

Alcune considerazioni sulle principali novità del nuovo Codice dei contratti pubblici in tema di subappalto

A cura di Roberto Travaglini (Confindustria Vicenza)¹

Sommario: 1. Premessa – La questione del limite quantitativo del subappalto. 2. La definizione di subappalto. 3. I sub-contratti che negli appalti di lavori non costituiscono subappalto. 4. L'obbligatoria indicazione in gara della terna di subappaltatori. 5. La solidarietà tra appaltatore e subappaltatore. 6. Pagamenti al subappaltatore e relative garanzie. 7. Conclusioni.

1. Premessa – La questione del limite quantitativo del subappalto

Sin da quando si è conosciuto il testo dello schema di decreto delegato oggetto della deliberazione preliminare del Consiglio dei Ministri in data 3 marzo 2016, l'attenzione dei commentatori e degli operatori pubblici e privati per quanto attiene alla disciplina del subappalto nei lavori pubblici si è concentrata sulla permanenza o meno di un limite quantitativo alla subappaltabilità delle lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente.

Com'è noto, infatti, la disciplina che sullo specifico aspetto si era consolidata a partire dall'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55, per poi trasfondersi nell'art. 118 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prevedeva la subappaltabilità entro la quota fissata dal regolamento - comunque in misura non superiore al 30% - delle lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente, ferma restando la subappaltabilità integrale delle lavorazioni riconducibili alle ulteriori categorie indicate nel bando in aggiunta alla prevalente.

Un regime particolare era stato introdotto dalla c.d. "Merloni quater" (legge 166/2002) e confermato dal previgente Codice dei contratti (D. Lgs. 163/2006) con riferimento alla subappaltabilità di "lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali", che se presenti in aggiunta alla categoria prevalente per un valore singolarmente superiore al 15% dell'importo complessivo dell'appalto, non potevano a loro volta essere subappaltati in percentuale eccedente quella ammessa per la categoria prevalente (30%), costringendo, pertanto, gli operatori economici non qualificati nelle corrispondenti categorie per almeno il 70% del relativo valore, a costituirsi in ATI verticale o altra forma di concorrente plurisoggettivo per coprire tramite altro soggetto la qualificazione mancante.

Rispetto al quadro così molto sommariamente ricostruito aveva fatto scalpore la constatazione – all'indomani della deliberazione preliminare del Consiglio dei Ministri del 3 marzo 2016 – che nel testo dell'articolo recante la disciplina del subappalto fosse scomparso ogni limite quantitativo all'impiego dell'istituto, sia nel settore dei lavori, sia in quelli delle forniture e dei servizi, a prescindere dal carattere prevalente o meno delle categorie (nel caso dei lavori) o delle prestazioni (nel caso delle forniture e dei servizi).

Il perché di una simile scelta era peraltro esplicitato nella Relazione illustrativa che accompagnava lo schema di decreto delegato entrato in Consiglio dei Ministri, dove si poteva (ed è tuttora possibile, attesa l'assenza di una versione "aggiornata" al testo normativo poi pubblicato in Gazzetta Ufficiale e vigente dallo scorso 19 aprile) leggere che "L'articolo non pone limiti alla possibilità di subappalto, a differenza della disciplina del codice del 2006 che stabiliva il limite del 30 per cento per le categorie prevalenti, posto che la direttiva lascia sostanzialmente libera tale facoltà e che il nostro ordinamento e la legge delega prevedono il divieto di gold plating. Tuttavia si impone che il subappaltatore debba garantire gli stessi prezzi e lo stesso standard qualitativo delle prestazioni.

L'unica limitazione prevista per il subappalto attiene alle categorie superspecialistiche, nel limite del 30 per cento."

¹ Comunicazione scritta per il Convegno di studi "Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici", organizzato dall'Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti a Cortina d'Ampezzo l'8 luglio 2016.

Nonostante questa articolata e piuttosto convincente argomentazione - forse anche per il clamore mediatico attribuito alla scelta normativa, che aveva portato alcuni organi di informazione e certe forze politiche a parlare di “regalo ai costruttori” e di “pericoloso abbassamento della guardia nei confronti dell’infiltrazione malavitosa negli appalti e nella tutela delle condizioni di sicurezza nei cantieri” - il testo del decreto delegato poi definitivamente approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 aprile 2016 (anche se concordanti ed univoci indizi fanno ritenere che l’articolato abbia subito modifiche ed integrazioni fino al giorno che ne ha preceduto la pubblicazione in G.U., cioè il 18 aprile!) riporta sul punto una soluzione disciplinare ben diversa: reintroduzione di un limite in percentuale del valore delle prestazioni subappaltabili rispetto all’importo complessivo dell’appalto, per di più, nel caso dei lavori pubblici, riferito non solo alle lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente (con conseguente subappaltabilità integrale delle lavorazioni riconducibili alle restanti categorie indicate nel bando di gara o nella lettera d’invito), bensì all’appalto nel suo complesso.

Inversione “radicale” di rotta che la dice lunga sulla saldezza dei convincimenti degli estensori del provvedimento normativo!

D’altra parte, ulteriore problematico segno di discontinuità della nuova disciplina del subappalto rispetto alla previgente è, sempre in ordine alla quota subappaltabile, costituito dalla “condizione” indicata nella lettera a) del comma 4 dell’art. 105, in virtù della quale perché l’appaltatore possa ottenere l’autorizzazione a subappaltare è necessario che *“tale facoltà sia prevista espressamente nel bando di gara anche limitatamente a singole prestazioni e, per i lavori, sia indicata la categoria o le categorie per le quali è ammesso il subappalto”*.

