

Province & Comuni



Il Subappalto

Questo Bollettino fa parte di una collana di pubblicazioni tecniche, a cura degli esperti selezionati da UPI nei settori degli Appalti, delle Politiche europee, dell'Innovazione&Digitalizzazione, nell'ambito di "Province&Comuni", Progetto strategico finanziato con le risorse del Programma Operativo Complementare al PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020.

A cura di:

Andrea Gandino – (Gandino Paire Studio di Avvocati) – esperto UPI
con la collaborazione di **Matteo Mele** (Gandino Paire Studio di Avvocati)

IL SUBAPPALTO	4
1. Inquadramento normativo	4
2. L'entrata in vigore del Correttivo: approdo o nuovo punto di partenza?	6
3. Criticità del Correttivo tra dubbi interpretativi, contrasti giurisprudenziali e proposte di modifica	8
3.a.	8
3.b.	9
3.c.	10
4. Ultime novità: Decreto Infrastrutture 2025 in fase di conversione	11
Conclusioni	12

IL SUBAPPALTO

Tra le novità apportate dal d.lgs. 209/2024 al Codice appalti spiccata rilevanza assumono certamente quelle relative all'art. 119 in tema di subappalto. L'art. 41 del Correttivo, infatti, ha inteso intervenire su una delle disposizioni più articolate e nevralgiche dell'intera disciplina codicistica, recependo – o almeno questo è stato l'obiettivo – le esigenze e le difficoltà interpretative avvertite dagli operatori economici, dalle stazioni appaltanti e dagli stessi organi giurisdizionali in sede di risoluzione delle controversie sul tema.

Come era inevitabile che fosse, però, se da una parte le modifiche introdotte hanno avuto il pregio di coordinare l'impianto normativo con le esigenze summenzionate, dall'altra queste hanno dato origine a nuovi – benché diversi – dubbi interpretativi e contrasti giurisprudenziali, oggetto peraltro di analisi e approfondimenti da parte di ANAC, MIT, ANCI e non solo.

1. Inquadramento normativo

L'art. 119 del d.lgs. 36/2023 ricalca in parte quanto previsto dal previgente art. 105 del d.lgs 50/2016, come modificato dall'art. 49 del decreto-legge n. 77/2021, conv. dalla legge n. 108 del 2021, e dell'art. 10 della legge n. 231 del 2021. E ciò, *"in particolare quanto alla soppressione dei limiti quantitativi al subappalto ed al rispetto da parte del subappaltatore dell'obbligo di indicare una terna di nominativi di sub-appaltatori in fase di aggiudicazione e di offerta"* (Relazione CdS al d.lgs. 36/2023). Con il venir meno del limite quantitativo il ruolo della stazione appaltante si è accentuato, posto che, sin dall'avvio della procedura ad evidenza pubblica e, dunque, all'interno del bando/avviso che l'ha indetta, devono essere indicate le prestazioni che possono essere oggetto di subappalto e quelle che, previa motivazione, devono rimanere oggetto dell'affidamento originario. Ma si proceda con ordine.

Anzitutto, nel prevedere che *"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"* (co. 2), il d.lgs. 36/2023 ha enfatizzato il necessario coinvolgimento imprenditoriale e organizzativo ai fini quella qualificazione della fattispecie: ciò lo differenzia, ad esempio, dal fornitore (o dal prestatore di servizi) che si limita a offrire un prodotto (o comunque una prestazione), che verrà utilizzato

dall'appaltatore nella prestazione oggetto dell'appalto principale. D'altra parte, si badi, costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.

Come già accennato, tra le tante novità, per le quali si rimanda comunque alla lettura della citata disposizione (nella versione pre-Correttivo), il nuovo art. 119 ha **abrogato** il precedente **limite quantitativo astratto** e la distinzione tra attività subappaltabili e non subappaltabili, così come l'obbligo, per le prestazioni subappaltate, di applicazione degli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione con **ribasso non superiore al 20%**. Con ciò, preservando la discrezionalità delle stazioni appaltanti nel valutare le specifiche caratteristiche dell'appalto e nell'individuare di conseguenza, nei documenti di gara, le prestazioni o lavorazioni da eseguire a cura dell'aggiudicatario.

