

LE ALTERNE VICENDE NORMATIVE DEL SUBAPPALTO NELL'AMBITO DEI CONTRATTI PUBBLICI: DALLA LEGGE N. 2248 DEL 20 MARZO 1865 AL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI CUI AL DECRETO LEGISLATIVO N.36 DEL 31 MARZO 2023

Della dott.ssa Maria Michela Napolitano

Abstract; 1. L'istituto del subappalto: inquadramento sistematico 2. Definizione e natura del subappalto 3. La disciplina del subappalto 3.1. La disciplina pubblicistica: tra criticità e vantaggi 4. Le tappe della evoluzione normativa 4.1. La legislazione rigorosa delle origini 4.2. L'avvento della normativa unionale, il decreto legislativo 163 del 2006 e il decreto legislativo 50 del 2016 4.3. Gli interventi della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la procedura di infrazione della Commissione Europea 4.4. L'avvio del processo di rivisitazione: il decreto Sblocca Cantieri e il decreto Semplificazioni bis 4.5. Il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo del 31 marzo 2023. Conclusioni

Abstract

Il presente contributo ripercorre le tappe dell'evoluzione normativa che ha caratterizzato la disciplina del subappalto nell'ambito dei contratti pubblici, a partire dalla legge n.2248 del 20 marzo 1865, Allegato F, che, per oltre un secolo, è stato l'unico riferimento normativo in materia.

In particolare, esso analizza il processo di rivisitazione che ha condotto dalla originaria diffidenza del legislatore nazionale, nei confronti dell'istituto in esame, alla considerazione dello stesso come strumento pro-concorrenziale, volto a realizzare il principio del libero accesso al mercato delle commesse pubbliche da parte delle piccole e medie imprese.

Quest'ultimo principio informa il neonato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 36 del 2023, che raggiunge l'auspicata conformità della disciplina nazionale del subappalto a quella unionale, annullando la tanto sofferta discrasia tra i due ordinamenti.

This article traces the stages of regulatory evolution that have characterized the regulation of subcontracting in public contracts, starting with Law No. 2248 of March 20, 1865, Annex F, which, for over a century, was the only regulatory reference on the subject.

In particular, it analyzes the process of revision that led from the national legislator's original distrust of the institution in question to its consideration as a pro-competitive tool, aimed at realizing the principle of free access

to the public procurement market by small and medium-sized enterprises.

This latter principle informs the new public procurement code referred to in Legislative Decree 36 of 2023, which achieves the desired conformity of national subcontracting regulations with those of the European Union, eliminating the long-standing discrepancy between the two legal systems.

1.L'istituto del subappalto: inquadramento sistematico

Il sub-appalto è un istituto pro-concorrenziale, che attiene alla fase esecutiva delle prestazioni oggetto dei contratti pubblici, la quale presenta carattere privatistico, in ciò distinguendosi da altri istituti pro-concorrenziali che attengono la fase dell'aggiudicazione, quali l'avvalimento e il raggruppamento temporaneo di imprese.

La disciplina recata dal codice dei contratti pubblici può essere, infatti, suddivisa in due macro fasi: l'una pubblicistica e l'altra privatistica.

La prima fase è quella procedimentale-provvedimentale, governata dalle regole dell'evidenza pubblica, finalizzata alla formazione della volontà dell'amministrazione e all'aggiudicazione ovvero alla scelta del soggetto aggiudicatario-contraente dello stipulando contratto.

La seconda fase è quella negoziale, regolata dalle norme del diritto privato, finalizzata alla stipula e alla esecuzione del contratto.

Questa struttura bifasica, oltre che essere convenzionalmente riconosciuta, si ricava dall'art.12 del d.lgs. 36/2023, il quale contie-

ne un doppio rinvio sintomatico: alla disciplina dettata dalla legge 241/1990 per quanto concerne la fase pubblicistica e alle norme del codice civile per quanto attiene la fase privatistica.

In quest'ultima si iscrive l'istituto del subappalto, il quale è stato oggetto di una recente rivisitazione normativa per effetto del decreto legislativo 36 del 2023, che reca la nuova disciplina dei contratti pubblici e del decreto legislativo 209 del 2024, cd. decreto correttivo, che ha apportato modifiche sostanziali al nuovo Codice.