Mentre in precedenza dall’enucleazione nel bando di talune lavorazioni come appartenenti a categorie diverse da quella prevalente - e, perciò, considerate subappaltabili e/o scorporabili - discendeva la relativa, anche totale, subappaltabilità, ferma restando la subappaltabilità nel limite del 30% dell’importo della categoria prevalente, nel nuovo regime costituisce presupposto necessario all’esercizio della facoltà di ricorso al subappalto l’esplicita indicazione nel bando delle prestazioni (nel caso di lavori, l’indicazione deve riguardare le categorie) per le quali la stazione appaltante considera possibile (e, quindi, autorizzabile) il subaffidamento.

Ne consegue che mancando tale indicazione nel bando (o nella lettera d’invito, qualora la procedura di affidamento non preveda la previa pubblicazione di un bando), l’utilizzo del subappalto viene radicalmente inibito, il tutto a seguito di una scelta rimessa all’autonoma valutazione compiuta dalla stazione appaltante in sede progettuale e ribadita (in termini di omessa previsione) nel bando o nella lettera d’invito.

Scelta, quella della stazione appaltante, che attenendo a profili di discrezionalità tecnica, è potenzialmente censurabile dal giudice amministrativo (e, ancor prima, dall’ANAC nell’esercizio dei ruoli assegnatili nel c.d. precontenzioso), il tutto, peraltro, con una deleteria moltiplicazione delle occasioni di conflitto tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici interessati al mercato dei lavori, dei servizi e delle forniture alle amministrazioni aggiudicatrici ed ai restanti soggetti tenuti ad applicare il Codice dei contratti pubblici.

Da ultimo, rimanendo sul piano dei limiti quantitativi al subappalto, va segnalata la disposizione contenuta nell’art. 105, comma 5, in base alla quale *“Per le opere di cui all’articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l’eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell’importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso”*.

Il richiamo all’art. 89, disposizione dedicata all’istituto dell’avvalimento, riguarda in particolare il relativo comma 11, in virtù del quale *“Non è ammesso l’avvalimento qualora nell’oggetto dell’appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. E’ considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore delle opere superi il dieci per cento dell’importo totale dei lavori. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, è definito l’elenco delle opere di cui al*

presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma 15".

A sua volta, la norma da ultimo richiamata prevede che *"Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 89, comma 11, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 12 del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80"*, disposizioni che, com'è noto, hanno rideterminato in modo riduttivo rispetto alle originarie indicazioni del DPR 207/2010 il novero delle c.d. SIOS.

Attraverso i descritti richiami, l'art. 105, comma 5, estende in modo specifico alle strutture, impianti ed opere speciali presenti nell'appalto (o della concessione) di lavori in misura singolarmente superiore al 10% (non più al 15% com'era nel Codice previgente) dell'importo totale, il limite quantitativo di utilizzo del subappalto (30%), altrimenti riferito all'importo complessivo dell'appalto, finendo per introdurre ulteriori elementi di rigidità in un quadro già caratterizzato da una difficile "coabitazione" tra regole giuridiche ed esigenze imprenditoriali di flessibilità operativa.

Ma se quello dei limiti quantitativi al subappalto è stato l'aspetto disciplinare che si è conquistato un posto di rilievo nelle prime "letture" del nuovo Codice dei contratti pubblici, altri – egualmente inerenti l'istituto del subappalto – sono rimasti defilati o del tutto ignorati.

Di qui l'obiettivo, perseguito con la presente nota, di dare anche ad essi almeno un'autonoma evidenza e, nei limiti delle (scarse) capacità di chi scrive, anche una prima chiave interpretativa.

Poiché non si parte da "zero", bensì da un testo – quello dell'art. 118 del D. Lgs. 163/2006 – che gli operatori hanno avuto modo di interpretare ed applicare per quasi un decennio (per di più, lo stesso testo era in buona parte la trasposizione nel Codice del 2006 dell'art. 18 della legge 55/1990 s.m.), il "filo conduttore" della presente nota è quello di evidenziare le novità presenti nell'art. 105 del D. Lgs. 50/2016 rispetto all'art. 118 del previgente Codice.

Operazione supportata anche dalla riproduzione, collocata in chiusura, delle due citate norme con i relativi "testi a fronte".

2. La definizione di subappalto

Se si prescinde dalla sfumatura espressiva presente nel comma 1 - laddove stabilisce che *"I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice di norma eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto"*, utilizzando l'espressione "di norma" in luogo di quella, sul piano lessicale più rigorosa, di *"sono tenuti a eseguire in proprio"*, peraltro priva di concreti risvolti disciplinari – la prima novità – della quale, almeno personalmente, non si sentiva il bisogno – è rinvenibile nel primo periodo del comma 2 dell'art. 105, recante una definizione del subappalto.

Vi si legge che *"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"*.

Affermazione indubbiamente corretta, ma che non aggiunge in realtà nulla al "bagaglio" concettuale che ci deriva dal codice civile (art. 1656) e dalla nozione di "sub-contratto" o "contratto derivato", figura che ricorre nel caso in cui da un determinato contratto ne deriva un altro, caratterizzato dall'avere lo stesso o analogo contenuto economico ed il medesimo tipo di causa di quello principale.

