando che essa viene realizzata quando

*“[...] una persona fisica o giuridica, appartenente o collegata ad un'organizzazione di stampo mafioso, o comunque al fine di agevolare un'organizzazione criminale di stampo mafioso, si inserisce in un appalto pubblico di pere/servizi/forniture traendone un vantaggio illecito”<sup>98</sup>.*

Si tratta di una definizione molto ampia, che include anche la possibilità che l'infiltrazione mafiosa in un'attività lecita come quella dell'appalto pubblico possa realizzarsi anche attraverso aziende che sono indirettamente controllate dalla criminalità e che si presentano quindi come imprese “pulite”. In questo modo si assiste al paradosso costituito dal perseguimento di fini illeciti attraverso attività del tutto lecite: aspetto che conferisce persino una legittimazione (sociale, economica, produttiva) ad organizzazioni

---

<sup>98</sup> Calderoni F. (2009), “La misurazione dell'infiltrazione della criminalità organizzata negli appalti”, Calderoni F., Caneppele S. (eds), *La geografia criminale degli appalti. Le infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici nel sud Italia*, Milano, FrancoAngeli, p. 15.

che in realtà sono collegate a esponenti della malavita, che possono così dosare strategie aziendali ordinariamente previste dal codice e dalla pratica economica (costruzioni di reti di relazioni sul territorio, partenariati con altre aziende private e con il settore pubblico, coinvolgimento e sostegno delle comunità) con l'applicazione degli strumenti tipici della criminalità (corruzione, intimidazione, ricatto e persino l'omicidio)<sup>99</sup>.

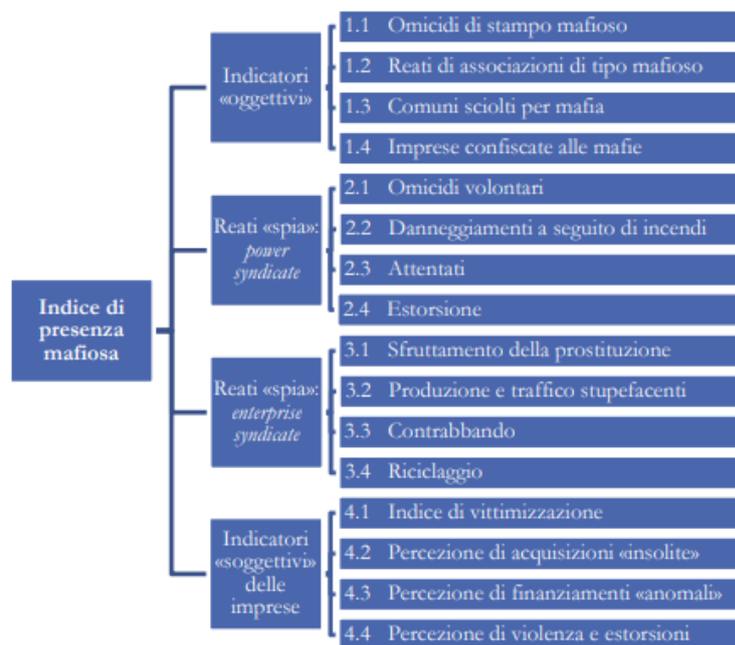
Il fatto che la criminalità organizzata si infiltri nelle maglie dell'economia attraverso il controllo delle imprese costringe lo Stato ad impiegare una quantità notevole di risorse per mettere in atto misure di prevenzione. Si tratta di misure di contrasto che mettono a dura prova la capacità dello stato di reprimere un fenomeno in costante crescita e che comporta una intrinseca problematicità, dal momento che le attività illecite (già di per sé occultate e protette da una rete di omertà e collusioni) vengono individuate con maggiore difficoltà perché ammantate da una parvenza di legalità. Sono state così sviluppate attività volte ad abbinare alla reazione repressiva anche una serie di misure preventive che possano costituire un ostacolo alla penetrazione della mafia nei rapporti con lo stato. Sono state anche individuati una serie di indicatori che possono essere utilizzati per identificare la presenza e l'intensità della presenza mafiosa nell'economia del territorio (fig. 2), senza tuttavia che questa tassonomia di elementi predittivi abbia una funzione realmente risolutiva per contrastare un fenomeno sempre più rilevante per l'economia del nostro Paese<sup>100</sup>.

Fig. 4 – Struttura dell'indice di presenza mafiosa

---

<sup>99</sup> Sparta S. (2016), "Appalti pubblici e criminalità organizzata", *Cross*, 2(3), pp. 24-45.

<sup>100</sup> Mocetti S., Rizzica L. (2021), "La criminalità organizzata in Italia: un'analisi economica", *Questioni di Economia e Finanza*, Banca d'Italia, Occasional papers.



Fonte: Mocetti S., Rizzica L., 2021, p. 8

Con questi presupposti è del tutto naturale che il legislatore, nel corso del tempo, abbia tentato di introdurre nel Codice dei contratti pubblici tutti gli elementi in grado di offrire un contributo reale e concreto per limitare la capacità della criminalità organizzata di infiltrarsi nel tessuto produttivo sano. Di nuovo, ciò è avvenuto attraverso un complesso normativo che consente di colpire le organizzazioni criminali e fornisce strumenti ai quali è affidato il compito di evitare che queste si infiltrino negli appalti pubblici. Questo secondo aspetto è stato portato avanti attraverso diverse direttrici, delle quali le più importanti sono la definizione degli elementi che possono portare all'esclusione di alcuni operatori economici dalle procedure di gara e l'inquadramento del subappalto come strumento operativo che, per quanto del tutto lecito, rappresenta un elemento di criticità perché più difficile da controllare da parte della committenza pubblica.

Il primo caso è regolamentato dallo strumento dell'interdittiva antimafia, introdotta dal D. Lgs. n. 159/2011<sup>101</sup>. Questa era regolata dalla previsione dell'articolo 80 comma 2 del D. Lgs. 56/2016 e poi ripreso con modifiche dall'art. 94 comma 2 del D. Lgs. 36/2023. La lettura sinottica di questi testi consente di effettuare alcune valutazioni nel merito:

<sup>101</sup> Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159 “Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136”, (GU 28 settembre 2011, n. 214).

---

**Articolo 80 comma 2 D. Lgs. 56/2016**

Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia.

---

**Articolo 94 comma 2 D. Lgs. 36/2023**

È altresì causa di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di ragioni di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo codice. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4bis, e 92, commi 2 e 3, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. La causa di esclusione di cui all'articolo 84, comma 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011 non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-bis del medesimo codice. In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato

---

Come si nota, la prima parte è sostanzialmente uguale in entrambi i testi normativi: essa contiene il richiamo alle disposizioni contenute nel codice delle leggi antimafia ed in particolare:

- all'articolo 67, rubricato "Effetti delle misure di prevenzione", che prevede che quanti siano indiziati di appartenere ad una associazione mafiosa non possano di fatto accedere a licenze o autorizzazioni per il commercio, alla concessione di beni demaniali se legate ad attività imprenditoriali, alla concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche in tutto il loro ciclo di vita, all'elenco dei fornitori di beni e servizi a favore della pubblica amministrazione. Oltre ad altre limitazioni (tra i quali spicca anche la possibilità di ottenere finanziamenti, mutui ed

erogazioni da parte delle autorità nazionali o unionali), questi soggetti non possono neanche di fatto svolgere attività di tipo imprenditoriale e dunque non hanno la capacità di ottenere la qualificazione necessaria per ottenere appalti di opere pubbliche;

- All'articolo 88, relativo alla comunicazione antimafia, che deve essere rilasciata dal Prefetto entro il termine di trenta giorni dalla consultazione della banca dati contenente le informazioni di merito; la comunicazione, ai sensi del comma 4bis dell'articolo 88, può essere sostituita dalla autocertificazione (normata dal successivo articolo 89) sia in caso di mancata comunicazione nei termini da parte del prefetto, sia nei casi nei quali l'affidamento dei lavori o della fornitura sia dettata da motivi di urgenza;
- all'articolo 92, che ai commi 2, inerente al "procedimento di rilascio delle informazioni antimafia".

Entrambi i testi contengono anche il riferimento al comma 4 dell'articolo 84 del D. Lgs. 159/2011, che prevede una puntuale indicazione delle modalità con le quali devono essere accertati i possibili tentativi di infiltrazione mafiosa. La norma prevede (ex articolo 34 bis del citato D. Lgs. 159/2011) che le imprese per le quali risulta un pericolo concreto di infiltrazione di organizzazioni malavitose che possono condizionare l'attività economica possano essere sottoposte a controllo giudiziario da parte del tribunale: in questo caso, il nuovo testo normativo prevede che non si applichino cause di esclusione.

Emerge chiaramente dall'impianto normativo come l'interdittiva antimafia assuma, nell'ambito dell'applicazione delle norme previste nel Codice dei contratti pubblici, una funzione determinante per prevenire le infiltrazioni mafiose nei rapporti economici che coinvolgono le pubbliche amministrazioni. Le stazioni appaltanti, infatti, sono legittimate ad escludere dalle procedure di gara i soggetti colpiti da sanzione interdittiva, a prescindere dal momento del ciclo di vita dell'appalto nel quale la circostanza viene individuata, inclusa quindi la previsione di riscontro delle fattispecie previste dalla norma durante la fase di esecuzione<sup>102</sup>. L'obbligo per i concorrenti di dichiarare di non essere stati sottoposti a interdittiva antimafia e la dichiarazione che attesta l'assenza di legami con organizzazioni mafiose assume così un carattere sostanziale. Autorevole

---

<sup>102</sup> Si veda in merito la Sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 8 del 20 luglio 2015.

giurisprudenza ha infatti sottolineato come l'interdittiva finisca per costituire una particolare forma di incapacità giuridica in ambito pubblico: la sua pronuncia produce la conseguenza che il soggetto (sia esso persona fisica o giuridica) è di fatto escluso dalla titolarità di diritti soggettivi e interessi legittimi che possano determinare rapporti giuridici con la pubblica amministrazione<sup>103</sup>.

L'orientamento proposto dal legislatore è evidentemente volto a prevenire che la criminalità organizzata intervenga negli appalti pubblici, infiltrandosi nelle procedure di gara e successivamente nella gestione del contratto. Resta il fatto che la previsione di un automatismo per l'esclusione degli operatori economici colpiti da interdittiva rappresenta un elemento che conferma l'attenzione nei confronti della pervasività del fenomeno delle infiltrazioni mafiose.

Il secondo elemento posto all'attenzione del legislatore è quello del subappalto. Questa fattispecie prevede una "dinamica" secondo la quale un soggetto incaricato di fornire un servizio o un bene o di realizzare un'opera (appaltatore) individua un soggetto terzo (subappaltatore) al quale affidare il compito di realizzare una parte dei lavori o della fornitura di beni e servizi. Sotto il profilo della lotta alle infiltrazioni della criminalità organizzata, questa dinamica desta molte preoccupazioni, perché nel passaggio dall'appaltatore al subappaltatore potrebbero determinarsi comportamenti elusivi della norma che impone l'esclusione di imprese che abbiano coinvolgimenti nell'attività mafiosa. Da questa preoccupazione è emersa una particolare attenzione da parte del legislatore, che si è mostrato preoccupato rispetto alla possibilità di creare "[...] *sacche speculative che attirano la criminalità organizzata*"<sup>104</sup>, visto che sulle imprese subappaltatrici non sempre gravano gli stessi oneri previsti per l'appaltatore e che il controllo del possesso dei requisiti abilitanti ad intrattenere rapporti giuridici ed economici con la pubblica amministrazione è, per le stazioni appaltanti, molto meno agevole. La gestione dei subappalti può così favorire accordi tra operatori economici realizzati al di fuori delle procedure di gara: l'impresa appaltatrice servirà da copertura per altre aziende, che con la copertura di contratti di fornitura o di subappalto, finiscono per realizzare l'opera o la fornitura, determinando la cosiddetta "cessione occulta

---

<sup>103</sup> Sentenza Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 23 del 26 ottobre 2020.

<sup>104</sup> Di Gaspare G. (2020), "Appalti e criminalità organizzata", *Amministrazione in Cammino*, <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2020/05/DI-GASPARE-appalti-3.pdf>. Sito consultato il 18 maggio 2024.

d'appalto"<sup>105</sup>. Prima di affrontare nel merito le innovazioni apportate alla disciplina nel D. Lgs. 36/2023 è necessario sottolineare come nella trattazione della materia, l'impostazione normativa interna e l'orientamento europeo presentino differenze e peculiarità significative talvolta in deciso contrasto.

## **2.2 Il differente approccio dell'Unione Europea all'istituto del subappalto**

Il D. Lgs. 50/2016 affrontava il tema del subappalto all'articolo 105. Il lungo articolato recepiva le indicazioni della legge di delega, ma aveva cercato di svolgere un'opera di armonizzazione rispetto a quanto disponevano le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, rispettivamente relative alle concessioni, agli appalti e alla gestione degli appalti speciali. L'approccio del legislatore del 2016 aveva finito per confermare un approccio piuttosto restrittivo al tema del subappalto, in linea con quanto previsto dal Codice del 2006: l'impostazione di fondo tendeva a considerare preminente il bisogno di garantire la legalità, la trasparenza e la lealtà dell'attività imprenditoriale, riconoscendo che il subappalto rappresentava una possibile area di criticità per quanto riguarda le infiltrazioni della malavita organizzata. Ne era derivato un testo che presentava alcune limitazioni, che prevedevano l'obbligo per gli appaltatori di eseguire "di norma" in proprio i servizi, le opere e le forniture oggetto del contratto; il contratto non poteva inoltre essere ceduto, a pena di nullità<sup>106</sup>. Una delle restrizioni più forti era legata alla presenza di un tetto (stabilito nel 30% del valore totale dell'appalto) alle opere che potevano essere affidate in subappalto<sup>107</sup>. L'articolo 105 del D. Lgs. 56/2016 lasciava inoltre aperta la possibilità all'aggiudicatario di subappaltare opere e lavori, ma solo se questa possibilità fosse stata originariamente prevista nel bando di gara, con precisa indicazione delle prestazioni che potevano essere affidati in subappalto; inoltre, la scelta di ricorrere al subappalto doveva chiaramente emergere nell'offerta. Sui subappaltatori gravavano inoltre l'obbligo di dimostrare l'assenza dei motivi di esclusione determinati dall'articolo 80 del D. Lgs. 56/2016<sup>108</sup>. Anche allo scopo di limitare la pratica dell'aumento dei prezzi a seguito di subappalto – l'appaltatore doveva garantire la stessa

---

<sup>105</sup> Spartà S. (2016), "Appalti pubblici e criminalità organizzata", cit., pp. 35-36.

<sup>106</sup> D. Lgs. 50/2015, Articolo 105, comma 1.

<sup>107</sup> D. Lgs. 50/2016, Articolo 105, comma 2.

<sup>108</sup> D. Lgs. 50/2016, Articolo 105, comma 4.

qualità e gli stessi prezzi previsti originariamente dal contratto<sup>109</sup>. Infine, era previsto che l'aggiudicatario dovesse conferire alla stazione appaltante una serie di informazioni relative non solo all'entità delle prestazioni affidate a terzi, ma anche al nome del subappaltatore, alla struttura dell'azienda e agli importi necessari a concludere i lavori, prevedendo inoltre l'obbligo di comunicare anche tutte le modifiche intervenute nel corso dell'esecuzione del contratto.

L'approccio restrittivo adottato dal legislatore interno ha però trovato una serie di limiti nell'impostazione fornita dalle norme europee. Se nella normativa interna, infatti, il subappalto rivestiva un carattere di eccezionalità, la disciplina euro-unitaria ha evidenziato un atteggiamento di maggior favore: la prospettiva dalla quale la Commissione europea ha affrontato la disciplina ha preso soprattutto in considerazione la prospettiva economica, ritenendo il subappalto uno strumento particolarmente importante per la tutela della concorrenza. Soprattutto, le istituzioni unionali hanno sottolineato come il subappalto possa consentire anche alle piccole e medie imprese di partecipare al mercato degli appalti pubblici: in questa prospettiva, la Commissione europea ha più volte esortato gli stati membri ad adottare misure che consentano il pagamento diretto degli importi ai subappaltatori, chiaramente per evitare eventuali comportamenti vessatori da parte del committente qualora questo si ponesse in una condizione di intermediario<sup>110</sup>.

Questa visione chiaramente più favorevole al subappalto ha portato ad una collisione tra il diritto interno e quello unionale in una molteplicità di aspetti. Di particolare importanza sono i rilievi che hanno riguardato due aspetti significativi definiti nella norma italiana volti a limitare il ricorso al subappalto sia sotto il profilo quantitativo (imponendo un limite del 30% rispetto al totale della fornitura), sia per quanto riguarda l'imposizione di limiti al subappalto direttamente nel bando di gara. Nel primo caso, vengono poste sotto osservazione le norme previste dai commi 2 e 5 dell'articolo 105 del D. Lgs. 50/2016: le Direttive comunitarie non consentirebbero infatti di imporre alcun limite al subappalto e l'aggiudicatario risulterebbe quindi libero di affidare a terzi parte o tutto il contratto (*rectius*, secondo la normativa recente, una parte consistente del contratto, come vedremo più avanti), pur rimanendo responsabile in solido rispetto all'esecuzione. L'unico limite

---

<sup>109</sup> D. Lgs. 50/2016, Articolo 105, comma 14

<sup>110</sup> Si veda in proposito 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, p. 80.

posto dal legislatore europeo è quello relativo alla reale capacità del subappaltatore di eseguire la prestazione dal punto tecnico<sup>111</sup>. Per quanto riguarda la previsione di limitazioni al ricorso al subappalto direttamente nel bando di gara (ex articolo 105, comma 4 del D. Lgs. 50/2016), la Commissione europea ha indicato un percorso diverso, che impone alla pubblica amministrazione di agire nei confronti degli operatori economici secondo i criteri di parità, evitando atteggiamenti vessatori o discriminatori e agendo sulla base di un principio generale di proporzionalità<sup>112</sup>.

In sostanza, la normativa interna e quella unionale mostrano due approcci decisamente diversi. Se in un caso prevale la necessità di imporre una serie di limiti e di divieti necessari a escludere le possibili distorsioni del mercato attraverso fenomeni di corruzione e di infiltrazioni di tipo malavitoso nella gestione degli appalti, il legislatore europeo ha inteso invece puntare sul subappalto come strumento per attuare i principi generali di libero accesso al mercato, di libera concorrenza e di trasparenza. Si tratta di due visioni molto diverse perché improntate a due diversi ordini di priorità: la necessità di garantire che il mercato non venga alterato da comportamenti illeciti da un lato; il rispetto dei principi generali sulla libera concorrenza e la circolazione di beni e servizi nell'area dell'Unione europea dall'altra<sup>113</sup>.

È interessante notare come questa difformità di orientamenti sia frutto di una divaricazione profonda tra il legislatore interno e quello europeo. Come ha messo in evidenza una parte della dottrina

*“[...] il confronto tra legislazione europea e normativa interna sembra profilare una divaricazione di natura culturale poiché l'istituto europeo del subappalto ruota inevitabilmente intorno all'esercizio di un'auctoritas imparziale e alla conseguente discrezionalità in campo alla stazione appaltante, ciò che richiede la cura e la verifica in concreto dell'interesse pubblico in funzione delle circostanze del caso di specie; presuppone*

---

<sup>111</sup> Direttiva 2014/24/UE, Articolo 63, par. 2.

<sup>112</sup> Direttiva 2014/24/UE, Articolo 18, par. 1.

<sup>113</sup> Pergolizzi L. (2021), “Il subappalto e la Legge europea”, *Il Diritto Amministrativo*, 16 (5), pp. 1-21

*l'accountability dell'autorità aggiudicatrice e il suo alto livello di professionalità, correttezza e responsabilità*"<sup>114</sup>.

Questa impostazione è fortemente sostenuta dalle istituzioni europee, ma fatica ad imporsi nel nostro paese, dove ha prevalso una prospettiva nella quale lo spazio per la discrezionalità della pubblica amministrazione aggiudicataria si è rivelato sempre più stretto, compresso da un lato dalla preoccupazione di limitare i fenomeni di *malpractice* e corruzione, dall'altro dall'esigenza di contrastare le eventuali infiltrazioni della criminalità organizzata all'interno degli appalti pubblici.

