Fondazione Formazione Forense Ordine Avvocati Firenze Unione Nazionale Avvocati Enti Pubblici
Società Toscana Avvocati Amministrativisti
Partner 24 Avvocati - Gruppo 24 ore

AVV. SAMANTHA BATTISTON

IL SUBAPPALTO ALLA LUCE DEL PNRR: QUESTIONI OPERATIVE E CRITICITÀ

La portata strategica del Next generation UE

La crisi economica conseguente alla pandemia da Covid-19 ha spinto l'UE a cercare una soluzione in grado di superarla agendo sia a livello congiunturale, con la sospensione del Patto di Stabilità, sia a livello strutturale.

Il Programma Next Generation EU (NGEU) del luglio 2020 segna senza dubbio un cambiamento epocale in quanto l'Unione europea per la prima volta reagisce alla crisi immettendo una quantità notevole di risorse economiche volte a rilanciare la crescita, gli investimenti e le riforme.

Occorre evidenziare che le risorse messe a bilancio dell'UE nel progetto Next generation sono oltre 750 miliardi di euro (prima i fondi strutturali della politica di coesione ammontavano a circa 300 miliardi di euro) di cui oltre la metà, 390 miliardi di euro, è rappresentata da sovvenzioni a fondo perduto

IL RUOLO DEL PNRR

Il PNRR è il Piano richiesto ad ogni singolo Stato dalla UE per poter accedere ai fondi europei e deve essere coerente con le disposizioni del Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12/02/2021 che ha appunto istituito il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

Il PNRR è finalizzato non solo a scongiurare i danni economici creati dalla crisi pandemica, ma anche ad accelerare il percorso di digitalizzazione e di innovazione unitamente a quello di **transizione ecologica e ambientale** all'insegna della **competitività ed inclusione sociale, territoriale e di genere.**

Il PNRR italiano è stato approvato il 13 luglio 2021 e i fondi che deve gestire ammontano a ben 191,5 miliardi di euro, da impiegare nel periodo 2021- 2026, dei quali 68,9 miliardi sono rappresentati da sovvenzioni a fondo perduto e 122,6 miliardi di euro da prestiti, finanziati attraverso il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, a cui si aggiungono ulteriori 30,6 miliardi di risorse nazionali del Fondo complementare e 13 miliardi del React EU, il Pacchetto di assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori di Europa

Il rilancio italiano è affidato dal PNRR a tre assi strategici condivisi a livello europeo:

digitalizzazione e innovazione: la digitalizzazione e l'innovazione di processi, prodotti e servizi sono un considerati uno strumento fondamentale per il rilancio tanto che caratterizzano ogni politica di riforma del PNRR.

Transizione ecologica: in coerenza con Agenda ONU 2030. Ridurre le emissioni inquinanti, prevenire e contrastare il dissesto del territorio, minimizzare l'impatto delle attività produttive sull'ambiente è necessario per migliorare la qualità della vita e la sicurezza ambientale, oltre che per lasciare un Paese più verde e una economia più sostenibile alle generazioni future.

Inclusione sociale: migliorare la coesione territoriale, aiutare la crescita dell'economia e superare diseguaglianze profonde spesso accentuate dalla pandemia. Le tre priorità principali sono la **parità di genere, la protezione e la valorizzazione dei giovani e il superamento dei divari territoriali.**

I PILASTRI DEL PNRR AI SENSI DEL Regolamento (UE) 2021/241

TRANSIZIONE VERDE

TRASFORMAZIONE DIGITALE

CRESCITA INTELLIGENTE SOSTENIBILE E INCLUSIVA

COESIONE SOCIALE E TERRITORIALE

SALUTE E RESILIENZA ECONOMICA, SOCIALE E ISTITUZIONALE

POLITICHE PER LE NUOVE GENERAZIONI, L'INFANZIA, I GIOVANI

LA STRUTTURA DEL PNRR ITALIANO

Le misure del PNRR sono indicate sotto forma di:

- **1) investimenti**
- **2) riforme**

Divise a loro volta in «missione» e «componente».