L'emanazione di quest'ultimo è stato determinato dalla necessità di risolvere le difficoltà applicative e di colmare le lacune che già affliggevano il neonato codice dei contratti pubblici.

Il decreto correttivo, infatti, rappresenta uno strumento di razionalizzazione e di semplificazione, che tiene conto delle istanze avanzate in sede europea di integrazione e modifica degli istituti, nonché degli orientamenti giurisprudenziali formatisi all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legislativo 36 del 2023.

Le suddette modifiche hanno riguardato, pur senza alterarne l'impianto, l'intero codice dei contratti pubblici, intervenendo su molti istituti, tra i quali quello in esame, già interessato, nel corso degli anni, da frequenti dibattiti legislativi e contrasti giurisprudenziali, che hanno investito anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Questi ultimi sono stati il risultato della tradizionale diffidenza del legislatore nazionale nei confronti del subappalto, che per converso gode di ampia considerazione a livello unionale, laddove esso è considerato, da sempre, un meccanismo pro-concorrenziale, volto a favorire l'accesso delle piccole e medie imprese nel mercato delle commesse pubbliche.

La necessità di superare la discrasia tra la normativa nazionale e la normativa europea (in un'ottica di armonizzazione) e di rimediare alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione Europea nel 2018, nonché ai frequenti richiami della Corte di Giustizia (chiamata più volte a pronunciarsi sulla compatibilità della normativa italiana con quella europea) ha generato, negli anni, continue rivisitazioni normative. Queste ultime sono sta-

te recepite dalla disciplina di cui all'art.119 del nuovo codice dei contratti pubblici.

2. Definizione e natura del subappalto

L'art.119 del d. lgs. 36 del 2023 definisce il subappalto come il contratto con il quale l'aggiudicatario-appaltatore affida ad un terzo (sub-appaltatore) l'esecuzione di parte delle prestazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del sub-appaltatore.

Esso viene ricondotto alla categoria dei contratti derivati, in quanto dà origine ad un rapporto giuridico nuovo, funzionalmente e teleologicamente collegato al contratto di appalto, di cui non comporta alcun trasferimento di titolarità da un soggetto ad un altro. Il subappalto, infatti, non determina il subentro del subappaltatore nel rapporto contrattuale con la stazione appaltante¹. Pertanto, esso non incide sul coacervo di diritti e di obblighi correlati alle soggettività attive e passive del rapporto contrattuale tra committente e appaltatore originario, che rimane immutato².

Dunque, il contratto di subappalto deriva logicamente e cronologicamente dal contratto di appalto, di cui non rappresenta però una mera estensione, dando luogo ad un rapporto contrattuale tra subappaltante e subappaltatore nuovo e differente rispetto al rapporto contrattuale originario che intercorre tra committente e appaltatore.

Ne consegue che appalto e subappalto sono due contratti collegati e interdipendenti (le sorti del primo condizionano le sorti del secondo), connotati da una parziale coincidenza oggettiva (le prestazioni che ne formano oggetto) e soggettiva (la posizione contrattuale dell'appaltatore), ma dotati ciascuno di una propria individualità giuridica.

¹ Caringella F., Giustiniani M., Mantini P., *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, 2021, Dike, p. 1491.

² Chieppa R., Giovagnoli R. (2018), *Manuale di diritto amministrativo*, pp. 840-841

3. La disciplina del subappalto

L'istituto del subappalto affonda le sue radici nel diritto civile, tuttavia il codice dei contratti pubblici detta una disciplina peculiare, più analitica e dettagliata di quella recata dal codice civile.

Infatti, quest'ultimo dedica due soli articoli al subappalto³: l'art. 1656 ai sensi del quale *"L'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente"* e l'art. 1670 che disciplina la responsabilità dei subappaltatori.

Pertanto, in ambito civilistico la disciplina del subappalto si ricava, in larga parte, dalle norme dettate per l'appalto.