Una delle modifiche più rilevanti ha poi riguardato l'introduzione del **subappalto "a cascata"**, viceversa vietato dalla precedente previsione normativa: secondo quanto disposto dal comma 17 dell'art. 119 il ricorso a tale particolare istituto - che prevede che l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto sia oggetto di ulteriore subappalto - può comunque essere limitato in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, per le esigenze “*(...) 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*”.

Per le altre novità, come anticipato, si rimanda ad una lettura più approfondita della disposizione (nella versione pre-Correttivo), vertendo il presente contributo sulle modifiche introdotte con il d.lgs. 209/2024.

2. L'entrata in vigore del Correttivo: approdo o nuovo punto di partenza?

Le modifiche apportate dall'art. 41 del d.lgs. 209/2024 al Codice in tema di subappalto sono state tutt'altro che di poco rilievo.

Anzitutto, il comma 2 dell'art. 119 è stato integrato prevedendo l'obbligo per gli operatori economici di riservare, in misura non inferiore al 20% delle prestazioni subappaltabili, l'affidamento a **piccole e medie imprese**, quale misura di apertura e valorizzazione del tessuto imprenditoriale minore. Peraltro, è bene precisare che la previsione si caratterizza per una certa flessibilità, riconoscendo all'operatore economico la possibilità di indicare una soglia diversa di lavorazioni subappaltate, purché motivata in relazione all'oggetto del contratto, alle caratteristiche delle prestazioni ovvero al mercato di riferimento. Dunque, la deroga è affidata all'iniziativa dell'appaltatore all'atto della presentazione dell'offerta e non all'iniziativa della stazione appaltante, alla quale spetterà solo di vagliare la congruità delle ragioni prospettate dall'operatore stesso.

È pertanto evidente che il legislatore abbia inteso rafforzare il principio di accesso al mercato, promuovendo nel contempo la partecipazione delle PMI, in linea con la disciplina euro-unitaria e con l'art. 30, comma 1, del Codice, laddove si afferma che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici debbono garantire l'efficienza, la concorrenza e la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese. Peraltro, si segnala che il nuovo Codice già nella versione iniziale era stato sensibile alla problematica, come testimonia ad esempio l'art. 108 comma 7 in tema di possibilità per il bando di fissare criteri premiali a favore delle piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta. Ancora una necessaria precisazione: alla prescrizione che prevede la riserva del 20% delle prestazioni affidate in subappalto a PMI fanno comunque eccezione i contratti di difesa e sicurezza, avendo il correttivo modificato anche l'art. 136, introducendo il comma 4- bis, ai sensi del quale *"All'esecuzione dei contratti nei settori della difesa e della sicurezza non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 119, comma 2, quinto periodo"*.

In secondo luogo, con il nuovo co. 2-bis è stato introdotto l'obbligo di inserimento nei documenti iniziali di gara di apposite **clausole di revisione prezzi** (anche) per i contratti di subappalto e nei subcontratti comunicati alla stazione appaltante, da determinarsi in ossequio a quanto previsto dagli artt. 8 e 14 dell'allegato II.2-bis e da attivarsi al ricorrere dei presupposti

di cui all'art. 60 co. 2. La *ratio* è di tutta evidenza: garantire una più equa distribuzione del rischio contrattuale lungo la catena dell'appalto. Si prevede dunque un meccanismo legale di riequilibrio del contratto dovuto a sopravvenienze che alterino il sinallagma contrattuale.

Il comma 12 è stato modificato, alla stregua di quanto affermato dalla giurisprudenza in tema di **CCNL e tutele equivalenti**, coerentemente con quanto previsto dall'art. 11 del Codice. Nel dettaglio, il subappaltatore risulta oggi tenuto ad applicare, per le prestazioni affidate in subappalto, il medesimo contratto collettivo di lavoro del contraente principale, ovvero un contratto differente, purché garantisca tutele economiche e normative equivalenti. E ciò, al fine di evitare fenomeni di *dumping* contrattuale o di sfruttamento delle disparità normative fra contratti collettivi differenti.