Questa difformità di orientamenti (che sul piano interno è stata sostenuta sia da una parte della dottrina, sia dalla giurisprudenza) risulta del tutto evidente nel contenzioso determinato dalla procedura di infrazione contestata dalla Commissione europea all'Italia.

### **2.3 La procedura di infrazione nei confronti dell'Italia (2018/2273)**

Il contenzioso, latente nelle diverse formulazioni delle normative interne ed euro-unitarie, si è manifestato esplicitamente con la costituzione in mora della Commissione europea nei confronti dell'Italia mediante a seguito della procedura di infrazione n. 2018/2273, nella quale è stata contestata la violazione delle Direttive europee relative alle concessioni, e agli appalti pubblici in generale. I rilievi riguardavano una serie piuttosto complessa di fattispecie; per quanto riguarda i temi oggetto della nostra trattazione la Commissione ha stigmatizzato la normativa italiana nei punti nei quali definisce:

- la definizione, attraverso una norma generale ed astratta, di un limite quantitativo della possibilità di ricorrere al subappalto;
- l'obbligo di indicare al committente una terna di subappaltatori in caso di adozione del subappalto;
- il divieto del cosiddetto "subappalto a cascata", ovvero della possibilità per un subappaltatore di avvalersi di un altro soggetto cui appaltare in toto o in parte la prestazione;

---

<sup>114</sup> Baratta R. (2020), "Legislazione europea e disciplina interna del subappalto: un'aporìa culturale?", Eurojus, 2, pp. 31-32.

- il divieto del cosiddetto “avvalimento a cascata”, cioè la possibilità che il soggetto che l’aggiudicatario ha identificato come idoneo a fornire una prestazione possa ricorrere ad altro soggetto da lui identificato;
- le previsioni dell’articolo 89 comma 7 del D. Lgs. 50/2016 in merito all’impossibilità per i soggetti che partecipano ad una gara di avvalersi di uno stesso soggetto per garantire una prestazione d’opera; lo stesso articolo vieta anche ad un soggetto che partecipa ad una gara di essere subappaltatore di un altro operatore economico che partecipa alla stessa gara.

Sugli stessi punti è intervenuta anche la Corte di Giustizia europea, che ha confermato l’impostazione dei rilievi forniti dalla Commissione europea nell’infrazione. La Corte, a breve distanza di tempo, ha avuto modo di intervenire due volte nel merito. Una prima volta è stata chiamata in causa dal TAR della Lombardia, che con ordinanza n. 148/2018 ha chiesto alla Corte di chiarire se la normativa nazionale che imponeva che il subappalto non superasse il limite del 30% dell’importo complessivo dell’importo a gara fosse o meno coerente con i principi di libero stabilimento e di libera prestazione dei servizi previsti dal Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea. La Corte si è pronunciata nel merito con Sentenza del 26 settembre 2019, causa C-63-/18 (c.d. *Caso Vitali*), confermando che l’impostazione che deriva dalle istituzioni europee non prevede per il subappalto limiti quantitativi: si tratta infatti di una previsione generalizzata, le cui uniche restrizioni devono essere previste in via eccezionale e motivate da aspetti di tipo tecnico relativi alla oggettiva fornitura della prestazione quando questa abbia un contenuto tecnico-professionale particolare. Analoga posizione è stata sostenuta dai giudici della Corte di Giustizia Europea anche nel successivo giudizio proposto su iniziativa del Consiglio di Stato, VI Sezione, con Ordinanza n. 3553 dell’11 giugno 2018. La sentenza del 27 novembre 2019, Causa C-402/18 (c.d. *Caso Tedeschi S.r.l.*), è entrata nel merito anche della questione relativa alla necessità di adottare misure di contrasto alla criminalità organizzata: ha però concluso – senza peraltro avanzare dubbi sul fatto che tale limitazione possa effettivamente costituire una opportunità per la soluzione al problema – che la limitazione arbitraria al 30% rappresenta una misura “eccessiva” rispetto

all'obiettivo<sup>115</sup>. Da questa impostazione risulta ancora più evidente la divaricazione delle priorità alle quali si informano i diversi legislatori.

Alle obiezioni della Commissione europea il legislatore interno ha tentato di opporre una certa resistenza passiva, adottando alcuni accorgimenti che potessero andare incontro alle istanze della procedura di infrazione, ma evitando di stravolgere l'impianto normativo previsto nell'allora vigente Codice degli appalti. Un primo intervento si è avuto nel cosiddetto "Decreto sblocca-cantieri"<sup>116</sup>. In esso veniva previsto l'innalzamento al 50% della soglia per l'affidamento di lavori e forniture in subappalto e l'abrogazione del comma 4, lettera a) dell'articolo 105 del D. Lgs. 50/2016, sottraendo quindi la possibilità di determinare clausole più restrittive per la concessione del subappalto attraverso il bando di gara. La legge di conversione è poi intervenuta per abbassare la soglia al 40% del totale della gara, rendendo questa previsione peraltro provvisoria vista la sua valenza solo entro il 30 giugno 2020. Nella prospettiva interna, questo intervento doveva costituire un tentativo di andare incontro all'esigenza di conciliare il diritto interno con quello unionale, evitando però di rimuovere completamente quelle soluzioni che potevano andare incontro all'esigenza di contrastare le infiltrazioni mafiose e criminali nel settore degli appalti pubblici.

La scelta di non aderire completamente alle istanze provenienti dalle istituzioni europee (nel frattempo rafforzate anche dall'ANAC, che aveva sottolineato l'urgenza di intervenire a favore dell'armonizzazione della normativa interna con quella europea) è stata confermata anche dal cosiddetto "Decreto Milleproroghe"<sup>117</sup>, che si è limitato (all'articolo 13, comma 2 lettera c) a spostare il termine nel quale applicare il tetto del 40% ai subappalti fino al 30 giugno 2021. Una maggiore compliance con quanto previsto

---

<sup>115</sup> Bruno S. A. (2024), "La procedura d'infrazione europea contro l'Italia per le limitazioni al subappalto: rischi di revoca di risorse europee, inerzia del legislatore e giurisprudenza ondivaga", *Il Diritto Amministrativo*, 16 (5), pp. 1-19.

<sup>116</sup> Decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 "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" (GU n. 92 del 18 aprile 2019), convertito con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 140

<sup>117</sup> Decreto-legge 30 dicembre 2020, n. 183 "Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall'Unione europea" (GU n. 323 del 28 febbraio 2020), convertito con modificazioni dalla Legge 26 febbraio 2021 n. 21.

dalle strutture unionali è invece avvenuta con il Decreto Legge 77/2021: in quel particolare momento, infatti, la “normalizzazione” della disciplina interna rispetto a quella euro-unitaria è stata ritenuta necessaria per favorire il percorso di preparazione al PNRR, che poteva incontrare proprio nelle pronunce della Corte europea ostacoli significativi al suo sviluppo nel nostro Paese<sup>118</sup>. Così, la norma ha previsto di spostare di qualche mese (fino al 31 ottobre 2021) la vigenza del limite del 40% per il subappalto, prevedendo che a partire dal successivo 1° novembre 2021 tale limite dovesse essere definitivamente superato.

#### **2.4 La nuova disciplina del subappalto alla luce delle ultime modifiche**

Nel nuovo codice dei contratti pubblici la disciplina del subappalto è affrontata nell’articolo 119, che riprende strutturalmente il previgente articolo 105 del D. Lgs. 50/2016 introducendo alcune significative modifiche volte ad allineare il diritto interno a quello europeo . Il nuovo testo ha il merito di sistematizzare una materia che, dal 2016 in avanti, era stata oggetto di numerose modifiche estemporanee intervenute sia a seguito della procedura di infrazione 2018 sia in conseguenza dell’iniziativa giurisprudenziale offerta dalla Corte di Giustizia europea. Nello sciogliere quel confronto tra diverse priorità, quindi, la prospettiva che si è affermata è quella europea, non senza che il legislatore interno abbia tentato di mitigare un approccio che sembrava favorire una sostanziale *deregulation* della disciplina.

Il limite percentuale al subappalto, probabilmente l’aspetto più controverso della previgente disciplina è stato eliminato dal testo normativo: le stazioni appaltanti hanno così una maggiore discrezionalità rispetto al passato e si allineano con le Direttive europee che abbiamo in citato in precedenza. L’art. 119 D. Lgs. 36/2023 non prevede più limiti generali al subappalto ed il ruolo e la responsabilità delle stazioni appaltanti emergono con grande chiarezza, soprattutto se si osserva che la dinamica normativa non prevede che il bando di gara identifichi i lavori e le forniture che dovranno essere eseguite direttamente dall’aggiudicatario, quanto piuttosto (con un’inversione concettuale

---

<sup>118</sup> Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77 “Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure (GU 31 maggio 2021, n. 129), convertito con modificazioni dalla Legge 29 luglio 2021.

piuttosto significativa) le prestazioni che, in ragione delle loro particolarità tecniche e della natura dell'appalto non potranno essere oggetto di subappalto<sup>119</sup>.

La questione del limite al subappalto ha avuto, come abbiamo visto, una trattazione uniforme nella giurisprudenza europea; la giurisprudenza interna ha invece mostrato in passato orientamenti alterni: da un lato ha recepito le indicazioni normative del legislatore nazionale; dall'altro si è posta il dubbio se tali orientamenti fossero in linea con i principi dell'Unione europea, al punto che le due cause alle quali abbiamo fatto riferimento nel paragrafo precedente e che sono all'origine dei pronunciamenti della Corte di Giustizia europea derivano proprio da istanze avanzate dalla giurisprudenza amministrativa. Questo approccio è stato (non senza buone ragioni) giudicato “ondivago”, a giudizio di una parte della dottrina<sup>120</sup>. Il nuovo testo normativo sembra invece aver finalmente offerto alla giurisprudenza amministrativa un chiaro appiglio. Ne è un esempio un recente pronunciamento del TAR del Friuli Venezia Giulia, in un caso nel quale la stazione appaltante aveva previsto la possibilità di subappaltare entro il limite del 30% i lavori previsti nell'ambito dei lavori di montaggio e manutenzione di impianti termici e di riscaldamento (OS28)<sup>121</sup>.

Nel momento in cui la stazione appaltante ha negato l'autorizzazione al subappalto, l'aggiudicatario ha proposto un ricorso al TAR, sostenendo la contrarietà della decisione del committente rispetto ai principi sanciti dalla normativa europea e facendo forza sulla sentenza della Corte di Giustizia europea nel cosiddetto caso Vitali S.p.A., che avrebbe – a giudizio del ricorrente – vietato l'imposizione di limiti al subappalto.

Il ricorso è stato ritenuto infondato dal TAR, che nella sentenza ha chiarito come l'orientamento unionale espresso anche a seguito delle sentenze della Corte di Giustizia

---

<sup>119</sup> D. Lgs. 36/2023, Articolo 119 comma 2, analoga previsione era presente anche nell'ultima versione dell'articolo 105 del D. Lgs. 50/2016

<sup>120</sup> Bruno S. A. (2024), “La procedura d'infrazione europea contro l'Italia per le limitazioni al subappalto: rischi di revoca di risorse europee, inerzia del legislatore e giurisprudenza ondivaga”, cit.

<sup>121</sup> La categorizzazione delle tipologie di interventi è definita dalle attestazioni SOA e sono divise in due macroaree identificate come OG (Opere Generali) e OS (Opere specializzate). Ogni azienda, per poter realizzare un'opera o una fornitura, deve disporre di una apposita certificazione SOA rilasciata da enti che hanno ricevuto da ANAC il mandato di effettuare gli accertamenti volti a determinare se i soggetti che operano nell'ambito di appalti pubblici possiedono la capacità tecnica e le dimensioni d'impresa per eseguire il lavoro prescritto e se sono in grado di rispettare i requisiti previsti dal codice. L'attestazione SOA (acronimo per Società Organismi di Attestazione) è un documento obbligatorio per partecipare a gare di appalto per importi superiori ai 150.000 euro.

non elimina la possibilità di imporre dei limiti al subappalto, ma censura solo i casi nei quali tali limiti vengano fissati attraverso la determinazione di previsioni normative generali ed astratte. Ciò non pregiudica la possibilità che la stazione appaltante non possa, autonomamente e sulla base di proprie valutazioni tecniche, imporre limiti specifici e legati al singolo appalto. Questa sentenza consente di apprezzare il consolidarsi di due orientamenti che il nostro ordinamento mostra di aver recepito: da un lato, l'impossibilità di definire limiti *ex lege* (come previsto dalla previgente forma originale dell'articolo 105 del D. Lgs. 50/2016); dall'altro di valorizzare la discrezionalità delle valutazioni che sono poste in capo alle amministrazioni aggiudicatrici, consentendo loro di adottare le scelte ritenute più opportune in relazione al caso specifico. Nel caso sottoposto alla valutazione del TAR, il limite imposto dalla stazione appaltante era legato alla rilevazione di ragioni tecniche legate al singolo appalto e non avevano una valenza generale. Da qui il pronunciamento contrario al ricorrente effettuato dal Tribunale amministrativo<sup>122</sup>.

L'art. 119 del D. Lgs. 36/2023 contiene ancora alcune limitazioni generiche all'istituto del subappalto, segnalando come ancora il legislatore abbia voluto tentare di individuare soluzioni normative volte a contemperare le esigenze interne (in particolare quelle destinate a limitare la possibilità che attraverso le maglie larghe del subappalto imprese collegate o controllate da organizzazioni criminali possano infiltrarsi negli appalti pubblici) con quelle euro-unitarie.

In particolare, la norma vieta la cessione del contratto di appalto principale, in coerenza con la previgente impostazione della disciplina contenuta nel D. Lgs. 50/2016. La cessione del contratto di appalto è fattispecie che comporta la nullità dell'atto; sarà invece da considerarsi legittimo il trasferimento del contratto di appalto (unitamente a tutti gli altri negozi giuridici) in caso di trasformazione aziendale<sup>123</sup>.

La fattispecie della nullità colpisce anche l'accordo che preveda l'affidamento a terzi dell'esecuzione integrale delle prestazioni previste dall'appalto. Ne deriva quindi che per quanto la norma generale non imponga limiti alla possibilità di subappaltare, l'aggiudicatario dovrà svolgere in proprio almeno una porzione delle attività previste dal contratto.

---

<sup>122</sup> TAR Friuli Venezia Giulia, Sentenza n. 187 del 27 maggio 2023.

<sup>123</sup> D. Lgs. 36/2023, Articolo 120.

Secondo quanto previsto dall'art. 119, comma 1 (terzo periodo) saranno parimenti da considerare nulli gli atti con i quali venga affidato a terzi:

- la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente
- la prevalente esecuzione dei contratti ad alta intensità di manodopera.

Queste precisazioni introdotte già dal primo comma dell'articolo 119 del D. Lgs. 36/2023 hanno indotto parte della dottrina a notare come i limiti generali previsti dal previgente ordinamento interno ed oggetto di contenzioso con la Commissione europea vengano sostanzialmente ripresentati, sia pure in forma diversa e indiretta. Infatti, il combinato disposto delle indicazioni contenute nei primi periodi del comma 1 producono i seguenti effetti:

- Essendo impossibile appaltare l'esecuzione integrale dell'opera o del servizio, il subappalto non potrà prevedere il 100% del contratto;
- Non potendo subappaltare la prevalenza delle lavorazioni della categoria prevalente, il subappalto potrà riguardare solo il 50% di queste;
- Non potendo subappaltare la prevalente esecuzione di contratti ad alta intensità di manodopera, l'affidamento a terzi potrà riguardare solo il 50% di queste.

Resta da capire se questa nuova impostazione adottata dal legislatore interno possa essere considerata ostativa da parte delle autorità unionali, prefigurando la fattispecie della determinazione di limiti generali ed astratti già oggetto della procedura di infrazione 2018/2273.

Il nuovo Codice degli appalti ha modificato anche l'esclusione di un operatore economico dalla possibilità di partecipare ad appalti e subappalti. Non costituiscono causa di esclusione la condanna del subappaltatore con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione di una pena sostitutiva, di una pena pecuniaria o di una pena detentiva non superiore ai cinque anni<sup>124</sup>. E' interessante rilevare come il legislatore abbia recepito l'esigenza di assicurare la regolare realizzazione dei lavori o della prestazione dei servizi, riducendo le cause che possono portare alla sospensione dei lavori: in questa prospettiva deve essere letta la previsione secondo la quale l'esclusione di un subappaltatore dalla procedura per l'assenza dei requisiti previsti dalla norma non possa costituire un pregiudizio per l'appaltatore, che

---

<sup>124</sup> Articolo 444 comma 1 del Codice di Procedura penale.

non verrà più coinvolto nell'esclusione. Alla stessa *ratio* risponde anche l'innalzamento delle soglie che qualificano gravi violazioni nel pagamento di imposte e tasse, che salgono da 5.000 a 35.000 €.

## **2.5 Subappalto, avvalimento e avvalimento operativo**

Il ricorso al subappalto necessario, che approfondiremo nel terzo capitolo, è l'unica possibilità per l'aggiudicatario sprovvisto di qualificazioni per alcune prestazioni che richiedono la qualificazione obbligatoria. L'affermazione è corretta solo con riferimento alla fase esecutiva dell'appalto: in sede di gara, infatti, la normativa consente di utilizzare anche lo strumento dell'avvalimento, fattispecie innovata dal D. Lgs. n. 36/2023. L'avvalimento è un istituto che si differenzia dal subappalto, ma che con esso ha alcune affinità e che dunque è opportuno esaminare almeno sommariamente.

Anche l'avvalimento è una fattispecie che risponde all'esigenza, fortemente sostenuta dalle istituzioni europee, di adempiere alle finalità generali di allargamento del mercato dei lavori pubblici alle piccole e medie imprese<sup>125</sup>. Alcuni operatori interessati a partecipare ad una procedura di gara potrebbero essere privi di alcuni requisiti finanziari, requisiti o tecnici. Per superare questo limite, gli operatori economici possono tuttavia ricorrere all'avvalimento, ottenendo i requisiti dei quali sono sprovvisti da altri soggetti terzi. Mentre però il subappalto è una modalità contrattuale che si struttura nella fase di gestione esecutiva dei lavori, l'avvalimento si struttura nella fase preliminare della gara, come ha evidenziato correttamente la dottrina prevalente

*“[...] è stato concepito in funzione del soccorso al concorrente sprovvisto dei requisiti richiesti dal bando di gara, quindi volto a consentire al concorrente il possesso diretto ed indiretto dei requisiti di partecipazione ad una gara”<sup>126</sup>.*

---

<sup>125</sup> Alla L. (2012), “Brevi note sull'avvalimento: un istituto antico rimodellato dal diritto europeo”, Amministrazione In Cammino. [https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/11/Alla\\_avvalimento.pdf](https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/11/Alla_avvalimento.pdf). Sito consultato il 19 maggio 2024.

<sup>126</sup> Vosa C. (2021), “L'avvalimento e gli altri strumenti che consentono l'allargamento del mercato ed attuano una maggiore concorrenza tra gli operatori”, *Salvis Juribus*. <http://www.salvisjuribus.it/lavvalimento-e-gli-altri-strumenti-che-consentono-lallargamento-del-mercato-ed-attuano-una-maggiore-concorrenza-tra-gli-operatori/>. Sito consultato il 20 maggio 2024.

Nell'avvalimento, dunque, l'operatore economico che intende partecipare ad una gara, pur in assenza dei requisiti previsti dal bando è il c.d. *soggetto ausiliato*; questi può dimostrare alla stazione appaltante che attraverso un diverso operatore economico (c.d. *soggetto ausiliario*) è in grado di integrare alcuni requisiti richiesti dalla gara dei quali è sprovvisto, in modo da soddisfare tutte le richieste previste dal bando di gara. Il soggetto ausiliario assume con il soggetto ausiliato una responsabilità solidale nei confronti del committente (diversamente da quanto accade nel subappalto, dove per la stazione appaltante il riferimento rimane sempre l'aggiudicatario). È obbligatorio per il soggetto ausiliato allegare alla domanda di partecipazione al bando di gara il contratto stipulato con il soggetto ausiliario, specificando se l'accordo è finalizzato a soddisfare un vincolo secondo due linee di indirizzo, indicando:

- se l'accordo è finalizzato ad acquisire il possesso di un determinato requisito necessario per poter partecipare alla gara;
- se invece la finalità dell'accordo sia quella di migliorare la propria offerta per aumentare le proprie possibilità di ottenere l'appalto.

