

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
(G.U. n. 77 del 31 marzo 2023 - S.O. n. 12)

PILLOLE DI APPALTI

Il sabato di Alessandra

SUBAPPALTO secondo ANAC

SUBAPPALTO

(Art. 119)



Gli affidatari dei contratti
eseguono in proprio
le opere o i lavori, i servizi, e le forniture compresi
nel contratto

La **cessione del contratto è nulla**
la nullità si applica

al contratto di cessione, ovvero (art. 1406 c.c.) al contratto stipulato tra il cessionario (colui che acquisisce la prestazione), il cedente (l'appaltatore) e il ceduto (P.A.),
la nullità NON si applica al contratto ceduto
(ovvero il contratto di appalto precedentemente stipulato tra Appaltatore e P.A.).

La disposizione suddetta si applica SEMPRE, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera d),



“se un nuovo contraente sostituisce l'aggiudicatario a causa di una delle seguenti circostanze:

- 1) le modifiche soggettive implicanti la sostituzione del contraente originario sono previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara;*
- 2) all'aggiudicatario succede, per causa di morte o insolvenza o a seguito di ristrutturazioni societarie, che comportino successione nei rapporti pendenti, un altro operatore economico che soddisfi gli iniziali criteri di selezione, purché ciò non implichi ulteriori modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 124;*
- 3) nel caso in cui la stazione appaltante assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori” (es. solitamente per i pagamenti in caso di insolvenza dell'appaltatore).*

È altresì nullo

- **l'accordo** con cui l'appaltatore **affida a terzi l'integrale esecuzione** delle prestazioni o lavorazioni appaltate,
- **l'accordo** con cui l'appaltatore **affida a terzi la prevalente esecuzione** delle lavorazioni relative:

- ❖ alla categoria prevalente (= categoria con l'importo più alto rispetto ad altre categorie di importo inferiore che prendono il nome di scorparabili (se di importo superiore al 10% dell'importo a base di gara o a 150.000 euro)
- ❖ e dei contratti ad alta intensità di manodopera (= contratti nei quali il costo della manodopera è pari o superiore al 50 per cento dell'importo complessivo dei corrispettivi)

SUBAPPALTO

È ammesso il subappalto secondo le disposizioni dell'art. 119

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.

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 (= macchina e operatore)

se:

1. **singolarmente di importo superiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro**

e

2. **qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare.**

Affinchè si abbia subappalto è necessario che le suddette condizioni di cui ai punti 1 e 2 coesistano entrambe.

Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3,

previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre,

le **stazioni appaltanti**, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti,

→ **indicano nei documenti di gara**

le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario

- a. in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, (= *nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica (quali strutture, impianti e opere speciali c.d. SIOS), siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento*)
- b. in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, 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 ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali (tale rischio non sussiste se l'operatore è iscritto nelle white-list oppure nell'anagrafe antimafia degli esecutori)

PARTICOLARI CATEGORIE DI SERVIZI E FORNITURE NON SONO SUBAPPALTO

Non si configurano come attività affidate in subappalto, per la loro specificità, le seguenti categorie di forniture o servizi:

- a) l'affidamento di attività secondarie, accessorie o sussidiarie a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante (*Sul punto vedasi la recente sentenza del Consiglio di Stato del 21 agosto 2023, n. 7862, con la quale Palazzo Spada ha specificato che, qualora gli operatori esterni abbiano agito per conto dell'affidataria in qualità di lavoratori autonomi, non si configura il subappalto*)
- b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
- c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'ISTAT, oppure ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448;
- d) le prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono trasmessi alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

Il testo normativo è stato adeguato alla giurisprudenza in tema di prestazioni demandabili ai lavoratori autonomi e prestazioni esenti dalla disciplina del subappalto perché oggetto di rapporti esistenti prima dell'indizione della procedura di gara, limitando, in entrambi i casi, il riferimento alle prestazioni "secondarie, accessorie o sussidiarie", secondo le indicazioni giurisprudenziali

Mera COMUNICAZIONE

L'affidatario **comunica** alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, **per tutti i sub-contratti che non sono subappalti**, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del subcontratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, **altresì, comunicate** alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto.