Per ogni investimento o riforma sono specificati i **traguardi (*milestones*)** e gli **obiettivi (*targets*)**, al cui conseguimento resta legata ogni ulteriore assegnazione, con i relativi indicatori qualitativi (per i traguardi) e quantitativi (per gli obiettivi).

Per il 2022 l'Italia ha pianificato di spendere 27,5 miliardi/EUR e di finanziare ben 167 nuovi progetti.

Le riforme

Le riforme sono connesse agli obiettivi generali del PNRR in quanto concorrono al loro raggiungimento.

Riforme orizzontali o di contesto interessano tutte le Missioni del PNRR (innovazioni strutturali per il miglioramento della efficienza e la competitività).

Riforme abilitanti ovvero funzionali a garantire l'attuazione del PNRR e rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che limitano o impediscono le attività economiche e la conseguente ripresa del Paese.

Riforme settoriali incluse nell'ambito di singole Missioni (ad esempio innovazioni normative relative a specifici ambiti di intervento o attività economiche quali ad esempio le procedure per l'approvazione di progetti su fonti rinnovabili).

IL D.L. N. 77 DEL 2021

Il D.L. 31 maggio 2021, n. 77 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 129 del 31 maggio 2021 - Edizione straordinaria), approvato definitivamente il 28 luglio 2021 e convertito con Legge 29 luglio 2021, n. 108 (in Gazzetta Ufficiale – Serie generale – n. 181 del 30 luglio 2021 – Suppl. ordinario n. 26) è interamente dedicato, come indica il suo titolo, alla **“Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”**.

L’art. 1 comma primo, indica le finalità del D.L. n. 77 del 2021 ovvero **semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi del “Piano nazionale di ripresa e resilienza” (PNRR) di cui al Reg. (UE) 2021/241, del “Piano nazionale per gli investimenti complementari” di cui al D.L. n. 59 del 2021 convertito, con modificazioni, dalla Legge 1° luglio 2021, n. 101, nonché del “Piano nazionale integrato per l’energia e il clima 2030” di cui al Reg. (UE) 2018/1999**.

La “modifica” del Codice dei contratti pubblici

Il D.L. 77 del 2021 individua come strumento per l’accelerazione degli investimenti la parziale modifica di alcuni articoli del Codice dei contratti pubblici e ha creato una sorta di disciplina differenziata per gli investimenti del PNRR ma anche sospensioni e proroghe in attesa della emazione del nuovo Codice.

Tra le norme oggetto di modifica vi è nuovamente l’art. 105 in tema di subappalto istituto strategico per consentire agli operatori economici di partecipare alle gare bandite dale Pubbliche amministrazioni.

Le modifiche a tale istituto trovano piena applicazione sia negli appalti ordinari che in quelli finalizzati all’attuazione degli obiettivi del PNRR e del Fondo complementare.

Contratto derivato..

Il contratto mediante il quale una parte reimpiega nei confronti di un terzo la posizione che gli deriva da un contratto in corso, detto contratto base.

L'art. 105 comma 2 del D.Lgs. n. 50 del 2016 dettato per gli appalti di lavori e servizi lo definisce come quel "contratto con il quale l'appaltatore **affida a terzi** l'esecuzione di **parte delle prestazioni o lavorazioni** oggetto del contratto di appalto".

Al fine di evitare problematiche applicative il legislatore ha ritenuto opportuno chiarire che "costituisce, comunque, subappalto 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".

Al subappalto in ambito di concessioni è invece dedicato l'art. 174 del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Il contrasto con il Diritto dell'Unione europea

Le limitazioni al subappalto introdotte a più riprese dal Legislatore italiano sono state più volte oggetto di censura per contrasto con la normativa comunitaria tanto che la Commissione europea ha avviato una prima procedura di infrazione il 23 marzo 2017 seguita da una successiva del 24 gennaio 2019 fino a giungere alle pronunce della Corte di giustizia UE (sez. V, 27settembre 2019, causa C-63/187; sez. V, 27 novembre 2019, causa C-402/188) che hanno ritenuto i limiti italiani al subappalto e la disciplina della "terna" contrari ai principi dettati dalle direttive europee in materia di appalti e concessioni e non giustificabili nemmeno da ragioni di preminente ordine pubblico.

