

Avv. Giuseppe Fabrizio Maiellaro

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: COSA CAMBIA CON IL D.LGS. 209/2024

Le novità in tema di
Consorzi non necessari,
Subappalto e Avvalimento

AGENDA

- I consorzi non necessari art. 67
- L’avvalimento art. 104
- Il subappalto art. 119

I CONSORZI NON NECESSARI



(art. 67)

I CONSORZI NON NECESSARI

GLI OPERATORI ECONOMICI IN GENERALE

GLI OPERATORI ECONOMICI IN GENERALE (All. I.1 Codice)

Definizioni

ex art. 1 all. I.1 Codice

- **Operatore economico (art. 1 lett. l) all. I.1):** «*qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica*»
- **Micro, piccole e medie imprese** (**art. 1 lett. o) all. I.1**): *«le imprese come definite nella raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione europea, del 6 maggio 2003»*
  NB Micro Impresa = fino a dieci dipendenti e fatturato o totale di bilancio fino a 2 milioni euro
  Piccola Impresa fino a 50 dipendenti e un fatturato o un totale di bilancio fino a 10 milioni euro
  Media Impresa = fino a 250 dipendenti e fatturato fino a 50 milioni euro e totale di bilancio fino a 43 milioni di euro c)
- **Candidato (art. 1 lett. s) all. I.1):** *«un operatore economico che ha sollecitato un invito o è stato invitato a partecipare a una procedura ristretta, a una procedura competitiva con negoziazione, a una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, a un dialogo competitivo o a un partenariato per l'innovazione o ad una procedura per l'aggiudicazione di una concessione»*
- **Aggiudicatario (art. 1 lett. n) all. I.1):** *«un operatore economico cui è affidato un appalto o una concessione»*

- **Gli operatori economici sono soggetti che aspirano a concorrere** alle procedure di affidamento per la stipula di contratti pubblici disciplinati dal Codice (v. Relazione illustrativa su art. 65 Codice) e sono elencati all'art. 65 Codice, riproponendo sostanzialmente i contenuti del precedente art. 45 c. 2 D.Lgs. n. 50/2016 (con riallocazione di alcune previsioni in altre norme del nuovo Codice – v. disciplina RTI)

- Tutti i soggetti riconducibili alla nozione di operatore economico possono prendere parte alle gare pubbliche, **non potendo essere imposta dalle stazioni appaltanti una specifica forma giuridica** quale presupposto per la partecipazione – c.d. «principio della neutralità della forma e della natura giuridica del soggetto»

- Gli operatori che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura **devono essere messi in condizione di partecipare**: principio della libertà delle forme (TAR Puglia Bari 3.4.2013 n. 467)

- **Nella nozione di operatore economico possono quindi rientrare anche soggetti pubblici**, quali gli enti pubblici economici o non economici (ex art. 1, comma 2, d.lgs. 30.03.2001 n. 165) oppure le università, ove concorrano per l'acquisizione di un contratto pubblico in un regime di concorrenza sul mercato di riferimento

GIURISPRUDENZA – ANAC

- **Definizione ENTE PUBBLICO, ECONOMICO E NON ECONOMICO** ex art. 1 c. 2 D.Lgs. 30.3.2001 n. 165:
  - **Enti pubblici economici**: enti pubblici (diversi dallo Stato) che, per legge e per statuto (e quindi in modo non fattuale e non contingente), producono beni o servizi con criteri di economicità, ossia con equivalenza (almeno tendenziale) tra costi e ricavi, analogamente ad un comune imprenditore
  - **Enti pubblici non economici**: enti pubblici (diversi dallo Stato) che, per legge e per statuto (e quindi in modo non fattuale e non contingente) producono beni o servizi con criteri di economicità, ossia con equivalenza (almeno tendenziale) tra costi e ricavi, analogamente ad un comune imprenditore, ma perseguendo per legge i propri scopi con finanziamenti dello Stato e di altri enti pubblici e, cioè, diversi dai corrispettivi ottenuti
  - (Consiglio di Stato sez. III 10.4.2015 n. 1842)