Questa seconda fattispecie fa riferimento a quello che viene definito "avvalimento premiale", perché il rapporto contrattuale che viene ad intercorrere tra i due operatori economici influisce direttamente nell'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica dell'impresa ausiliata. È utile precisare che la determinazione della qualifica di avvalimento premiale (cioè funzionale all'acquisizione di un punteggio più alto nell'ambito dell'offerta tecnica) è tra le novità introdotte alla disciplina con il D. Lgs. n. 36/2023<sup>127</sup>; essa determina l'esclusione dalla partecipazione autonoma alla gara dell'impresa ausiliaria. La lettera della norma ammette quindi che in caso di avvalimento legato al soddisfacimento di requisiti di partecipazione alla gara sia ammesso che il soggetto ausiliario possa partecipare alla gara in accordo o rapporto con diversi soggetti ausiliati, circostanza nella quale la norma previgente vedeva un profilo di criticità: tale situazione era sembrata infatti critica, perché atta a descrivere una situazione di oggettiva alterazione della dinamica concorrenziale tra le imprese, consentendo la partecipazione anche a coloro che non avevano tutte le caratteristiche per poterlo fare. Questo poteva

---

<sup>127</sup> D. Lgs. n. 36/2023, Articolo 104.

comportare che le imprese ausiliarie, dotate di quelle capacità, potessero in qualche modo proporsi come indispensabili per gli altri concorrenti e <sup>128</sup>.

A partecipare alla gara sarà quindi il soggetto ausiliato; è a lui che la pubblica amministrazione rilascerà il certificato di esecuzione al termine dei lavori; i due (o più) operatori economici legati da un contratto di avvalimento sono tuttavia responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto<sup>129</sup>. È particolarmente significativo il fatto che il legislatore abbia ravvisato nell'istituto dell'avvalimento gli stessi rischi potenziali di infiltrazioni della criminalità organizzata che gravano sul sistema degli appalti pubblici in generale e sui subappalti in particolare. Così, appare coerente con le esigenze del diritto interno che abbiamo già evidenziato nel capitolo precedente la previsione secondo la quale anche sul soggetto ausiliario ricadano gli stessi obblighi previsti a carico dell'operatore economico che partecipa alla gara in merito al rispetto dei requisiti relativi alla normativa antimafia<sup>130</sup>. La mancanza di tali requisiti porterà alla esclusione del soggetto ausiliario; consentirà però all'operatore economico che intende partecipare alla gara di accedere al soccorso istruttorio, concedendo un termine "congruo" (ma non superiore a dieci giorni) per identificare un nuovo soggetto con il quale stipulare un nuovo contratto di avvalimento<sup>131</sup>.

Infine, l'Allegato II.12 regola anche la fattispecie del cosiddetto "avvalimento stabile", ovvero quella forma particolare di avvalimento che intercorre tra un operatore economico ausiliato ed un'impresa ausiliaria che siano normalmente collegati da un rapporto di controllo. Secondo il Codice civile, il controllo di una società sull'altra avviene in relazione ad alcune situazioni oggettive, definite attraverso l'osservazione di dinamiche endosocietarie: in particolare, la società può definirsi controllante quando detiene:

- la maggioranza dei voti assembleari;
- un numero di voti che per quanto non maggioritario, è comunque sufficiente per esercitare "[...] un'influenza dominante" rispetto al voto assembleare;

---

<sup>128</sup> D. Lgs. n. 36/2023, Articolo 104, comma 12

<sup>129</sup> D. Lgs. n. 36/2023, Articolo 104, comma 7, primo periodo

<sup>130</sup> D. Lgs. n. 36/2023, Articolo 104, comma 7, secondo periodo,

<sup>131</sup> D. Lgs. n. 36/2023, Articolo 104, commi 5 e 6,

- vincoli contrattuali attraverso i quali di fatto può determinare le scelte operative della società controllata, facendo così emergere una oggettiva delimitazione del perimetro della autonomia imprenditoriale di quest'ultima<sup>132</sup>.

Quando il contratto di avvalimento viene definito all'interno di un rapporto stabile, sarà la stazione appaltante a dover verificare che l'impresa ausiliata sia autonomamente in possesso dei requisiti generali richiesti dal bando; l'impresa ausiliaria potrà invece offrire il supporto per i requisiti legati:

- alla eventuale idoneità professionale richiesta nell'ambito di particolari lavorazioni che coinvolgono opere di ingegneria o di architettura;
- alla adeguata capacità economica e finanziaria, da esprimersi attraverso la acquisizione delle classificazioni SOA;
- alla adeguata idoneità tecnica e organizzativa. Anche in questo caso varranno considerazioni analoghe a quelle effettuate in merito al ruolo delle imprese individuate nell'ambito di un subappalto;
- alla adeguata dotazione di attrezzature tecniche;
- all'adeguato organico medio annuo<sup>133</sup>.

Nei bandi di gara per l'affidamento di un contratto pubblico, le Pubbliche Amministrazioni inseriscono previsioni dedicate ai requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnico-professionali che le imprese devono necessariamente possedere per poter essere ammesse, alle procedure di affidamento. Ad esempio, possono decidere di ammettere alla gara solo chi abbia conseguito un determinato fatturato nello svolgimento di una determinata attività, oppure chi abbia un certo numero di dipendenti. Questi requisiti potrebbero non essere posseduti da un operatore economico che ha invece le competenze tecnico-professionali per accedere alla procedura di gara<sup>134</sup>.

In questo scenario, da disciplina europea – fondata sull'elaborazione giurisprudenziale – consente ad un operatore economico di dimostrare il possesso di requisiti economici,

---

<sup>132</sup> Articolo 2359 del Codice Civile

<sup>133</sup> Articolo 26 dell' Allegato II.12 al D. Lgs. 36/2023 , che fa riferimento ai requisiti definiti nel precedente articolo 18 ed esplicitati dal comma 5 al comma 25.

<sup>134</sup> Bruno G. (2020), "Differenza tra avvalimento e subappalto", Laleggepertutti.it, 5 giugno 2020. [https://www.laleggepertutti.it/405099\\_differenza-tra-avvalimento-e-subappalto#La\\_differenza\\_tra\\_avvalimento\\_e\\_subappalto](https://www.laleggepertutti.it/405099_differenza-tra-avvalimento-e-subappalto#La_differenza_tra_avvalimento_e_subappalto). Sito consultato il 15 luglio 2024.

finanziari e tecnici avvalendosi della capacità di altri soggetti, dovendo dimostrare di poter accedere a tali risorse per adempiere alle prestazioni necessarie all'esecuzione del contratto. In questa prospettiva l'avvalimento può essere definito come il "possesso mediato ed indiretto dei requisiti"<sup>135</sup>. L'avvalimento è dunque uno strumento messo a disposizione degli operatori economici privati e consente, in una gara pubblica, che un concorrente si avvalga delle risorse e dei requisiti di un'impresa giuridicamente diversa da sé (definita ausiliaria), alla quale sia legato da un vincolo, presumibilmente di carattere contrattuale.

La sua disciplina è di derivazione euro-unitaria, a partire dalla citata Direttiva 2004/18/CE, che contiene la prima elaborazione del principio del possesso *per relationem* dei requisiti richiesti dalla procedura. Secondo la dottrina prevalente, in considerazione della sua *ratio*, questo tipo di prospettiva avrebbe dovuto essere interpretata in maniera estensiva, in modo da determinare un allargamento della sua sfera di applicabilità: per questo motivo, l'unico limite che la disciplina unionale aveva posto all'istituto era quello della dimostrazione di poter disporre concretamente dei mezzi dell'impresa ausiliaria della quale ha deciso di avvalersi<sup>136</sup>.

Il Codice del 2016 aveva recepito, tra le altre novazioni unionali, anche quella dell'avvalimento, attraverso la disciplina posta dall'art. 89. Questo presentava diverse differenze con l'appalto: l'impresa concorrente e quella ausiliaria risultano responsabili in solido rispetto al committente e su entrambi i soggetti gravano gli stessi obblighi previsti dalla normativa antimafia<sup>137</sup>; una impresa può avvalersi di più imprese ausiliarie, ma nessuna di queste può a sua volta utilizzare altri soggetti<sup>138</sup>. Proprio l'assenza di limiti all'avvalimento ha spinto una parte della dottrina a rilevarne la criticità, in considerazione del fatto che le imprese possano diventare

---

<sup>135</sup> Cogliando R. D. (2024), *L'avvalimento. Profili interdisciplinari*, Torino, Giappichelli, p. 18.

<sup>136</sup> Masi L. (2009), "Avvalimento: il contratto è necessario. Nota a CdS, sez. V, 10 febbraio 2009, n. 743", *Urbanistica e appalti*, 5, p. 564

<sup>137</sup> D. Lgs. 50/2016, art. 89, comma 5

<sup>138</sup> D. Lgs. 50/2016, art. 89, comma 6

*“[...] meri organizzatori del lavoro altrui, poiché potendo avvalersi praticamente di tutti i requisiti di ordine speciale potrebbero limitare la loro organizzazione ad una segreteria di coordinamento”<sup>139</sup>.*

In questo caso, verrebbe a determinarsi la creazione di una struttura priva di capacità tecnica, organizzativa e finanziaria che potrebbe dare origine a problematiche che potrebbero essere scongiurate solo con i poteri di verifica e controllo previsti dal comma 9 dell'articolo 89.

Il D. Lgs. n. 36/2023, al comma 1 dell'art 104, riprende gran parte della disciplina. Esso prevede che

*“Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico, il contratto è normalmente a titolo oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti”.*

Rispetto al testo previgente, il D. Lgs. 36/2023 allarga ulteriormente la possibilità di utilizzare lo strumento dell'avvalimento: laddove l'articolo 89, al comma 7, prevedeva che – nell'ambito di una stessa gara – un'impresa ausiliaria non potesse essere indicata da più di un concorrente e non poteva neanche partecipare in proprio alla procedura, il comma 11 dell'articolo 104 appare decisamente più permissivo, vietando la partecipazione alla stessa gara dell'impresa che si avvale e dell'ausiliaria solo nei casi nei quali l'avvalimento si finalizza a migliorare l'offerta economica. Procedendo con l'analisi della norma, viene sottolineato che l'operatore economico deve allegare alla domanda di partecipazione, il contratto di avvalimento, in originale o in copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta.

Nella prassi, potrebbe sorgere confusione tra l'istituto *de quo* e quello del subappalto, oggetto della presente analisi; entrambi, infatti, sono strumenti che consentono

---

<sup>139</sup> Cirillo G. P. (2008), “L'avvalimento: sintesi tra subprocedimento e negozio giuridico”, Giustizia amministrativa.

l'allargamento del mercato ed attuano una maggiore concorrenza tra gli operatori economici<sup>140</sup>.

In realtà, si tratta di due istituti differenti disciplinati da due norme diverse, con funzioni e caratteristiche proprie. L'avvalimento attiene alla fase di gara e consente al concorrente di integrare i requisiti di partecipazione di cui è sprovvisto, ai fini della partecipazione alla procedura di affidamento<sup>141</sup>; il subappalto, invece, attiene già alla fase di esecuzione dei lavori e consente al soggetto aggiudicatario, già in possesso delle relative qualifiche, semplicemente di affidare a un altro soggetto parte dei lavori, quindi un'ipotetica modalità organizzativa dell'appalto.

Un'altra distinzione fondamentale tra i due istituti, come accennato, riguarda la responsabilità.

Nell'avvalimento, secondo l'art 104 del Nuovo Codice, riprendendo il testo del previgente articolo 89 del D. Lgs. 50/2016, afferma che "*L'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto*"<sup>142</sup>.

Si parla, dunque, di responsabilità solidale. Anche alla luce della nuova disciplina la società ausiliaria non è dunque un soggetto terzo ed estraneo rispetto alla gara, dovendosi impegnare verso l'impresa concorrente e verso la stazione appaltante in solido con la prima a fornire i mezzi, i requisiti, e le attrezzature di cui l'impresa concorrente è carente<sup>143</sup>. Per quanto concerne invece il subappalto, il subappaltatore resta un soggetto estraneo rispetto alla gara che compare solo nella fase esecutiva.

Seguendo una modalità che abbiamo più volte visto all'opera anche per quanto riguarda il subappalto, l'intervento della giurisprudenza è risultato determinante per poter meglio circoscrivere i contorni dell'avvalimento. L'intervento giurisprudenziale ha infatti determinato una distinzione i due forme di avvalimento:

---

<sup>140</sup> Vasa C., "L'avvalimento e gli altri strumenti che consentono l'allargamento del mercato ed attuano una maggiore concorrenza tra gli operatori", *Salvis Juribus*, 8 agosto 2021.

<sup>141</sup> Sersale N. (2015), *Il subappalto nei contratti pubblici, disciplina privatistica e pubblicistica*,

<sup>142</sup> D. Lgs. 36/2023, Articolo 104 comma 7 primo periodo

<sup>143</sup> Vasa C., "L'avvalimento e gli altri strumenti che consentono l'allargamento del mercato ed attuano una maggiore concorrenza tra gli operatori", op. cit.

- l'avvalimento di garanzia, che si verifica quando l'ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata la sua capacità economica e finanziaria, svolgendo così una funzione di (appunto) di garanzia nei confronti della stazione appaltante circa le concrete possibilità dell'appaltatore di far fronte agli impegni economici che derivano dal contratto;
- l'avvalimento operativo, quando l'ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse tecnico-organizzative necessarie all'esecuzione del contratto di appalto. In questo caso, l'oggetto dell'avvalimento saranno proprio i requisiti tecnici e professionali<sup>144</sup>.

Il confine tra queste due forme di avvalimento può essere difficile da individuare con certezza nella prassi. Anche in questo caso, il chiarimento è venuto dalla giurisprudenza amministrativa, che ha chiarito come sia la stazione appaltante a determinare quale delle due forme di avvalimento intenda privilegiare: se ritiene indispensabile il possesso di requisiti che attestino la solidità economica, finanziaria o tecnica, occorrerà guardare all'attività passata dell'azienda ausiliaria, che potrà con le sue capacità finanziarie e tecniche sviluppate in passato essere di supporto all'impresa ausiliata. Viceversa, se la stazione appaltante ha maggiore interesse a condizionare l'esecuzione dell'appalto vincolerà l'avvalimento ai requisiti tecnici ed operativi (inclusi quelli in possesso delle professionalità necessarie all'esecuzione del contratto), chiedendo all'aggiudicataria la disponibilità dei mezzi e dei requisiti tecnici posseduti dall'impresa ausiliaria<sup>145</sup>.

E' interessante notare come l'avvalimento di garanzia non sia necessariamente finalizzato ad individuare risorse economiche e di capitali individuati con precisione: la sua funzione preminente è quella di dimostrare (“[...] mediante il formale impegno dell'ausiliaria di messa a disposizione della propria solidità finanziaria e professionale”<sup>146</sup>) la capacità dell'appaltatore di adempiere agli obblighi contrattuali; viceversa, l'avvalimento operativo impone che l'individuazione dei mezzi e delle risorse da dedicare alla

---

<sup>144</sup> Consiglio di Stato, Sezione V, Sentenza del 14 gennaio 2022, n. 257.

<sup>145</sup> TAR Toscana, Sezione II, Sentenza del 19 dicembre 2022, n. 1463.

<sup>146</sup> Ibidem

prestazione siano individuati con precisione, perché essi sono idonei a condizionare l'intera prestazione contrattuale<sup>147</sup>.

## **2.6 Un'importante novità: il “subappalto a cascata”**

La novità più significativa introdotta dal D.Lgs. 36/2023 in tema di subappalto è relativa alla introduzione nell'ordinamento del subappalto “a cascata”, situazione espressamente vietata dalla disciplina previgente<sup>148</sup>.

Il divieto di subappalto a cascata previsto dall'ordinamento precedente era legata ad una molteplicità di ragioni e trovava una sua giustificazione nell'obbligo da parte dell'appaltatore di ottenere una autorizzazione preventiva della stazione appaltante per affidare una parte dei lavori in subappalto. Il divieto di affidare queste prestazioni ad un ulteriore subappalto rispondeva alla prevalente esigenza di limitare il rischio che nella catena successiva di subappalti potessero inserirsi operatori economici privi dei requisiti previsti dalla legge ed obbligatori per gli appaltatori. La verifica avrebbe infatti richiesto un rilevante sforzo di controllo da parte delle stazioni appaltanti; il moltiplicarsi dei livelli di subappalto avrebbe così finito per esporre tutti gli attori del sistema (appaltatori, subappaltatori e committenti) a pressioni delle organizzazioni criminali interessate all'esecuzione di parte del contratto. Inoltre, la sussistenza del subappalto a cascata non è facile da determinare: l'operatore economico incaricato del subappalto è infatti nella possibilità di stipulare con altri soggetti tutti i contratti che ritiene necessari per assicurare la corretta esecuzione del subappalto.

Le iniziative della Commissione europea ed i già citati rilievi proposti dalla Corte di Giustizia nei casi Vitali S.p.A. e Tedeschi S.r.l. hanno imposto la revisione di questa impostazione. L'esigenza di affrontare anche questo aspetto in una nuova formulazione della normativa è stata così inserita tra le materie oggetto della Legge delega che ha portato alla revisione del D. Lgs. 50/2016<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> Consiglio di Stato, Sezione IV, Sentenza del 7 ottobre 2021, n. 6711

<sup>148</sup> D. Lgs. 50/2016, Articolo 105, comma 19.

<sup>149</sup> Legge 21 giugno 2022, n. 78 “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”. GU del 26 giugno 2022 n. 146.

La nuova formulazione del comma 17 elimina il divieto assoluto di ricorrere al subappalto per prestazioni a loro volta già oggetto di subappalto. Esso prevede che:

*“Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali”<sup>150</sup>.*

Esso determina così l'esclusione dall'ordinamento di una previsione determinata da una norma generale e astratta e impone allo stesso tempo alla stazione appaltante di definire nel caso concreto le situazioni che intende escludere dalla possibilità di applicazione del subappalto a cascata.

Perseguendo – come si evince dal testo – l'obiettivo di compenetrare le esigenze di armonizzazione del diritto interno con quello europeo, il legislatore ha comunque tenuto conto della necessità di mantenere alta la guardia contro le infiltrazioni della criminalità organizzata. Il nuovo testo non può essere quindi considerato una vera e propria liberalizzazione della disciplina (come vorrebbero le già citate direttive europee); piuttosto pone sulle stazioni appaltanti la responsabilità di verificare il rispetto dei principi di trasparenza e di tutela del mercato del lavoro, ponendo allo specifico appalto le limitazioni al subappalto a cascata ritenute necessarie e motivandone le ragioni della scelta nel bando di gara. Il legislatore, consapevole del “peso” organizzativo che ricade sulla committenza, ha inoltre offerto una serie di punti di riferimento operativo che guidano l'azione delle stazioni appaltanti. In particolare, vengono esclusi dai controlli le aziende e le imprese che fanno parte dell'elenco dei fornitori di beni e servizi o che risultano in regola con le certificazioni antimafia<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> D. Lgs. 36/2023, articolo 119, comma 17.

<sup>151</sup> Legge 6 novembre 2012, n. 190 “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione” (GU del 13 novembre 2012, n. 265), Articolo 1, comma 52.

Occorre rilevare come la ratio della norma sia coerente con l'impostazione che ha guidato il legislatore nel riformare, con il comma 2 dell'articolo 119, l'originale impostazione del codice rispetto ai limiti quantitativi per le prestazioni che possono essere oggetto di subappalto. Anche in questo caso, la documentazione di gara costituisce un riferimento fondamentale: non solo per la sua qualifica di *lex specialis*, ma anche perché rappresenta il documento fondamentale che consente all'amministrazione committente di evidenziare le motivazioni di ordine tecnico ed operativo che presiedono all'eventuale limitazione del subappalto a cascata.

