

# Brevi riflessioni sul subappalto tra nuovo codice (D.Lgs. n. 36/2023) e correttivo (D.Lgs. n. 209/2024)

di Christian Corbi

Data di pubblicazione: 28-1-2025

Sommario: 1. Premessa. – 2. Evoluzione storica. – 3. Nozione e caratteristiche dell'istituto. – 4. L'art. 119 D.Lgs. n. 36/2023: l'approdo. – 5. Il correttivo. – 6. Conclusioni.

## 1. Premessa.

Il nuovo codice dei contratti pubblici ha definitivamente **superato la ritrosia**, tutta italiana, **nei confronti del contratto di subappalto**, considerato quale istituto da “maneggiare con cura”, onde evitare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore delle commesse pubbliche, nonché le condotte degli operatori economici dirette a eludere, in modo fraudolento, la normativa giuslavoristica in danno dei lavoratori.

La disciplina di nuovo conio è quindi una **disciplina moderna e perfettamente in linea con l'impostazione propria del diritto unionale** per la quale **il subappalto favorisce l'ingresso sul mercato di piccole e medie imprese e quindi deve essere svolto senza limiti di sorta.**

## 2. Evoluzione storica.

Gli approdi attuali superano nettamente la disciplina originari da cui si era partiti.

Il legislatore nazionale, in ossequio alla **legge delega, 28 gennaio 2016, n. 11**, aveva infatti introdotto una **serie di vincoli** all'operatore economico intenzionato a stipulare il contratto di subappalto e segnatamente:

- a. tale contratto poteva essere stipulato **fino al 30% del valore dell'appalto**;
- b. l'indicazione **ex ante (ossia al tempo di presentazione dell'offerta) della terna dei nominativi dei subappaltatori** (sul punto, il Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 3504/2020, aveva escluso siffatto obbligo financo per i **subappalti necessari**);
- c. la dimostrazione **ex ante** che il subappaltatore **possedesse i requisiti soggettivi** di cui all'**art. 80 c.c.p.** e quindi l'assenza in capo a esso della sussistenza di cause di esclusione;
- d. il divieto del **subappaltatore di partecipare alla gara quale appaltatore**: e ciò per ragioni di segretezza dell'offerta;
- e. il **divieto di subappalto a cascata**: il subappaltatore non poteva a sua volta subappaltare parte della commessa pubblica.

La Commissione europea aveva quindi aperto la **procedura di infrazione** in danno dell'Italia in relazione agli aspetti *i)* del limite quantitativo del 30%, non essendo esso previsto né dalla normativa unionale né dalla legge delega nazionale, *ii)* della preventiva indicazione della terna di subappaltatori, in quanto limitativa della partecipazione delle imprese al mercato, *iii)* del divieto di subappalto a cascata.

D'altra parte, la **C.G.U.E., con la sent. 27.11.2019, nella causa C-402/18**, aveva ritenuto incompatibile, con il diritto unionale, il descritto limite del 30% perché inidoneo a prevenire le infiltrazioni mafiose.

Di qui le modifiche normative che hanno interessato l'art. 105 D.Lgs. 50/2016, a partire dal **decreto Sblocca-cantieri (D.L., 18 aprile 2019, n. 32)**, che aveva confermato tale limite del 50% sino al 31 ottobre 2021 per poi eliminarlo definitivamente a partire dal 01.11.2021.

In argomento, era poi intervenuto il **D.L., 31 maggio 2021, n. 77** che aveva **eliminato tutti gli altri obblighi**, conformando la disciplina del subappalto ai dettami del diritto unionale.

### **3. Nozione e caratteristiche dell'istituto.**

Ebbene, dato atto del punto di partenza, appare utile, prima di esaminare l'attuale disciplina contenuta nell'art. 119 D.Lgs. n. 36/2023 e le modifiche a essa apportate dal correttivo, richiamare la nozione di subappalto e tracciarne le caratteristiche principali.