UNIVERSITÀ

- **È ammessa la partecipazione delle Università** alle procedure di gara come operatori economici (nel caso di trattava di un appalto di servizi), poiché la norma comunitaria (v. art. 4 della Direttiva 2004/18/CE), è chiara nel sostenere che non possono essere esclusi dalla gara soggetti in ragione del loro *status* di persona fisica o giuridica o di soggetto pubblico o privato (Corte di Giustizia UE 23.12.2009 C-305/08)
- In ogni caso è **necessario** che la partecipazione dell'ente pubblico alla gara risulti **strumentale al perseguimento dei propri fini istituzionali**, trattandosi pur sempre di enti senza scopo di lucro (cfr. determinazione AVCP 21.10.2010, n. 7; v. anche C. Giustizia UE 18.12.2014 C-568/13 sulle aziende sanitarie locali)

ENTI NO PROFIT

- **Gli enti no profit sono ammessi a partecipare alle gare**, sul presupposto che non sia possibile discriminare l'operatore sulla base della sua forma giuridica e delle peculiari finalità dell'attività svolta (Consiglio di Stato, Sez. VI, 16.6.2009, n. 3897)
- Sussistono comunque **criticità** circa la partecipazione di tali enti che derivano soprattutto dai **finanziamenti pubblici di cui godono**, con conseguente concreto rischio di alterazione del confronto concorrenziale - per ovviare a tale criticità la giurisprudenza ha suggerito di verificare caso per caso l'eventuale esistenza di una effettiva posizione di vantaggio (il criterio non è solido, però, perché in linea teorica una posizione di vantaggio c'è sempre, non operando gli enti no profit secondo logiche ordinarie di remunerazione)

GLI OPERATORI ECONOMICI
(art. 65 Codice)

Art. 65 c. 2 Codice

Sono **operatori economici (OE)** i seguenti soggetti:

a) gli **imprenditori individuali**, anche artigiani, **e le società**, anche cooperative

b) i **consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro** (legge 25.6.1909 n. 422 e d.lgs. CPS 14.12.1947 n. 1577)

c) i **consorzi tra imprese artigiane** (legge 8.8.1985 n. 443)

d) i **consorzi stabili**

e) i **raggruppamenti temporanei di concorrenti (c.d. «RTI» o «ATI»)**, costituiti o costituendi, tra gli OE di cui alle lett. a), b), c) e d)

f) i **consorzi ordinari di concorrenti** ex art. 2602 c.c., costituiti o costituendi, tra gli OE di cui alle lett. a), b), c) e d), anche in forma di società ex art. 2615-ter c.c.

g) le **aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete** (ex art. 3, comma 4-ter, DL 10.2.2009 n. 5 convertito con mod. dalla legge 9.4.2009 n. 33)

h) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di **Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE)** ex d.lgs. 23.7.1991 n. 240

- *«Sono **ammessi a partecipare** alle procedure di affidamento dei contratti pubblici:*
  - *gli operatori economici di cui all'articolo 1, lettera l), dell'allegato I.1,*
  - *nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi»*
    - (**art. 65 c. 1 Codice**)

- *«**Le stazioni appaltanti***
  - *possono imporre alle persone giuridiche di indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione a procedure per l'affidamento di appalti che comportino esecuzione di servizi o lavori nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone fisiche incaricate di fornire la prestazione*
  - *e possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente»*
  - (**art. 65 c. 3 Codice**)

GLI OPERATORI ECONOMICI PER L'AFFIDAMENTO DI SIA (art. 66 Codice)

Sono **ammessi a partecipare** alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (SIA) **nel rispetto del principio di non discriminazione fra i diversi soggetti sulla base della forma giuridica assunta**:

a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura

b) le società di professionisti

c) le società di ingegneria

d) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi

e) altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, nel rispetto dei princìpi di non discriminazione e par condicio fra i diversi soggetti abilitati

f) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a e)

g) i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria

NB *la norma ripropone i contenuti dell'art. 46 D.Lgs. n. 50/2016*

I CONSORZI “NON NECESSARI” IN GENERALE



I CONSORZI NON NECESSARI

art. 65
c. 2 lett. b), c) e d)
art. 67
art. 68
c. 17 e 18 all. 11.12

CONSORZI STABILI E CONSORZI TRA SOCIETÀ COOPERATIVE E TRA IMPRESE ARTIGIANE

DEFINIZIONE CONSORZIO E SOCIETÀ CONSORTILI NEL CODICE CIVILE

Art. 2602 c. 1 c.c.

(nozione consorzio)

*«Con il contratto di **consorzio** più imprenditori istituiscono una organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese»*

Art. 2615-ter c. 1 c.c.

(società consortili)

*«Le **società** previste nei capi III e seguenti del titolo V* **[S.n.c., S.a.s. S.p.A., S.a.p.A., S.r.l.]** *possono assumere come oggetto sociale gli scopi indicati nell'articolo 2602»*

IN GENERALE: I CONSORZI NON NECESSARI NELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

- Le fattispecie più risalenti sono quelle delle **società cooperative di produzione e lavoro** (v. legge n. 422/1909 e regolamento di attuazione ex R.D. 12.2.1911 n. 278), abilitate a iscriversi all'Albo nazionale dei costruttori già nel 1962 (v. legge 10 febbraio 1962 n. 57)

- I **consorzi «stabili»** invece sono più recenti, perché definiti e regolati per la prima volta ex art. 10 c. 1 lett. c) e art. 12 legge n. 109/1994 (legge quadro sui lavori pubblici – c.d. «Legge Merloni»)

- I **consorzi stabili, i consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane** sono da sempre una realtà ibrida e complessa da inquadrare e disciplinare nel settore dei contratti pubblici, perché:
  - ✓ hanno una matrice civilistica – che conferisce al consorzio soggettività autonoma e unitaria, pur essendo composti da più imprese, e causa mutualistica (tipica del contratto di consorzio tra imprese)
  - ✓ sono inseriti in una disciplina speciale pubblicistica, secondo schemi e finalità pro-concorrenziali

CONSORZI NON NECESSARI IN GENERALE (art. 67 Codice)

- **L'art. 67 Codice** disciplina i **consorzi «non necessari»** – denominati così per distinguerli dai consorzi «ordinari», che seguono invece il regime giuridico degli RTI ex art. 68 Codice – e sostituisce il precedente art. 47 D.Lgs. n. 50/2016

- Ai sensi dell'art. 65 c. 2 lett. b), c) e d) (e art. 66 c. 1 lett. g) Codice, i consorzi non necessari sono:
  - ✓ i **consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro** (legge 25.6.1909 n. 422; D.Lgs. CPS 14.12.1947 n. 1577)
  - ✓ i **consorzi tra imprese artigiane** (legge 8.8.1985 n. 443)
  - ✓ i **consorzi stabili** (introdotti per la prima volta dall'art. 10 c. 1 lett. c) e dall'art. 12 legge n. 109/1994)

- L'**art. 67 c. 1 e 4 – 7 Codice** reca la disciplina dei requisiti speciali dei consorzi non necessari, richiamando anche l'applicazione delle disposizioni attuative dell'**all. II.12 Codice** (cfr. Correttivo 2024)

- L'**art. 67 Codice**, sia nel suo assetto originario che in quello modificato con il Correttivo 2024, ha introdotto **novità significative proprio in tema di partecipazione e qualificazione dei consorzi** ai fini dell'affidamento, anche per superare le criticità e i contrasti giurisprudenziali che hanno caratterizzato l'applicazione delle norme in materia

CONSORZI STABILI



(art. 65 c. 2 lett. d) - art. 67 c. 1, 3 - 4, 6 - 8, art. 68 c. 17 e 18 - all. II.12)

CONSORZI STABILI

STRUTTURA E ORGANIZZAZIONE DEI CONSORZI STABILI

STRUTTURA E ORGANIZZAZIONE DEI CONSORZI STABILI (artt. 65 c. 2 lett. d) e 67 Codice)

- I **consorzi stabili,** costituiti anche in forma di società consortili ex art. 2615 ter c.c. sono formati:
  - ✓ **da non meno di 3 consorziati**
  - ✓ con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, che hanno stabilito di **operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici**
  - ✓ per un periodo di **tempo non inferiore a 5 anni**
  - ✓ istituendo a tal fine una **comune struttura di impresa**

  (**art. 65 c. 2 lett. d) Codice**)

- Caratteristica distintiva dei consorzi stabili è proprio **la natura non occasionale dell'organizzazione comune** (periodo minimo di 5 anni)

- La disciplina relativa ai consorzi stabili contenuta nell'**art. 67 Codice si applica anche ai consorzi stabili per l'affidamento dei SIA ex art. 66 c. 1 lett. g) Codice**