3.1. La disciplina pubblicistica: tra criticità e vantaggi

Per converso, in ambito pubblicistico, il legislatore, nel corso degli anni, ha regolamentato l'istituto con una serie di disposizioni specifiche finalizzate ad introdurre limiti operativi al suo utilizzo per renderlo conforme alla procedura di evidenza pubblica e ai principi generali che presiedono l'aggiudicazione e l'esecuzione dei contratti pubblici.

I suddetti limiti, frutto della ritrosia tipicamente italiana nei confronti del subappalto, ne hanno caratterizzato per lunghi anni la disciplina, precludendone la piena operatività e la possibilità di usufruire dei relativi vantaggi. È innegabile, infatti, che il subappalto, a fronte di talune criticità, presenti altrettanti vantaggi e prerogative, particolarmente confacenti alle esigenze di flessibilità operativa, specializzazione e tecnicismo che caratterizzano le prestazioni e le lavorazioni oggetto dei contratti pubblici.

Il subappalto è uno strumento che assicura, attraverso il ricorso ad imprese specializzate, la qualità e l'efficienza delle lavorazioni e

delle prestazioni, specie quelle che presentano una elevata complessità tecnica. Quest'ultima richiede competenze multidisciplinari e altamente specialistiche, difficili da rinvenire nelle professionalità esistenti nell'ambito di un unico contesto aziendale.

In quest'ottica, il ricorso al subappalto, già ampiamente sperimentato nel settore privato, consente alle imprese appaltatrici di selezionare ed avvalersi delle professionalità adeguate alle specificità dell'oggetto dell'appalto, senza assumere in modo permanente personale qualificato.

Ne consegue un ampliamento della capacità produttiva aziendale e un miglioramento della qualità del lavoro, che non comporta un aumento dei costi. Un perfetto bilanciamento tra economicità ed efficienza, che riverbera i suoi effetti sull'intero ciclo di vita del servizio o dell'opera, garantendo un minore dispendio di risorse pubbliche.

Ciononostante, nel nostro ordinamento, l'istituto ha conosciuto, per lungo tempo, una regolamentazione restrittiva, giustificata dall'esigenza di salvaguardare preminenti interessi pubblici dai molteplici paventati rischi connessi al ricorso al subappalto.

In primo luogo, il subappalto è stato, da sempre, considerato un potenziale strumento di infiltrazione della criminalità organizzata negli appalti pubblici e di immissione nel circuito legale dell'economia pubblica di proventi derivanti da attività illecite.

Gli appalti pubblici rappresentano un settore particolarmente vulnerabile alla corruzione. Tale vulnerabilità, nel nostro Paese, è accentuata dal forte interesse da parte della criminalità organizzata, che mira ad appropriarsi delle risorse pubbliche e, più di recente, degli ingenti fondi erogati dalle istituzioni europee nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) per finanziare progetti infrastrutturali e riforme strutturali⁴.

³ Scarpa A., *Il subappalto tra disciplina civilistica e Regole Pubblicistiche, I contratti d'appalto*, 2023, P23067, pp. 1-25

⁴ Gara M., Iezzi S., Siino M., *Il rischio corruttivo negli appalti pubblici: una proposta di indicatori sulla base di dati ufficiali*, Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia

Ai rischi di infiltrazione mafiosa, di controllo del mercato delle commesse pubbliche da parte delle organizzazioni criminali (mediante l'elusione delle regole dell'evidenza pubblica) e di riciclaggio di danaro sporco, si affiancano altre criticità di non poco rilievo, che hanno destato l'interesse e la preoccupazione del legislatore nazionale.

Tra le criticità, vi è la potenziale riduzione della qualità delle opere subappaltate, laddove il subappaltatore non sia adeguatamente qualificato, nonché il rischio per la sicurezza dei lavoratori in subappalto. Infatti, il subappalto si è rivelato uno strumento in grado di agevolare il ricorso a lavoro sottopagato ed irregolare, mediante l'elusione fraudolenta da parte degli operatori economici della normativa giuslavoristica in danno dei lavoratori.