Il **subappalto** è quel contratto con il quale il subappaltatore si impegna a eseguire, verso il pagamento del corrispettivo da parte dell'appaltatore, parte delle opere di cui al contratto di appalto stipulato da quest'ultimo con il committente.

L'istituto in esame, che affonda le proprie radici all'interno del **diritto civile**, consiste nel **reimpiego della posizione contrattuale** di cui una parte è titolare in virtù del rapporto negoziale principale al fine di dare origine al medesimo rapporto giuridico (subappalto proprio), ma a parti inverse.

Benchè si tratti di un istituto affine al diritto civile e condivide con esso, ai sensi dell'**art. 1656 c.c.**, il requisito dell'**autorizzazione del committente** per la stipula del contratto di tal fatta, il codice dei contratti pubblici disciplina il subappalto in modo peculiare, in ragione del **principio della immodificabilità soggettiva del contratto pubblico**, del **principio della non cedibilità della posizione contrattuale e della personalità della prestazione**.

Nella materia dei contratti pubblici, il contratto di subappalto deve inoltre rivestire la **forma scritta ad substantiam**.

Ciò posto, se, da un lato, non v'è dubbio che i contratti pubblici sono contratti di diritto comune, stipulati da un soggetto pubblico (o da un soggetto privato tenuto al rispetto delle regole di evidenza pubblica), e quindi, come tali, riconducibili alle norme di diritto civile (arg. ex

art. 8, comma 1 e 12, lett. b, D.Lgs n. 36/2023) – dall'altro, la materia, in quanto funzionalizzata al perseguimento del pubblico interesse, non può non risentire di **norme pubblicistiche di carattere speciale**.

D'altra parte, il subappalto attiene alla **fase esecutiva del contratto** e non alla procedura evidenziale, cosicché esso deve essere distinto dal **raggruppamento di imprese e dall'avvalimento**.

In ordine alla **tipologia**, il **subappalto è definito come necessario o qualificante** – differenziandosi per ciò stesso dal subappalto "ordinario" – quando l'appaltatore è privo delle competenze tecniche per l'esecuzione di parte delle opere oggetto dell'appalto, necessitando esse di elevata specializzazione.

Dal subappalto derivano, poi, **due ordini di responsabilità**.

In primo luogo, v'è la **responsabilità diretta dell'appaltatore nei confronti del committente**, anche in relazione alle opere oggetto di reimpiego contrattuale.

In secondo luogo, vige la **responsabilità solidale dell'appaltatore con il subappaltatore nei confronti della stazione appaltante** (art. 119, comma 6, D.Lgs. n. 36/2023); e ciò in quanto anche il subappaltatore, nella realizzazione dell'opera subappaltata, concorre al perseguimento del pubblico interesse, al pari dell'appaltatore stesso.

Siffatta responsabilità solidale sussiste poi anche con riferimento agli **obblighi retributivi** di cui gli operatori economici sono gravati nei confronti dei lavoratori.

Tuttavia, tale **vincolo solidale viene meno**: *i*) quando il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa ovvero, *ii*) su richiesta del subcontraente, se la natura del contratto lo consente (art. 119, comma 11, D. Lgs. n. 36/2023).

#### **4. L'art. 119 D. Lgs. n. 36/2023: l'approdo.**

Il **primo comma** dell'art. 119 D.Lgs. n. 36/2023, dopo aver riaffermato il **divieto di cessione del contratto d'appalto**, ha confermato, in tema di subappalto, la **tendenziale eliminazione dei limiti quantitativi** di cui si è detto, individuando comunque un perimetro entro il quale l'istituto in esame è chiamato a declinarsi: **è nullo il contratto con il quale viene previsto che l'intera opera aggiudicata venga eseguita da un terzo** (subappaltatore), nonché che  **venga eseguita da un terzo la prevalente (più del 50%) prestazione nei contratti di appalto ad alta intensità di manodopera**.