La riformulazione proposta dal legislatore si muove quindi nella stessa prospettiva della determinazione dei limiti percentuali al subappalto, valorizzando la responsabilità della stazione appaltante, ma invertendo la prospettiva di osservazione. Il subappalto a cascata non rappresenta una evenienza eccezionale, ma una dinamica ordinaria nella gestione degli appalti: la stazione appaltante avrà così il compito di precisare le opere o le prestazioni che non potranno essere oggetto di subappalto a cascata. Questa scelta non dovrà essere legata a prospettive generali, ma oggetto di analisi rispetto al caso concreto. In generale, quindi, tutte le materie oggetto del contratto e subappaltabili potranno essere affidate dal subappaltatore a terzi; se l'amministrazione committente prevede di escludere questa possibilità è tenuta a definire puntualmente gli ambiti di esclusione, motivando la decisione all'interno del capitolato di gara che costituisce – in quanto *lex specialis* – il riferimento imprescindibile per la verifica di legittimità della scelta.

Abbiamo già accennato di come la determinazione di una fattispecie che identifica il cosiddetto "subappalto del subappalto" non sia agevole e come il confine tra il subappalto a cascata e il ricorso ad una normale rapporto cliente-fornitore utilizzato dall'impresa subappaltatrice sia piuttosto labile. Ne è un esempio una sentenza del TAR Liguria, chiamato a pronunciarsi sul ricorso di una amministrazione appaltante che aveva stigmatizzato attraverso il ricorso al Tribunale amministrativo il comportamento dell'aggiudicataria: questa, in sede di offerta, aveva dichiarato di utilizzare il subappalto in favore di un'impresa terza per predisporre la documentazione archeologica preliminare all'esecuzione dei lavori; l'impresa subappaltatrice, a sua volta, aveva incaricato un professionista con il quale aveva un rapporto di lavoro dipendente per l'esecuzione dell'obbligazione del contratto. L'incarico al professionista sarebbe stato, secondo la

stazione appaltante, un chiaro esempio di subappalto a cascata, ipotesi vietata al momento del ricorso ex art. 105 del D. Lgs. 50/2016. Il TAR della Liguria aveva invece notato come il rapporto di lavoro dipendente che intercorreva tra il professionista e la società subappaltatrice escludesse il realizzarsi del subappalto a cascata in forza del fatto che il rapporto di lavoro obbliga il professionista a fornire la propria prestazione professionale<sup>152</sup>.

Questa vicenda conferma come gli aspetti tecnici legati all'istituto del subappalto a cascata sono numerosi e che le recenti modifiche normative potrebbero non aver del tutto risolto il contrasto tra normativa interna ed euro-unitaria. In attesa di conoscere le iniziative della Commissione europea (ed eventualmente della Corte di Giustizia), va segnalato il perdurare della cautela imposta dal legislatore nazionale.

Va evidenziato un dibattito presente in dottrina tra quanti hanno sostenuto che, stante il silenzio del Legislatore sul tema del subappalto a cascata nel D. Lgs. 36/2023, questo non sarebbe oggetto delle norme disciplinate con l'articolo 119<sup>153</sup>; altri hanno invece sostenuto l'applicabilità al subappalto ulteriore della disciplina del subappalto ulteriore, sulla base della considerazione che la previsione del comma 17 dell'articolo 119 avesse la funzione

*“[...] di rispondere puntualmente alla procedura di infrazione in corso [...] per rendere più chiara la necessità di un'apposita previsione nei documenti di gara che, nel prevedere il subappalto, si occupi anche del subappalto da parte del subappaltatore”*<sup>154</sup>.

Va osservato che il Legislatore poteva comunque optare per introdurre nel Codice una specifica legata al subappalto ulteriore. La scelta, che autorevole dottrina ha comunque criticato parlando di “malgoverno”, sarebbe legata ad un approccio che considera implicita l'applicabilità delle norme relative al subappalto anche al subappalto a cascata. Questo però non si concilierebbe agevolmente con il fatto che vi è il rischio che la

---

<sup>152</sup> Tar Liguria, Sezione I, Sentenza 10 maggio 2023, n. 495

<sup>153</sup> Giliberti G. (2023), “Art. 119”, Perfett L. (ed), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Wolters Kluwer, p. 958 e ss.

<sup>154</sup> Lento A. (2023), “Il subappalto nel diritto pubblico”, *Giustizia-amministrativa.it*, p. 12. <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/158189-39>. Sito consultato il 19 luglio 2024

stratificazione dei subappalti renda molto più complesso per il committente adempirere alle operazioni di controllo e di vigilanza sui requisiti di tutti gli operatori economici coinvolti<sup>155</sup>.

In ultima analisi, quindi il Legislatore sembra aver adottato un atteggiamento prudente nella regolamentazione del subappalto a cascata. Le ragioni della prudenza nell'affrontare la materia sul piano del diritto interno sono legate non solo alla necessità di promuovere una accurata serie di controlli volti ad evitare infiltrazioni mafiose negli appalti, ma anche a motivazioni di ordine economico. Il subappalto a cascata comporta che per ogni livello che si aggiunge nella scala del subappalto si produce una riduzione del prezzo della prestazione e di conseguenza dell'utilità marginale dell'impresa sub-subappaltatrice. Questa spirale al ribasso può comportare il rischio di una minore qualità della prestazione erogata, del peggioramento delle condizioni di lavoro del personale impiegato dai diversi subappaltatori o del concomitante verificarsi di entrambe le situazioni. Così, il subappaltatore può avere un interesse economico diretto al ricorso al subappalto che può non corrispondere a quello della stazione appaltante. Le imprese coinvolte nel subappalto a cascata subiranno così la pressione di un trade-off tra qualità del servizio e costi: la riduzione del margine operativo potrà quindi esitare in scelte ai limiti della legalità, talvolta foriere di conseguenze drammatiche per i lavoratori<sup>156</sup>.

Un atteggiamento critico di parte della dottrina ha evidenziato come l'introduzione della nuova normativa produca quindi una serie di rischi. In particolare, sono tre gli aspetti che sembrano aver bisogno di una maggiore attenzione:

1. Mano a mano che si accumulano i livelli di subappalto, la qualità dell'opera tende a diminuire: i margini di profitto sempre più ridotti infatti inducono le imprese subappaltatrici a ricorrere a personale sempre meno qualificato per compiere il lavoro richiesto;
2. Il subappalto a cascata rischia di introdurre nel ciclo di vita dell'appalto imprese controllate dalla criminalità organizzata; la finalità di queste

---

<sup>155</sup> Villata R., Ramajoli M. (2024), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, op. cit., coll. 612-614.

<sup>156</sup> Lombardi R. (2024), "Cantieri privati e cantieri pubblici: dai divieti assoluti al subappalto a cascata", Primogrado.com, 31 marzo 2024. <https://www.primogrado.com/cantieri-privati-e-cantieri-pubblici-dai-divieti-al-subappalto-a-cascata>. Sito consultato il 21 maggio 2024

imprese è prevalentemente quella di riciclare il grande flusso di denaro che proviene dalle attività illecite. Queste imprese pagano “in nero” gran parte della manodopera non specializzata e parte delle forniture e ottengono in cambio il pagamento regolare delle prestazioni;

3. L'utilizzo di personale poco qualificato si accompagna spesso alla diminuzione dell'attenzione nella loro formazione, in particolare per quanto riguarda i temi – particolarmente rilevanti – della sicurezza sui luoghi di lavoro. Gli incidenti sempre più frequenti che si registrano sui cantieri sono espressione anche di questa dinamica criminale.

Il subappalto a cascata è dunque uno strumento che, per quanto introdotto su indicazione delle istituzioni europee, è oggetto di attenzione da parte del legislatore nazionale per evitare che esso favorisca una presenza sempre più pervasiva delle organizzazioni criminali sul mercato degli appalti pubblici. Presenza che è interesse dello stato contrastare sia a garanzia della legalità, sia per evitare che venga alterata la competizione leale e trasparente tra gli operatori economici: la presenza delle organizzazioni criminali rappresenta infatti un *vulnus* per il corretto andamento del mercato che non è solo rappresentato dalla diffusione di atteggiamenti intimidatori e da corruzione, ma che finisce per determinare una contemporanea caduta della qualità delle opere e di un aumento significativo del loro costo.

## **2.6 La tutela del lavoro nel subappalto**

Il tema del subappalto a cascata introduce un elemento di significativa novità nell'ambito della gestione degli appalti. La possibilità per i subappaltatori di cedere a loro volta a terzi parte delle prestazioni produce infatti alcuni rischi legati al mercato del lavoro: questi rischi sono stati stigmatizzati in posizioni critiche relative non solo alla minore qualità dell'opera oggetto di subappalto ulteriore e al rischio di infiltrazioni della criminalità organizzata, ma anche al fatto che questa pratica potrebbe avere un impatto sulla riduzione della formazione dei lavoratori, sulla sicurezza sul lavoro e di conseguenza peggiorare gli aspetti economici e giuridici dell'appalto.

La tutela del lavoro ha, per il Legislatore, un ruolo importante. La necessità di non favorire processi gestione del personale che sfruttino i lavoratori (attraverso contrattualizzazioni precarie e penalizzanti, con il ricorso al lavoro nero e con

l'attribuzione di compiti e ruoli per i quali non sussiste una adeguata formazione) non solo un elemento che tutela del lavoro in generale: essa è infatti posta a tutela dell'opera, che come abbiamo detto nelle pagine iniziali di questo lavoro è il bene generale oggetto della tutela del Legislatore. Peraltro, questi temi tornano drammaticamente all'attenzione degli studiosi e dell'opinione pubblica in occasione di gravi incidenti sul lavoro, come si è recentemente verificato nel crollo che si è verificato a Firenze, in un cantiere dell'Esselunga il 16 febbraio 2024: le indagini della procura avevano fatto emergere non solo delle problematiche legate alla progettazione dell'opera, ma anche importanti carenze sotto il profilo della gestione degli operai coinvolti nel crollo che ha provocato la morte di cinque di essi. Era emersa una inadeguata formazione specifica per lavoratori inquadrati con contratti diversi da quello del settore edile, inoltre, nella catena dei subappalti, si era verificato un rischio paradigmatico prefigurato dal Legislatore. Mano a mano che dal contraente principale si susseguono porzioni di lavorazione verso imprese subappaltatrici, si riduce anche il margine operativo per gli operatori economici. Questi sono così indotti ad abbassare il costo della manodopera, reclutando persone prive di professionalità specifica e ricorrendo ad un mercato dove le condizioni di grave difficoltà economica facilitano l'assunzione di operatori non qualificati. Nel caso di Firenze, gli operai coinvolti nel crollo avevano non solo carenze professionali determinate sia dalla formazione di base, sia da una formazione specifica relativa alla sicurezza carente; erano anche provenienti da paesi diversi e dunque con una barriera linguistica importante non solo tra di loro, ma anche con i responsabili di cantiere. Quattro dei cinque operai deceduti erano stranieri e, stando alle ricostruzioni che sono emerse dalla stampa, avevano una conoscenza approssimativa della nostra lingua e comunicavano tra di loro in maniera incerta. Nonostante questo svolgevano un lavoro altamente qualificato e con evidenti rischi per la loro incolumità<sup>157</sup>.

Abbiamo introdotto questo tema a partire da un caso di cronaca perché questo rappresenta, un caso – non unico, purtroppo – che esemplifica bene le preoccupazioni del

---

<sup>157</sup> Agostini I. (2024), “Il crollo del cantiere Esselunga a Firenze è solo l'ultimo tassello di una storia di cementificazione”, *Il fatto quotidiano*, 19 febbraio 2024. <https://www.ilfattoquotidiano.it/2024/02/19/il-crollo-del-cantiere-esselunga-a-firenze-e-solo-ultimo-tassello-di-una-storia-di-cementificazione/7451467/>. Sito consultato il 19 luglio 2024. Carmignani T. (2024), “Crollo di via Mariti, un mese dopo. La tragedia, le indagini, il futuro dell'area: Firenze ricorda gli operai morti”, *La Nazione*, 15 marzo 2024. <https://www.lanazione.it/firenze/cronaca/crollo-via-mariti-firenze-lhjix7mt>

Legislatore rispetto ai rischi connessi alla tutela del lavoro. Per limitare tali rischi, il Legislatore ha costruito una serie di dispositivi che dovrebbero consentire di tutelare il lavoro qualora ci si avvalga di subappalti e di subappalto a cascata. In primo luogo, va rilevato come sia stata prevista una norma che stabilisce che spetti alle stazioni appaltanti il compito di assicurare che ai lavoratori siano applicati i contratti collettivi di settore, estendendo tale previsione anche in caso di subappalto (e conseguentemente di subappalto a cascata, come esplicitamente previsto dall'articolo 11, comma 5 del D. Lgs. 36/2023)<sup>158</sup>. Tale norma prevede anche che l'indicazione del contratto debba essere indicata in sede di bando di gara e pur lasciando aperta la possibilità che gli operatori economici possano proporre contratti diversi, impone che essi debbano avere tutte le garanzie e le tutele previste da quello indicato nel bando di gara<sup>159</sup>. Il dispositivo dell'articolo 119 ha poi rafforzato questa impostazione, stabilendo che il committente (o il subappaltatore nel caso di subappalto a cascata) è responsabile in solido in caso di inosservanza delle disposizioni del precedente articolo 11 (e dunque è sottoposto al sistema sanzionatorio indicato nel comma di chiusura di tale articolo)<sup>160</sup> ed impone al subappaltatore di riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo identico a quello che sarebbe stato garantito dal contraente principale<sup>161</sup>.

Una importante conferma dell'attenzione è venuta da un parere del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, che il 26 febbraio 2024 ha confermato che anche per i contratti sottosoglia come definiti dall'articolo 48, comma 4 del D. Lgs. 36/2023 debbano essere applicate le stesse condizioni previste per gli appalti. La necessità di intervento da parte del Ministero era legata al fatto che nei contratti sottosoglia manca un bando nel quale far emergere il contratto di riferimento: la mancanza di un bando avrebbe potuto suggerire il venir meno dell'indicazione da parte del committente circa il Contratto di lavoro da utilizzare e dunque permettere all'operatore economico una libertà nello scegliere l'istituto contrattuale per esso più vantaggioso. Tuttavia, il Ministero ha evidenziato come la stazione appaltante è comunque nelle condizioni di formulare una scelta legata al contratto ed ha anche fornito una soluzione operativa a supporto della sua interpretazione estensiva:

---

<sup>158</sup> D. Lgs. 36/2023, Articolo 11

<sup>159</sup> D. Lgs. 36/2023, Articolo 11, commi 2 e 3

<sup>160</sup> D. Lgs. 36/2023, Articolo 119, comma 7

<sup>161</sup> D. Lgs. 36/2023, Articolo 119, comma 12

*“[...] la stazione appaltante potrà indicare il ccnl, ex art. 11 del D. Lgs. 36/2023, per vie informali, p. e. nel momento in cui procede alla richiesta di preventivo all’operatore economico”<sup>162</sup>.*

Una ulteriore innovazione è stata successivamente introdotta con il Decreto-legge 19/2024, posto a tutela della sicurezza dei lavoratori sui luoghi di lavoro. Lo strumento che è stato individuato dal Legislatore è quello della cosiddetta “Patente a crediti”, che viene obbligatoriamente applicato:

- alle imprese che operano in cantieri edili o di ingegneria civile, ad esclusione delle imprese che sono in possesso di una certificazione SOA. Se ne deduce che questo dispositivo sarà applicato a tutti gli operatori economici che partecipano a gare per appalti per lavori di valore inferiore ai 150.000 euro;
- ai lavoratori autonomi impiegati nei cantieri temporanei o mobili<sup>163</sup>.

Ogni soggetto (che per ottenere la patente dovrà rivolgersi all’Ispettorato del lavoro dimostrando il possesso di una serie di requisiti tra i quali anche gli adempimenti degli obblighi formativi nei confronti dei lavoratori e le certificazioni di regolarità fiscale e contributiva) avrà a disposizione 30 punti, che subiranno decurtazioni sulla base di specifici eventi infortunistici in relazione alla loro gravità. In caso di invalidità permanente e decesso si potrà arrivare alla sospensione della patente<sup>164</sup>.

Occorre rilevare che l’impegno del Legislatore ha creato, tra i lavoratori impiegati al livello di appalto e di subappalto ulteriore, una certa differenza nel trattamento. La norma

---

<sup>162</sup> Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, Parere del 26 febbraio 2024 n. 2338 “Indicazione del CCNL applicabile e costo della manodopera: applicabilità degli affidamenti diretti”. <https://www.serviziocontrattipubblici.com/Supportogiuridico/Home/QuestionDetail/2338>. Sito consultato il 20 luglio 2024.

<sup>163</sup> Decreto-legge 2 marzo 2024, n. 19 “Ulteriori disposizioni urgenti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)”, (GU del 2 marzo 2024, n. 52), convertito con modificazioni dalla Legge 2 aprile 2024, n. 56.

<sup>164</sup> Merani C. (2024), “La tutela dei lavoratori negli appalti di lavori pubblici. Le problematiche legate alla liberalizzazione del subappalto “a cascata” e i recenti interventi normativi”, *Altalex*, 23 aprile 2024. <https://www.altalex.com/documents/news/2024/04/23/tutela-lavoratori-appalti-lavori-pubblici>. Sito consultato il 20 luglio 2024.

infatti, rimandando al bando in quanto *lex specialis*, di fatto vede riconoscere ai lavoratori impegnati nell'appalto il riconoscimento di fatto del contratto collettivo; per le prestazioni affidate in subappalto, invece, il comma 12 dell'articolo 119 riconosce

*“[...] gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale”.*

limitando l'applicazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale solo nel caso in cui le attività affidate in subappalto coincidano con quelle che caratterizzano l'oggetto dell'appalto o siano relative alle categorie prevalenti e facenti parte dell'oggetto sociale del contraente principale<sup>165</sup>.

Questa specifica è significativa, perché rende esplicito il meccanismo in base al quale l'applicazione del CCNL è relativa solo per le prestazioni che si sovrappongono a quelle previste dall'appalto, limitandosi negli altri casi alla garanzia di eguale trattamento economico<sup>166</sup>.

Sotto il profilo operativo, gravano sull'appaltatore e sui subappaltatori una serie di adempimenti. In particolare trasmettono alla stazione appaltante tutta la documentazione inerente la gli oneri previdenziali, assicurativi e anti-infortunistici. Questa documentazione deve essere trasmessa prima dell'inizio dei lavori.

Spetta invece alla stazione appaltante acquisire il DURC: in caso di inadempienza contributiva o di ritardo nel pagamento dei dipendenti o del subappaltatore, il committente è autorizzato a trattenere l'importo corrispondente all'inadempienza per versare direttamente gli importi agli enti previdenziali e assicurativi; in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni, il RUP (o il responsabile del procedimento della fase di esecuzione, qualora nominato) avviano gli accertamenti dovuti e la stazione appaltante potrà pagare direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, decurtando tali importi da quelli dovuti alla ditta appaltatrice<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> D. Lgs. 36/2023, Articolo 119, comma 12, secondo periodo

<sup>166</sup> Santoro I. “A cavallo tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici”, *WP CSDLE Massimo D'Antona*, 467, pp. 1-20.

<sup>167</sup> D. Lgs. 36/2023, Articolo 119, commi 8 e 9. Squazzoni A. (2024), “Art. 119 Subappalto”, Villata R., Ramajoli M. (2024), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, op. cit., pp. 602 e ss. nota opportunamente la presenza di un refuso nel rinvio del comma 8, che anziché al comma 5 dell'articolo 11 del Codice sarebbe invece riferito all'art. 6.

La norma pone un meccanismo di controllo per limitare il ricorso a lavoro sommerso irregolare, imponendo la verifica di congruità della manodopera impiegata nelle lavorazioni: per i lavoratori edili il requisito è verificato tramite il ricorso alla Cassa edile, mentre per gli altri settori deve essere verificata la congruità del contratto di lavoro applicato<sup>168</sup>.

---

<sup>168</sup> D. Lgs. 36/2023, Articolo 119, comma 14.