Il Correttivo è intervenuto poi sul comma 17, prevedendo che nel caso in cui le prestazioni oggetto di subappalto siano ulteriormente subappaltate (c.d. **subappalto a cascata**), anche il sub-subappalto sarà soggetto a tutte le disposizioni di cui all'art. 119 e agli ulteriori articoli del Codice in materia, con evidenti ricadute in termini di controllo, responsabilità e uniformità applicativa. Viene dunque lasciata alla discrezionalità delle stazioni appaltanti la scelta sul se consentire l'eventuale subappalto a cascata, in virtù delle peculiarità dell'appalto, delle prestazioni in esso richieste e in modo da garantire la sicurezza sul lavoro e prevenire eventuali infiltrazioni criminali.

Infine, il comma 20 è stato integrato prevedendo che (i) i certificati rilasciati dalla stazione appaltante per le prestazioni eseguite possono essere utilizzati dal subappaltatore per ottenere o rinnovare l'**attestazione di qualificazione** e (ii) il valore e la categoria delle prestazioni subappaltate vengono scomputati dall'intero importo ai fini della **qualificazione dell'appaltatore**. In sintesi, è stata prevista la possibilità per i soli subappaltatori di utilizzare i CEL relativi alle prestazioni eseguite, limitando per l'appaltatore l'utilizzo dei lavori dati in subappalto nelle categorie scorporabili, in sede di qualificazione dell'appaltatore stesso, ai solo fini della dimostrazione della cifra d'affari complessiva (All. II.12, art. 23).

3. Criticità del Correttivo tra dubbi interpretativi, contrasti giurisprudenziali e proposte di modifica

3.a.

L'art. 71 del Correttivo al Codice ha modificato, tra le altre disposizioni, anche l'art. 226 del d.lgs. 36/2023, introducendo l'art. 3-bis ai sensi del quale: *"a decorrere dalla date in vigore della presente disposizione, è abrogato l'articolo 12 del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80"*. Con ciò tentando di porre fine ai dubbi interpretativi sorti in ordine al fatto che, con il nuovo Codice, tutte le categorie scorporabili fossero divenute a qualificazione obbligatoria.

Nel dettaglio, prima del Correttivo, un primo orientamento riteneva che tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate, dal 1° luglio 2023, dovessero considerarsi a qualificazione obbligatoria, per cui l'aggiudicatario, per eseguirle, dovesse essere in possesso della relativa qualificazione, oppure ricorrere necessariamente al subappalto (cfr. T.A.R. Calabria sez. I – Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782; T.A.R. Piemonte, II, 16 gennaio 2024, n. 23, condivisa dalla delibera ANAC 8 maggio 2024, n. 225). Un secondo orientamento, al contrario, riteneva che si dovesse continuare ad applicare l'art. 12, comma 2, lett. a) e b) del D.L. n. 47/2014 (T.A.R. Bolzano, 6 marzo 2024, n. 62, T.A.R. Toscana, I, 15 ottobre 2024, n. 1177), invocando una sostanziale continuità del sistema di qualificazione.

La giurisprudenza più recente però, richiamata anche dal MIT nel parere 3255 del 30/01/2025, alla luce di quanto previsto dal Correttivo, ha risolto il dubbio fornendo risposta affermativa: oggi tutte le categorie SOA sono a qualificazione obbligatoria. In pratica, l'aggiudicatario non potrà più eseguire direttamente i lavori senza possedere i requisiti specifici richiesti, a meno di ricorrere al cosiddetto **subappalto “necessario”** che consente di subappaltare i lavori della categoria perché privo di corrispondente qualificazione.

Peraltro, la giurisprudenza ha ormai chiarito che l'omissione della dichiarazione di volersi avvalere del subappalto necessario non è ascrivibile alle ipotesi del "soccorso integrativo" o del "soccorso sanante". Il "soccorso integrativo" (art. 101, comma 1, lett. a del Codice) *"mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione*

amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara”, mentre il “soccorso sanante” (art. 101, comma 1, lett. b) del Codice) “consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa” (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. Quarta Ter, 3 gennaio 2025 n. 90; Cons. St., sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870).

