

**Subappalto, si entra nella fase 2:  
i nuovi “limiti” in vigore dal 1° novembre**

di Massimo Gentile<sup>1</sup>

Come noto, il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, recante la disciplina della “Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di snellimento delle procedure” - convertito con modificazioni in Legge n. 108 del 2021 – ha stravolto la disciplina del subappalto.

Si tratta di modifiche aventi portata applicativa generale (e, dunque, non limitata agli investimenti finanziati con le risorse previste dal PNRR), anticipatorie del percorso di riforma del Codice dei Contratti pubblici che costituisce uno degli obiettivi generali del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza adottato dal Governo italiano.

Vale la pena rammentare che la riforma del subappalto prevista nel D.L. n. 77/2021 si articola in due fasi:

- una prima fase transitoria che si è conclusa il 31 ottobre 2021;
- una seconda fase che ha avuto inizio il 1° novembre 2021 e terminerà il 30 giugno 2023.

Per quanto concerne la seconda fase, l’articolo 49 del decreto legge n. 77/2021 stabilisce che, dal 1 novembre 2021, all’articolo 105 del Codice dei contratti sono apportate le seguenti modifiche:

- al comma 2, il terzo periodo è sostituito dal seguente: “*Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all’articolo 30, **previa adeguata motivazione** nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara **le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell’aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell’appalto**, ivi comprese quelle di cui all’articolo 89, comma 11, 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***

---

<sup>1</sup> Pubblicato su [www.appalti&contratti.it](http://www.appalti&contratti.it)

**generale dei luoghi di lavoro** e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di **prevenire il rischio di infiltrazioni criminali**, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell' articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229”;

- il comma 5 è abrogato;

- al comma 7, secondo periodo, le parole da: “la certificazione attestante” fino alla fine del periodo sono sostituite dalle seguenti: “la dichiarazione del subappaltatore attestante l’assenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80 e il possesso dei requisiti speciali di cui agli articoli 83 e 84. La stazione appaltante verifica la dichiarazione di cui al secondo periodo del presente comma tramite la Banca dati nazionale di cui all’articolo 81”;

- al comma 8, il primo periodo è sostituito dal seguente: “Il contraente principale e il subappaltatore sono **responsabili in solido** nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto”.

A dette modifiche vanno aggiunte quelle entrate già in vigore con la pubblicazione del decreto legge, ossia:

- al comma 1, il secondo e il terzo periodo sono sostituiti dai seguenti: “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. E' ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo”;

2) al comma 14, il primo periodo è sostituito dal seguente: “Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire 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, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le

*lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.”.*

In questa sede, affronteremo la questione della individuazione dei limiti alla facoltà di subappalto vigenti dal 1° novembre.

Dal nuovo impianto normativo, la prima regola che si ricava è che “*non può essere affidata a terzi (...) **la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti***”.

La formulazione (tanto per cambiare...) è poco chiara.

Il riferimento al “*complesso delle categorie prevalenti*” ingenera, infatti, un dubbio correlato alla circostanza che, fino ad oggi, all'interno del Codice il concetto di categoria prevalente è sempre stato inteso al singolare.

In particolare, la categoria prevalente è considerata al singolare nelle definizioni (art. 3, comma 1, lett. oo-bis), laddove viene ritenuta tale “*la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara*”.

Il riferimento alla categoria di “*importo più elevato*” porta, peraltro, ad escludere a priori la possibilità che possano esserci più categorie prevalenti.

Non solo, ma sempre al singolare è il riferimento contenuto all'articolo 48, in tema di ATI<sup>2</sup>, e all'articolo 84, comma 7, lett. b) in tema di requisiti richiesti per appalti di lavori di importo superiore a 100 milioni di euro<sup>3</sup>.

Quanto sopra porterebbe a far ritenere che il richiamo alle “*categorie prevalenti*” operato nel decreto sia frutto di un semplice refuso.

Di questo avviso sembrerebbe essere l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, il quale con nota prot. n. 1507/20121 del 6 ottobre 2021, ha fornito indicazioni operative in ordine all'applicazione dell'art. 49, comma 1, lett. b), n. 2), del D.L. n. 77/2021.

---

<sup>2</sup> L'articolo 48 prevede che “*Nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di operatori economici nell'ambito della quale uno di essi **realizza i lavori della categoria prevalente***” (comma 1) e che, sempre in caso di lavori, “*per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale, i requisiti di cui all'articolo 84, sempre che siano frazionabili, devono **essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo*** (...) I lavori **riconducibili alla categoria prevalente** ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale” (comma 6).

<sup>3</sup> L'articolo 84, comma 7, lett. b), secondo periodo, prevede che “*In tal caso il concorrente fornisce evidenza di aver eseguito lavori per entità e tipologia compresi nella **categoria individuata come prevalente** a quelli posti in appalto opportunamente certificati dalle rispettive stazioni appaltanti, tramite presentazione del certificato di esecuzione lavori*”.

Si legge nella menzionata nota che “*le attività oggetto di subappalto devono essere ricomprese nell’oggetto dell’appalto, secondo quanto previsto nel capitolato e non essere, quindi, marginali o meramente accessorie rispetto all’opera o al servizio complessivamente appaltato, oppure **far parte della categoria prevalente ossia, come previsto dall’art. 3 comma 1 lett. oo-bis), “la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l’intervento e indicate nei documenti di gara”***”.

A giudizio di chi scrive, una tale conclusione appare “frettolosa”, considerato che i termini “*categorie prevalenti*” sono preceduti dalle parole “*complesso delle*” che non sembra lasciare dubbi sull’intenzione del legislatore di riferirsi proprio al plurale.