Consiglio di Stato sez. V 29.9.2023 n. 8592

- *«l'istituto del consorzio stabile costituisce una evoluzione della figura tradizionale disciplina dagli artt. 2602 ss. c.c., e si colloca in una **posizione intermedia fra le associazioni temporanee e gli organismi societari risultanti dalla fusione di imprese**.*
- *Il consorzio stabile, pertanto,*
  - ✓ *rappresenta una particolare categoria dei consorzi disciplinati dal codice civile ed è soggetto, pertanto,*
    - *sia alla disciplina generale dettata dallo **stesso codice**,*
    - *sia a quella speciale dettata dal **codice dei contratti pubblici**.*
  - ✓ *(…) si colloca nel più ampio fenomeno della **partecipazione aggregata alle procedure di evidenza pubblica**, secondo i principi del favor partecipationis e della neutralità delle forme giuridiche dei soggetti partecipanti alla procedura di gara posti dalla legislazione prima comunitaria e poi eurounitaria»*

- *I consorzi stabili sono «(…) **aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca** e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto.*
- *(…) l'elemento qualificante dei consorzi stabili è senz'altro **la 'comune struttura di impresa' da intendersi quale 'azienda consortile' utile ad eseguire in proprio**, ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni affidate a mezzo del contratto (cfr. Adunanza Plenaria 18 marzo 2021, n. 5; Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; Cons. Stato, sez. III, 4.2.2019, n. 865; Cons. Stato, sez. V, 17.1.2018, n. 276).*
- *(…) **non** è ravvisabile un rapporto di 'mandato' tra il consorzio stabile e le imprese consorziate.*
- *(…) la soluzione interpretativa prospettata dalla Corte Suprema di Cassazione, con sentenza n. 1192 del 2018, secondo cui: "**I consorzi stabili, con rilevanza esterna, previsti dalla legge n. 109 del 1994, sono enti collettivi dotati di autonomia soggettiva, organizzativa e patrimoniale rispetto alle imprese consorziate**, sicchè è il consorzio **l'unico soggetto legittimato ad agire** nei confronti del committente e **titolare delle somme riscosse** in esecuzione del contratto".»*

- Secondo la citata Corte di Cassazione «*(…) un aspetto che non può essere messo in discussione riguarda l'autonomia, sul piano giuridico ed organizzativo, del consorzio rispetto alle imprese consorziate, sicchè "la circostanza che* ***il consorzio stabile costituisce un autonomo soggetto di diritto dotato di autonoma qualificazione e di un patrimonio autonomo*** *(come si desume dalla previsione concernente la responsabilità solidale verso la stazione appaltante) impedisce ogni assimilazione tra consorziate del consorzio stabile e imprese mandanti di raggruppamenti temporanei di imprese, proprio per la ontologica differenza di struttura tra il primo e i secondi, per converso privi di personalità giuridica autonoma"».*
- La suddetta Corte di Cassazione ha ancora chiarito che *«(…) tra consorzio e consorziate non vi è traccia di un rapporto di 'mandato', nel quadro complessivo del rapporto consortile, atteso che "****Il vincolo*** *in forza del quale le consorziate provvedono a dare esecuzione al contratto stipulato non si giustifica, sotto il profilo negoziale, nell'assegnazione che non può essere considerata un contratto (e quindi né un subappalto né un mandato), ma solo un atto unilaterale recettizio, bensì* ***nel momento antecedente all'assegnazione e costituito dalla costituzione e dall'adesione al consorzio, unico atto negoziale contenente l'incarico di stipulare il contratto di appalto*** *per conto delle consorziate e l'ulteriore incarico di determinare di volta in volta a quale tra essere gli appalti assunti dovranno essere assegnati"»*

Consiglio di Stato sez. V 7.11.2022 n. 9752

- il consorzio stabile *«(…) è un nuovo e peculiare soggetto giuridico, promanante da un contratto a dimensione associativa tra imprese,* ***caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale da un rapporto tra le stesse imprese di tipo organico****, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici,*

- *sicché* ***unico interlocutore con l'amministrazione appaltante è il medesimo consorzio****, con la conseguenza che*

- ***i requisiti speciali di idoneità tecnica e finanziaria devono essere da esso comprovati con il cumulo dei requisiti delle singole consorziate*** *e non solo di quelli delle imprese per le quali il consorzio dichiari di concorrere»*