L’abrogazione dei limiti…almeno in apparenza

L’art. 49, comma 2, del D.L. n. 77 del 2021 ha abolito, a far data dal 1° novembre 2021, i limiti quantitativi al subappalto contenuti nell’art. 105 del D.Lgs. n. 50 del 2016 ovvero il 40%, che era stato inizialmente fissato dal c.d. Decreto Sblocca cantieri (D.L. n. 32 del 2019 convertito in Legge n. 55 del 2019) e il successivo 50% introdotto transitoriamente dal medesimo art. 49, comma 1, del D.L. n. 77 del 2021.
In parallelo è stato modificato il comma 8 dell’art. 105 del D.Lgs. n. 50 del 2016 che ora dispone che “Il contraente principale e il subappaltatore **sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto”.**

L’art. 105 comma primo del D.Lgs. n. 50 del 2016

“A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall’articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l’integrale esecuzione delle **prestazioni o lavorazioni** oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle **lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera**. E’ ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo”.

La norma si riferisce dunque tanto ad appalti di lavori espressamente richiamando le «lavorazioni» quanto a servizi e forniture ove parla di prestazioni per cui sarà opportuno in sede di gara strutturare la *lex specialis* in modo chiaro distinguendo anche per tali fattispecie le **categorie prevalenti di prestazioni** per i quali sussiste ancora di fatto un limite al subappalto rispetto alle altre.

Dunque..

Il contratto «principale» non può essere ceduto;

Non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto;

Non può essere affidata a terzi la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti;

Non può essere affidata a terzi la prevalente esecuzione dei contratti ad alta intensità di manodopera.

“La prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti”

In un appalto di lavori pubblici la categoria prevalente è **una** ovvero la “**categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l’intervento e indicate nei documenti di gara” ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. oo-bis), del D.Lgs. n. 50 del 2016.**

Dunque, al fine di conferire un significato e una portata applicativa a tale disposizione si potrebbe ritenere che la stessa vada intesa nel senso che non è possibile subappaltare più del 49,9% dell’importo delle lavorazioni riconducibili alla categoria prevalente.

Art. 105 comma secondo del D.Lgs. n. 50 del 2016: vera discrezionalità?

A partire dal 1° novembre 2021 le stazioni appaltanti dovranno motivare espressamente nella determina a contrarre le restrizioni eventualmente inserite al subappalto in base alle specifiche **caratteristiche dell'opera o del servizio** da affidare come indicate dallo stesso art. 105 del d.Lgs. N. 50 del 2016 ovvero.

- la considerazione della **natura e della complessità dell'appalto, ivi compresa la presenza di lavori pertinenti alle categorie c.d. Super-specialistiche**;
- la necessità di **controllare le attività del cantiere e dei luoghi di lavoro**;
- la garanzia della **tutela sulla salute e sicurezza dei lavoratori**;
- la **prevenzione di infiltrazioni criminali** salvo che per gli operatori economici inseriti nella c.d. white list di cui all'art. art. 1, comma 52, della Legge n. 190 del 2012 oppure iscritti nella c.d. "anagrafe antimafia" prevista dall'art. 30, comma 6, del D.l. n. 189 del 2016, convertito in Legge n. 229 del 2016.

Sarà quindi possibile vietare il subappalto?

Il Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibile attraverso parere n. 998 del 13 agosto 2021 è intervenuto chiarendo che, fermo restando il divieto di cessione integrale dell'appalto, le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di individuare gara per gara le prestazioni da rendere o meno subappaltabili e **possono comunque prevedere il divieto di subappalto ma con una motivazione adeguata**.

E le SIOS?

L’art 49 comma secondo lett. b) del D.L. n. 77 del 2021 ha abrogato il limite del 30% per le cd. Opere Super-specialistiche richiamate all’art. 89 comma 11 del D.Lgs. n. 50 del 2016 allorquando vieta il ricorso all’avvalimento che permane.