Con il subappalto, quindi, l'appaltatore affida ad un terzo (il subappaltatore), in tutto o in parte, l'esecuzione delle prestazioni (lavori, forniture, servizi) costituenti l'oggetto dell'appalto. Ne consegue che vengono a coesistere due contratti di appalto, dei quali il secondo è derivato dal primo, poiché il subappalto ha nell'appalto il relativo presupposto e condizione di esistenza (si veda, ad esempio, Cass. civ., Sez. I, 11 novembre 2009 n. 23903).

Piuttosto, la circostanza che a questo primo periodo il legislatore delegato faccia seguire altro, recante la precisazione che *"Costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività del contratto di appalto ovunque*

espletate che richiedono l'impiego di manodopera" sembrerebbe allargare a dismisura la portata della nozione di "subappalto", che finisce per ritenersi esistente ogni qual volta un soggetto terzo rispetto all'appaltatore ponga in essere attività ricomprese nel contratto d'appalto, a prescindere dalla natura delle specifiche prestazioni rese dal sub-contraente (che potrebbero avere ad oggetto un "dare" anziché un "facere") e qualunque sia l'incidenza, anche se minimale, della manodopera che il sub-contraente impiega in tale attività.

3. I sub-contratti che negli appalti di lavori non costituiscono subappalto

Tralasciando il terzo periodo del comma 2 – che fissa nel 30% dell'importo complessivo dell'appalto la quota massima del valore delle prestazioni oggetto del subappalto e del quale si è già ampiamente trattato al punto 1 – il quarto periodo acuisce a dismisura le criticità già intraviste in chiusura del paragrafo precedente.

Infatti, vi si legge dapprima che "(Ne)Gli appalti di lavori non costituiscono comunque subappalto le forniture senza prestazione di manodopera", affermazione di cui sarebbe andato fiero Jacques de La Palice, giacché descrivendo una fattispecie speculare (assenza di prestazione di manodopera) a quella del secondo periodo (impiego di manodopera), la non riconducibilità al fenomeno del subappalto doveva già ritenersi in *re ipsa*.

Ma quel che preoccupa è il prosieguo del periodo, in base al quale, sempre negli appalti di lavori, non costituiscono subappalto neppure *"le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare"*.

I pochi commentatori che si sono soffermati su questo punto della disposizione si sono per lo più limitati a darne una lettura di piena continuità con quanto in precedenza statuito dall'art. 118, comma 11, del D. Lgs. 163/2006 e, ancor prima, dall'art. 18, comma 12, della legge 55/1990, relativamente ai sub-contratti assimilati, in termine di regime loro riservato, al subappalto.

In realtà, la disposizione sopra riportata riguarda i sub-contratti non costituenti subappalto ("(Ne)Gli appalti di lavori non costituiscono comunque subappalto ...") e "rovescia" il criterio espositivo tradizionalmente seguito (art. 18, comma 12, legge 55/1990; art. 118, comma 11, D. Lgs. 163/2006) sull'argomento, che invece definiva i sub-contratti considerati subappalti ("Ai fini del presente articolo è considerato subappalto").

S'impongono innanzi tutto due considerazioni preliminari.

La prima è che il nuovo Codice definisce i sub-contratti non costituenti subappalto con esclusivo riguardo agli appalti di lavori, contrariamente a quanto avveniva nel regime previgente, nel quale l'individuazione era "trasversale" a tutti gli ambiti considerati (lavori, forniture e servizi).

Conseguentemente, c'è da chiedersi se possa ancora configurarsi il fenomeno dei sub-contratti non assimilati dal punto di vista disciplinare al subappalto negli ambiti costituiti dagli appalti di fornitura e dagli appalti di servizi.

La seconda considerazione è che la norma previgente circoscriveva la portata dell'assimilazione disciplinare *"ai (soli) fini del presente articolo"*, specificazione assente nell'art. 105 del D. Lgs. 50/2016, il che autorizza a porsi il problema se il legislatore delegato abbia ancora voluto delimitare i confini della figura negoziale del subappalto ai soli fini della disciplina dettata nella norma in esame, oppure se abbia inteso stabilire che ad ogni effetto giuridico costituiscono subappalti i sub-contratti privi delle condizioni indicate al quarto periodo del comma 2, con potenziali, importanti, conseguenze anche sull'estensione della fattispecie penalmente rilevante del subappalto non autorizzato (art. 21 legge 646/1982).

A parte queste considerazioni preliminari, l'aver individuato nella nuova disposizione le condizioni la cui presenza è necessaria perché un sub-contratto non costituisca subappalto, utilizzando gli stessi "indicatori" (importo del sub-contratto, espresso in termini percentuali rispetto all'importo del contratto principale, nonché in termini assoluti; incidenza percentuale del costo della manodopera rispetto al valore complessivo del sub-contratto) impiegati sin dal

1990 per identificare i sub-contratti invece assimilati al subappalto, richiedendone la contestuale presenza nella singola fattispecie, determina un risultato interpretativo assolutamente deleterio e dirompente.

Il tutto, senza che la Relazione illustrativa allo schema di decreto delegato – rimasta quella che lo corredeva in occasione del primo passaggio in Consiglio dei ministri il 3 marzo scorso, quando il testo normativo, sul punto, era in piena continuità con il Codice del 2006 – possa fornire alcuna giustificazione della scelta normativa sopravvenuta, né della “consapevolezza” del legislatore delegato in ordine alla portata pratica della nuova soluzione adottata.