Consiglio di Stato sez. V 27.11.2023 n. 10144

Differenza tra consorzio stabile e consorzio ordinario di concorrenti

«L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza del 18 marzo 2021, n. 5, ha chiarito ***la differenza tra il consorzio ordinario*** *di cui agli artt. 2602 e ss. del codice civile* ***e il consorzio stabile****, la cui disciplina si rinviene nell'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016»*:

- ***il consorzio ordinario****, pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un'impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale,* ***ma*** *si limita a disciplinare e coordinare, attraverso un'organizzazione comune, le azioni degli imprenditori riuniti. Nel consorzio con attività esterna la struttura organizzativa provvede all'espletamento in comune di una o alcune funzioni (ad esempio, l'acquisto di beni strumentali o di materie prime, la distribuzione, la pubblicità, etc.), ma nemmeno nella sua disciplina civilistica è dotato di una propria realtà aziendale. Ne discende che, ai fini della disciplina in materia di contratti pubblici, il consorzio ordinario è considerato un soggetto con identità plurisoggettiva, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine. Esso prende necessariamente parte alla gara per tutte le consorziate e si qualifica attraverso di esse, in quanto le stesse, nell'ipotesi di aggiudicazione, eseguiranno il servizio, rimanendo esclusa la possibilità di partecipare solo per conto di alcune associate»*

- *«**I consorzi stabili** invece, ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, sono costituiti "tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro" che "abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa". I partecipanti in questo caso danno vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto. (…) il consorzio stabile, proprio perché dotato di personalità giuridica a differenza del consorzio con attività esterna, implica la costituzione di un'autonoma struttura consortile e il rapporto intercorrente tra consorzio ed imprese consorziate può essere ricondotto al rapporto tra società commerciale e socio, ove lo strumento associativo assume una sua completa autonomia (cfr. Cons. Stato, V, 18 ottobre 2022, n. 8866). Il consorzio stabile costituisce, dunque, una struttura dotata di propria soggettività giuridica (sul punto, cfr., altresì, Cons. Stato, V, 7 novembre 2022, n. 9762) alla luce del rapporto organico che lega lo stesso alle proprie consorziate, nonché alla luce della responsabilità solidale di consorzio stabile e consorziata indicata verso la stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, V, 28 dicembre 2022, n. 11439)*

ORGANIZZAZIONE DEL CONSORZIO STABILE PER LA PARTECIPAZIONE ALLA GARA

(art. 67 c. 4, 6 e 7 Codice)

- I consorzi stabili:
  - ✓ possono eseguire le prestazioni con la propria struttura o tramite le consorziate indicate in gara
  - ✓ se eseguono tramite consorziati devono indicare in gara le consorziate esecutrici per le quali il consorzio concorre

(**c. 4**)

- l'affidamento delle prestazioni alle proprie consorziate non costituisce subappalto, ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante (**c. 4**)
- *«La partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte delle consorziate designate dal consorzio offerente determina **l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d)*** [unico centro decisionale]*, **sempre che** l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali, fatta salva la facoltà di cui all'articolo 97»* (v. **procedura infrazione Commissione UE n. 2018/2273** su partecipazione alla stessa gara di ausiliaria e ausiliata in tema di avvalimento) (**c. 4**)

- *«È **vietata** la partecipazione a più di un consorzio stabile»* (**c. 7** – introdotto dal Correttivo 2024)

CONSORZI
STABILI

LA QUALIFICAZIONE DEI CONSORZI STABILI

LA QUALIFICAZIONE DEI CONSORZI STABILI
(art. 67 c. 2 – 4, 6 e 8 Codice)

I requisiti generali ex artt. 94 – 95 Codice

(art. 67 c. 3 Codice)

- I **requisiti di ordine generale** (v. artt. 94 – 98 Codice), devono essere posseduti e attestati in gara:
  - ✓ sia dal **consorzio stabile**
  - ✓ che dalle **consorziate indicate** per le quali il consorzio concorre

(**art. 67 c. 3**)

- **Per la prima volta la norma recepisce espressamente il consolidato orientamento giurisprudenziale** formatosi in tal senso in materia secondo cui, in caso contrario, lo strumento giuridico consortile si presterebbe a finalità elusive della normativa sui contratti pubblici, potendo fare da schermo a operatori esecutori non in possesso dei requisiti di affidabilità morale e professionale (Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 2012, n. 4969; id., 17 maggio 2012, n. 2825; id., 15 giugno 2010, n. 3759; id., 27 giugno 2007, n. 3765; id., 5 settembre 2005, n. 4477; id., 30 gennaio 2002, n. 507)

