

BREVE RICOGNIZIONE DELLE (ULTIME) MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DEL SUBAPPALTO di Antonella Mucci, Avvocata specializzata in Studi sull'Amministrazione Pubblica

Novità per il subappalto che è stato nuovamente rivisto per opera della L. 238/2021, pubblicata in G.U. n.12 del 17-1-2022.

A ben vedere, infatti, dopo la procedura di Infrazione n. 2018/2273 sono stati numerosi gli interventi che hanno interessato l'art. 105 del D.Lgs 50/2016.

In quella sede, la Commissione Europea ha rimesso all'attenzione del Governo la mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici, vale a dire la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, individuando disposizioni non conformi in diversi articoli del decreto legislativo. Tra questi, per l'appunto, proprio il 105 del Codice degli appalti e ciò in quanto è stato rilevato che nelle direttive succitate non vi sono disposizioni che consentano un limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato (originariamente al 30%). Al contrario, le direttive si basano sul principio secondo cui occorre favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, e il subappalto è uno dei modi in cui tale obiettivo può essere raggiunto.

Sulla materia il legislatore nazionale è intervenuto in un primo momento con il d.l. n. 32/2019 (cosiddetto "sblocca cantieri") il quale ha portato la soglia massima del subappalto dal 30% al 40% fino al 31 dicembre 2020, misura che la Commissione europea non ha ritenuto essere sufficiente a rendere l'ordinamento nazionale conforme a quello europeo, sia perché si trattava di una modifica solo temporanea, sia perché un limite al subappalto del 40%, pur essendo meno restrittivo, è comunque incompatibile con la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea.

La tematica del subappalto ha interessato anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato che ha suggerito una modifica normativa volta a: (i) eliminare la previsione generale e astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile; (ii) prevedere l'obbligo in capo agli offerenti, che intendano ricorrere al subappalto, di indicare in sede di gara la tipologia e la quota parte di lavori in subappalto, oltre all'identità dei subappaltatori; (iii) consentire alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all'utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguite e adeguatamente motivati in considerazione della struttura del mercato interessato, della natura delle prestazioni o dell'identità dei subappaltatori.

Il legislatore ha fatto buon uso di questi suggerimenti e, con l'art. 49 della L. 108/2021, ha dapprima innalzato la soglia massima per il subappalto al 50% fino al 31.10.2021 la quale, a partire dal 1 novembre 2021, è stata rimossa.

Alle stazioni appaltanti, tuttavia, è comunque consentito indicare nei documenti di gara - previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti - le

prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione:

- delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle delle categorie superspecialistiche di opere (di cui all'articolo 89, comma 11 del codice dei contratti pubblici);
- 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 e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori;
- dell'esigenza di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nelle cosiddette white list ovvero nell'anagrafe antimafia.

Con l'ultimo intervento normativo (quello contenuto nella L. 238/21, appunto), il legislatore - al fine di adeguare la disciplina nazionale a quella europea - ha previsto che il concorrente non è più (definitivamente) obbligato ad indicare la terna di subappaltatori in sede di offerta.

I soggetti affidatari dei contratti possono subappaltare le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante, se il subappaltatore è qualificato nella relativa categoria e non sussistono a suo carico i motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e se all'atto dell'offerta sono 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.

Occorre da ultimo sottolineare che suddette modifiche si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata (1° febbraio 2022), nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi.