



SOLUZIONI LAVORO

OSSERVATORIO PERMANENTE IN MATERIA DI
LAVORO, SINDACATO E PREVIDENZA SOCIALE
COORDINATO DA MARIA NOVELLA BETTINI
DIRETTO DA FLAVIA DURVAL

SUBAPPALTO NEGLI APPALTI PUBBLICI:

**PROFILI DEFINITORI, LIMITI DI RICORSO
ALL'ISTITUTO E TUTELA DEI DIPENDENTI DEL
SUBAPPALTATORE.**

**SUBAPPALTO NEGLI APPALTI PUBBLICI:
PROFILI DEFINITORI, LIMITI DI RICORSO ALL'ISTITUTO E TUTELA DEI DIPENDENTI DEL
SUBAPPALTATORE.**

* * *

Fabrizio Girolami

Il vigente Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.LGS. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal D.LGS. 19 aprile 2017, n. 56, cd. "*decreto correttivo*") - all'art. 105 (che recepisce l'art. 71 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e l'art. 88 della Direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, oltre ad attuare il criterio direttivo imposto dall'art. 1, co. 1, lett. r) della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11) - 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*" (art. 105, co. 2, primo periodo, D.LGS. n. 50/2016) (1). Tale definizione si pone in linea con la nozione codicistica di subappalto nel settore degli appalti privati (art. 1656 c.c.), intendendosi per tale il contratto con il quale un soggetto assume, nei confronti dell'appaltatore, l'obbligo di eseguire a proprio rischio, con propria manodopera, mezzi e materiali, una parte dei lavori di competenza dell'appaltatore principale.

Il subappalto - secondo l'indirizzo prevalente della giurisprudenza (2) - rientra nella categoria del "*contratto derivato*" (o "*sub-contratto*"), trattandosi di fattispecie negoziale in cui una parte (appaltatore) conferisce a un terzo (subappaltatore) l'incarico di eseguire, in tutto o in parte, l'opera o il servizio che essa stessa ha precedentemente assunto in forza di un contratto di appalto stipulato con il committente (stazione appaltante). Al subappalto trova, dunque, applicazione, quale contratto derivato, la medesima disciplina del contratto base, fatta eccezione per quelle disposizioni espressamente derogatorie.

Il Codice dei contratti pubblici prevede, quale regola generale, il principio della "*esecuzione diretta dell'appalto*" da parte dell'affidatario (art. 105, co.1, D.LGS. n. 50/2016), nel senso che il soggetto affidatario di un contratto pubblico è tenuto ad eseguire "*in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto*". Il legislatore configura, dunque, l'istituto del subappalto come un'eccezione rispetto alla regola generale della esecuzione diretta (3) e ne condiziona l'ammissibilità al rispetto di stringenti requisiti, a tutela dell'interesse pubblico sotteso all'esecuzione dell'appalto.

A seguito delle novità introdotte dal decreto correttivo, il subappalto è consentito a prescindere da un'indicazione espressa che lo consenta nel bando di gara emanato dalla stazione appaltante (4).

Il legislatore prevede, inoltre, alcune ipotesi di attività che, pur non essendo per loro natura subappalto, sono assoggettate alla disciplina legale dei subappalti pubblici (art. 105, co. 2, secondo periodo, D.LGS. n. 50/2016). In questo ambito, la disciplina del subappalto si applica a "*qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate, che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare*".

In capo all'affidatario permane l'obbligo, relativamente a tutti i sub-contratti che non sono considerati subappalto, di comunicare alla stazione appaltante, prima dell'inizio delle prestazioni, il nome del sub-contraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati (art. 105, co. 2, quarto periodo, D.LGS. n. 50/2016).

In via generale, il subappalto non può superare la quota del 30% (cd. soglia massima subappaltabile) dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture (art. 105, co. 2, terzo periodo, D.LGS. n. 50/2016). Rispetto alla previgente disciplina dettata dall'abrogato art. 118 del D.LGS. n. 163/2006, tale limite non è più riferibile alla sola categoria prevalente, bensì all'importo complessivo

del contratto e, determina, di fatto, una riduzione della quota di subappalto a disposizione dell'appaltatore.

Ai sensi dell'art. 105, co. 4, D.LGS. n. 50/2016, i soggetti affidatari dei contratti pubblici possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante. A tale riguardo, la giurisprudenza prevalente (5) ha precisato che, nonostante la necessità dell'autorizzazione, il subappalto si configura come un contratto che intercorre tra appaltatore e subappaltatore, al quale il committente resta estraneo: questi non acquisisce diritti o assume obbligazioni verso il subappaltatore.