I requisiti speciali di idoneità professionale
ex art. 100 c. 1 lett. a) e c. 3 Codice

(art. 67 c. 3 Codice)

- I **requisiti di idoneità professionale** – *«le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 100»* – devono essere posseduti e attestati in gara:
  - ✓ (dal **consorzio** ove esegua in proprio e/o)
  - ✓ dalle **consorziate esecutrici** eventualmente indicate in gara

- **Per la prima volta viene codificato e chiarito** il regime normativo dei requisiti di idoneità professionale, prescrivendone il possesso in capo a chi esegue le prestazioni oggetto di affidamento

I requisiti speciali dei consorzi stabili
l'annosa questione del c.d. «cumulo alla rinfusa» e la giurisprudenza 2016 – 2022

- Il c.d. **«cumulo alla rinfusa»** riguarda la possibilità, da parte del consorzio stabile, di attestare il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale facendo valere – «cumulando» – quelli posseduti dalle consorziate indicate o meno in gara quali esecutrici del contratto
- In particolare per l'affidamento di **lavori**, la questione è da sempre oggetto di un acceso dibattito, soprattutto negli ultimi anni, a causa delle indicazioni non molto chiare che si ricavano dalle norme del D.Lgs. n. 50/2016
- **In sostanza, il diritto transitorio del Codice del 2016**, che richiama l'applicazione temporanea del Codice del 2006 – recante in effetti previsioni espressamente favorevoli all'applicazione generalizzata del cumulo alla rinfusa – forniva indicazioni poco chiare, soprattutto per gli affidamenti di lavori, poiché:
  - ✓ da un lato, **l'art. 47 c. 1 D.Lgs. n. 50/2016** dispone che i consorzi possono avvalersi delle risorse delle consorziate (indicate o no) solo per quanto riguarda attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo, ferma l'attuale disposizione del comma 2 bis della stessa norma che invece liberalizza l'applicazione del cumulo alla rinfusa solo per servizi e forniture
  - ✓ dall'altro, **l'art. 216 c. 14 D.Lgs. n. 50/2016**, nel richiamare l'applicazione transitoria delle norme del Codice del 2006 (**artt. 81 e 94 c. 2 DPR n. 207/2010** e, quindi, **art. 36 c. 7 D.Lgs. n. 163/2006**) *«in quanto compatibili»*, in attesa del regolamento unico (mai emanato), ha consentito di ritenere perdurante quell'applicazione generalizzata del cumulo alla rinfusa, anche in caso di appalto di lavori
-

- Le disposizioni del Codice del 2016 sono state interpretate dalla **giurisprudenza** con **orientamenti diversi**:
  - ✓ un indirizzo ha affermato l'ammissibilità in via generale del ricorso al cumulo alla rinfusa, anche in coerenza con la causa mutualistica dei consorzi e nel rispetto dei principi europei
  - ✓ un altro indirizzo ha invece offerto una lettura restrittiva, limitando il cumulo alla rinfusa per i lavori soltanto alle attrezzature, ai mezzi d'opera e all'organico medio annuo.

- La questione è stata poi affrontata (e risolta?) dall'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5/2021**, in favore della generale applicazione del cumulo alla rinfusa

- **Ma**, anche dopo la pronuncia dell'Ad. Pl. n. 5/2021 e l'avvento del nuovo Codice, si è verificato un **contrasto giurisprudenziale** sul tema, con differenti orientamenti:
  - ✓ un orientamento teso a confermare, anche alla luce delle espresse indicazioni del Codice 2023, la generale ammissibilità del cumulo alla rinfusa (Consiglio di Stato sez. V 29.9.2023 n. 8592; id sez. V 27.11.2023 n. 10144)
  - ✓ un diverso orientamento teso a circoscrivere la pronuncia della Adunanza Plenaria allo specifico caso scrutinato in quella sede e a contrastare la generale applicazione del cumulo alla rinfusa, affermando che *«(…)* ***è necessario che le imprese designate possiedano e comprovino*** *(con la ribadita salvezza dei, limitati e specifici, casi di qualificazione cumulativa)* ***i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione*** *(…)»* (v. Consiglio di Stato sez. V 22.08.2022 n. 7360; Delibera ANAC 18.10.2023 n. 470)