## CAPITOLO TRE – IL SUBAPPALTO – RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

### 3.1 Il sistema di classificazione delle imprese: origine ed evoluzione

Per poter eseguire lavori pubblici che prevedano un importo a base d'asta superiore a 150.000 euro, gli operatori economici devono dimostrare di possedere la certificazione SOA, la cui disciplina è già stata accennata nel capitolo precedente. La certificazione SOA è un documento obbligatorio, valido cinque anni e sottoposto ad una verifica intermedia al terzo anno, rilasciato da organismi di attestazione esplicitamente autorizzati, che valutano una serie di requisiti previsti dalla norma per poter partecipare agli appalti pubblici. La certificazione prende in esame 52 categorie complessive (13 per le Opere Generali – OG e 39 inerenti le Opere Specializzate - OS) e una serie di classi di importo (10 complessivamente). La suddivisione in classi di importo è particolarmente importante perché consente di valutare l'impresa non solo per la capacità tecnica di eseguire un determinato lavoro, ma anche per la capacità organizzativa e finanziaria correlata agli importi dell'appalto. Gli importi delle classifiche sono definiti dalla seguente tabella:

Figura 5 – Classi di importo per la qualificazione delle imprese

<b>Classe</b>	<b>Importi</b>
<b>I</b>	Fino a 258.000 €
<b>II</b>	Fino a 516.000 €
<b>III</b>	Fino a 1.033.000 €
<b>IIIbis</b>	Fino a 1.500.000 €
<b>IV</b>	Fino a 2.582.000 €
<b>IV bis</b>	Fino a 3.500.000 €
<b>V</b>	Fino a 5.165.000 €
<b>VI</b>	Fino a 10.329.000 €
<b>VII</b>	Fino a 15.494.000 €
<b>VIII</b>	Oltre 15.494.000 €

Fonte: D.P.R. 207/2010, art. 60 comma 4; D. Lgs. 36/2023, Allegato II.12, art. 2, Comma 4

La regolamentazione delle attestazioni SOA prevede anche una specifica disciplina per le opere “super-specialistiche” (definite dall’acronimo SIOS: Strutture, Impianti e Opere

Speciali), che richiedono particolari competenze di natura professionale anche in relazione all'elevato contenuto tecnologico o alla complessità tecnica. Per queste ultime categorie super-specialistiche esistono delle limitazioni sia per il subappalto, sia per l'avvalimento (ovvero l'utilizzo da parte dell'appaltatore di altri operatori economici necessari ad acquisire competenze tecniche, finanziarie e professionali per adempiere agli obblighi che derivano dal contratto di appalto), per il quale in passato era previsto un limite del 10% del totale dell'importo dei lavori che la nuova disciplina ha superato<sup>169</sup>; relativamente agli aspetti legati al subappalto, la disciplina prevista dal D. Lgs. n. 50/2016 aveva previsto dei limiti normativi, che, come già visto, sono cambiati nel corso del tempo.

Prima della riforma del 2023, la disciplina delle qualificazioni era contenuta nel Titolo III del Decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010 (dall'articolo 60 all'articolo 96), attuativo del D. Lgs n. 163/2006<sup>170</sup>. Oltre a ribadire la suddivisione in categorie, la norma precisava:

- che l'impresa che aveva ottenuto una qualificazione in una categoria di valore economico poteva eseguire lavori all'interno di tale categoria, potendo tuttavia incrementare il valore di un quinto;
- che in caso di imprese organizzate in raggruppamento, il valore del quinto avrebbe dovuto essere posseduto da ciascuna impresa, che in aggiunta doveva avere anche una qualificazione economica pari ad almeno un quinto degli importi in gara<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> D. Lgs. 50/2016, Articolo 89, comma 11. Il testo dell'articolo 104 de D. Lgs. 36/2023 non fa menzione di fattispecie di inammissibilità dell'istituto dell'avvalimento tranne il caso per cui esso sia necessari per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei Gestori ambientali (comma 10). Sul superamento del limite percentuale all'avvalimento vedi Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, Parere del 26 febbraio 2024, n. 2335 "Avvalimento". <https://www.ancebrescia.it/wp-content/uploads/2024/03/04.04-ALLEGATO-parere-mit-26022024-2335.pdf>

<sup>170</sup> Decreto del Presidente della Repubblica del 5 ottobre 2010, n. 207 "Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18CE" (GU del 10 dicembre 2010, n. 288 – SO n. 270)

<sup>171</sup> Articolo 61, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010;

L'art. 12 del D.L. n. 47/2014, convertito nella Legge n. 80/2014, consentiva inoltre all'affidatario in possesso della qualificazione nella categoria indicata come prevalente dalla stazione appaltante di eseguire direttamente tutte le lavorazioni, anche se non risultava in possesso delle qualificazioni necessarie, potendo eventualmente decidere anche di subappaltare dette lavorazioni specializzate ad imprese in possesso delle relative qualificazioni<sup>172</sup>. La *ratio* della norma risiedeva nella possibilità di identificare l'operatore economico qualificato per la categoria prevalente come titolare di una capacità operativa e tecnico-gestionale che lo rendeva in grado di attuare anche le lavorazioni "scorporabili", in quanto meramente accessorie della lavorazione prevalente, purché nel limite della propria classifica, incrementata di un quinto. L'eventuale ricorso al subappalto era dunque meramente facoltativo, rispondendo a valutazioni di carattere organizzativo ed economico dell'appaltatore.

Diversa era la situazione nella quale le categorie identificate dal bando come "scorporabili" fossero comprese nel novero delle Opere generali (OG) o nel caso in cui, pur trattandosi di Opere specialistiche (OS), vi fosse una previsione normativa atta a prevedere una qualificazione obbligatoria per le aziende che le devono realizzare. In questi casi, l'aggiudicatario sprovvisto di qualificazione non poteva eseguire direttamente la lavorazione, ma doveva procedere a subappaltare il lavoro ad un soggetto qualificato, se le categorie indicate come scorporabili rientravano tra le c.d. opere generali, ovvero in determinate tipologie di opere specialistiche per le quali la normativa di riferimento richiedeva la c.d. qualificazione obbligatoria; in questi casi, non potendo l'aggiudicatario eseguire il lavoro direttamente perché privo della relativa certificazione, il subappalto non viene più a qualificarsi come una scelta e se privo della relativa qualificazione l'aggiudicatario era costretto a subappaltare a soggetto in possesso delle qualificazioni adeguate. Si tratta della fattispecie definita con la locuzione "subappalto necessario" o "subappalto qualificante".

Il D. Lgs. n. 36/2023 ha innovato anche la disciplina delle qualificazioni, precisando che costituiscono requisiti necessari per poter partecipare alle gare:

- l'idoneità professionale;

---

<sup>172</sup> Decreto-legge del 28 marzo 2014, n. 47 "Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015" (GU n. 73 del 28 marzo 2014), convertito con modificazioni con la Legge 23 maggio 2014 n. 80.

- la capacità economica e finanziaria;
- le capacità tecniche e professionali<sup>173</sup>.

La struttura del nuovo testo normativo recupera in larga misura quanto previsto dalla disciplina dettata dal D.P.R. n. 207/2010, sia per quanto riguarda le distinzioni delle categorie delle opere, sia per le classifiche relative agli importi, rimaste sostanzialmente immutate. La regolamentazione è invece affidata all'Allegato II.12, che introduce alcune novità di rilievo<sup>174</sup>. In particolare, è stata espunta dalla normativa la previsione che consentiva all'aggiudicatario di eseguire direttamente tutte le lavorazioni anche qualora non fosse provvisto delle qualificazioni, lasciando alla sua discrezionalità la valutazione se appaltarle o meno a soggetti terzi; la disciplina previgente non consentiva infatti di individuare nella norma alcun riferimento a opere a qualificazione obbligatoria<sup>175</sup>.

Il testo della norma specifica che la qualificazione ottenuta in una specifica categoria è requisito abilitante per partecipare alle gare e ad eseguire i lavori conseguenti, predefinendo limiti precisi entro cui questo può avvenire, riconducibili in definitiva alla sola qualificazione relativa alla classifica di tipo economico, eventualmente aumentata di un quinto<sup>176</sup>. Ciò sembrerebbe portare a concludere che dal momento in cui il nuovo Codice degli Appalti è entrato in vigore (1° luglio 2023) tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate, dovranno essere considerate a qualificazione obbligatoria: l'aggiudicatario, per eseguirle, dovrà dimostrare di essere in possesso della relativa qualificazione, oppure dovrà necessariamente ricorrere al subappalto. Una deroga a questa disposizione generale è relativa alla possibilità che un'impresa classificata per installare, gestire e mantenere impianti diversi, ma tra loro collegati sotto il profilo funzionale e non realizzabili in maniera separata possa eseguire non solo le lavorazioni delle Opere Generali, ma anche delle Opere specialistiche ad esse collegate. Una recente giurisprudenza (apparentemente critica rispetto alla determinazione dell'obbligatorietà della qualificazione) ha fatto notare come il possesso della qualificazione per una categoria prevalente sia idoneo a determinare la possibilità di eseguire le opere speciali,

---

<sup>173</sup> D. Lgs. 36/2023, Articolo 100, Comma 1

<sup>174</sup> Il regolamento è stato emanato sulla base del combinato disposto degli Articoli 66 e 100 del D. Lgs. n. 36/2023.

<sup>175</sup> Decreto-legge 47/2014, Articolo 12.

<sup>176</sup> Allegato II. 12 al D. Lgs. n. 36/2023, Articolo 2, comma 2.

a ciò non opponendosi l'art. 100 del D. Lgs. n. 36/2023<sup>177</sup>. Nel caso di specie, il Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa di Bolzano era stato chiamato a esprimersi nel ricorso presentato da un'impresa che, risultata inizialmente aggiudicataria, si era vista escludere dalla gara per il mancato possesso delle qualificazioni relative alle categorie OS1 e OS23, che il bando di gara prevedeva a qualificazione obbligatoria. La ditta aveva promosso un ricorso, facendo valere quanto previsto dall'art. 12 comma 2 del Decreto-legge n. 47/2014, dell'art. 100 commi 4 e 12 del D. Lgs. 36/2023. Aveva inoltre contestato la violazione e/o falsa interpretazione e applicazione dell'art. 30 dell'Allegato II.12 del D. Lgs. 36/2023. La stazione appaltante aveva tra le altre cose sostenuto che, con l'entrata in vigore del D. Lgs. 36/2023, fosse anche stato implicitamente abrogato il citato art. 12 del Decreto-legge 47/2014. I giudici del Tribunale amministrativo della Provincia autonomia di Bolzano avevano in particolare ritenuto infondata questa deduzione dell'amministrazione ricorrente perché il D. Lgs. 36/2023 ha abrogato il cosiddetto "Codice del 2016", ma esso non ricomprendeva la disciplina dell'istituto definito dall'art. 12 del Decreto-legge 47/2014, che dunque – in assenza di una esplicita abrogazione – deve ritenersi ancora in vigore. Questo orientamento appare peraltro in contrasto con quello del TAR della Calabria, espresso in una sentenza analoga che esamineremo nel corso del terzo paragrafo del capitolo<sup>178</sup>.

### **3.2 Generalità sul subappalto necessario (o qualificante)**

Si parla di subappalto necessario o qualificante nel caso in cui un imprenditore che intenda partecipare a gare per l'affidamento di lavori pubblici non possieda tutte le certificazioni necessarie alle attività oggetto dell'appalto: in questo caso, l'operatore economico dovrà ricorrere al subappalto a favore di un operatore economico diverso che, provvisto delle certificazioni richieste, sarà chiamato ad adempiere agli obblighi contrattuali in alcune lavorazioni.

La dottrina distingue il subappalto necessario da quello facoltativo, nel quale l'imprenditore risulta essere in possesso di tutte le qualificazioni necessarie ad adempiere agli obblighi contrattuali, ma decide liberamente – e nei limiti previsti dalla normativa e dalla stazione appaltante – di affidare a terzi alcune parti della lavorazione. In questo caso,

---

<sup>177</sup> TRGA, Sezione Autonoma di Bolzano, Sentenza del 6 marzo 2024, n. 62.

<sup>178</sup> TAR Calabria, Sezione di Reggio Calabria, Sentenza del 26 ottobre 2023, n. 782

la decisione di affidare ad altri operatori economici una parte della lavorazione attraverso un subappalto rappresenta una scelta nell'ambito dell'esecuzione della prestazione. Si tratta di una situazione molto diversa rispetto alla prima fattispecie, nella quale, stante l'assenza di alcuni requisiti fondamentali, il ricorso all'appalto rappresenta invece l'unica strada possibile per poter adempiere all'obbligo contrattuale.

Anche il subappalto necessario è un istituto che persegue l'obiettivo di contribuire ad ampliare la platea delle imprese che possono partecipare al mercato dei contratti pubblici, a vantaggio sia dell'amministrazione pubblica, sia degli operatori economici. La giurisprudenza ha in genere guardato con favore a questa soluzione proprio per la capacità di contribuire ad aprire la porta alla concorrenza, come testimoniano diverse sentenze del Consiglio di Stato relative a questo tema<sup>179</sup>.

Nella definizione dell'istituto, dunque, la giurisprudenza ha avuto un ruolo fondamentale; le indicazioni dei giudici amministrativi hanno poi trovato riscontro anche nell'attività del legislatore, che ha dedicato al tema del subappalto qualificante o necessario l'articolo 109 del DPR n. 207/2010, poi sostituito dall'articolo 12 del Decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, nel cui secondo comma dell'articolo si prevede appunto che l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali o nella categoria di opere specializzate previste dal bando di gara o dall'avviso o nella lettera di invito come categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro anche se non è in possesso delle relative qualificazioni; come alternativa, l'aggiudicatario può appaltare le lavorazioni specializzate ad operatori economici esclusivamente in possesso delle relative qualificazioni.

Ciò comporta che l'operatore economico può partecipare alla gara se è provvisto dei requisiti della categoria prevalente relativamente all'importo totale dei lavori; il bando deve precisare che nel caso le categorie scorporabili dovessero essere ricomprese tra quelle a qualificazione obbligatoria e l'operatore non fosse provvisto della qualificazione, risulterà di conseguenza obbligatorio appaltare queste ultime ad una impresa in possesso dei requisiti previsti dalla norma. Come è logicamente desumibile da questa impostazione normativa, le conseguenze sono:

---

<sup>179</sup> Fra le più recenti si segnalano Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 29 novembre 2022 n. 10491; Consiglio di Stato, Sezione V, Sentenza 4 ottobre 2022, n. 8481; Consiglio di Stato, Sezione III, 23 novembre 2022, n.10301

- a) che l'unico limite per un operatore sarebbe quello di possedere i requisiti relativi alla capacità economica e tecnica relativi alla categoria prevalente, tenendo in considerazione anche l'aumento di un quinto previsto dalla normativa;
- b) che le lavorazioni che prevedono una qualificazione obbligatoria e che risultino scorporabili per le quali l'operatore economico non ha la qualificazione prevista non potranno essere eseguite direttamente e dovranno pertanto essere obbligatoriamente oggetto di subappalto in fase esecutiva.

Da un punto di vista generale, dunque, il concorrente qualificato nella categoria prevalente può partecipare alle procedure di gara anche se non ha il possesso dei requisiti nelle categorie scorporabili, ma dovrà affidare a terzi le lavorazioni previste dal bando in quegli ambiti nei quali non risulta in possesso delle qualificazioni; la decisione di promuovere un subappalto dovrà essere formalizzata nell'ambito della presentazione dei documenti di gara, anche se non è obbligatorio, in quella fase, indicare il nominativo dell'impresa scelta per eseguire i lavori. Questo approccio consente, ancora una volta, di evidenziare come l'esigenza di aprire il mercato ad una platea che sia la più vasta possibile di operatori economici sia stata presa in considerazione in maniera puntuale dal legislatore interno. In questa prospettiva, vale la pena segnalare come anche la giurisprudenza abbia confermato la correttezza del quadro normativo. Si veda, tra tante possibili interpretazioni, quando ha sostenuto dal Consiglio di Stato, che ha evidenziato una volta di più come

*“[...] per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili; le lavorazioni relative alle opere scorporabili nelle categorie individuate non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, se sprovvisto della relativa qualificazione (trattandosi, appunto, di opere a qualificazione necessaria); il concorrente deve subappaltare l'esecuzione di queste ultime lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione; la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali*

*condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare”<sup>180</sup>.*

Poiché questo approccio determina un vantaggio oggettivo per alcune aziende, la giurisprudenza ha anche imposto dei limiti alla disciplina, stabilendo che il concorrente debba dichiarare la necessità di avvalersi del subappalto necessario fin dalla presentazione dei documenti necessari per la partecipazione al bando o alla procedura; in questi ultimi dovrà essere rilevato chiaramente il mancato possesso di un determinato requisito di partecipazione, lacuna che viene colmata attraverso l'affidamento di parte dei lavori in subappalto. In questo modo, la stazione appaltante ha la possibilità di verificare in concreto la capacità del concorrente di eseguire i lavori correttamente e nel rispetto degli standard di qualità richiesti. Questo aspetto assume un valore significativo nel momento in cui deve essere effettuata la valutazione comparativa tra i vari concorrenti che partecipano al bando, che vengono valutati non solo rispetto al ribasso dell'importo posto alla base della gara, ma anche in relazione alla loro concreta capacità di effettuare tutte le lavorazioni previste: così, l'utilizzo di formule generiche, in questo ambito, determinerebbe una violazione del principio di trasparenza e di parità di condizioni tra i diversi operatori economici che è elemento essenziale per le gare pubbliche. Questo punto è ritenuto così significativo che la giurisprudenza amministrativa ha determinato, con pronunce costanti nel tempo, che le omissioni in questo ambito siano così gravi da determinare l'inutilizzabilità del cosiddetto soccorso istruttorio, ovvero della possibilità – definita nell'articolo 101 del D. Lgs. n. 36/2023 – per l'operatore economico di rettificare un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o in quella economica fino al giorno dell'apertura delle offerte <sup>181</sup>. I Giudici del Consiglio di Stato hanno chiarito che l'esclusione dalla gara intercorre solo in mancanza della dichiarazione di ricorrere al subappalto; la dichiarazione incompleta o non regolare permette all'operatore economico di intervenire sanando le omissioni e le mancanze attraverso il soccorso istruttorio nei termini previsti dalla normativa<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, Sentenza 2 novembre 2015, n. 9

<sup>181</sup> Consiglio di Stato, Sezione V, 29 dicembre 2022, n. 11596.

<sup>182</sup> Consiglio di Stato, Sezione VII, 25 gennaio 2023, n. 808.

Va notato come il fatto che la dichiarazione rispetto al nominativo del subappaltatore non sia obbligatoria non renda possibile evidenziare, in fase di valutazione della gara, i requisiti del subappaltatore stesso: il subappalto necessario è dunque una fattispecie che si renderà valutabile solo nella fase esecutiva dell'appalto. Nella fase di gara, sarà sufficiente che i soggetti affidatari indichino i lavori o le parti di esse o i servizi che intendono subappaltare, ottenendo la necessaria autorizzazione da parte della stazione appaltante. Naturalmente, la *lex specialis* di gara potrà prevedere l'indicazione del soggetto economico a cui affidare la parte di prestazioni connesse al subappalto necessario come misura finalizzata ad agevolare la valutazione dell'idoneità dell'impresa da parte della stazione appaltante<sup>183</sup>.

La necessità del subappalto è legata dunque alla mancanza di requisiti per la partecipazione alla gara da parte del concorrente, al quale sarà comunque permesso di concorrere: la fattispecie si pone così in linea con l'esigenza dell'ordinamento di favorire l'apertura del mercato dei contratti pubblici e di favorire la concorrenza.

### **3.3 Alcuni recenti pronunciamenti della giurisprudenza amministrativa**

Si è visto come il tema dei subappalti abbia determinato un conflitto tra le legittime esigenze di tutela del diritto interno e l'altrettanto legittima impostazione unionale, volta a tutelare la concorrenza e la partecipazione delle imprese alle gare pubbliche. In questa dinamica conflittuale, la giurisprudenza si è trovata nella posizione di dover determinare un punto di sintesi tra le diverse esigenze. La dottrina ha riconosciuto come l'attività delle corti amministrative abbia avuto un ruolo significativo nell'evoluzione dell'istituto, rimarcando la circostanza che gli stessi interventi della Corte di Giustizia europea nascano da fondate esigenze di armonizzazione del diritto interno rispetto a quanto previsto dalle Direttive europee in materia. Il fatto che l'intervento del giudice europeo sia stato ricercato a partire da istanze dei giudici interni non deve però indurre a ritenere che vi sia un conflitto, più o meno latente, tra il Legislatore ed il giudice: piuttosto, è la dimostrazione che il tema del subappalto è sottoposto ad una continua ri-elaborazione che risente (e non potrebbe essere altrimenti) anche delle accelerazioni che l'economia produce sul tessuto produttivo. Il solo fatto che la distanza tra le legislazioni che hanno

---

<sup>183</sup> D. Lgs. 36/2023, Articolo 119, comma 4. Squazzoni A. (2024), "Art. 119 Subappalto", Villata R., Ramajoli M. (2024), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, pp. 611-612

tentato di dare veste unitario agli appalti si stia sempre di più accorciando (dodici anni tra la prima elaborazione del 1994 e il D. Lgs. 163 del 2006; dieci anni per arrivare al D. Lgs. 50/2016, al quale si sono succeduti diversi interventi “correttivi”; sette anni per giungere all’ultimo D. Lgs. 36/2023) dimostra come il Legislatore stia cercando di rendere sempre più aderente la normativa alle necessità delle realtà produttive. Non senza problematiche: non è mancato infatti chi ha fatto notare come la pretesa di identificare questi interventi normativi come “Codici” sia del tutto ingiustificata proprio alla luce della loro breve durata<sup>184</sup>.