In realtà la Corte di giustizia ha censurato la decisione del Legislatore italiano di inserire un limite a priori al subappalto richiamando la necessità che tale limite sia motivato caso per caso in base al particolare contratto da eseguire.

Proprio però con riferimento alle SIOS dunque il limite era in realtà giustificato proprio perchè si tratta di prestazioni peculiari e complesse.

Problemi applicativi.. Una possibile soluzione

Il D.L. n. 77 del 2021 non ha modificato l'art. 1 del D.m. n. 248 del 10 novembre 2016 ove specifica che **qualora il valore delle opere SIOS superi il 10% dell'importo totale dei lavori, non è ammesso l'avvalimento e l'eventuale subappalto non può superare il 30% dell'importo delle opere.** Peraltro, la norma chiarisce anche che il limite del 30% non è cumulabile con i limiti individuati dall'art. 105, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Il limite che deve essere individuato dalla stazione appaltante nella determina a contrarre sarà unico oppure dovrà essere stabilito il limite per le prestazioni o lavorazioni in generale e poi comunque rispettare il limite del 30% per le SIOS?

Per dare una interpretazione coerente con le finalità e la ratio dei recenti interventi normativi si potrebbe sostenere che a prescindere dalla categoria di lavorazioni e, dunque, dalla presenza di opere SIOS, il limite delle lavorazioni subappaltabili è sempre e comunque individuato dalla stazione appaltanti nella determina a contrarre.

In tale modo l'aggiudicatario potrà subappaltare per intero una SIOS se non è considerata dalla stazione appaltante con non subappaltabile o considerata come prevalente.

… Il parere dell’ANAC

L’ANAC sul punto intervenendo in merito ad una gara del Comune di Cagliari per il recupero e riqualificazione di alloggi (Massima N. 213 – 2021 e Parere di Precontenzioso n. 771 – 2021), ha ribadito però che le cosiddette SIOS, in quanto opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, **sono soggette a un regime normativo in deroga alle norme generali sotto diversi profili**.

Ciò per garantire che l’esecuzione di tali opere sia effettuata soprattutto dall’appaltatore qualificato.

Il problema dunque rimane aperto..

Il subappalto qualificante o «necessario»

Dal momento che l'art. 89 comma 11 del D.Lgs. n. 50 del 2016 prevede ancora che non è possibile ricorrere all'avvalimento per lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali il subappalto qualificante potrebbe consentire una maggior partecipazione alla gara da parte di operatori economici non in possesso della qualificazione necessaria.

Infatti D.L. 77 del 2016 non è intervenuto su tale fattispecie lasciando immutata la previsione dell'art. 12, comma 2, del D.L. 28 marzo 2014, n. 47, in tal caso, potrebbe però consentire al singolo operatore economico di partecipare alla gara potendo essere applicato il subappalto sia per le opere a qualificazione necessaria che per le super-specialistiche.

Il concorrente non qualificato per tutte le prestazioni (ad esempio per i lavori le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria / non obbligatoria/ SIOS), potrà ricorrere alla qualificazione di un subappaltatore.

In sintesi..

Nella lex specialis di gara dunque le Stazioni Appaltanti dovranno:

- individuare le prestazioni o le lavorazioni che l'aggiudicatario dovrà eseguire direttamente, fermo restando che la **categoria** prevalente dei lavori (o le **prestazioni prevalenti dei servizi**) non potranno essere subappaltate per oltre il 49,9%;

- Indicare l'eventuale divieto di subappalto con adeguata motivazione in ragione della specificità delle prestazioni;

- Le categorie SIOS di cui all'art. 89, comma 11, del D.Lgs. n. 50 del 2016 rileveranno solo per il divieto di avvalimento, venendo meno il limite del 30% della loro subappaltabilità per effetto dell'abrogato comma 5 dell'art. 105.

Altre modifiche: l’art. 105 comma 14 del D.Lgs. n. 50 del 2016

«Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli **stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto** e riconoscere ai lavoratori un **trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l’applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro,** qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle **caratterizzanti** l’oggetto dell’appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle **categorie prevalenti** e siano incluse nell’**oggetto sociale del contraente principale**»

Con la novella sopra riportata non sussiste quindi più il limite di ribasso del 20% che il subappaltatore può applicare ai prezzi di contratto.