AUTORIZZAZIONE DELLA S.A.

Gli Affidatari possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, **previa autorizzazione della stazione appaltante a condizione che:**

- a) il **subappaltatore sia qualificato** per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire;
- b) **non sussistano a suo carico le cause di esclusione** di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro (requisiti generali)
- c) **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**.

È altresì fatto obbligo di acquisire **autorizzazione integrativa**, qualora:

- **l'oggetto** del subappalto subisca **variazioni**
- **e**
- **l'importo** dello stesso sia **incrementato**. (Es. a seguito di una variante in aumento)

(il subappalto senza autorizzazione è sanzionato dall'articolo 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646 - n.d.r.)

La stazione appaltante

rilascia l'autorizzazione

entro 30 giorni dalla relativa richiesta,

prorogabile una sola volta, quando ricorrano giustificati motivi (es. richiesta integrazioni)

Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa.

Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà.

TRASMISSIONE CONTRATTO DI SUBAPPALTO ALLA S.A.

L'affidatario

- **trasmette il contratto di subappalto** alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni;
- contestualmente trasmette la **dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione** di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro e il possesso dei requisiti di cui agli articoli 100 e 103 (requisiti generali e speciali), che la stazione appaltante verifica la dichiarazione tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 23.
- contestualmente trasmette, altresì, la **dichiarazione** circa la **sussistenza** o meno di eventuali **forme di controllo o di collegamento** a norma dell'articolo **2359** del c.c. con il titolare del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti nel caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio;
- l'affidatario sostituisce, previa autorizzazione della stazione appaltante, **i subappaltatori** relativamente ai quali, all'esito di apposita verifica, sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro

Il contratto di subappalto - corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato - **indica puntualmente le prestazioni subappaltate e il relativo importo** (l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici).

RESPONSABILITA' APPALTATORE E SUBAPPALTATORE

1

Il contraente principale e il subappaltatore

sono

responsabili in solido

nei confronti della **stazione appaltante**

per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto.

2

l'appaltatore

è

responsabile in solido

con il **subappaltatore**

per gli obblighi retributivi e contributivi,

(ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276),

fatta eccezione

quando la **stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore** ed ai **titolari di sub-contratti non costituenti subappalto l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite** nei seguenti casi:

- a) quando il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa;
- c) su richiesta del subcontraente e se la natura del contratto lo consente.

In questi due casi l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale con il subappaltatore.

CCNL E DURC

<p>L'affidatario è tenuto ad osservare il <u>trattamento economico e normativo</u> stabilito dai CCNL nazionale e <u>territoriale in vigore per il settore e per la zona</u> nella quale si <u>eseguono le prestazioni</u>.</p> <p>Il <u>subappaltatore</u>, per le prestazioni affidate in subappalto, deve:</p> <p>garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e <u>riconoscere un trattamento economico e normativo non inferiore</u> a quello che avrebbe garantito il <u>contraente principale</u></p>	<p>L'affidatario e' responsabile in solido con i subappaltatori dell'osservanza dei suddetti CCNL da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto, poiché anche il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi CCNL del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.</p>	<p>L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla S.A., prima dell'inizio dei lavori:</p> <ol style="list-style-type: none"> la <u>documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali</u>, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici, <u>copia dei piani di sicurezza</u> di cui al decreto legislativo del 9 aprile 2008, n. 81 (POS, PSS se la SA ha redatto il PSC) che sono messi a disposizione delle autorità competenti preposte alle verifiche ispettive di controllo dei cantieri. <p>L'affidatario è tenuto a curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti nel cantiere per rendere gli specifici piani redatti dai singoli subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario. Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o di consorzio, l'obbligo incombe al mandatario. Il direttore tecnico di cantiere è responsabile del rispetto del piano da parte di tutte le imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori.</p> <p>L'affidatario è solidalmente responsabile con il <u>subappaltatore</u> degli <u>adempimenti, da parte di quest'ultimo, degli obblighi di sicurezza</u> previsti dalla normativa vigente.</p>
--	---	---