È dunque interessante, dopo aver introdotto gli elementi fondamentali del subappalto e dell’avvalimento, che condivide con il primo la prospettiva generale e alcune delle principali criticità, non ultime anche quelle di lotta alle infiltrazioni della criminalità organizzata, osservare alcuni recenti pronunciamenti della giustizia amministrativa proprio relativamente all’inquadramento degli aspetti più rilevanti di queste discipline.

Di seguito si analizzeranno alcune pronunce recenti, alcune delle quali successive alla introduzione delle novità con il D. Lgs. n. 36/2023. Va comunque rilevato preliminarmente come gli orientamenti dei giudici amministrativi sul tema siano costanti nel tempo e non mostrino incertezza nell’inquadrare la materia anche all’interno del diritto europeo. Questo anche quando – come si vedrà – le pronunce delle Corti sembrano lasciare ancora margini di dubbio rispetto alle singole fattispecie.

### ***3.3.1 Il TAR Lombardia e la questione del limite al subappalto***

La situazione reale che ha mosso la Corte di Giustizia europea per il pronunciamento nel cosiddetto caso Vitali S.p.A. nasce dall’ordinanza del TAR Lombardia, Milano, n. 148 del 19 gennaio 2018. Come già visto, si tratta di una posizione della giurisprudenza interna importante perché ha dato modo ai giudici europei di sostenere la posizione già espressa dal legislatore unionale in merito alla tutela di alcuni principi considerati fondamentali nell’ambito del funzionamento delle regole europee.

In particolare, il TAR ha chiesto alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea di valutare se l’articolo 105 del D. Lgs. n. 50/2016 fosse compatibile con il diritto euro-unitario quando impone la soglia del 30% per i subappalti, ritenendo necessario esprimersi anche

---

<sup>184</sup> Pergolizzi L. (2021), “Il subappalto e la Legge europea”, cit.

sulla circostanza relativa al dubbio se tale soglia dovesse essere calcolata sull'importo posto a base della gara o su quello che si determina a fronte del ribasso proposto dall'aggiudicataria, quindi sul valore reale del contratto aggiudicato.

Il caso di specie origina dal ricorso promosso dalla società Vitali S.p.A. all'esito di una gara indetta dalla società Autostrade per l'Italia S.p.A. per un importo di oltre 85 milioni di euro (iva esclusa); la ricorrente aveva infatti superato il limite del 30% per i lavori in subappalto e la commissione, una volta ravvisata questa circostanza, l'aveva esclusa dalla partecipazione alla gara. Il ricorso riguardava una serie di fattispecie, tutte rigettate dal giudice di primo grado con sentenza parziale<sup>185</sup>, salvo la contestata illegittimità del limite del 30% disposto dall'articolo 105 del D. Lgs. n. 50/2016, che a detta della ricorrente sarebbe stato non in linea con quanto previsto dalla normativa euro-unitaria sui subappalti. I giudici amministrativi avevano recepito quanto sostenuto dalla ricorrente ed avevano pertanto sospeso il giudizio proprio per sollevare la questione di legittimità davanti al giudice europeo in merito alla corretta interpretazione della norma interna. La sospensiva era imposta dal fatto che tutti gli altri elementi relativi al ricorso erano stati respinti perché ritenuti infondati e dunque il tema della soglia del 30% per il subappalto aveva assunto un'importanza fondamentale nel giudizio, essendo di fatto l'unico elemento dal quale poteva dipendere la risoluzione della controversia. Da questo derivava anche l'accesso alla procedura d'urgenza previsto dalla normativa europea<sup>186</sup>.

Il TAR, nell'ordinanza, aveva svolto una accurata ricostruzione dell'istituto, evidenziando sia le ragioni (diverse) del legislatore interno sia di quello unionale ed aveva cercato di rappresentare compiutamente anche gli orientamenti prevalenti della giurisprudenza amministrativa. Aveva conseguentemente prodotto il seguente quesito interpretativo davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea:

*“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*

---

<sup>185</sup> TAR Lombardia, Sezione I, Sentenza del 5 gennaio 2018 n. 28

<sup>186</sup> TAR Lombardia, Sezione I, Sentenza 19 gennaio 2018, n. 148, pp. 3-4.

*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”<sup>187</sup>.*

Nel presentare il quesito, il TAR aveva nella stessa ordinanza richiesto il giudizio accelerato davanti alle Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sottolineando come l'urgenza tra le altre cose fosse giustificata dal fatto che dalla questione dipendeva essenzialmente la pronuncia della Corte nel merito del quesito, essendo state respinte tutte le altre censure proposte dalla società ricorrente; il Tribunale, aveva quindi proceduto a riservarsi sulla pronuncia definitiva del caso dopo la pubblicazione delle conclusioni che sarebbero emerse dalla giurisprudenza dei giudici europei<sup>188</sup>.

All'ordinanza del TAR Lombardia, è poi seguita un'analogia ordinanza del Consiglio di Stato<sup>189</sup>. In quest'ultima, riprendendo quanto sostenuto dal TAR Lombardia, il Collegio giudicante ha ritenuto di dover sollevare una questione analoga, in quanto giudice di ultima istanza. Nella sua ordinanza, il Consiglio di Stato aveva evidenziato come l'imposizione di una soglia massima per un subappalto potesse di fatto rendere meno agevole l'accesso agli appalti pubblici per le imprese di piccole e medie dimensioni, costituendo così un obiettivo limite alla libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, costituendo un vulnus ai principi fondamentali che definiscono la convivenza europea. Il Collegio peraltro aveva sottolineato come attraverso l'imposizione di questo limite non si otterrebbe neanche un vantaggio per le stazioni appaltanti pubbliche, che ammettendo un più ampio ricorso all'istituto del subappalto potrebbero attendersi una pluralità di offerte, con un obiettivo vantaggio per la concorrenza dell'attività imprenditoriale. I giudici del Consiglio di Stato avevano rilevato anche come la determinazione di una soglia alla possibilità di subappalto determinata in maniera astratta e sulla base di una percentuale sostanzialmente stabilita in maniera arbitraria non

---

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>189</sup> Consiglio di Stato, Ordinanza dell'11 giugno 2018, n. 3553

consentisse neanche, in sede di valutazione delle domande, di verificare le reali capacità dei subappaltatori; inoltre, in mancanza di indicazione rispetto alla tipologia dei lavori da avviare al subappalto, tale valutazione di merito sarebbe ulteriormente limitata, perché sostanzialmente essa riguarderebbe soltanto elementi meramente quantitativi, apprezzati peraltro sotto il profilo formale. E' interessante notare come le motivazioni legate alla prevenzione delle infiltrazioni criminali negli appalti, per quanto rimangano presenti sullo sfondo, rivestono già nell'impostazione del quesito un ruolo ed una rilevanza minore rispetto al passato.

Nell'ordinanza viene posta all'attenzione del giudice l'esistenza di diversi pareri e orientamenti della giurisprudenza del Consiglio di Stato, resi in sede consultiva, nei quali emerge come

*“[...] 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”<sup>190</sup>.*

In questo modo, la giurisprudenza amministrativa ha correttamente posto all'attenzione della Corte di Giustizia europea il fatto che l'imposizione di tale soglia non risponda ad un criterio del tutto arbitrario, ma abbia una rilevanza per esigenze legate alla tenuta del mercato interno dei lavori pubblici: in particolare, tornano nelle parole dei giudici del Consiglio di Stato i temi legati alla necessità di porre in atto delle barriere concrete che possano impedire l'infiltrazione della criminalità organizzata negli appalti; tali esigenze, che appaiono quindi ben presenti alla giustizia amministrativa, devono tuttavia evidentemente trovare una loro armonizzazione rispetto al diritto europeo.

Inoltre, si evidenzia che ulteriori ragioni che giustificano l'imposizione di soglie attraverso previsioni astratte e generali possono riguardare anche altre fattispecie, quali l'eliminazione del limite del 20 % per il possibile ribasso rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione, forme occulte di *dumping* salariale ed altre dinamiche che

---

<sup>190</sup> *Ibidem.*

potrebbero dare origine a situazioni volte a ledere i diritti della concorrenza; altrettanto da valutare, secondo l'ordinanza, sarebbe anche la previsione di conservare il limite del 30 % per la parte di servizi subappaltabili qualora gli adempimenti contrattuali prevedano un elevato rischio per la conseguente difficoltà di valutare la sostenibilità – e quindi la non anomalia – dell'offerta.

Nel rimettere ai giudici della Corte di Giustizia dell'Unione Europea un quesito analogo a quello del TAR Lombardia, il Consiglio di Stato ha evidenziato come le limitazioni della normativa interna potrebbero trovare fondamento nella generale indicazione contenuta nella stessa giurisprudenza europea, secondo la quale una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi può trovare giustificazione solo quando sia necessaria per il perseguimento di una legittima finalità legata all'interesse pubblico, a condizione che assicuri anche il rispetto del principio di proporzionalità, garantendo cioè che la realizzazione di tale obiettivo sia coerente e non ecceda rispetto alle misure necessarie per il raggiungimento del fine stesso.

Il tema del limite per il subappalto è stato più volte al centro delle iniziative della giurisprudenza e riguarda anche il secondo esempio che proponiamo. Il caso di specie origina da una procedura di affidamento di lavori per la realizzazione di un edificio scolastico effettuata da una Unione dei Comuni, che nel bando aveva previsto un divieto di subappalto per alcuni lavori oltre la soglia del 30%. Tale indicazione era motivata, secondo la prospettiva della stazione appaltante, dalla necessità di assicurare la qualità dell'opera, anche in relazione alle particolari complessità tecniche che suggerivano la necessità di affidare la realizzazione in forma diretta all'aggiudicatario. Il bando prevedeva, in maniera esplicita che fosse

*“[...] ammesso il subappalto delle lavorazioni appartenenti a tutte le categorie di cui si compone l'appalto, con le limitazioni qualitative e quantitative su specifiche prestazioni di seguito elencate [...]. Le lavorazioni appartenenti alle categorie OS28 e OS30 sono subappaltabili soltanto nella misura del 30% del loro valore. Tale limitazione è imposta in considerazione della rilevante complessità tecnica di tali lavorazioni, che richiede la prestazione prevalente e diretta dell'appaltatori, ai fini*

*della corretta esecuzione del complesso impiantistico, la cui qualità e funzionalità è determinante la caratterizzazione NZEB del nuovo edificio.”*

Successivamente alla stipula del contratto, l'aggiudicatario aveva presentato una richiesta di autorizzazione al subappalto che eccedeva rispetto a quella prevista nel bando di gara; la stazione appaltante non aveva autorizzato il subappalto, proprio in ragione del fatto che esso superava i limiti previsti dal bando di gara. Il soggetto economico aggiudicatario, impossibilitato a realizzare una parte delle opere a causa del diniego della pubblica amministrazione committente, incorreva nella sanzione della inadempienza degli obblighi contrattuali e di conseguenza si vedeva disporre dall'amministrazione la risoluzione del contratto.

Contro il diniego ad effettuare un subappalto superiore al 30% previsto dal bando, il soggetto aggiudicatario aveva promosso un ricorso dinanzi al TAR del Friuli-Venezia Giulia, facendo valere le risultanze della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Tedeschi S.r.l* e citando l'impostazione del previgente articolo 105 del D. Lgs. n. 50/2016 che, a giudizio del ricorrente, avrebbe comportato la necessità per la stazione appaltante di motivare in maniera sostanziale la scelta di limitare la percentuale di prestazioni subappaltabili, circoscrivendo tale possibilità

*“[...] solamente per le ragioni enucleate dall'articolo 105, comma 2, dello stesso testo normativo [il D. Lgs. 50/2016. Nda](e cioè, per contrastare il fenomeno della criminalità organizzata, per il rafforzamento del controllo delle attività di cantiere e più in generale nei luoghi di lavoro, essenzialmente, dunque, per ragioni di tutela del lavoratore”<sup>191</sup>.*

Ogni altra ipotesi di limitazione imposta dal bando sarebbe quindi, nella prospettiva del ricorrente, incompatibile con il diritto europeo, con la conseguente dichiarazione di illegittimità in capo alle decisioni della stazione appaltante prima avverso il diniego a subappaltare una percentuale superiore al 30% del totale delle categorie indicate nel

---

<sup>191</sup> TAR Friuli Venezia Giulia, Sezione I., Sentenza 27 maggio 2023, n. 187.

bando, ed in secondo luogo all'applicazione della più grave sanzione della risoluzione del contratto per inadempienza degli obblighi.

Il TAR Friuli-Venezia Giulia ha rigettato il ricorso dell'aggiudicatario<sup>192</sup>; parimenti, anche il Consiglio di Stato – presso il quale è stato promosso l'appello – ha confermato la sentenza di primo grado. In particolare, il Consiglio di Stato ha chiarito che non è coerente con il diritto europeo una norma

*“[...] che vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto per una quota parte che superi una percentuale fissa dell'importo dell'appalto pubblico di cui trattasi, sicché 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 tale divieto generale non lascia spazio alcuno a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore. Ciò significa che, al contrario, una limitazione specifica del ricorso al subappalto, assistito da una adeguata motivazione, debba ritenersi consentita.”*<sup>193</sup>.

Le sentenze del TAR Friuli-Venezia Giulia in primo grado e del Consiglio di Stato in appello appaiono coerenti con gli sviluppi della giurisprudenza di merito emersa a seguito delle modifiche apportate al testo prima dell'articolo 105 del D. Lgs. n. 50/2016, poi all'adozione del nuovo testo del Codice degli appalti. Tuttavia, nell'affrontare la materia, appaiono ancora presenti alcuni profili di criticità. In particolare, non è ancora del tutto chiaro se la complessità legata alla realizzazione di alcune opere giustifichi le limitazioni che la stazione appaltante può imporre nel bando di gara – che ha il valore di *lex specialis* – al subappalto. Il testo dell'articolo 119 del D. Lgs. n. 36/2023, infatti, sembra considerare la “complessità delle lavorazioni” come un elemento fondamentale per poter limitare il subappalto; ma non è necessariamente un elemento sufficiente per imporre un limite del 30%, dal momento che l'affermazione di questa necessità sulla base di affermazioni generiche relative alla complessità delle lavorazioni assume un carattere astratto e sostanzialmente autoreferenziale; questa affermazione, posta dalla stazione appaltante alla base del bando di gara senza che l'asserita complessità possa essere

---

<sup>192</sup> Ibidem

<sup>193</sup> Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 9 maggio 2024, n. 4161

oggettivata, costituirebbe di fatto una elusione della disciplina che origina dal diritto e dalla giurisprudenza unionale: in altri termini, attraverso un'apparente motivazione *adeguata* (ma eccessivamente generica) verrebbero aggirati i presupposti che vietano di introdurre limiti al subappalto attraverso previsioni generali e normative<sup>194</sup>.

### ***3.3.2 La giurisprudenza su subappalto necessario e avvalimento***

Il subappalto necessario presenta una maggiore apertura alla concorrenza, in linea con le normative europee; d'altronde, però, è possibile che si verifichi una distorsione delle dinamiche di mercato, perché gli operatori economici che non sono provvisti di adeguate qualificazioni possono comunque partecipare alla gara, potendo attribuire alcune parti delle lavorazioni previste dal contratto di appalto ad un soggetto terzo. Questi punti evidenziano una serie di ulteriori punti di criticità della disciplina e sono stati oggetto di alcuni interventi della giurisprudenza.

Il primo esempio che proponiamo riguarda l'applicazione dell'articolo 12 del Decreto-legge n. 47/2014: come abbiamo già accennato in precedenza, esso permette ad un operatore economico, purché in possesso delle qualificazioni per le categorie prevalenti, di aderire a bandi di gara anche se sprovvisto di qualifiche per le categorie scorporabili, potendo affidare le corrispondenti lavorazioni ad imprese che siano in possesso dei requisiti richiesti attraverso la formula del subappalto. Come abbiamo visto, il nuovo impianto normativo avrebbe di fatto espunto dall'ordinamento la fattispecie delle qualificazioni non obbligatorie, con la conseguenza che tutte le opere scorporabili sarebbe legate al possesso di qualificazione obbligatoria<sup>195</sup>.

Il caso di specie ha dato origine al pronunciamento del TAR del Piemonte ed è relativo ad un bando per una procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori di riqualificazione energetica e di adeguamento sismico di un edificio scolastico. Il Committente (la Provincia di Novara) avrebbe dovuto valutare tre istanze di partecipazione alla procedura, tra le quali anche quelle di un Raggruppamento

---

<sup>194</sup> Laudani V. (2024), "Legittimo il diniego di autorizzazione al subappalto fondato sull'esistenza di limiti per ragioni tecniche previste dalla *lex specialis* di gara", *Appalti e Contratti*, pp. 1-11.

<sup>195</sup> Vedi *Supra*, § 3.1

Temporaneo d'Impresa (RTI) di tipo misto, forma consentita sia dal previgente ordinamento (ex articolo 48, comma 6, del D. Lgs. n. 50/2016), sia nella nuova normativa: tale forma prevede, in particolare, che le stazioni appaltanti non possano imporre in sede di presentazione della domanda una forma giuridica specifica per i raggruppamenti; è tuttavia consentito loro di intervenire dopo l'aggiudicazione, quando potranno invece obbligare il raggruppamento di impresa che si aggiudicato l'appalto ad adottare una particolare forma giuridica, sulla base dell'esigenza di individuare la migliore struttura d'impresa per consentire di realizzare al meglio la fase esecutiva del contratto posto in essere<sup>196</sup>.

Nel caso di specie, la committenza aveva avanzato dei dubbi in merito al fatto che il RTI, relativamente alla categoria scorporabile OG9 (relativa agli impianti per la produzione di energia elettrica), non avesse nessun soggetto del raggruppamento in grado di offrire una idonea qualificazione. La stazione appaltante aveva chiesto chiarimenti al soggetto economico, che aveva dichiarato in sede istruttoria:

- A) di poter ricomprendere le lavorazioni relative alla categoria OG9 all'interno della categoria prevalente OS7;
- B) la possibilità di addivenire ad un eventuale subappalto per l'affidamento dei lavori legati alla categoria OG9.

L'amministrazione appaltante aveva valutato che l'impostazione proposta dal RTI non soddisfacesse quanto previsto dall'articolo 30 dell'Allegato II.12 al D. Lgs. n. 36/2023 ed aveva escluso il RTI dalla partecipazione alla gara; al momento dell'aggiudicazione della gara ad altro soggetto, la RTI – dopo aver espletato le istanze di autotutela, respinte dalla Pubblica Amministrazione committente – aveva impugnato il provvedimento presso il TAR, ritenendo illegittima l'esclusione in quanto la titolarità della categoria prevalente OS7 avrebbe coperto anche le categorie scorporabili, considerando le classificazioni economiche delle imprese partecipanti al raggruppamento aumentate di un quinto; inoltre, il RTI aveva chiaramente indicato, come ulteriore possibilità, la possibilità di subappaltare i lavoro nella categoria OG9.