Riassumendo, a norma dell’art. 105, comma 2, quarto periodo, del D. Lgs. 50/2016, le condizioni che debbono ricorrere congiuntamente perché il sub-contratto non costituisca subappalto sono:

1. l’importo economico del sub-contratto → alternativamente inferiore al 2% dell’importo complessivo dell’appalto, oppure inferiore a euro 100.000
2. il costo della manodopera e del personale utilizzato nell’esecuzione del sub-contratto → non superiore al 50% dell’importo totale del sub-contratto.

Ciò significa che, pur in presenza di una fornitura con posa in opera o di un nolo a caldo il cui costo del personale risulti non superiore al 50% dell’importo complessivo della fornitura o del nolo, se l’importo di quest’ultimi raggiunge o supera il 2% dell’importo dell’appalto, oppure supera l’importo assoluto di euro 100.000, quella fornitura o quel nolo a caldo costituiscono subappalto e, pertanto, devono essere previamente autorizzati dalla stazione appaltante, incidono nella quota subappaltabile del 30% dell’importo complessivo dell’appalto ed il relativo sub-affidatario deve essere qualificato come esecutore di lavoro pubblico, ecc..

Conclusioni, queste, senza dubbio aberranti ed alle quali non era dato pervenire prima con l’art. 18, comma 12, della legge 55/1990 e poi con l’art. 118, comma 11, del D. Lgs. 163/2006, in quanto l’assimilazione al subappalto, anche laddove l’importo del sub-contratto avesse superato il 2% del valore dell’appalto oppure euro 100.000, era in ogni caso inibita dal costo della manodopera e del personale, comunque non superiore al 50% dell’importo del sub-contratto.

Né ci sembra avere fondamento l’approccio interpretativo “minimalista”, secondo cui nulla sarebbe cambiato con il nuovo codice, tesi che trarrebbe fondamento sulla possibilità di attribuire valenza di congiunzione disgiuntiva alla “e” utilizzata nella descrizione degli elementi caratterizzanti la fattispecie normativa dei sub-contratti costituenti subappalto (*“se singolarmente di importo inferiore al 2 per cento dell’importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro e qualora l’incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento dell’importo del contratto da affidare”*).

Nonostante la modesta qualità formale di numerose norme del nuovo Codice, appare francamente insostenibile immaginare che in una stessa frase la “e” assuma sia il ruolo di congiunzione coordinativa (*“costo della manodopera e del personale”*), sia il ruolo di congiunzione disgiuntiva (*“di importo inferiore a 100.000 euro e qualora l’incidenza del costo della manodopera”*), e che quest’ultimo ruolo sia assolto, nell’ambito dello stesso periodo, anche dalla “o” (*“di importo inferiore al 2 per cento dell’importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro”*).

D’altra parte, anche un approccio logico-sistematico all’interpretazione della disposizione in commento - che facendo leva sui connotati civilistici del subappalto quale contratto derivato dall’appalto mantenga fermo il distinguo tra il subappalto e le figure negoziali della fornitura/compravendita (ancorché accompagnate da prestazioni accessorie consistenti nella posa in opera dei beni che ne costituiscono l’oggetto) e della locazione mista con prestazione d’opera (nolo a caldo), impedendone l’assimilazione laddove quest’ultime figure presentino un’incidenza del costo della manodopera non superiore al 50% dell’importo complessivo del subcontratto – sembra infrangersi sul secondo periodo del comma 2, che come già evidenziato in precedenza stabilisce che *“Costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l’impiego di manodopera”*.

Ciò che preme sottolineare è che la problematica fin qui illustrata, al di là dei profili di carattere giuridico, presenta notevolissime ricadute sul piano operativo, finendo per condizionare in modo assai pesante l’organizzazione produttiva delle imprese impegnate nei lavori pubblici.

Infatti, anche per le forniture con posa in opera e per i noli a caldo costituenti subappalto ai sensi dell'art. 105, comma 2, quarto periodo, del D. Lgs. 50/2016, è necessaria la previa autorizzazione della stazione appaltante, che a norma del successivo comma 4 può essere concessa purché:

“a) tale facoltà (ndr.: di ricorso al subappalto) sia prevista espressamente nel bando di gara anche limitatamente a singole prestazioni e, per i lavori, sia indicata la categoria o le categorie per le quali è ammesso il subappalto. Tutte le prestazioni nonché le lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili;

b) all'atto dell'offerta (ndr.: i concorrenti) abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo;

c) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80”.

Inoltre, anche l'importo dei sub-contratti costituenti subappalto ai sensi del comma 2, quarto periodo, va imputato nella quota massima di subappaltabilità che il terzo periodo quantifica nel 30% dell'importo complessivo dell'appalto.

Non vi è chi non veda come l'operare congiunto di tutte queste regole possa determinare la frequente impossibilità per gli appaltatori di lavori pubblici di portare a termine i contratti di cui si sono resi aggiudicatari, essendo loro impedito da regole mal formulate – e, si ha modo di ritenere, non adeguatamente meditate dai relativi estensori – di ricorrere ai normali processi di organizzazione produttiva.

A fronte di queste incongruenze e distorsioni normative, appare del resto difficile immaginare una soluzione esclusivamente affidata all'inflazionato (quanto meno negli auspici di questi primi due mesi e mezzo di vigenza del nuovo Codice) intervento “salvifico” dell'ANAC.

A prescindere dal rilievo che nell'intero art. 105, dedicato al subappalto, non vi è alcun rinvio ad atti riconducibili all'innovativa, quanto abusata, categoria della c.d. *soft law*, qui non si tratta di dare attuazione a norme di rango primario bisognose di regole applicative di dettaglio, bensì di intervenire sulla disposizione codicistica per modificarne il contenuto, incongruo sul piano giuridico e deleterio su quello pratico-operativo.