Sotto il primo aspetto, si è inteso quindi evitare che l'appaltatore si atteggi a prestanome e che quindi si individui un aggiudicatario solo in termini nominalistici/formali.

Sotto il secondo aspetto, negli appalti ad alta intensità di manodopera resta fermo il limite

quantitativo, invero già introdotto in precedenza, atteso che, in tali tipi di appalto, il carattere soggettivo della prestazione, caratterizzata dal lavoro personale, stride con il subappalto che, per definizione, è connotato dalla prevalenza dell'organizzazione aziendale rispetto al lavoro personale.

Sotto altro e diverso, seppure contiguo, profilo, l'abrogazione del comma 6 dell'art. 115 D.Lgs. n. 50/2016, non inserito nell'art. 119 del D.Lgs. n. 36/2023, **ha fatto venir meno l'obbligo per l'appaltatore di indicare, in sede di offerta, la terna dei subappaltatori.**

Quanto ai **requisiti per l'affidamento in subappalto**, il **comma 4** dell'art. 119 D. Lgs. n. 36/2023 ha fissato le seguenti condizioni: *i)* il subappaltatore deve essere soggetto qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire, in materia di appalti di opere, forniture e servizi; *ii)* non devono sussistere, a suo carico, le cause di esclusione di cui al capo II del titolo IV della parte V del presente Libro (devono invece sussistere i requisiti di cui agli artt. 100 e 103 D.Lgs. n. 36/2023); *iii)* 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 intendono subappaltare.

A tali requisiti fa da contraltare l'**obbligo della stazione appaltante** di indicare, negli atti di gara, quali siano **le parti dell'appalto che dovranno necessariamente essere svolte dall'aggiudicatario**, con esclusione, motivata, delle ragioni di esclusione del subappalto.

Ciò posto, la norma in esame, al **comma 3**, perimetra l'**ambito applicativo del subappalto, escludendo** le seguenti ipotesi: a) l'affidamento a lavoratori autonomi di attività secondarie, accessorie o sussidiarie, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante; b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici; c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a € 20.000 annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani, nonché nei comuni delle isole minori; d) le prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie.

Sussistono poi **plurimi obblighi a carico dell'aggiudicatario** - pure tenuto a trasmettere alla stazione appaltante, venti giorni prima dell'inizio dei lavori, il contratto di subappalto - le seguenti informazioni: a) il nome del sub-contraente; b) l'importo del subcontratto; c) l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati; d) le eventuali modifiche avvenute nel corso del subcontratto; e) l'eventuale autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato.

Certamente di rilevanza centrale è l'ulteriore previsione per la quale il subappaltatore, per le prestazioni oggetto di subappalto, è tenuto a garantire gli stessi **standard qualitativi e prestazionali** previsti dal contratto d'appalto e a riconoscere ai lavoratori un **trattamento economico e normativo** non inferiore a quello che avrebbe garantito il contratto principale, ivi compresa l'applicazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro (**comma 12**).

Infine, la differenza peculiare rispetto al precedente codice consiste nella previsione dell'ammissibilità del **subappalto a cascata (comma 17)**. In altre parole, il subappalto a cascata non solo è ammissibile, ma anzi l'appaltatore gode di piena discrezionalità al riguardo. La norma recepisce quindi l'impostazione espressa dalla Commissione europea

nella nota del 6.4.2022 con la quale aveva chiarito l'illegittimità del divieto del subappalto a cascata.

## 5. Il correttivo.

Sulla disciplina del subappalto, come sopra sintetizzata, è intervenuto il correttivo di cui al D.Lgs. n. 209/2024 che ha inciso, tra l'altro, **sotto quattro profili**.

Il **primo** di essi si precisa nell'esigenza di favorire che **le piccole e medie imprese**, che di fatto innervano il tessuto industriale del Paese, possano prendere parte alle commesse pubbliche, se non direttamente (tramite l'aggiudicazione), almeno indirettamente, ossia tramite il contratto di subappalto.