Oltre all'autorizzazione della stazione appaltante, l'affidamento in subappalto, da parte del soggetto affidatario, di opere o lavori, o di servizi e forniture compresi nel contratto è ammesso nel rispetto delle seguenti condizioni (art. 105, co. 4, D.LGS. n. 50/2016):

- a) l'affidatario del subappalto non deve aver partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;
- b) il subappaltatore deve essere qualificato nella relativa categoria;
- c) all'atto dell'offerta devono essere stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;
- d) il concorrente deve dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art.80 del Codice dei contratti pubblici.

A seguito dell'entrata in vigore del D.LGS. n. 50/2016, è stato introdotto (art. 105, co. 6) l'obbligo - in sede di partecipazione alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35, D.LGS. n. 50/2016 (c.d. "*soglie di rilevanza comunitaria*") o, indipendentemente dall'importo a base di gara, di procedure di affidamento che riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate dall'art. 1, co. 53, L. 6 novembre 2012, n. 190 (cd. legge "*anticorruzione*") (6) - per ciascun operatore economico partecipante alla procedura, di indicare nominativamente, all'atto della formulazione dell'offerta in gara, una "*terna di subappaltatori*". Viene altresì chiarito che, nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata "*con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara*".

Ai sensi dell'art. 105, co. 7, D.LGS. n. 50/2016, l'affidatario deve depositare il contratto di subappalto presso la stazione appaltante "*almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni*" (primo periodo). Al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante, l'affidatario trasmette altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal Codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del Codice (secondo periodo). Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, deve indicare puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici (terzo periodo).

L'art. 105, co. 8, D.LGS. n. 50/2016 prevede la responsabilità:

- in via esclusiva del contraente principale nei confronti della stazione appaltante;
- in solido tra l'aggiudicatario e il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi del personale dipendente, rinviando specificamente all'art. 29 del D.LGS. 10 settembre 2003, n. 276 (recante "*Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30*"), il quale, al co. 2, dispone che "*in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento*" (7).

Nelle specifiche ipotesi di cui al co. 13, lettere a (quando il subappaltatore è una "*microimpresa*") o "*piccola impresa*") e c ("*su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente*")

dell'art. 105, D.LGS. n. 50/2016, il pagamento diretto da parte del subappaltatore ha efficacia liberatoria per l'appaltatore dalla responsabilità solidale in relazione agli obblighi retributivi e contributivi nei confronti del personale dipendente dell'appaltatore.

Ai sensi dell'art. 105, co. 9, D.LGS. n. 50/2016, l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi (nazionale e territoriali) in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni (primo periodo). E', altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto (secondo periodo). L'affidatario e, per suo tramite, il subappaltatore sono tenuti a trasmettere alla stazione appaltante, prima dell'inizio dei lavori, la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, ove presente, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia dei "piani di sicurezza" di cui al D.LGS. 9 aprile 2008, n. 81, ovverosia del piano di sicurezza e coordinamento – PSC e del piano operativo di sicurezza - POS (terzo periodo). Ai fini del pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la stazione appaltante acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva (DURC) in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori (quarto periodo).

In virtù di quanto disposto dall'art. 105, co. 10, D.LGS. n. 50/2016, per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente dell'esecutore o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva, si applicano le disposizioni di cui all'art. 30, co. 5, D.LGS. n. 50/2016, che prevedono - in caso di inadempienza contributiva risultante dal DURC – la facoltà per la stazione appaltante di trattenere dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, per i lavori, la Cassa edile. Sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50%; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva (art. 30, co. 5 bis, D.LGS. n. 50/2016, comma inserito dall'[art. 20, co. 1, lett. c\), D.LGS. 19 aprile 2017, n. 56](#)).

Nel caso di formale contestazione delle richieste ai sensi del co. 10 dell'art. 105, D.LGS. n. 50/2016, il Responsabile del procedimento (RUP) deve inoltrare le richieste e le contestazioni all' Ispettorato territoriale del lavoro (ITL) per i necessari accertamenti (art. 105, co. 11, D.LGS. n. 50/2016).

L'affidatario, da parte sua, deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza di motivi di esclusione (art. 105, co. 12, D.LGS. n. 50/2016).

Egli deve inoltre: a) praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, cui può essere applicato un ribasso massimo non superiore al 20%, comunque nel rispetto degli *standard* qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto (art. 105, co. 14, primo periodo, D.LGS. n. 50/2016); b) corrispondere i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della disposizione (art. 105, co. 14, secondo periodo, D.LGS. n. 50/2016).

L'affidatario è poi solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente (art. 105, co. 14, terzo periodo, D.LGS. n. 50/2016).

Ai sensi dell'art. 105, co. 15, D.LGS. n. 50/2016, per il caso di subappalto di lavori, nei cartelli esposti all'esterno del cantiere "*devono essere indicati anche i nominativi di tutte le imprese subappaltatrici*".

Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare, il DURC comprende la verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato (art. 105, co. 16, primo periodo, D.LGS. n. 50/2016). La congruità in esame, per i lavori edili, va verificata dalla Cassa edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro e delle politiche sociali; per i lavori non edili è verificata in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato (art. 105, co. 16, terzo periodo, D.LGS. n. 50/2016).

I piani di sicurezza di cui al D.LGS. n. 81/2008 (PSC e POS) devono essere messi a disposizione delle autorità competenti preposte alle verifiche ispettive di controllo dei cantieri (art. 105, co. 17,

primo periodo, D.LGS. n. 50/2016). L'affidatario è tenuto a curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti nel cantiere, al fine di rendere gli specifici piani redatti dai singoli subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario (art. 105, co. 17, secondo periodo, D.LGS. n. 50/2016). Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o di consorzio, tale obbligo è posto in capo al mandatario. Il direttore tecnico di cantiere è responsabile del rispetto del piano da parte di tutte le imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori (art. 105, co. 17, terzo periodo, D.LGS. n. 50/2016).

L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto (cd. divieto di subappalto a cascata: art. 105, co. 19, D.LGS. n. 50/2016, che recepisce, sul punto, le indicazioni della Direttiva 2014/25/UE).

Con disposizione finale di chiusura, il legislatore ha chiarito che le disposizioni in materia di subappalto delineate dall'art. 105, D.LGS. n. 50/2016 si applicano anche agli affidamenti con procedura negoziata e ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili (art. 105, co. 20, D.LGS. n. 50/2016). Tali disposizioni si applicano anche alle associazioni in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto.

Note

(1) Sull'istituto del subappalto nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici, si veda, in generale, M. ALESIO – M. PANATO – N. SPEROTTO, *Le procedure di affidamento: Guida operativa al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Milano, 2016; A. DE MICHELE, *Il subappalto e la sub-contrattazione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Milano, 2017, 433 ss. Si veda anche l'utile Vademecum predisposto dall'Associazione Nazionale Costruttori Edili (ANCE) nel mese di agosto 2017 e reperibile al seguente indirizzo internet www.ance.it. Per gli aspetti relativi alla tutela dei lavoratori impiegati nel subappalto, si rinvia, tra le monografie più recenti, al contributo di D. GAROFALO, *Appalti e lavoro, Volume secondo. Disciplina lavoristica*, Torino, 2017. In giurisprudenza, sulla distinzione tra subappalto e subfornitura, cfr. T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I bis, 20 febbraio 2018, n. 1956, con cui si è chiarito che *“in sostanza, mentre il subappaltatore assume di eseguire in tutto o in parte una prestazione dell'appaltatore (art. 1655 e ss. c.c.) a beneficio della stazione appaltante, il subfornitore si impegna soltanto a porre nella disponibilità dell'appaltatore un prodotto e rileva fundamentalmente sotto il profilo privatistico dei rapporti commerciali fra le aziende”*.

(2) Cfr., tra le altre, Cass. civ., Sez. I, 11 novembre 2009, n. 23903; Cons. Stato, Sez. V, 20 maggio 2003, n. 2755.

(3) Il subappalto è, dunque, configurato come l'eccezione. La regola è l'esecuzione diretta che è stata ulteriormente rafforzata dall'art. 69, co. 1, lett. a), D.LGS. n. 56/2017, con cui è stata eliminata al co. 1, primo periodo, dell'art. 105, D.LGS. n. 50/2016 la locuzione *“di norma”* riferita all'esecuzione diretta dell'appaltatore.

(4) Nel testo originario dell'art. 105, D.LGS. n. 50/2016, prima dell'entrata in vigore delle modifiche introdotte dal D.LGS. correttivo n. 56/2017, infatti, la facoltà di ricorso al subappalto doveva essere espressamente prevista nel bando di gara.

(5) Cfr., *ex aliis*, Cass. civ., sez. II, 11 agosto 1990, n. 8202.

(6) Le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa – aggiornabili entro il 31 dicembre di ogni anno con apposito Decreto del Ministero degli Interni, come definito dall'art. 1, co. 53, L. n. 190/2012 – sono:

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

(7) Sul regime di responsabilità solidale *ex art. 29, co. 2, D.LGS. n. 276/2003*, cfr., tra gli altri, D. GAROFALO, *La responsabilità solidale*, in D. GAROFALO, *Appalti e lavoro, Volume secondo. Disciplina lavoristica*, cit., 119 ss.. In materia di segnala che la Corte Costituzionale, con sentenza 6 dicembre 2017, n. 254, ha rilevato che la disposizione *de qua* deve essere interpretata nel senso che il committente è obbligato in solido (anche) con il subfornitore relativamente ai crediti lavorativi, contributivi e assicurativi dei dipendenti di questi.