Di conseguenza, “*Nel caso in cui il concorrente intenda ricorrere al subappalto nelle categorie scorporabili a base di gara per sopperire ad un difetto di qualificazione (c.d. subappalto qualificante/necessario) nella dichiarazione di subappalto dovrà espressamente manifestare la volontà di avvalersi di subappalto necessario, cioè di subappaltare i lavori della / e categoria/e perché privo di corrispondente qualificazione*”, potendo predicarsi soltanto l’illegittimità dell’esclusione, ad esempio, dell’operatore “*qualificato per la categoria prevalente e per tutte le categorie scorporabili, meno una per la quale ha però dichiarato in modo inequivoco nel proprio DGUE di voler ricorrere al subappalto*” (TAR Lazio – Roma, sez. IV, 3 gennaio 2025, n. 70; TAR Lazio – Roma, sez. IV, 24 gennaio 2024, n. 1405).

3.b.

Nell’ambito dei lavori per la conversione in legge del Decreto Milleproroghe 2025 (D.L. n. 202/2024), ANCE ha manifestato forti perplessità in ordine alla previsione del Correttivo secondo cui solo i subappaltatori possono utilizzare, in sede di qualificazione, i Certificati di Esecuzione Lavori (CEL) relativi alle prestazioni eseguite, mentre gli appaltatori possono utilizzare i lavori eseguiti in subappalto nelle categorie scorporabili, ai soli fini della dimostrazione della cifra d’affari complessiva. Nel dettaglio, per l’Associazione la norma porterebbe con sé le seguenti criticità:

- violazione delle direttive UE 2014/24 in materia di subappalto e della libera circolazione nel mercato UE;
- profili di incostituzionalità, per disparità di trattamento;
- mancata valorizzazione della responsabilità complessiva sulle opere affidate in subappalto;
- rischi di retroattività della norma.

Ha ricordato infatti ANCE che, secondo le regole europee, la scelta di eseguire direttamente oppure indirettamente - tramite subappalto - le prestazioni affidate, è rimessa esclusivamente all'appaltatore, con l'unica eccezione derivante da peculiarità oggettive delle lavorazioni o anche da caratteristiche del cantiere, che la stazione appaltante deve indicare motivatamente negli atti di gara. Viceversa, l'impossibilità, per l'operatore che ricorre al subappalto, di utilizzare i lavori subappaltati ai fini della qualificazione SOA si traduce, di fatto, in un ostacolo indiretto alla possibilità di ricorrere a questo istituto che, invece, dovrebbe costituire un'utile modalità di coinvolgimento delle PMI nel mercato.

Sul versante opposto, invece, per FINCO la norma va a favore della qualità delle opere e della sicurezza, molto di più della patente a crediti e dell'imposizione di determinati CCNL, oltre che a favore della qualificazione dei lavoratori. Per la Federazione si trattrebbe infatti di una situazione che nulla ha a che vedere con ipotetiche limitazioni all'utilizzo del subappalto o con la responsabilità complessiva che grava sull'appaltatore e cui concorre anche il subappaltatore, e che è, in ogni caso, sufficientemente remunerata dal momento che con il nuovo Codice il subappalto può essere affidato a "qualsiasi prezzo".

3.c.

È stato poi argomento di dibattito l'applicabilità della normativa sulla parità di genere negli appalti pubblici finanziati con fondi PNRR anche ai soggetti subappaltatori, nell'ipotesi in cui l'appaltatore – diversamente dal subappaltatore – risulti avere meno di 15 dipendenti, e come tale non risulti tenuto a garantire la menzionata parità di genere.

Dopo una serie di contrasti giurisprudenziali, con parere n. 3224 del 30 gennaio 2025 il MIT ha tuttavia chiarito che le stazioni appaltanti dovranno limitarsi a verificare la conformità dell'aggiudicatario, senza estendere impropriamente i controlli ai subappaltatori, pena il rischio di contenziosi e blocchi amministrativi. E ciò, in quanto l'art. 57 impone l'obbligo di garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate "in fase di gara", fase che dunque non si estende ai soggetti intervenuti nell'appalto dopo l'aggiudicazione, inclusi dunque i subappaltatori.