È stato infatti previsto che **i contratti di subappalto sono stipulati, in misura non inferiore al 20% delle prestazioni subappaltabili, con piccole e medie imprese**. Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta una diversa soglia di affidamento delle prestazioni che si intende subappaltare alle piccole e medie imprese per ragioni legate all'oggetto o alle caratteristiche delle prestazioni o al mercato di riferimento. Se ne ricava che la regola quantitativa rimane fissata nel limite del 20%, salve deroghe occasionate dalle peculiarità del caso concreto.

Il **secondo** aspetto ha ad oggetto l'inserimento, in via obbligatoria, di **clausole di revisione prezzi** riferite alle prestazioni o lavorazioni oggetto del subappalto, **che si attivano al verificarsi delle particolari condizioni di natura oggettiva** che, a loro volta, determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5% dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80% della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire.

Da questo punto di vista, si prevede un **meccanismo legale di riequilibrio del contratto** attinto, in ragione della sua durata, da **sopravvenienze che alterano il sinallagma contrattuale**. Del resto, il contratto d'appalto, e anche quello di subappalto, è un **contratto relazionale**.

L'innovazione in parola è in linea con il **principio di cui all'art. 9 D.Lgs. n. 36/2023** che permea l'intero codice.

Il **terzo** aspetto investe l'**applicazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro** da parte del subappaltatore che, per le prestazioni affidate in subappalto, è tenuto ad applicare **il medesimo contratto collettivo di lavoro del contraente principale**, ovvero un differente contratto collettivo, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele economiche e normative di quello applicato dall'appaltatore.

La norma mira quindi a evitare che l'impiego dello strumento in esame sia diretto a **eludere fraudolentemente la normativa in materia giuslavoristica**.

Il **quarto** aspetto circonda di cautele il **subappalto a cascata**, prevedendosi, al riguardo, che qualora l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto sia oggetto di ulteriore subappalto si applichino a quest'ultimo le disposizioni previste dal presente articolo e da altri articoli del codice in tema di subappalto.

## 6. Conclusioni.

Alla luce delle brevi riflessioni sin qui svolte, si può ragionevolmente sostenere che l'attuale disciplina in tema di subappalto consenta di **contemperare le giustapposte esigenze, unionali e di diritto interno**.

Se, da un lato, il *favor participationis* in ordine alle micro-imprese - chiamate a prendere parte alle commesse pubbliche anche e solo a "valle" dell'aggiudicazione e quindi in sede esecutiva del contratto - risulta, oggi, oltremodo garantito del prospettato limite quantitativo, dall'altro, l'istituto in esame è stato circondato da una **pluralità di garanzie** che sembrano scoraggiare eventuali iniziative fraudolente.

Depongo in tal senso, gli **obblighi dichiarativi** di cui si è detto, il **regime della responsabilità solidale**, nonché il **possesso dei requisiti di partecipazione** richiesti non solo in capo all'aggiudicataria, ma anche al subappaltatore. Peraltro, si tratta di requisiti certamente compatibili con la disciplina unionale.

Degno di nota, infine, è il **principio di riequilibrio del contratto** che, tramite l'inserimento della clausola di revisione prezzi, non viene esteso unicamente al contratto d'appalto, ma anche a quello di subappalto.

Si ritiene quindi che il contratto di subappalto si atteggi ormai a **strumento moderno**, pienamente rispondente alle logiche unionali, e teso come tale alla circolazione della ricchezza in favore delle piccole imprese. Se le dimensioni di quest'ultime non consentono loro di partecipare alla gara, ovvero di aggiudicarsi l'appalto, e quindi di acquisire la commessa "a monte", tuttavia, l'istituto in esame gli consente di recuperare terreno "a valle", in piena adesione al già prospettato principio del *favor participationis*.