Alla luce di quanto esposto, si comprendono le ragioni del maggior rigore che storicamente ha caratterizzato la normativa nazionale, mossa dalla necessità di tutelare gli interessi generali di primaria importanza quali la sostenibilità sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica, in un contesto – quello del subappalto – in cui i maggiori rischi di infiltrazione criminale e di condizionamento dell'appalto si associano a minori capacità di controllo e verifica dei soggetti coinvolti nell'esecuzione delle commesse⁵.

Tuttavia, l'originario rigore ha progressivamente ceduto il passo ad una maggiore elasticità ed apertura, per effetto dei numerosi interventi normativi, che hanno adeguato la disciplina nazionale a quella unionale.

⁵ Autorità Nazionale Anticorruzione, Atto di segnalazione n. 8 del 13 novembre 2019 Concernente la disciplina del subappalto di cui all'art. 105 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1035 del 13 novembre 2019

4. Le tappe della evoluzione normativa

4.1. La legislazione rigorosa delle origini

Risulta, dunque, opportuno ripercorrere le tappe della lunga e travagliata evoluzione normativa, che ha condotto all'attuale formulazione dell'art.119 del codice dei contratti pubblici, apprezzata per la raggiunta conformità alla normativa unionale.

Per oltre un secolo, l'unica normativa applicabile al subappalto è stato l'art. 339, Allegato F, L. n. 2248 del 1865, con il quale si prevedeva, con riferimento ai soli subappalti di lavori, il mero divieto di subappaltare opere senza l'approvazione dell'autorità competente. La *ratio* era quella di garantire il carattere personale della prestazione oggetto dell'appalto, evitando la sostituzione dell'esecutore dell'opera con un soggetto estraneo al rapporto fiduciario tra le parti originarie. L'appalto era considerato, infatti, un contratto *intuitus personae*, basato sulle qualità personali e le caratteristiche specifiche dell'appaltatore.

Alla originaria stasi ha fatto seguito una iperattività normativa, che ha prodotto una stratificazione di leggi, le quali hanno disciplinato l'esecuzione dei contratti di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, confermando il principio dell'esecuzione personale delle prestazioni affidate all'appaltatore, ponendo limiti e condizioni al ricorso al subappalto.

Limiti e condizioni stringenti sono stati previsti dalla legislazione antimafia degli anni '80, laddove l'art.21 della legge n.646 del 1982 puniva come reato l'affidamento "anche di fatto" di subappalti, in assenza della preventiva autorizzazione dell'autorità competente.

La funzione di tale autorizzazione, a differenza di quella prevista dalla legge del 1865, non era tanto garantire l'*intuitu personae* ovvero il carattere personale della prestazione oggetto dell'appalto, quanto tutelare l'ordine pubblico economico, nella consapevolezza che il subappalto – in un contesto caratterizzato dalla *escalation* di eventi mafiosi – rappresentasse uno strumento a disposizione della criminalità organizzata per penetrare nel circuito legale dell'economia pubblica, eludendo fraudolentemente le regole dell'evidenza pubblica.

L'art.18 della legge n.55 del 19 marzo 1990 introduceva, per la prima volta, un limite quantitativo al subappalto. Tale norma è confluita nell'art. 34 della legge n. 109 del 11 febbraio 1994, che, in aggiunta, prevedeva ulteriori condizioni per il ricorso al subappalto.

4.2.L'avvento della normativa unionale, il decreto legislativo 163 del 2006 e il decreto legislativo 50 del 2016

A partire dagli anni duemila, la frammentaria e stringente disciplina nazionale ha dovuto confrontarsi con la normativa comunitaria, in particolare con le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, il cui obiettivo, esplicitato nei *consideranda*, era quello di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese nel mercato degli appalti pubblici.

Nel recepire tali direttive con la legge comunitaria n.62 del 2005, che ha portato all'adozione del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163 del 12 aprile 2006, il legislatore nazionale ha optato per una impostazione più rigorosa al fine di prevenire utilizzi distorti dell'istituto.

L'art.118, infatti, riproduceva il limite quantitativo del 30% dell'importo subappaltabile, previsto dalla normativa previgente e stabiliva determinate condizioni volte a tutelare l'interesse pubblico sotteso allo svolgimento della procedura di evidenza pubblica⁶.