Ispettorato del lavoro nota del 06 ottobre 2021

Per applicare le stesse condizioni lavorative del contraente principale ai lavoratori del subappaltatore è necessario che le lavorazioni sub-affidate siano di una certa rilevanza ovvero siano **caratterizzant**i (termine che non coincide con quello di prestazioni prevalenti) e non certo marginali o accessorie.

Al fine dell'applicazione di tali tutele conta lo specifico oggetto dell'affidamento e non la tipologia delle attività esercitate dall'operatore economico; al fine di individuare il CCNL applicabile nel caso di specie occorre considerare essenzialmente l'oggetto del contratto di appalto.

L’art. 10 della Legge 23 dicembre 2021 n. 238

Attraverso tale articolo sono stati nuovamente modificati alcuni articoli del Codice dei contratti pubblici.

In *primis* è disposta la abrogazione nei settori ordinari del comma 6 dell’art. 105 del D.Lgs. n. 31 del 2016 ovvero della previsione inerente l’obbligo di indicare in gara la terna dei subappaltatori e che era già stata sospesa più volte e in ultimo per effetto del D.L. n. 77 del 2021 non era obbligatoria fino al 31 dicembre 2023.

Sono state modificate le disposizioni di cui all’art. 80 commi 1, 5 e 7 del D.Lgs. n. 50 del 2016 allorquando prevedevano l’attestazione e la verifica dei requisiti generali anche in capo ai subappaltatori indicati in fase di gara.

E’ stato abrogato il comma 4 dell’art. 105 per cui è consentito ora all’operatore economico che ha partecipato alla gara di poter intervenire in fase esecutiva in qualità di subappaltatore.

Dunque..

Dal 1 febbraio 2022 i soggetti affidatari dei contratti possono subappaltare lavori, servizi o forniture compresi nel contratto stesso, 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;

• 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 secondo le specifiche indicazioni dell’art. 105 comma 1 del d.Lgs. n. 50 del 2016 (prevalenza) o della lex specialis (limiti qualitativi).

Il comma 7 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016 non si potrà applicare al subappaltatore?

Ricordiamo che tale disposizione prevede che un operatore economico (e non più anche un subappaltatore) che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è **ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti**.

L'articolo parla di "operatore economico" e **non di aggiudicatario** per cui è evidente che la eliminazione dal testo della locuzione subappaltatore non crea alcuna ripercussione operativa.

In caso di concessioni

L’art. 10 della Legge n. 238 del 2021 abroga in relazione al subappalto nell’esecuzione dei contratti di concessione nei settori ordinari l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori (art. 174, comma 2, terzo periodo).

Viene inoltre disposto che l’affidatario provvede a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali un’apposita verifica, svolta dalla stazione appaltante, abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80 del D.lgs. n. 50 del 2016 (art. 174, comma 3).

Art. 31 comma 8 del D.Lgs. n. 50 del 2016

Si tratta in sostanza delle attività di suporto al RUP ed è stata prevista la possibilità in capo al progettista di “affidare a terzi attività di consulenza specialistica inerenti ai settori energetico, ambientale, acustico e ad altri settori non attinenti alle discipline dell’ingegneria e dell’architettura per i quali siano richieste apposite certificazioni o competenze, rimanendo ferma la responsabilità del progettista anche ai fini di tali attività”.

Art. 31 comma 8 del D.Lgs. n. 50 del 2016

Per quanto attiene l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria, l'art. 10 della Legge n. 238 del 2021 dispone che dovrà avvenire nel rispetto del principio di non discriminazione fra i diversi soggetti sulla base della forma giuridica assunta.

È quindi prevista – nelle more dell'adozione del decreto di cui all'articolo 216 comma 27-octies del D.Lgs. n. 50 del 2016 – l'adozione di un decreto del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, che dovrà definire i requisiti minimi che devono avere gli altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale ad offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura per partecipare alle procedure di affidamento.

Grazie per la vostra gentile attenzione.

Avv. Samantha Battiston
info@studiobattiston.eu