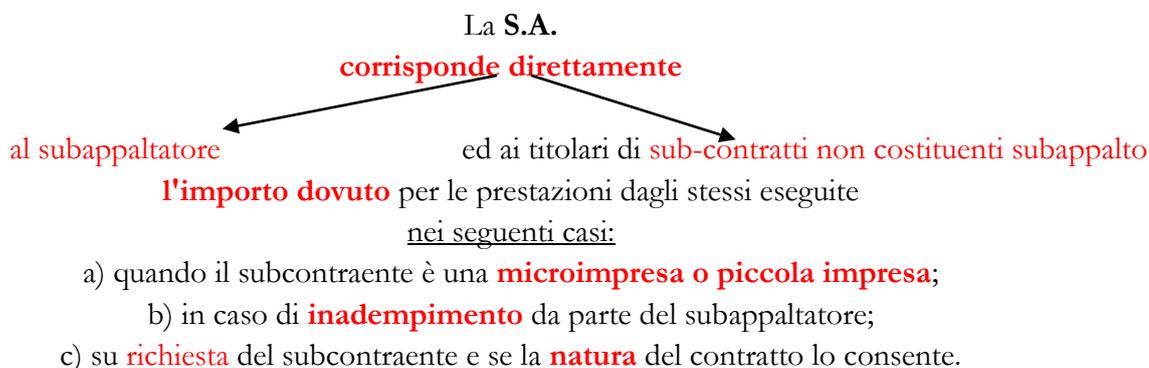
DURC

Per il pagamento delle **prestazioni** rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la **S.A. acquisisce d'ufficio** il DURC (documento unico di regolarità contributiva) in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori.

Per contrastare il fenomeno del lavoro sommerso irregolare il DURC è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori edili, è 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.

L'affidatario corrisponde 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 oppure il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione.

PAGAMENTO DIRETTO AL SUBAPPALTATORE



NOVITA' NUOVO CODICE - SUBAPPALTO A CASCATA

La principale novità del nuovo codice riguarda il c.d. subappalto a cascata e si adegua ai rilievi formulati dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione dell'U.E., che ha portato alla procedura di infrazione a carico dell'Italia n. 2018/2273. Nella lettera di costituzione in mora del 06.04.2019 **la Commissione rilevava che** “dalle disposizioni delle Direttive 2014/24/Ue e 2014/25/UE nonché dall'obbligo di rispettare i principi di proporzionalità e parità di trattamento contenuti nelle citate Direttive risulta che *“gli Stati membri non possono imporre ai subappaltatori un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori”* e che le citate Direttive *“non recano disposizioni che consentono di imporre un limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato”*. In conclusione il divieto del subappalto a cascata previsto nel Dlgs n. 50/2016 violava le Direttive e i principi suddetti.

Il nuovo Codice consente, quindi, il subappalto a cascata prevedendo che *“l'eventuale limitazione deve essere **motivata** nella decisione a contrarre”*.

Le S.A. 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
 - ❖ di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori
 - ❖ di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali (tale rischio non sussiste se l'operatore è iscritto nelle white-list oppure nell'anagrafe antimafia degli esecutori)

Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai **raggruppamenti temporanei** e alle società anche **consortili**, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili; si

applicano altresì agli affidamenti con **procedura negoziata**. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo è consentita, in deroga all'articolo 68, comma 15, la costituzione dell'associazione in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto.

È fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e di Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto della normativa europea vigente e dei principi dell'ordinamento europeo, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori.