Tra le condizioni: che all'atto dell'offerta venissero indicate le parti di lavori, servizi o forniture che si intendevano subappaltare; che l'affidatario provvedesse al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio delle relative prestazioni; che al momento del deposito del contratto venisse altresì trasmessa la certificazione attestante il possesso dei requisiti generali da parte del subappaltatore; che non esistesse nei confronti del subappaltatore alcuno dei divieti previsti dalla legislazione antimafia.

L'impostazione rigorosa ha caratterizzato anche il successivo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50 del 2016, che si poneva in

più stridente contrasto con la normativa unionale. Quest'ultima, frattanto, si era arricchita degli apporti delle direttive n.2014/23/UE (in materia di concessioni) e n.2014/24/UE (in materia di appalti nei settori ordinari) e n.2014/25/UE (in materia di appalti nei settori speciali), le quali in misura maggiore rispetto alle direttive del 2004, auspicavano il ricorso al subappalto come modalità ordinaria di organizzazione dell'attività di impresa.

L'art.105 manifestava un evidente sfavore nei confronti dell'istituto in esame, compendiato nella formulazione del comma 1 *"i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture, compresi nel contratto"*. Il comma 2 ammetteva il subappalto, tuttavia nel limite massimo del 30% dell'importo complessivo del contratto. Il comma 4 ne subordinava l'ammissibilità all'autorizzazione della stazione appaltante e al rispetto di talune condizioni, tra le quali: la necessità che il subappaltatore fosse estraneo alla procedura di appalto; la comunicazione dell'appaltatore al momento della presentazione dell'offerta dell'intenzione di ricorrere al subappalto, indicando le opere, i servizi o le forniture oggetto dello stesso; l'onere in capo all'appaltatore di comunicare l'assenza di motivi di esclusione del subappaltatore. Inoltre, il comma 6 prevedeva l'obbligo di indicare, in sede di offerta, una terna di subappaltatori qualora i lavori, servizi o forniture oggetto del contratto fossero di importo superiore alle soglie comunitarie oppure, nel caso in cui avessero ad oggetto una delle attività ritenute più esposte al rischio di infiltrazioni mafiose.

4.3.Gli interventi della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la procedura di infrazione della Commissione Europea

La disciplina del subappalto varata nel 2016 ha generato molteplici dubbi di compatibilità con il diritto unionale, in particolare con le direttive del 2014, dando luogo a diversi pronunciamenti della Corte di Giustizia, che hanno stigmatizzato la difformità tra la legislazione nazionale e quella unionale.

Emblematica in tal senso è la sentenza Vitali (26 settembre 2019, causa C-63/18), in cui la Corte di Giustizia dell'UE si è espressa sulla domanda di rinvio pregiudiziale del Tar

⁶ Galli D., Gentile D., Paoletti Gualandri V., *Appalti Pubblici*, Ipsoa, 2015, p. 1026

Lombardia, il quale manifestava dubbi in merito alla compatibilità del limite del 30% dell'importo complessivo del contratto con i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui agli art.49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, con il principio unionale di proporzionalità e con l'art.71 della direttiva 2014/24/UE che non contempla limitazioni quantitative al subappalto.

La Corte di Giustizia affermava il principio secondo cui *“la direttiva 2014/24 dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi”*.

In particolare, i giudici europei riconoscevano il potere discrezionale degli Stati membri di adottare misure idonee a garantire il rispetto degli obblighi e dei principi che presiedono l'aggiudicazione degli appalti pubblici, come l'obbligo di trasparenza. Infatti, il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare le situazioni che minano il suddetto obbligo, tra cui figura il pericolo rappresentato dalla infiltrazione della criminalità organizzata nel mercato delle commesse pubbliche.

In tal senso, l'obiettivo di contrasto al fenomeno criminale viene ritenuto legittimo, ma la misura di un limite generalizzato al subappalto viene, per converso, considerata sproporzionata rispetto al fine, in quanto non tiene conto delle specificità oggettive e soggettive delle singole vicende.