Da qualche settimana si parla di una ripubblicazione del D. Lgs. 50/2016 emendato dei numerosi errori materiali che lo caratterizzano.

La cosa più semplice e rapida potrebbe essere trattare come errore materiale da rimuovere attraverso l'*errata corrige* la parola “non” presente nella frase “(Ne)Gli appalti di lavori non costituiscono comunque subappalto ...”, con la conseguente riproposizione della tradizionale formulazione che la norma ha avuto fin dal 1990.

In alternativa, sempre nella logica della correzione di un errore materiale, si potrebbe intervenire sulla frase “e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento” sostituendo la congiunzione comparativa “e” con la congiunzione disgiuntiva “o”, conservando per il resto il testo attualmente in vigore.

Qualora la strada dell'*errata corrige* non risultasse percorribile e fosse nel contempo confermata l'impossibilità di risolvere la problematica in via meramente interpretativa o di *soft law* da parte dell'ANAC, non resterebbe che il ricorso ad un cd. Decreto correttivo al Codice, come previsto dall'art. 1, comma 8, della legge delega 11/2016.

4. L'obbligatoria indicazione in gara della terna di subappaltatori

Ulteriore significativa novità nella disciplina del subappalto è quella introdotta con il comma 6 dell'art. 105, in base al quale “E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'articolo 35”.

La disposizione attua uno dei criteri di delega espressamente riservati all'istituto del subappalto dalla legge 28 gennaio 2016, n. 11, ed in particolare quella parte dell'art. 1, comma 1, lett. rrr), ove si prevede la *"introduzione nei contratti di lavori, servizi e forniture di una disciplina specifica per il subappalto, prevedendo in particolare: l'obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta le parti del contratto che intende subappaltare; l'espressa individuazione dei casi specifici in cui vige l'obbligo di indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto; l'obbligo di dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori indicati di motivi di esclusione e di sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza di motivi di esclusione"*.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, l'indicazione già in sede di offerta della terna di subappaltatori è sempre obbligatoria nel caso di appalti (di lavori, forniture o servizi) d'importo pari o superiore alle corrispondenti soglie comunitarie, mentre viene rimessa alla scelta discrezionale della stazione appaltante, da esplicitare nel bando di gara in coerenza con gli indispensabili presupposti progettuali che la giustificano, l'estensione di analogo obbligo anche agli appalti d'importo inferiore alle predette soglie.

Anche questo aspetto innovativo della disciplina del subappalto presenta profili problematici.

Dal punto di vista operativo, la necessità d'indicare sin dalla fase di offerta i potenziali sub affidatari di prestazioni la cui esecuzione potrebbe differire di molto nel tempo rispetto alla gara d'appalto comporta la difficoltà di vincolare concretamente i potenziali subappaltatori sia nell'*an*, sia nel *quantum* e la conseguente necessità di consentire all'appaltatore di sostituire i subappaltatori indicati qualora non fossero più disponibili nel momento in cui diviene attuale il bisogno di fare ricorso alle rispettive prestazioni.

Inoltre, la disposizione appare di difficile interpretazione laddove esclude dall'obbligatoria indicazione della terna di subappaltatori gli appalti che, pur superando le soglie dettate dall'art. 35, richiedono una *"particolare specializzazione"*, espressione quest'ultima alquanto generica e per la quale non sono espressamente previsti interventi di integrazione/specificazione disciplinare ad opera della c.d. *soft law*.

Ulteriore problematica connessa alla fattispecie dell'obbligatoria indicazione in gara della terna di subappaltatori è quella costituita dagli effetti dell'eventuale accertamento in capo ad essi di fattispecie che il Codice considera cause di esclusione.

Come evidenziato in precedenza, la legge delega 11/2016, con riferimento alle fattispecie di obbligatoria indicazione in gara della terna di subappaltatori, prevede espressamente *"l'obbligo di dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori indicati di motivi di esclusione e di sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza di motivi di esclusione"* (art. 1, comma 1, lett. rrr).

Il legislatore delegato ha attuato il sopra riprodotto criterio di delega stabilendo che:

- *"Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6"* per una serie di reati elencati nel prosieguo della norma (art. 80, comma 1)
- *"Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6"*, cioè quando risultino, alternativamente o congiuntamente
 - infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, nonché agli obblighi retributivi nei confronti del personale dipendente,
 - lo stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo senza continuità aziendale, o la pendenza di procedimenti per la dichiarazione di tali situazioni,
 - la commissione di gravi illeciti professionali,
 - la sussistenza di conflitti d'interesse ai sensi dell'art. 42, comma 2,
 - la distorsione della concorrenza che a norma dell'art. 67 non possa essere rimossa,

- sanzioni interdittive di cui al D. Lgs. 231/2001 o il divieto a contrarre con la P.A.,
- false dichiarazioni e/o documentazioni ai fini dell’attestazione di qualificazione per il periodo coperto dalla conseguente iscrizione del casellario informatico dell’ANAC,
- la violazione del divieto di intestazione fiduciaria di cui all’art. 17 della legge 55/1990,
- la mancata presentazione della certificazione sull’adempimento degli obblighi riguardanti il collocamento al lavoro dei disabili ovvero la falsa autocertificazione in merito,
- la mancata denuncia all’autorità giudiziaria dei reati di concussione e/o di estorsione dei quali si è stati vittima,
- la sussistenza di una situazione di controllo ex art. 2359 c.c. o di altra relazione con altro partecipante alla gara, tale da comportare la riconducibilità delle rispettive offerte ad un unico centro decisionale (art. 80, comma 5).