---

<sup>196</sup> D. Lgs. 36/2023, Articolo 68, comma 3 e 4,

Il Tar ha respinto il ricorso, effettuando alcuni rilievi significativi<sup>197</sup>. *In primis* ha rilevato come la titolarità di una qualificazione OS7 in capo al RTI per una classe di importo sufficiente a coprire anche le opere scorporabili non era dimostrata: l'importo di gara, infatti, ammontava a 3.400.000 euro, comprensiva della categoria prevalente OS7 e delle due categorie scorporabili OG9 e OS21. La mandataria, per la categoria OS7, possedeva una qualificazione di classe II (fino a 516.000 euro); due delle mandanti del RTI (entrambe partecipanti alla gara con la formula dell'avvalimento) possedevano, rispettivamente, qualificazioni relative a una classe III (fino a 1.033.000 euro) e ad una classe III-*bis* (fino a 1.500.000 di euro). Tuttavia, il tribunale amministrativo aveva rilevato come la documentazione prodotta da quest'ultima impresa non fosse idonea a provare il possesso delle qualificazioni, perché mancante dell'attestazione SOA. Il possesso di tale requisito era infatti stato comprovato non attraverso una documentazione legalmente valida, ma solo attraverso quanto pubblicato sul sito internet aziendale, fonte informativa che secondo il giudice

*“[...] non costituisce adeguato mezzo probatorio, in assenza di elementi dai quali possa ricavarsi, in modo univoco, la perdurante efficacia, al momento di partecipazione alla gara, delle attestazioni indicate o, comunque, la concordanza tra quanto ivi unilateralmente affermato e l'effettivo regime di qualificazione imputabile all'impresa”*<sup>198</sup>.

La mancanza della qualificazione per questo soggetto del RTI faceva di fatto venir meno l'asserita qualificazione del raggruppamento ad eseguire i lavori di categoria OG9 attraverso la categoria prevalente OS7, per mancanza del requisito relativo alla capienza economica destinata a coprire le categorie scorporabili. L'impossibilità di utilizzare la qualificazione (non dimostrata) di uno dei soggetti economici, peraltro, rendeva insufficiente anche le attestazioni atte a coprire la categoria prevalente prevista dal bando in 1.900.000 euro.

Inoltre, il TAR ha ritenuto corretto il provvedimento espulsivo anche perché il RTI non aveva rispettato il dovere di subappaltare le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria (cioè la OG9). Secondo l'Allegato II.12 i raggruppamenti temporanei di

---

<sup>197</sup> Tar Piemonte, Sezione II, sentenza 16 gennaio 2024, n. 23.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

impresa sono liberi di stabilire (tenuto conto delle diverse qualificazioni in capo ad ogni soggetto che partecipa al raggruppamento) le partecipazioni al consorzio in merito all'esecuzione dei lavori, che rispetto a quanto dichiarato dal documento di gara potranno essere soggette a modifiche, ovviamente a seguito di autorizzazione ricevuta dalla stazione appaltante<sup>199</sup>. Tuttavia, il giudice amministrativo ha fatto notare come l'articolo 12 del Decreto-Legge n. 47/2014 non sia stato abrogato dal nuovo testo normativo, consentendo così all'operatore economico che possiede la qualificazione per la categoria prevalente di partecipare a gare nelle quali siano presenti lavorazioni per le quali è privo di qualificazioni per le categorie scorporabili; questo comporta però l'obbligatorietà di affidare questi lavori ad imprese che siano in possesso dei requisiti richiesti dal bando. Durante la fase istruttoria, la stazione appaltante aveva chiesto al RTI di chiarire le modalità con la quale essa intendeva dar corso all'esecuzione delle opere per le quali era stata rilevata l'assenza della qualificazione. Una volta rilevata la carenza nelle quote delle classi economiche dei soggetti partecipanti al RTI e preso atto che la mandataria non aveva espresso la volontà di ricorrere al subappalto qualificante, la stazione appaltante aveva correttamente rigettato la domanda di partecipazione, stante anche il perdurare dei dubbi rispetto alla possibilità del RTI di adempiere correttamente agli obblighi definiti nel bando.

Il TAR Piemonte ha dunque confermato – forte anche della giurisprudenza amministrativa previgente – che da un lato le previsioni dell'articolo 12 del Decreto-Legge n. 47/2014 non sono state eliminate dall'ordinamento con l'approvazione del nuovo Codice degli Appalti; dall'altro, nel merito, che le categorie di opere scorporabili (a prescindere che siano generali o specializzate) devono considerarsi a qualificazione obbligatoria. Ciò comporta che l'aggiudicatario dovrà possedere le attestazioni SOA oppure ricorrere al subappalto, nella forma necessaria o qualificante che abbiamo descritto in precedenza.

La pronuncia del TAR fa emergere alcuni profili di criticità, che vale la pena evidenziare per punti.

- a) la difficoltà nel definire i concetti di categoria prevalente e di categoria scorporabile. La nuova normativa, infatti, produce una lacuna, che impone di definire questi due elementi – che come abbiamo visto sono determinanti per la

---

<sup>199</sup>Allegato II.12 al D. Lgs. 36/2023, Articolo 30, comma 2.

prassi delle gare pubbliche – attraverso una via interpretativa, non di rado intrapresa dalla giurisprudenza amministrativa. Resta il fatto che il concetto di categoria prevalente sia presente nella norma solo attraverso due citazioni, nell’ambito degli appalti per importi maggiori di 100 milioni di euro<sup>200</sup> e quando affronta il tema (assai delicato, come abbiamo visto) del subappalto<sup>201</sup>; le categorie scorporabili appaiono solo in relazione alla regolamentazione dei subappalti<sup>202</sup>. In nessun caso, tuttavia, viene proposta una definizione di queste due fattispecie, cosa alla quale non supplisce neppure l’Allegato II.12, che pure include la trattazione delle categorie prevalenti e scorporabili all’interno di due articoli (il 23 ed il 30);

- b) le definizioni relative alle categorie a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria. In questo caso, la distinzione appare soltanto a livello di tassonomia, all’interno della Tabella A dell’Allegato II.12, che peraltro non produce elementi di novità rispetto a quanto era previsto dalla normativa precedente.

In merito all’istituto dell’avvalimento, risulta particolarmente interessante una recente sentenza del TAR della Calabria, alla quale abbiamo già accennato perché ad essa aveva fatto riferimento la sentenza del TAR della Provincia Autonoma di Bolzano, per sottolineare una presa di distanza dalle conclusioni. Il caso è riferito ad un ricorso proposto per l’annullamento dell’esclusione di un’impresa da una procedura di gara indetta dalla Città Metropolitana di Reggio Calabria per conto del Comune di Melicuccà nell’ambito di un intervento finanziato con risorse del PNRR. Nella procedura di gara erano previsti, tra i requisiti, il possesso di una attestazione SOA per le lavorazioni

- a) categoria prevalente OS21, class. II, importo pari ad € 322.887,05;
- b) categoria scorporabile OG1, cl. II, importo pari a € 265.697,10.

La ditta aveva dichiarato, in sede di offerta, di essere qualificata per l’intero importo della categoria prevalente e di voler subappaltare sia la categoria OS21, sia la OG1, categoria scorporabile per il cui possesso aveva fatto ricorso all’avvalimento. Aveva quindi presentato il contratto di avvalimento, nel quale l’impresa terza aveva dichiarato di

---

<sup>200</sup> D. Lgs. n. 36/2023, Articolo 103.

<sup>201</sup> D. Lgs. n. 36/2023, Articolo 119, comma 1.

<sup>202</sup> D. Lgs. n. 36/2023, Articolo 119, comma 18.

mettere a disposizione dell'impresa ausiliata l'intera struttura organizzativa, con tutte le caratteristiche organizzative e finanziarie che le erano valse la classificazione SOA OG1 cl. III. Tale dichiarazione era tuttavia stata ritenuta eccessivamente generica dalla stazione appaltante, che aveva sostenuto che il contratto di avvalimento avrebbe dovuto puntualmente elencare tutte le risorse, i beni e le professionalità messe a disposizione dell'impresa ausiliata per la corretta esecuzione del contratto in virtù dell'accordo di avvalimento. Aveva quindi escluso l'impresa e dalla procedura, perché l'impossibilità di utilizzare il contratto di avvalimento determinava l'impossibilità per l'impresa di dimostrare il possesso dei requisiti relativi all'attestazione SOA per la categoria OG1 class. II.

L'impresa aveva promosso ricorso contro la decisione della pubblica amministrazione appaltante. Nei motivi del ricorso, l'impresa aveva sottolineato in particolare due punti interessanti per la nostra trattazione:

1. la violazione e falsa applicazione dell'art. 100, comma 4 del D. Lgs. 36/2023 e dell'allegato II.12, nonché dell'art. 119 del D. Lgs. 36/2023, per violazione della *lex specialis*, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Secondo la ricorrente, il possesso del requisito OG1 sarebbe stato dimostrato per il fatto di possedere, per la categoria prevalente OS21, di una Class. III per un importo di molto superiore a quello dell'appalto. La ricorrente avrebbe in proposito invocato l'articolo 30, comma 1 dell'allegato II.12 del D. Lgs. 36/2023, laddove si sostiene che “[...] *i requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente*”. Inoltre, la OG1 non sarebbe più annoverabile tra le categorie a qualificazione obbligatoria, essendo intervenuta l'abrogazione tacita dell'art. 12 del Decreto-legge 47/2014; per questi motivi, l'esclusione dalla gara sarebbe da considerarsi annullabile da parte del giudice;
2. la violazione e falsa applicazione dell'art. 104 del D. Lgs. 36/2023, per violazione della *lex specialis*, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. In questo caso, la ragione addotta dalla ricorrente per contestare la ritenuta genericità del contratto di avvalimento (genericità che aveva indotto la stazione appaltante a emanare il provvedimento di esclusione) sarebbe che

il “prestito” dell’attestazione SOA riguarderebbe l’intero complesso aziendale dell’impresa ausiliaria e non sarebbe pertanto state necessarie ulteriori specificazioni. La ricorrente aveva tuttavia sostenuto che questa presunta genericità non poteva essere invocata dalla stazione appaltante dal momento che l’impresa terza ausiliaria avrebbe sottoscritto il contratto di avvalimento mettendo a disposizione dell’impresa ausiliata l’intera sua struttura organizzativa, comprensiva di mezzi, persone e capacità organizzativa. Da ciò deriverebbe il fatto che non sarebbe stato necessario elencare puntualmente ognuno dei fattori produttivi che rientravano nell’avvalimento, essendo tale accordo comprensivo del 100% della struttura stessa.

Il Tribunale Amministrativo ha rilevato che nel bando di gara le lavorazioni da eseguirsi in OG1 erano effettivamente indicate come a qualificazione obbligatoria; il TAR ha quindi confermato l’impostazione secondo la quale tutte le categorie di opere scorporabili, siano esse generali o specializzate, sono da considerarsi a qualificazione obbligatoria: l’aggiudicatario dovrà quindi essere in possesso della qualificazione richiesta dal bando o ricorrere al subappalto, atteso che l’articolo 12 del Decreto-legge 47/2014 non può ritenersi abrogato tacitamente come sostenuto dalla ricorrente. Di conseguenza, la ricorrente non poteva sostenere legittimamente sostenere di disporre autonomamente dei requisiti che le permettevano di partecipare alla gara per la categoria OG1, class. II. Il Tribunale, relativamente a questo punto, ha dunque provveduto a rigettare il ricorso.

Tuttavia, relativamente a quanto evidenziato nel secondo rilievo, il Collegio ha ritenuto fondato il ricorso. L’ausiliaria, nel contratto, aveva infatti specificato di mettere a disposizione dell’ausiliata non solo l’attestazione SOA, ma anche

*“[...] tutti i mezzi e le attrezzature, i macchinari, i beni finiti, i materiali, il personale che hanno consentito il conseguimento della qualificazione e che verranno messe a disposizione del concorrente per tutta la durata dell’appalto”.*

In questo modo, sancendo l’impegno “totalizzante” dell’impresa ausiliaria, viene meno la presunta inadeguatezza nell’elencazione dei requisiti che era stata sostenuta dalla

stazione appaltante: l'integrazione tra impresa ausiliata e quella ausiliaria sarebbe infatti effettiva e reale, determinando la fattispecie dell'avvalimento *per relationem* basato su tutte le risorse aziendali dell'impresa ausiliaria: quelle stesse risorse che le avevano consentito in passato di ottenere il conseguimento della SOA in OG1, class. III. Sulla base di queste conclusioni, il TAR aveva quindi accolto il ricorso e annullato i provvedimenti impugnati dall'impresa ricorrente, intimando alla Città Metropolitana di Reggio Calabria di riammettere in gara la ricorrente e di concludere il procedimento<sup>203</sup>.

In questo modo, relativamente all'avvalimento, il TAR ha stabilito che l'art. 104 del D. Lgs. 36/2023 non prevedesse necessariamente la specificazione delle risorse e delle dotazioni tecniche (a pena di nullità del contratto) se l'oggetto dell'avvalimento è l'intero apparato organizzativo che è stato utilizzato per ottenere la qualificazione SOA richiesta dal bando.

---

<sup>203</sup> TAR Calabria, Sezione di Reggio Calabria, Sentenza del 26 ottobre 2023, n. 782.

## CONCLUSIONI

L'introduzione del nuovo impianto normativo non risolve, rispetto al tema dei subappalti, i dubbi che la stratificazione della normativa nel corso degli anni ha reso evidenti e che sono oggetto di numerose pronunce delle corti amministrative di primo e di secondo livello. I dubbi e le incertezze che derivano da una disciplina oggettivamente complesse sono peraltro accresciuti dal continuo susseguirsi di modifiche normative, introdotte anche come conseguenza dell'azione delle istituzioni europee (ricordiamo l'apertura di una specifica procedura di infrazione e le due pronunce della Corte di Giustizia europea nel caso Vitali S.p.A. e Tedeschi s.r.l), che hanno mosso l'azione del legislatore interno. Questa dinamica ha oggettivamente creato difficoltà sia alle stazioni appaltanti, sia alle imprese, che si sono dovute confrontare con una continua novazione normativa, affrontando quindi una lunga fase di incertezza, con il rischio di rallentare le procedure. Il nuovo Codice ha, almeno nelle intenzioni, la funzione di portare unitarietà alla disciplina dei subappalti, fornendo un orientamento unitario al quale committenza ed operatori economici possono riferirsi con un maggior grado di certezza. Abbiamo tuttavia rilevato come anche il D. Lgs. n. 36/2023 non abbia completamente risolto tutti i dubbi: basti pensare al fatto che l'art. 12 del Decreto-Legge n. 47/2014 non risulta abrogato in modo esplicito (anche se in alcuni casi i tribunali amministrativi, come nel caso che abbiamo esaminato del TAR della Calabria, sono state costrette a intervenire in merito a quesiti a questo deputati), lasciando il dubbio se questa mancata disapplicazione della norma sia frutto di una scelta consapevole del legislatore (che non ha recepito la norma nel nuovo ordinamento, aprendo la strada alle interpretazioni legate al brocardo "*lex quod voluit dixit, quod non dixit noluit*") o piuttosto di un difetto nel coordinamento di norme diverse.

Per quanto in generale gli orientamenti del diritto europeo siano stati presi in considerazione dal legislatore interno, è utile evidenziare due aspetti rilevanti ai fini del presente lavoro. Il primo è relativo alla possibile reazione del diritto interno ad una pressione che promana dal diritto unionale probabilmente sentita come eccessiva e non idonea a rispondere in concreto alle esigenze di tutela del nostro ordinamento.

L'impressione è che il legislatore nazionale abbia subito le previsioni contenute nelle ultime direttive europee relative alle concessioni e agli appalti: davanti all'esigenza di promuovere il mercato degli appalti "aprendolo" ad una platea più ampia di aziende – anche di piccole e medie dimensioni – e quella altrettanto legittima di consentire un efficace contrasto alla criminalità organizzata quando questa tenta di infiltrarsi nel mondo degli appalti pubblici, l'Unione Europea ha mostrato di sentire come preminente la prima esigenza. Tuttavia, il nostro ordinamento non sembra avere la stessa priorità: così, l'eliminazione del limite del 30% per l'affidamento in subappalto dei lavori è stata accompagnata da alcune deroghe e puntualizzazioni che di fatto finiscono per reintrodurre il limite, con l'aggravante che ciò avverrebbe a discapito della semplificazione del controllo da parte delle stazioni appaltanti.

Inoltre, anche l'attività della giurisprudenza evidenzia come non tutte le questioni siano state risolte: se il principio generale che impone la eliminazione del limite generale del 30% sembra essere stato assorbito dall'ordinamento, nei casi concreti (come in uno dei casi qui analizzati) le cose sembrano andare diversamente. I tribunali amministrativi si dimostrano in linea con l'ordinamento interno e unionale quando ammettono che il limite del 30% può essere imposto dalla stazione appaltante per specifiche (e motivate) ragioni legate all'esecuzione dei lavori; ma accettano che queste ragioni possano essere definite anche in maniera generica (è il caso di un'asserita complessità delle lavorazioni, senza che la stazione appaltante definisca nel merito da cosa questa complessità sia determinata). Questo potrebbe far intendere che l'imposizione di un limite generico sia stata trasferita dalla legge generale ed astratta alla *lex specialis* di gara, che in questo caso assorbirebbe la funzione di limitazione generale al subappalto in precedenza presente nel nostro ordinamento.

Resta infine aperto un ulteriore determinante della disciplina del subappalto (e della fattispecie simile dell'avvalimento) rispetto alla necessità di intercettare le possibili infiltrazioni delle organizzazioni malavitose. Il nostro ordinamento aveva infatti definito un doppio sistema di controlli: il primo orientato alla verifica dei requisiti di moralità e di "impermeabilità" delle imprese che partecipano ai bandi rispetto alle infiltrazioni mafiose; il secondo attraverso la possibilità di limitare il subappalto, non consentendo – ad esempio – il subappalto a cascata. Secondo il legislatore interno, era il combinato

disposto di questi due approcci ad assicurare una effettiva efficacia delle misure di contrasto. Rimane ora da verificare se il solo sistema delle certificazioni e dichiarazioni antimafia sarà sufficiente a garantire ad impedire che imprese collegate o controllate dalla criminalità organizzata accedano a quote consistenti di appalti pubblici. Il tema è particolarmente importante nel momento in cui vengono avviati gran parte dei lavori pubblici legati all'implementazione del PNRR, che è sicuramente un'occasione importante per lo sviluppo del nostro Paese, ma che può essere anche un'occasione di profitti per la criminalità organizzata.

La necessità, per il nostro Paese, di gestire una ingente mole di denaro e di avviare una significativa serie di procedure di gara per importi anche molto significativi ha indotto il legislatore a porre l'accento su alcuni punti dirimenti della gestione degli appalti e dei subappalti che abbiamo analizzato nel concreto.

Il primo è legato alla necessità per la Pubblica Amministrazione di innovare la propria struttura gestionale in una chiave nuova rispetto al passato. Centrale per raggiungere questo obiettivo è la figura del R.U.P., adesso qualificato come responsabile di progetto e non più di procedimento, con un cambio di definizione che non è solo formale, ma sostanziale. Al di là delle innovazioni apportate con il D. Lgs. 35/2023, quello che risulta evidente è la necessità per le stazioni appaltante di operare in una prospettiva di *project management*. Si tratta di una modalità gestionale che il mondo del privato conosce molto bene, ma che nel pubblico – “dominato” da un approccio burocratico-amministrativo – ha faticato ad imporsi. La necessità di garantire trasparenza, imparzialità e pari opportunità a tutti gli operatori ha spesso orientato la gestione delle gare secondo modalità formali: rispetto degli adempimenti, formalismi e rigidità sono state spesso alla base di quelle problematiche legate alla difficoltà a portare a compimento nei tempi e con i costi giusti gli appalti. Il nuovo RUP, se sarà davvero sviluppato in un ruolo di project manager, potrà mettere in campo strumenti nuovi rispetto al passato, riuscendo così a gestire i processi secondo una logica più efficiente, efficace e secondo le esigenze di economicità, come del resto la norma impone da molto tempo. Il tema, tuttavia, è comprendere se la macchina della pubblica amministrazione, non sempre tempestiva nel recepire le innovazioni proposte dal Legislatore, saprà farsi carico di questo cambiamento mettendo realmente a disposizione dei RUP le risorse loro necessarie, a cominciare dalle strutture

amministrative che il D. Lgs. prevede possano (non debbano: è un dettaglio non da poco) essere messe a loro disposizione per l'esecuzione delle loro funzioni; determinante sarà anche la valorizzazione anche dal punto di vista economico e dell'inquadramento contrattuale di una funzione innovativa: che tuttavia – quando non coincide con il dirigente responsabile dell'unità titolare del potere di spesa – è sottoposta ad una dialettica organizzativa che comporta rischi di immobilismo, conflittualità ed in ultima analisi di spreco di risorse e di opportunità.