CERTIFICATI ESECUZIONE LAVORI (O REGOLARE ESECUZIONE per S/F)

<p>Le S.A. rilasciano i certificati necessari per la partecipazione e la qualificazione all'appaltatore scomputando dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto <u>eseguito attraverso il subappalto</u>.</p>	<p>I subappaltatori possono <u>richiedere alle stazioni appaltanti i certificati relativi alle prestazioni oggetto di appalto eseguite</u>.</p>
--	--

Questa tipologia di affidamento ha formato oggetto di **particolare attenzione da parte dell'ANAC** che, con la **Delibera 605 del 19.12.2023** ha approvato **l'aggiornamento 2023 del PNA 2022** con particolare riferimento ai contratti pubblici a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice di cui al D. Lgs. n. 36/2023, **individuando i primi impatti sulla predisposizione di presidi di anticorruzione e trasparenza**.

Risultano esaminati i principali profili critici che emergono dalla nuova normativa e sostituite integralmente le indicazioni riguardanti le criticità, gli eventi rischiosi e le misure di prevenzione già contenute nel PNA 2022, con la precisazione delle parti superate ovvero non più in vigore dopo la data di efficacia del D.Lgs. n. 36/2023.

In virtù di ciò, ANAC ha rielaborato e sostituito la tabella contenente l'esemplificazione delle possibili correlazioni tra rischi corruttivi e misure di prevenzione della corruzione con nuove tabelle aggiornate.

L'Aggiornamento 2023 al PNA 2022 risponde all'esigenza di **supportare le amministrazioni** e gli enti al fine di presidiare l'area dei contratti pubblici con **misure di prevenzione della corruzione e per la promozione della trasparenza** che possano costituire una risposta efficace e calibrata rispetto ai rischi corruttivi rilevabili in tale settore dell'agire pubblico.

Criticità: SUBAPPALTO

Possibili eventi rischiosi	Possibili Misure
<p>Incremento dei condizionamenti sulla realizzazione complessiva dell'appalto correlati al venir meno dei limiti al subappalto.</p> <p>Incremento del rischio di possibili accordi collusivi tra le imprese partecipanti a una gara volti a manipolarne gli esiti, utilizzando il meccanismo del subappalto, sia di "primo livello" che di "secondo livello" ove consentito dalla S.A. (subappalto c.d. "a cascata"), come modalità per distribuire i vantaggi dell'accordo ad altri partecipanti alla stessa gara.</p> <p>Rilascio dell'autorizzazione al subappalto in assenza dei controlli previsti dalla norma.</p>	<p>Sensibilizzazione dei soggetti competenti preposti a mezzo della diffusione di circolari interne/linee guida comportamentali sugli adempimenti e la disciplina in materia di subappalto.</p>

<p>Consentire il subappalto a cascata di prestazioni soggette a rischio di infiltrazioni criminali.</p>	<p>Attenta valutazione da parte della S.A. <u>delle attività/prestazioni maggiormente a rischio di infiltrazione criminale</u> per le quali, ai sensi del comma 17 dell'art. 119, sarebbe sconsigliato il subappalto a cascata</p>
<p>Comunicazione obbligatoria dell'O.E. relativa ai sub contratti che non sono subappalti, effettuata con dolo al fine di eludere i controlli più stringenti previsti per il subappalto</p>	<p>Analisi degli appalti rispetto ai quali è stato autorizzato, in un dato arco temporale, il ricorso all'istituto del <u>subappalto</u>. Ciò per <u>consentire all'ente</u> (struttura di auditing appositamente individuata all'interno della S.A., RPCT o altri soggetti individuati internamente) di svolgere, a campione verifiche della conformità alla norma delle autorizzazioni al subappalto concesse dal RUP.</p>
<p>Omissione di controlli in sede esecutiva da parte del DL o del DEC <u>sullo svolgimento delle prestazioni</u> dedotte in contratto <u>da parte del solo personale autorizzato</u> con la possibile conseguente prestazione svolta da personale/operatori economici non autorizzati.</p>	<p>Verifica da parte dell'ente (struttura di auditing individuata, RPCT o altro soggetto individuato) dell'adeguato rispetto degli adempimenti di legge da parte del DL/DEC e RUP con riferimento allo svolgimento della vigilanza in sede esecutiva <u>con specifico riguardo ai subappalti autorizzati e ai sub contratti comunicati</u></p>

Alessandra Cresta