A tal riguardo preme rilevare che mentre la legge delega sembra associare alla verifica in capo al subappaltatore (anche ad uno di quelli che compongono la terna degli indicati in gara) di una delle cause di esclusione la sola conseguenza dell’obbligo, apparentemente in capo al concorrente non ancora divenuto appaltatore, di sostituire il subappaltatore cui detta causa è riferita, i commi 1 e 5 l’art. 80 del D. Lgs. 50/2016 fanno scaturire dall’accertata esistenza in capo al subappaltatore indicato di una delle cause ostative ivi indicate l’esclusione dalla gara dell’operatore economico che vi prende parte (cioè il concorrente).

Le due “reazioni” delineate nella legge delega e nel decreto delegato a fronte del medesimo fenomeno paiono assolutamente diverse e, a giudizio di chi scrive, anche tra loro inconciliabili, in quanto non ha alcun senso pensare ad una sostituzione del subappaltatore (conseguenza prevista dalla legge 11/2016) e contemporaneamente prevedere l’esclusione dalla gara del concorrente che ha indicato quel subappaltatore (conseguenza delineata nei citati commi 1 e 5 dell’art. 80).

Il che potrebbe determinare un eventuale vizio della disciplina contenuta sul punto nel D. Lgs. 50/2016 rispetto allo specifico criterio di delega dettato dalla legge 11/2016.

A meno di non “ricostruire” in modo diverso la portata della delega, ritenendo che la mera sostituzione del subappaltatore in luogo dell’esclusione dalla gara del concorrente che lo ha inserito nella terna non riguardi l’ipotesi di gare sopra soglia – o, comunque, accompagnate dall’obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori ex art. 105, comma 6 - bensì la diversa ipotesi in cui la sussistenza di cause di esclusione in capo al subappaltatore venga accertata in occasione del procedimento finalizzato all’autorizzazione del subappalto, trovando applicazione l’art. 105, comma 12 secondo cui *“L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80”*.

Un ultimo profilo critico riguardo alla disciplina oggetto di esame nel presente punto è quello concernente la possibilità, per un subappaltatore indicato nella terna, di partecipare a titolo diretto alla medesima gara.

Nell’art. 105 manca una espressa previsione in tal senso, assenza che, seguendo gli indirizzi della giurisprudenza formatasi riguardo a fattispecie assoggettate ad analoga e poi abrogata disciplina, dovrebbe indurre a considerare non preclusa la partecipazione alla gara a titolo di concorrente singolo o plurisoggettivo da parte delle stessa impresa indicata quale potenziale subappaltatore da alto concorrente alla medesima gara (Cons. Stato, Sez. VI, 28.02.2000, n. 1056, relativamente ad una procedura esperita nella vigenza della legge 109/1994 e prima della soppressione dell’obbligo di indicare da uno a sei nominativi di subappaltatori operato dalla legge 431/1998).

Va, peraltro, rilevato che numerosi protocolli di legalità prevedono espressamente l’impossibilità di autorizzare l’affidamento in subappalto di parte delle prestazioni oggetto dell’appalto in favore di concorrente poi non rimasto aggiudicatario dell’appalto di cui trattasi, e, in ogni caso, la contestuale presenza nella medesima gara di soggetti che vi accedono, seppur a diverso titolo, potrebbe essere considerato un elemento negativo rispetto ai principi di trasparenza e parità di condizioni che debbono essere sempre assicurati nelle procedure concorsuali.

5. La solidarietà tra appaltatore e subappaltatore

Il comma 5 dell'art. 105 è almeno in parte innovativo rispetto a quanto disponeva il previgente Codice, in quanto "importa" a livello di normativa primaria di settore la disciplina della solidarietà tra appaltatore e subappaltatore contenuta con portata generale nell'art. 29 del D. Lgs. 276/2003 e che il D. Lgs. 163/2006 esplicitava esclusivamente per gli obblighi retributivi nei confronti del personale alle dipendenze del subappaltatore (art. 118, comma 6), mentre la solidarietà riguardo agli obblighi previdenziali ed assicurativi costituiva l'indiretto presupposto per l'intervento sostitutivo della stazione appaltante disciplinato dall'art. 4 del DPR 207/2010.

Intervento sostitutivo che il nuovo Codice ora delinea nell'art. 30, commi 5 (inadempienza contributiva) e 6 (inadempienza retributiva), debitamente richiamati in chiusura dell'art. 105, comma 9.

6. Pagamenti al subappaltatore e relative garanzie

Un ultimo aspetto innovativo della disciplina del subappalto del quale si vuol dar conto nella presente nota è quello relativo al pagamento del prezzo di cui il subappaltatore ha diritto quale corrispettivo dell'adempimento delle obbligazioni dedotte nel contratto di subappalto.