4. Ultime novità: Decreto Infrastrutture 2025 in fase di conversione

Con decreto-legge 21 maggio 2025 n. 73 “*Misure urgenti per garantire la continuità nella realizzazione di infrastrutture strategiche e nella gestione di contratti pubblici, il corretto funzionamento del sistema di trasporti ferroviari e su strada, l’ordinata gestione del demanio portuale e marittimo, nonché l’attuazione di indifferibili adempimenti connessi al Piano nazionale di ripresa e resilienza e alla partecipazione all’Unione europea in materia di infrastrutture e trasporti*”, attualmente in fase di conversione, sono state apportate ulteriori modifiche all’art. 119 co. 20 del Codice, nonché al relativo Allegato II.12, art. 23. E ciò, in quanto l’introduzione del nuovo regime di utilizzabilità da parte dei subappaltatori dei CEL ai fini dell’ottenimento o del rinnovo dell’attestazione di qualificazione SOA, senza però la previsione di una disciplina transitoria, risulta aver creato non poche problematiche interpretative.

Ebbene, l’art. 2 co. 4 lett. f) del decreto, nella versione attualmente in fase di conversione, introduce una clausola di salvaguardia: applicare le disposizioni più favorevoli contenute nella **versione pre-Correttivo** ai procedimenti in corso, e cioè:

- alle gare per le quali il bando o l’avviso sia stato pubblicato prima del 31 dicembre 2024 (data di entrata in vigore del d.lgs. 209/2024);
- ai contratti senza bando, purché siano già stati inviati gli inviti a presentare offerta entro il 31 dicembre 2024.

La conversione del decreto è prevista entro il 20 luglio p.v.

Conclusioni

È di tutta evidenza che l'art. 119 del d.lgs. 36/2023, pur considerando le modifiche apportate dal Correttivo, continua oggi ad essere fonte di forti dubbi interpretativi, conseguenza peraltro che non sorprende se si considera che trattasi di una delle disposizioni più "corpose" dell'intero Codice. Sebbene il legislatore sia intervenuto con il tentativo di chiarire e semplificare la disciplina del subappalto, persistono ancora numerose criticità che rendono l'applicazione concreta della norma non sempre lineare. Le modifiche introdotte hanno sicuramente rappresentato un passo in avanti verso una maggiore coerenza sistematica, ma non sono riuscite a eliminare del tutto le incertezze, soprattutto in relazione ai profili applicativi e ai rapporti con i principi euro-unitari.

La giurisprudenza amministrativa, civile e persino contabile si è più volte pronunciata su profili eterogenei, che spaziano dalla legittimità delle clausole limitative, alla responsabilità solidale dell'appaltatore, fino agli obblighi di trasparenza e ai requisiti soggettivi del subappaltatore. Tale pluralità di contesti applicativi ha spesso condotto a interpretazioni non uniformi, generando un quadro disomogeneo che contribuisce ad alimentare l'incertezza degli operatori economici e delle stazioni appaltanti. Proprio per questo motivo, il subappalto continua a rappresentare una delle aree più sensibili del diritto dei contratti pubblici, in cui l'intervento della giurisprudenza – insieme a quello dell'ANAC – si rivela essenziale per garantire un'interpretazione conforme ai principi costituzionali e ai vincoli derivanti dal diritto dell'Unione europea. Ne sono d'altronde prova evidente le richieste di modifica di cui al Decreto Milleproroghe 2025 (D.L. n. 202/2024) prima, e al Decreto Infrastrutture 2025 (D.L. n. 73/2025) dopo.

Resta quindi fondamentale l'intervento chiarificatore della giurisprudenza e, auspicabilmente, ulteriori precisazioni da parte del legislatore, affinché si possa raggiungere un equilibrio stabile tra esigenze di legalità, trasparenza e semplificazione operativa.



@provincecomuni



www.pi-co.eu