Non solo, ma il riferimento alle “*categorie prevalenti*” è contenuto anche al già richiamato articolo 105, comma 14, del Codice, così come modificato sempre ad opera del decreto n. 77/2021 (ci si riferisce all’inciso “... *ovvero riguardano **le lavorazioni relative alle categorie prevalenti** e siano incluse nell’oggetto sociale del contraente principale*”).

Insomma, gli “indizi” di cui sopra sembrano costituire la prova della volontà del legislatore di ammettere la possibilità di indicare in bando più categorie prevalenti.

Si tratterebbe di una modifica piuttosto impattante, destinata ad aprire altri scenari di poca chiarezza (basti pensare ai requisiti di partecipazione e alla ripartizione degli stessi nell’ambito dei raggruppamenti temporanei).

In siffatto contesto e in attesa di auspicabili chiarimenti normativi, una possibile interpretazione “cerchiobottista” potrebbe essere quella di continuare ad individuare in bando una sola categoria prevalente, valevole per tutto ciò che concerne la partecipazione alla gara; a tale categoria, la stazione appaltante può affiancare altre “categorie prevalenti” che assumono però valore solo ai fini del subappalto.

Chi scrive è consapevole del notevole sforzo di “fantasia” e “creatività” insito in un’interpretazione di tal genere, la quale, tuttavia, potrebbe rappresentare un apprezzabile punto di equilibrio tra le descritte smagliature presenti nel contesto normativo.

Ad ogni modo, la regola è che le lavorazioni rientranti nelle categorie prevalenti (o nella categoria prevalente) devono essere eseguite in misura

preminente dall'affidatario e, conseguentemente, non possono formare oggetto di subappalto per una percentuale maggiore del 49,99%.

Ciò senza alcuna necessità per la stazione appaltante di fornire specifica motivazione.

E questo è il primo invalicabile limite alla facoltà di subappalto.

Limite che non appare applicabile ai contratti di servizi atteso che essi, ai sensi dell'art. 48, comma 2, del Codice, si compongono di “*prestazioni principali*” e “*secondarie*” e non di “*categorie prevalenti*”.

Unica eccezione sono i contratti ad “*alta intensità di mano d'opera*” - intendendosi per tali quelli che presentano un costo della manodopera pari ad almeno il 50 per cento dell'importo totale del contratto – in relazione ai quali vale la regola della necessaria prevalente esecuzione da parte dell'aggiudicatario.

Gli altri possibili limiti al subappalto sono riportati nell'articolo 105, comma 2, terzo periodo, del Codice, così come modificato dal D.L. n. 77/2021, e possono essere raggruppati nelle seguenti distinte fattispecie:

- a) necessità che alcune prestazioni o lavorazioni siano eseguite a cura dell'aggiudicatario in ragione delle “**specifiche caratteristiche dell'appalto**”;
- b) limitazioni correlate all'esigenza “di **rafforzare il controllo delle attività di cantiere** e più in generale dei luoghi di lavoro **e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori**”, tenuto conto “della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare”;
- c) limitazioni correlate all'esigenza di “**prevenire il rischio di infiltrazioni criminali**, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'art. 1, L. n. 190 del 2012, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'art. 30 del D.L. n. 189 del 2016”.

Per quanto concerne l'ipotesi di cui alla lettera a), la stazione appaltante è chiamata ad individuare le lavorazioni o prestazioni, ivi incluse quelle di cui all'articolo 89, comma 11, del Codice (le cc.dd. “SIOS”), che le “*specifiche*

*caratteristiche dell'appalto*” impongono che siano eseguite a cura dell'aggiudicatario.

Trattasi di una valutazione che, ad avviso di chi scrive, rientra nell'ambito della discrezionalità tecnica della stazione appaltante e, come tale, soggetta al controllo ed al sindacato giurisdizionale nei consueti limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti.

Non appare, invece, collocabile nell'ambito della discrezionalità tecnica la valutazione da compiersi da parte della stazione appaltante in relazione all'ipotesi di cui alla lettera b), la quale implica la necessità di contemperare l'esigenza correlata alla vigilanza del cantiere e la libertà di organizzazione dell'appalto da parte dell'appaltatore, anche mediante ricorso al subappalto.

Per quanto concerne l'ipotesi di cui alla lettera c), a stretto rigore, non può considerarsi un vero e proprio limite al subappalto.

La stazione appaltante è, infatti, chiamata ad individuare, eventualmente con l'ausilio della Prefettura competente, le prestazioni maggiormente esposte al rischio di infiltrazioni criminali, per le quali, tuttavia, non vigerà un divieto assoluto di subappalto, bensì l'obbligo di esecuzione da parte di imprese iscritte nella c.d. “white list” istituita presso le prefetture o nell'anagrafe antimafia istituita con il decreto legge disciplinante gli *“Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016”*.

In buona sostanza, più che un vero e proprio limite al subappalto si tratta di un requisito che deve possedere il subappaltatore.

In tutti e tre i casi sopra riportati, la stazione appaltante deve operare le proprie scelte nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del Codice (*in primis*, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità) e fornire *“adeguata motivazione”* in sede di *“determina a contrarre”*.

In sintesi, l'attore principale della nuova disciplina del subappalto, con specifico riferimento alla individuazione dei limiti, è indubbiamente la stazione appaltante, la quale è chiamata ad assumere delicate decisioni destinate a spostare equilibri nella fase di affidamento e di esecuzione dell'appalto.

Lo ha recentemente ricordato anche l'ANAC la quale, nella seduta dell'8 ottobre u.s., ha rimarcato che *“l'impatto sul mercato di tale nuova disciplina è sensibile e particolarmente rilevante”*.

Allacciamoci le cinture...