Com'è noto, la disciplina previgente prevedeva:

- la facoltà di scelta in capo alla stazione appaltante, da esercitare e rendere manifesta nel bando di gara, se provvedere al pagamento diretto del subappaltatore, oppure se lasciare tale incombenza all'appaltatore (che, del resto, è la controparte del subappaltatore nel contratto di subappalto), stabilendo in quest'ultimo caso l'obbligo per l'appaltatore di *"trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate"* e prevedendo che *"Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari"* (art. 118, comma 3, D. Lgs. 163/2006)
- la possibilità per la stazione appaltante, qualora ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, di provvedere al pagamento diretto di quest'ultimi, sentito l'appaltatore, anche in assenza di una conforme previsione del bando di gara (art. 118, comma 3, ultimo periodo)
- la possibilità per la stazione appaltante, nella pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale e secondo le determinazioni del tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura, provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite dai subappaltatori e dai cottimisti (art. 118, comma 3-bis)

Il nuovo Codice aveva l'obbligo di conformarsi allo specifico criterio definito nella legge 11/2016, che imponeva di configurare normativamente *"l'obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori in caso di inadempienza da parte dell'appaltatore o anche su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, per i servizi, le forniture o i lavori forniti"*, prevedendo altresì, *"ove il subappaltatore sia una microimpresa (ndr.: meno di 10 dipendenti e fatturato inferiore a 2 milioni di euro annui) o una piccola impresa (ndr.: meno di 50 dipendenti e fatturato inferiore a 10 milioni di euro annui), l'espressa individuazione delle fattispecie in cui la stazione appaltante procede al pagamento diretto, fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori"* (art. 1, comma 1, lett. rrr).

A tale compito il legislatore delegato ha provveduto con l'art. 105, comma 13, in base al quale *"La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:*

- a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa;*
- b) in caso di inadempienza da parte dell'appaltatore;*

c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente”.

Non si può, peraltro, non rilevare la carenza della disciplina da ultimo riprodotta, soprattutto per quanto attiene alla lett. a) (subappaltatore o cottimista microimpresa o piccola impresa), mancando del tutto *“l'espressa individuazione delle fattispecie in cui la stazione appaltante procede al pagamento diretto”* espressamente richiesta dalla legge delega.

Inoltre, pur nel rispetto testuale della delega, risultano alquanto carenti anche le previsioni contenute nelle lett. b) e c), mancando ogni precisazione riguardo all'entità dell'inadempimento imputabile all'appaltatore, così come alle caratteristiche “naturali” del contratto tali da consentire il pagamento diretto del subappaltatore a fronte di una sua richiesta in tal senso.

Del resto, i termini *“subappaltatore”* e *“cottimista”*, impiegati nel definire le fattispecie riportate alle lett. a), b) e c), paiono avere una portata soggettiva più ridotta e, quindi, non coerente con l'*incipit* del comma 13, per il quale il pagamento diretto ad opera della stazione appaltante non riguarda soltanto tali figure, ma anche quelle del *“prestatore di servizi”* e del *“fornitore di beni o lavori”*.

Infine, ciò che lascia alquanto perplessi è che, al di fuori delle ipotesi nelle quali si prevede il pagamento diretto da parte della stazione appaltante, non viene più fatta menzione dello strumento che sin dal 1990 ha costituito di gran lunga il principale (per non dire quasi esclusivo) presidio a tutela dei subappaltatori e dei cottimisti (e con l'art. 15 della legge 180/2011, c.d. *“Statuto delle imprese”*, anche dei fornitori), ovvero la sottoposizione del pagamento da parte della stazione appaltante in favore dell'appaltatore al previo riscontro (tramite esibizione delle fatture quietanzate) dell'avvenuto soddisfacimento dei crediti vantati dai sub-contraenti per le prestazioni rese all'appaltatore e contabilizzate nel precedente stato di avanzamento.

7 - Conclusioni

L'impressione che si trae da questa seppur sommaria carrellata lungo l'art. 105, che il D. Lgs. 50/2016 dedica all'istituto del subappalto, è che la qualità ed i contenuti della disciplina riservata ad un fondamentale strumento per l'esecuzione dei contratti pubblici e per la corrispondente organizzazione produttiva degli operatori economici siano sensibilmente peggiorati.

Quel che è peggio è che tale sensazione ci accompagna costantemente nell'ancora parziale e comunque faticosa presa di conoscenza del Codice dei contratti pubblici nel suo complesso, così da farci sorgere il dubbio di essere del tutto inadeguati al compito, viste le magnificenze attribuite al nuovo provvedimento da chi è al governo del nostro Paese.

D'altra parte, qualora l'illustre Maestro Massimo Severo Giannini avesse avuto modo di riproporre anche nei confronti del nuovo Codice dei contratti pubblici il caustico giudizio che diede a precedenti strumenti regolatori del settore, definiti *“enigmistica giuridica incomprensibile anche ai più esperti”*, si sarebbe sentito etichettare, al più, come un *“gufo”*!

DECRETO LEGISLATIVO 18 aprile 2016, n. 50	DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006 n.163
Art. 105 (Subappalto)	Art. 118 (Subappalto, attività che non costituiscono subappalto e tutela del lavoro)
1. I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice <u>di norma eseguono in proprio</u> le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità. E' ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.	1. I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice <u>sono tenuti a eseguire in proprio</u> le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto, a pena di nullità, salvo quanto previsto nell'articolo 116.
2. <u>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. Costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera.</u> Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. (Ne)Gli appalti di lavori <u>non costituiscono comunque subappalto</u> le forniture senza prestazione di manodopera, le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. 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 sub-contratto, 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. <u>E' altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato</u>	2. La stazione appaltante è tenuta ad indicare nel progetto e nel bando di gara le singole prestazioni e, per i lavori, la categoria prevalente con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie, relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch'esse con il relativo importo. <u>Tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo.</u> Per i lavori, <u>per quanto riguarda la categoria prevalente, con il regolamento, è definita la quota parte subappaltabile</u>, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma <u>in ogni caso non superiore al trenta per cento</u>. Per i servizi e le forniture, tale quota è riferita all'importo complessivo del contratto. 11. <u>Ai fini del presente articolo è considerato 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.</u> Il subappaltatore non può subappaltare a sua volta le prestazioni salvo che per la fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali da individuare con il regolamento; in tali casi il fornitore o subappaltatore, per la posa in opera o il montaggio, può avvalersi di imprese di propria fiducia per le quali non sussista alcuno dei divieti di cui al comma 2, numero 4). È fatto obbligo all'affidatario di comunicare alla stazione appaltante, per tutti i sub-contratti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati.