In altri termini, il singolo Stato membro può prevedere, all'interno del suo ordinamento, condizioni più stringenti all'ammissibilità del subappalto, allorquando ciò sia giustificato dalla necessità di tutelare interessi nazionali superiori, quali l'ordine pubblico economico, preservandolo dalla contaminazione con attività illegali. Tale fine giustifica limitazioni alle libertà fondamentali riconosciute dai trattati, purchè, però, si tratti di limitazioni compatibili con il principio di proporzionalità.

Oltre alla Corte di Giustizia, è intervenuta più volte anche la Commissione Europea, stigmatizzando la discrasia tra alcune disposizioni del codice degli appalti pubblici del 2016 e le direttive unionali del 2014. Tra le disposizio-

ni oggetto di vaglio critico anche quelle relative al subappalto, sottoposte ad una procedura di infrazione, la n.2018/2273, con cui la Commissione il 24 gennaio 2019, riscontrando talune violazioni della normativa unionale in materia, metteva in mora l'Italia.

Il limite quantitativo al subappalto, nella misura in cui era previsto in maniera generalizzata e non in relazione alle specificità della singola procedura, veniva considerato una scelta eccessivamente discrezionale e in evidente contrasto con l'approccio unionale che, per converso, non poneva alcuna limitazione, anzi incentivava il ricorso all'istituto.

Il contrasto con la normativa unionale veniva individuato anche nella previsione della indicazione di una terna di subappaltatori al momento della presentazione dell'offerta e nel divieto di subappalto a cascata, che nessuna corrispondenza trovavano nella legislazione unionale.

4.4.L'avvio del processo di rivisitazione: il decreto Sblocca Cantieri e il decreto Semplificazioni bis

Alla luce dei suddetti rilievi da parte delle istituzioni comunitarie, il legislatore italiano ha avviato un corposo processo di rivisitazione della disciplina del subappalto, improntata a una maggiore liberalizzazione e apertura, anche in virtù della necessità di usufruire di uno strumento flessibile e particolarmente idoneo al raggiungimento degli obiettivi del PNRR.

Dapprima, è intervenuto il d.l. n.32 del 2019 (il cd. decreto “Sblocca-cantieri”), convertito in legge n.55 del 2019, che, in via temporanea e straordinaria, ha innalzato il limite del subappalto al 40% del valore complessivo del contratto e ha sospeso l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori.

Il limite quantitativo al subappalto è stato abolito definitivamente dal d.l. n.77 del 2021 (il cd. decreto Semplificazioni bis), convertito in legge n.108 del 2021, che ha previsto l'obbligo in capo alle stazioni appaltanti, qualora volessero limitare l'utilizzo dell'istituto, di indicare le prestazioni che devono essere necessariamente eseguite dall'aggiudicatario e di specificare, nella determina a contrarre, le relative motivazioni, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto;

dell'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere, dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori; nonché della necessità di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.

4.5. Il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo del 31 marzo 2023

Il processo di riforma è stato completato con l'adozione del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 36 del 2023, con cui l'Italia ha provveduto ad adeguarsi alle istanze unionali e a cristallizzare la frammentaria normativa varata negli ultimi anni, nel segno della liberalizzazione e della tanto auspicata conformità ai principi unionali.

La disciplina del subappalto si rinviene nell'art.119, che al comma 2 definisce il subappalto come *“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”*.

Già dalla definizione si coglie la differenza con il corrispondente articolo del codice previgente, il quale si limitava a definire il subappalto come *“il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto”*, senza prevedere l'autonomia organizzativa e la responsabilità del subappaltatore. Queste ultime costituiscono, come sostenuto da autorevole giurisprudenza, le note caratterizzanti il contratto di subappalto.

Il comma 1 qualifica il subappalto come uno strumento eventuale a disposizione dei soggetti affidatari delle commesse pubbliche, i quali *“eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto”*. Dopo aver ribadito il consolidato divieto (posto a pena di nullità) di cessione del contratto, da un lato, conferma il venir meno di qualsiasi limite quantitativo generalizzato al subappalto e, dall'altro, esclude il trasferimento dell'intera prestazione oggetto del contratto di appalto. Infatti, *“è nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle la-*

vorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera”. Per questi ultimi permane il carattere personale della prestazione, per la quale assume rilievo il rapporto fiduciario tra committente e appaltatore.