Un secondo elemento importante è quello legato alla tutela del lavoro. Nella nuova disciplina definita dal D. Lgs. 36/2023, la questione del lavoro è stata presa in considerazione in maniera puntuale. Ne abbiamo parlato a conclusione del secondo capitolo per cercare di inquadrare questo tema in una prospettiva più ampia. A parere di chi scrive, infatti, la tutela del lavoro nell'ambito del subappalto è una vera e propria cerniera tra problematiche complesse e diverse che in questo ambito sembrano trovare una loro sintesi. Tutelare il lavoro nel subappalto significa da un lato ottenere professionalità più formate, mature e consapevoli: questo non può che portare ad un miglioramento complessivo della qualità dell'opera che viene a realizzarsi, con un vantaggio per la finanza pubblica e a tutela degli interessi della collettività. Il ricorso a contratti adeguati (per tipologia di settori di impiego e per remunerazione) significa anche maggiore sicurezza – elemento centrale per il buon andamento degli appalti e della gestione dei tanti cantieri – e minore esposizione a rischi da parte dei lavoratori. Tuttavia, la possibilità che oggi viene data al mondo delle imprese di procedere ad una ampia stratificazione di subappalti (attraverso il ricorso al subappalto ulteriore o “a cascata”, non previsto nel precedente ordinamento) rischia di creare una rarefazione nei diritti dei lavoratori e nelle loro tutele mano a mano che si procede nei subappalti o nei subaffidamenti quando non effettuati attraverso il subappalto. E' nelle maglie dei sub-subappalti che si possono verificare quelle “falle” nella tutela che portano ai troppi incidenti sul lavoro, con costi umani ed economici ingenti per la società. Quello della tutela del lavoro è un tema che ha però un diretto collegamento anche con uno dei rischi principali legati al subappalto: quello della possibilità che organizzazioni criminali si inseriscano nel finanziamento degli appalti. Meno sono certi (e “certificati”) i diritti dei lavoratori, più è probabile che fenomeni come il caporalato prenda il sopravvento, con la coda drammatica di sfruttamento che esso comporta. A gestire questa filiera oscura del

lavoro ovviamente sono proprio le organizzazioni collegate alle mafie: che forniscono manodopera a basso costo (malpagata e spesso addirittura senza contratto o con contratti precari e non regolari), che oltre a costituire un elemento di rischio per se stessi non assicura neppure le professionalità che sarebbero necessarie per realizzare in modo compiuto le opere di interesse pubblico.

A conclusione, quello che sembra di poter rilevare è che l'impianto normativo delineato fino a questo punto offre, rispetto al subappalto, un quadro piuttosto coerente rispetto ad interessi diversi che possono trovare oggi un punto di sintesi. Quello che potrà essere osservato, nel corso dei prossimi anni di sviluppo nella prassi di questo quadro normativo, è se lo sforzo del Legislatore (anche nel mediare le esigenze interne con quelle unionali) sarà davvero efficace.

## APPARATI

### I. Bibliografia

Agostini I. (2024), “Il crollo del cantiere Esselunga a Firenze è solo l’ultimo tassello di una storia di cementificazione”, *Il fatto quotidiano*, 19 febbraio 2024. <https://www.ilfattoquotidiano.it/2024/02/19/il-crollo-del-cantiere-esselunga-a-firenze-e-solo-lultimo-tassello-di-una-storia-di-cementificazione/7451467/>. Sito consultato il 19 luglio 2024.

Alla L. (2012), “Brevi note sull’avvalimento: un istituto antico rimodellato dal diritto europeo”, *Amministrazione In Cammino*. [https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/11/Alla\\_avvalimento.pdf](https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/11/Alla_avvalimento.pdf). Sito consultato il 19 maggio 2024.

Andreano F. (2024), “Evoluzione dell’istituto del subappalto e relative problematiche giuridiche”, *Cammino Diritto, Rivista di informazione giuridica*, 2, 10, pp. 2-12.

Baratta R. (2020), “Legislazione europea e disciplina interna del subappalto: un’aporia culturale?”, *Eurojus*, 2, pp. 11-32

Bianca C. M. (2019), *Diritto Civile. IV L’obbligazione*, Milano, Giuffrè.

Bolognesi M. (2023), “Stazioni appaltanti e responsabile unico del progetto nel codice dei contratti pubblici n. 36/2023”, *Giustiziaamministrativa.it*, p. 19. <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/158189-24>. Sito consultato il 14 luglio 2024.

Bolognino D. et al (2022), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, La Tribuna.

Bruno G. (2020), “Differenza tra avvalimento e subappalto”, *Laleggepertutti.it*, 5 giugno 2020. [https://www.laleggepertutti.it/405099\\_differenza-tra-avvalimento-e-subappalto#La differenza tra avvalimento e subappalto](https://www.laleggepertutti.it/405099_differenza-tra-avvalimento-e-subappalto#La%20differenza%20tra%20avvalimento%20e%20subappalto). Sito consultato il 15 luglio 2024.

Bruno S. A. (2024), “La procedura d’infrazione europea contro l’Italia per le limitazioni al subappalto: rischi di revoca di risorse europee, inerzia del legislatore e giurisprudenza ondivaga”, *Il Diritto Amministrativo*, 16 (5), pp. 1-19.

Carmignani T. (2024), “Crollo di via Mariti, un mese dopo. La tragedia, le indagini, il futuro dell’area: Firenze ricorda gli operai morti”, *La Nazione*, 15 marzo 2024. <https://www.lanazione.it/firenze/cronaca/crollo-via-mariti-firenze-lhjix7mt>

- Carocchia F. (2011), “Sub art. 1670”, Gabrielli E. (ed.), *Commentario del Codice civile*, Torino, UTET
- Chinè G. (1993), “Il subcontratto tra teoria generale ed ipotesi tipiche”, *Giustizia civile*, p. 575
- Calderoni F. (2009), “La misurazione dell’infiltrazione della criminalità organizzata negli appalti”, Calderoni F., Caneppele S. (eds), *La geografia criminale degli appalti. Le infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici nel sud Italia*, Milano, FrancoAngeli
- Cirillo G. P. (2008), “L’avvalimento: sintesi tra subprocedimento e negozio giuridico”, *Giustizia amministrativa*.
- Cogliando R. D. (2024), *L’avvalimento. Profili interdisciplinari*, Torino, Giappichelli, p. 18.
- Cosmai P., Buonanno A. (2023), *La riforma del codice appalti. Guida teorico-pratica al D. Lgs. 36/2023 per professionisti, operatori e stazioni appaltanti*, Milano, Wolters Kluwer, pp. 69 e ss.
- Deodato C. (2017), “Il subappalto: un problema o un’opportunità?”, *L’amministrativista*. 11 ottobre 2017. <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2017/10/Il-Subappalto-un-problema-o-un%E2%80%99opportunit%C3%A0.pdf>. Sito consultato il 14 luglio 2024.
- Di Gaspare G. (2020), “Appalti e criminalità organizzata”, *Amministrazione in Cammino*, <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2020/05/DI-GASPARE-appalti-3.pdf>. Sito consultato il 18 maggio 2024.
- Esposito R. (2024), “Il subappalto negli appalti pubblici. In particolare, il soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione della terna dei subappaltatori alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici e del relativo Decreto correttivo”, *Il diritto amministrativo*, 16 (7).
- Federici F. (s.d.), “L’autorizzazione al subappalto”, *Il diritto amministrativo*
- Franceschetti P. (2016), *Contratto preliminare*, Altalex, 27 aprile 2016. <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2016/03/09/contratto-preliminare>. Sito consultato il 13 maggio 2024.
- Frontoni M., Savelli L. (2018), *Sub appalto e avvalimento*, Giappichelli, Torino
- Galgano F. (1999), *Diritto civile e commerciale*, T. 1, Padova, CEDAM
- Galgano F. (2011), *Le obbligazioni in generale*, Bologna-Roma, Cedam

Gavioli F. (2023), “Nomina, requisiti e compiti del RUP nel nuovo Codice dei contratti pubblici”, *Altalex*, 12 aprile 2023. <https://www.altalex.com/documents/2023/04/12/nomina-requisiti-compiti-rup-codice-contratti-pubblici>. Sito consultato il 14 luglio 2024.

Giliberti G. (2023), “Art. 119”, Perfett L. (ed), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Wolters Kluwer, p. 958 e ss.

Giovannelli M. (2024), “Subappalto e subcontratto per prestazioni accessorie”, *Urbanistica e Appalti*, 2, pp. 209-212.

Girlando P. (2023), “Il subappalto nel nuovo codice dei contratti senza (o quasi) limiti e differenza con il mero subcontratto”. *Aliautonomie.it*. <https://aliautonomie.it/wp-content/uploads/2023/09/II-Subappalto-nel-nuovo-codice-dei-contratti-senza-o-quasi-limiti-e-differenza-con-il-mero-subcontratto-di-Pier-Luigi-Girland.pdf>. Sito consultato il 16 luglio 2024.

Laudani V. (2024), “Legittimo il diniego di autorizzazione al subappalto fondato sull’esistenza di limiti per ragioni tecniche previste dalla lex specialis di gara”, *Appalti e Contratti*, pp. 1-11.

Lento A. (2023), “Il subappalto nel diritto pubblico”, *Giustizia-amministrativa.it*. <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/158189-39>. Sito consultato il 19 luglio 2024

Lombardi R. (2024), “Cantieri privati e cantieri pubblici: dai divieti assoluti al subappalto a cascata”, *Primogrado.com*, 31 marzo 2024. <https://www.primogrado.com/cantieri-privati-e-cantieri-pubblici-dai-divieti-al-subappalto-a-cascata>. Sito consultato il 21 maggio 2024

Mangini V., IacuanIELLO Bruggi M. (1997), *Il contratto d’appalto*, Torino, UTET, 1997.

Masi L. (2009), “Avvalimento: il contratto è necessario. Nota a CdS, sez. V, 10 febbraio 2009, n. 743”, *Urbanistica e appalti*, 5, p. 564

Matricardi A. (2021), *Il subappalto nel Codice civile*, *Altalex*. <https://www.altalex.com/guide/subappalto>. Sito consultato il 13 maggio 2024.

Meloni J. (2024), “Utilità e criticità del subappalto nel settore privato”, *Ius in Itinere*, 27 febbraio 2024. <https://www.iusinitinere.it/utilita-e-criticita-del-subappalto-nel-settore-privato-44852>. Sito consultato il 13 luglio 2024.

Merani C. (2024), “La tutela dei lavoratori negli appalti di lavori pubblici. Le problematiche legate alla liberalizzazione del subappalto “a cascata” e i recenti interventi normativi”, *Altalex*, 23 aprile 2024. <https://www.altalex.com/documents/news/2024/04/23/tutela-lavoratori-appalti-lavori-pubblici>. Sito consultato il 20 luglio 2024.

- Mocetti S., Rizzica L. (2021), “La criminalità organizzata in Italia: un’analisi economica”, *Questioni di Economia e Finanza*, Banca d’Italia, Occasional papers.
- Pergolizzi L. (2021), “Il subappalto e la Legge europea”, *Il Diritto Amministrativo*, 16 (5), pp. 1-21
- Ricciardi D. (2022), “Il RUP: da funzionario a professionista degli appalti”, *Lavoripubblici.it*, 7 novembre 2022. <https://www.lavoripubblici.it/news/il-rup-da-funzionario-a-professionista-appalti-29653>. Sito consultato il 13 luglio 2024.
- Sadile C., “I sub-contratti negli appalti di lavori pubblici: definizioni e prassi distorsive”, *Amministrazione in Cammino*, 2012
- Salanitro U (2004), “La clausola if and when nel contratto di subappalto”, *Studium Iuris*, 7-8, pp. 882-886
- Santoro E., Santoro P. (2007), *Trattato breve dei contratti pubblici*, Milano, Maggioli
- Santoro I. “A cavallo tra due codici: l’equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici”, *WP CSDLE Massimo D’Antona*, 467, pp. 1-20.
- Scalise R. (2023), “Il RUP nel nuovo Codice degli appalti”, *avvocatodicantieri.it*. <https://avvocatodicantieri.it/il-nuovo-rup-nel-nuovo-codice-d-lgs-36-2023/>
- Scalise R. (2024), “La responsabilità solidare tra appaltatore e subappaltore; la concreta applicabilità nel Dlgs 36/2023”, *Avvocato di Cantiere*, 7 febbraio 2024. <https://avvocatodicantieri.it/la-responsabilita-solidale-tra-appaltatore-e-subappaltore-la-concreta-applicabilita-nel-d-lgs-36-2023-art-119-comma-6/>. Sito consultato il 17 luglio 2024
- Scarpa A. (2023), “Il subappalto tra disciplina civilistica e Regole Pubblicistiche”, *I contratti d’appalto*, P23067, pp. 1-25
- Sersale N. (2015), *Il subappalto nei contratti pubblici, disciplina privatistica e pubblicistica*, Frosinone, Key editore.
- Spartà S. (2016), “Appalti pubblici e criminalità organizzata”, *Cross*, 2(3), pp. 24-45
- Squazzoni A. (2024), “Art. 119 Subappalto”, Villata R., Ramajoli M. (2024), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, op. cit., pp. 602 e ss
- Veltri G. (2019), “Codice dei contratti pubblici: la lettera di messa in mora della Commissione UE e la replica del legislatore”, *Urbanistica e appalti*, 4, 471.
- Villata R., Ramajoli M. (2024), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pacini Giuridica

Vosa C. (2021), “L’avvalimento e gli altri strumenti che consentono l’allargamento del mercato ed attuano una maggiore concorrenza tra gli operatori”, *Salvis Juribus*. <http://www.salvisjuribus.it/lavvalimento-e-gli-altri-strumenti-che-consentono-lallargamento-del-mercato-ed-attuano-una-maggiore-concorrenza-tra-gli-operatori/>. Sito consultato il 20 maggio 2024.

## II. Atti, relazioni, pareri e linee guida

*Relazione del Ministro Guardasigilli alla Maestà del Re Imperatore sul libro del Codice civile “delle obbligazioni*, Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1941

Anac, Linee guida n. 3, di attuazione del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l’affidamento di appalti e concessioni”.

Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, Parere del 26 febbraio 2024, n. 2335 “Avvalimento”. <https://www.ancebrescia.it/wp-content/uploads/2024/03/04.04-ALLEGATO-parere-mit-26022024-2335.pdf>. Sito consultato il 9 agosto 2024

Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, Parere del 26 febbraio 2024 n. 2338 “Indicazione del CCNL applicabile e costo della manodopera: applicabilità degli affidamenti diretti”. <https://www.serviziocontrattipubblici.com/Supportogiuridico/Home/QuestionDetail/2338>. Sito consultato il 20 luglio 2024.

ANAC (2023a), *Rapporto quadrimestrale sul mercato dei contratti pubblici*, <https://www.anticorruzione.it/documents/91439/171948/Rapporto+sul+mercato+dei+contratti+pubblici+-+I+quadrimestre+2023.pdf/76b18fcf-2849-0956-cba3-1cfca170f3d1?t=1696933998967>. Sito consultato il 20 maggio 2024

Anac (2023b), *Relazione annuale 2022*, <file:///C:/Users/Governatore/Downloads/Anac%20-%20Presentazione%20della%20Relazione%20annuale%202023%20su%20attivit%C3%A0%202022.pdf>. Sito consultato il 19 maggio 2024

### **III. Repertorio normativo**

#### *III.1 Normativa interna*

Legge 31 maggio 1965, n. 575 “Disposizioni contro la mafia” (GU n. 138 del 5 giugno 1965)

Legge 13 settembre 1982, n. 646 “Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale e integrazioni 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” (GU n. 253 del 14 settembre 1983).

Legge 19 marzo 1990, n. 55 “Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale” (GU n. 69 del 23 marzo 1990).

Legge 7 agosto 1990, n. 241 “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi” (GU del 18 agosto 1990, n. 192)

Legge 11 febbraio 1994, n. 109 “Legge quadro in materia di lavori pubblici” (GU n. 41 del 19 febbraio 1994, S. O. n. 29)

Legge n. 62 del 18 aprile 2005, “Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004” (GU n. 96 del 27 aprile 2005, S. O. n. 76)

Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE” (GU n. 100 del 2 maggio 2006, S. O. n. 107)

Decreto del Presidente della Repubblica del 5 ottobre 2010, n. 207 “Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE” (GU del 10 dicembre 2010, n. 288 – SO n. 270)

Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159 “Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136”, (GU 28 settembre 2011, n. 214).

Legge 6 novembre 2012, n. 190 “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione” (GU del 13 novembre 2012, n. 265),

Decreto-legge del 28 marzo 2014, n. 47 “*Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015*” (GU n. 73 del 28 marzo 2014), convertito con modificazioni con la Legge 23 maggio 2014 n. 80.

Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50, “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 (GU n. 91 del 19 aprile 2016, S.O. n. 10)

Decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 “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” (GU n. 92 del 18 aprile 2019), convertito con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 140

Decreto-legge 30 dicembre 2020, n. 183 “Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall'Unione europea” (GU n. 323 del 28 febbraio 2020), convertito con modificazioni dalla Legge 26 febbraio 2021 n. 21.

Decreto-legge 31 maggio 2021 n. 77, “Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure (GU n. 129 del 31 maggio 2021).

Legge 21 giugno 2022, n. 78 “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”, (GU del 26 giugno 2022 n. 146).

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”, (GU n. 77 del 31 marzo 2023. S. O. n. 12).

Decreto-legge 2 marzo 2024, n. 19 “Ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)”, (GU del 2 marzo 2024, n. 52), convertito con modificazioni dalla Legge 2 aprile 2024, n. 56.

### *III.2 Normativa unionale*

Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GUE L 134 del 30 aprile 2004)

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 (GUE L 134 del 30 aprile 2004)

Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GUE L 94.1 del 28 marzo 2014)

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 (GUE L 94.1 del 28 marzo 2014)

Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GUE L 94.1 del 28 marzo 2014)

#### **IV. Giurisprudenza**

- Corte di Cassazione, Sezione II, Sentenza 20 febbraio 1963, n. 413
- Corte di Cassazione, Sez. II, Sentenza 11 agosto 1990, n. 8202.
- Corte di Cassazione Civile, Seconda II, Sentenza 2 agosto 2011, n. 16917
- Corte di Cassazione Civile, Sezione II, Sentenza 8 ottobre 2018, n. 24717
  
- Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, Sentenza 20 luglio 2015, n. 20
- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, Sentenza 2 novembre 2015, n. 9
- Consiglio di Stato, Ordinanza dell'11 giugno 2018, n. 3553
- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, Sentenza 26 ottobre 2020, n. 23
- Consiglio di Stato, Sezione IV, Sentenza 7 ottobre 2021, n. 6711
- Consiglio di Stato, Sezione V, Sentenza 14 gennaio 2022, n. 257
- Consiglio di Stato, Sezione V, Sentenza 10 maggio 2022, n. 3638
- Consiglio di Stato, Sezione V, Sentenza 4 ottobre 2022, n. 8481;
- Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 29 novembre 2022 n. 10491
- Consiglio di Stato, Sezione III, 23 novembre 2022, n.10301
- Consiglio di Stato, Sezione V, 29 dicembre 2022, n. 11596
- Consiglio di Stato, Sezione VII, 25 gennaio 2023, n. 808.
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 9 maggio 2024, n. 4161
  
- TAR del Lazio, Sezione III, Sentenza 6 aprile 2016, n. 4181.
- TAR Lombardia, Sezione I, Sentenza del 5 gennaio 2018, n. 28
- TAR Lombardia, Sezione I, Sentenza 19 gennaio 2018, n. 148
- TAR Toscana, Sezione II, Sentenza del 19 dicembre 2022, n. 1463.
- TAR Friuli Venezia Giulia, Sezione I., Sentenza 27 maggio 2023, n. 187
- TAR Liguria, Sezione I, Sentenza 10 maggio 2023, n. 495
- TAR Calabria, Sezione di Reggio Calabria, Sentenza 26 ottobre 2023, n. 782
- TAR Piemonte, Sezione II, sentenza 16 gennaio 2024, n. 23
- TRGA, Sezione Autonoma di Bolzano, Sentenza 6 marzo 2024, n. 62.

-