<u>nonché siano variati i requisiti di cui al comma 7.</u> 3. Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto: a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante; b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici; c) <u>l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani</u> di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ovvero 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, <u>nonché nei comuni delle isole minori</u> di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448.	12. Ai fini dell'applicazione dei commi precedenti, le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto: a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi; b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici.
4. <u>I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché :</u> a) <u>tale facoltà sia prevista espressamente nel bando di gara</u> anche limitatamente a singole prestazioni e, per i lavori, sia indicata la categoria o le categorie per le quali è ammesso il subappalto. <u>Tutte le prestazioni nonché le lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili;</u> b) all'atto dell'offerta abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo; c) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.	2 (5° periodo). L'affidamento in subappalto o in cottimo è sottoposto alle seguenti condizioni: 1) che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo; <i>... omissis ...</i> 3) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38; 4) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni
5. Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.	
6. E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di	

cui all'articolo 35e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'articolo 35.	
7. L'affidatario deposita il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. 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 presente 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'articolo 80. Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici.	2 (5° periodo). L'affidamento in subappalto o in cottimo è sottoposto alle seguenti condizioni: <i>... omissis ...</i> 2) che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni; 3) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38; 4) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni
<u>8. Il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Nelle ipotesi di cui al comma 13, lettere a) e c), l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al primo periodo.</u>	
9. L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni. 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. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono 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 del piano di cui al comma 16 17. 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 in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori.	6. L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni; è, 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. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del piano di cui al comma 7. 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 in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori.
<u>10. 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,</u>	

si applicano le disposizioni di cui all'articolo 30, commi 5 e 6.	
11. Nel caso di formale contestazione delle richieste di cui al comma precedente, il responsabile del procedimento inoltra le richieste e delle contestazioni alla direzione provinciale del lavoro per i necessari accertamenti.	
12. L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.	
13. La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi: a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa; b) in caso inadempimento da parte dell'appaltatore; c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.	3. Nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. Nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento. Ove ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono, accertate dalla stazione appaltante, per il contratto di appalto in corso può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto alle mandanti, alle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori a norma dell'articolo 93 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 , nonché al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite. 3-bis. E' sempre consentito alla stazione appaltante, anche per i contratti di appalto in corso, nella pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite dagli eventuali diversi soggetti che costituiscano l'affidatario, quali le mandanti, e dalle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori a norma dell'articolo 93 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 , dai subappaltatori e dai cottimisti, secondo le determinazioni del tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura. 3-ter. Nelle ipotesi di cui ai commi 3, ultimo periodo, e 3-bis, la stazione appaltante, ferme restando le disposizioni previste in materia di obblighi informativi, pubblicità e trasparenza, è in ogni caso tenuta a pubblicare nel proprio

	sito internet istituzionale le somme liquidate con l'indicazione dei relativi beneficiari.
14. L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto. 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, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario e' solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.	4. L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento. L'affidatario corrisponde gli oneri della sicurezza, 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 presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.
15. Per i lavori, nei cartelli esposti all'esterno del cantiere devono essere indicati anche i nominativi di tutte le imprese subappaltatrici.	5. Per i lavori, nei cartelli esposti all'esterno del cantiere devono essere indicati anche i nominativi di tutte le imprese subappaltatrici, nonché i dati di cui al comma 2, n. 3)
16. Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare, il documento unico di regolarità contributiva 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.	6-bis. Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare, il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori 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, della salute e delle politiche sociali
17. I piani di sicurezza di cui al decreto legislativo del 9 aprile 2008, n.81 sono messi a disposizione delle autorità competenti preposte alle verifiche ispettive di controllo dei cantieri. L'affidatario e' 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. Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o di consorzio, detto 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.	7. I piani di sicurezza di cui all'articolo 131 sono messi a disposizione delle autorità competenti preposte alle verifiche ispettive di controllo dei cantieri. 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. Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o di consorzio, detto 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
18. L'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile 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. La stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione di cui al comma 4 entro trenta giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato	8. L'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile 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. La stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione entro trenta giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola

una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi. 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.	volta, ove ricorrano giustificati motivi. 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
19. L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto.	9. L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto.
20. 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, nonché alle associazioni in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto; si applicano altresì agli affidamenti con procedura negoziata.	10. Le disposizioni dei commi 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 si applicano anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili, nonché alle associazioni in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto; si applicano altresì alle concessioni per la realizzazione di opere pubbliche e agli affidamenti con procedura negoziata.
21. E' fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto della normativa comunitaria vigente e dei principi dell'ordinamento comunitario, di disciplinare ulteriori casi di pagamento di retto dei subappaltatori.	
22. Le stazioni appaltanti rilasciano i certificati necessari per la partecipazione e la qualificazione di cui all'articolo 83, comma 1, e all'articolo 84, comma 4, lettera d), all'appaltatore, scomputando dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto. I subappaltatori possono richiedere alle stazioni appaltanti i certificati relativi alle prestazioni oggetto di appalto realmente eseguite.	