All'appaltatore è concesso ricorrere al subappalto senza più contingenti quantitativi. Tuttavia, la stazione appaltante può indicare nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni che devono essere eseguite dall'aggiudicatario, previa adeguata motivazione, che può riguardare: le specifiche caratteristiche dell'appalto; l'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro; la necessità di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori.

Inoltre, la stazione appaltante può escludere il ricorso al subappalto anche per prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Tuttavia, se i subappaltatori sono iscritti nelle cd. *white list* tale preclusione viene meno.

Il comma 4 subordina il subappalto all'autorizzazione della stazione appaltante, previa verifica del possesso da parte del subappaltatore di determinati requisiti: che sia qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire e che non sussistano a suo carico cause di esclusione. Ulteriore condizione è che all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare.

Tra le condizioni di ammissibilità non figura più l'obbligo di indicare, al momento della presentazione dell'offerta, la terna dei possibili subappaltatori, che è venuto definitivamente meno.

Risulta, dunque, rafforzato il ruolo delle stazioni appaltanti, in linea con i principi generali che permeano il nuovo codice dei contratti pubblici – il principio della fiducia, il principio del risultato e il principio del libero accesso al mercato – i quali valorizzano la discrezionalità amministrativa, nell'ottica della piena efficienza gestionale.

Infatti, la stazione appaltante risulta titolare di un potere di gestione e di controllo della procedura di evidenza pubblica, quale organo in grado di operare un equo bilanciamento degli

interessi in gioco e di garantire il rispetto della legalità della procedura. Essa è chiamata a svolgere, fin dall'avvio della procedura, diverse verifiche e valutazioni connotate da discrezionalità. Innanzitutto, valuta quali prestazioni sono subappaltabili e quali devono essere necessariamente eseguite dall'aggiudicatario; autorizza il subappalto, previo accertamento della sussistenza delle condizioni normativamente previste; infine, verifica la correttezza della documentazione allegata al contratto di subappalto, che l'aggiudicatario è tenuto a trasmettere.

La nuova normativa appresta una particolare tutela nei confronti dei lavoratori del subappaltatore, per scongiurare il rischio, paventato nel dibattito legislativo, che il subappalto possa rivelarsi uno strumento in grado di consentire lavoro sottopagato e irregolare. L'affidatario, infatti, è tenuto ad osservare il trattamento economico e normativo stabilito nei contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni. Esso, inoltre, è responsabile, in solido con il subappaltatore, dell'osservanza delle predette disposizioni nei confronti dei dipendenti del subappaltatore.

La novità più rilevante è rappresentata dal superamento dello storico divieto (posto dalla precedente normativa) del cd. subappalto a cascata, che, oggi, risulta generalmente ammesso, salva la facoltà per la stazione appaltante di limitarne il ricorso, previa adeguata motivazione. Un approdo che conferma la volontà legislativa di adeguare la normativa nazionale a quella unionale, recependo le istanze avanzate dalla Commissione europea in seno alla procedura di infrazione.

Frutto della suddetta volontà è altresì il decreto correttivo n. 209 del 2024, che ha apportato modifiche significative al neonato codice dei contratti pubblici. Tra di esse, merita particolare considerazione la previsione dell'obbligo di stipulare, in misura non inferiore al 20 per cento delle prestazioni subappaltabili, i contratti di subappalto con piccole e medie imprese.

Si tratta di una misura pro-concorrenziale, volta a valorizzare quel tessuto imprenditoriale minore, rappresentato dalle piccole e medie imprese, agevolandone l'accesso al mercato delle commesse pubbliche, in linea con

l'afflato liberale e europeista che connota il codice dei contratti pubblici del 2023.

Ulteriore novità è la previsione dell'inserimento nei contratti di subappalto comunicati alla stazione appaltante di clausole di revisione dei prezzi relative alle prestazioni o alle lavorazioni oggetto del subappalto, che si attivano al verificarsi di determinate condizioni oggettive. Esse rappresentano un meccanismo legale di riequilibrio del contratto, in presenza di sopravvenienze che ne alterano il sinallagma.