I REQUISITI SPECIALI DEI CONSORZI STABILI NEL CODICE 2023 IN GARA PRIMA DEL CORRETTIVO 2024

(art. 67 c. 2 – art. 225 c. 13 Codice)

I requisiti speciali di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale ex art. 100 c. 1 lett. b) e c)

(art. 67 c. 2 Codice)

In ordine ai **requisiti capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale** l'art. 67 stabilisce che:

- *«(…)* sono disciplinati dal regolamento di cui all'articolo 100, comma 4» (**c. 1**)
- *«L'allegato II.12 disciplina, nelle more dell'adozione del regolamento di cui all'articolo 100, comma 4, la qualificazione degli operatori economici, **fermo restando** che (…):*

  a) *per gli appalti di **servizi e forniture**, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono **computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate**;*

  b) *per gli appalti di **lavori**, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi **sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate**»*

I REQUISITI SPECIALI DEI CONSORZI STABILI NEL CODICE 2023 IN GARA DOPO IL CORRETTIVO 2024 (art. 67 c. 2 – art. 225 c. 13 Codice)

I requisiti speciali di

capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale ex art. 100 c. 1 lett. b) e c) Codice

(art. 67 c. 1 Codice)

- I **requisiti capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale** dei consorzi stabili *«(…) sono disciplinati dall'allegato II.12, fermo restando che per i consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d):*
  - ✓ *a) per gli appalti di **servizi e forniture**, sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;*
  - ✓ *b) per gli appalti di **lavori** che il consorzio esegua esclusivamente **con la propria struttura**, senza designare le imprese esecutrici, i requisiti posseduti in proprio sono computati cumulativamente con quelli posseduti dalle imprese consorziate;*
  - ✓ *c) per gli appalti di **lavori** che il consorzio esegua **tramite le consorziate indicate** in sede di gara, i requisiti sono posseduti e comprovati da queste ultime in proprio, ovvero mediante avvalimento ai sensi dell'articolo 104»*

  (**art. 67 c. 1 Codice** – modificato dal Correttivo 2024)

- Il **c. 2** dell'art. 67 Codice è **abrogato**

I REQUISITI SPECIALI DEI CONSORZI STABILI NEL CODICE 2023 PER L'OTTENIMENTO/IL RINNOVO SOA

(art. 67 c. 8 Codice)

- *«Con riguardo ai consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d),* ***ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA****, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi* ***sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate****. La qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 106, comma 8, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2»* (**c. 8**)

- *«Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 100, nell'allegato II.12 sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio stabile o ai singoli consorziati che le eseguono. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente»* (**c. 6**)

  NB Come da disposizioni di attuazione dell'all. II.12 Codice:

  - ✓ *Ai fini della qualificazione, l'importo dei lavori appaltati al consorzio di imprese artigiane, al consorzio di cooperative e al consorzio stabile è attribuito, sulla base di una deliberazione del consorzio stesso, al consorzio ed eventualmente al consorziato esecutore secondo le modalità previste dall'articolo 23, comma 1, lettera b)»* (**art. 24 c. 8 all. II.12**)
  - ✓ *«l'impresa affidataria può utilizzare: 1) i lavori della categoria prevalente, per l'intero importo; 2) i lavori di ciascuna delle categorie scorporabili previste nel bando o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, appartenenti alle categorie di cui alla Tabella A, per l'intero importo ~~in ciascuna delle categorie scorporabili~~, al fine di determinare la cifra di affari complessiva»* (**art. 23 c. 1 lett. b) Codice** – modificato dal Correttivo 2024)
  - ✓ *«Ai fini della qualificazione del consorzio o del consorziato esecutore, la SOA acquisisce il certificato di esecuzione dei lavori, corredato della deliberazione consortile in cui sia precisato se il relativo importo sia da attribuire completamente al consorzio ovvero al consorzio e al consorziato nelle misure di cui al primo periodo. A tal fine il consorzio di imprese artigiane, il consorzio di cooperative e il consorzio stabile può utilizzare i lavori della categoria prevalente, per l'intero importo ovvero i lavori di ciascuna delle categorie scorporabili previste nel bando o nell'avviso di gara o nella lettera di invito appartenenti alle categorie di cui alla Tabella A per l'intero importo, in ciascuna delle categorie scorporabili»* (**art. 24 c. 8 all. II.12 Codice** – modificato dal Correttivo 2024)
  - ✓ *«In caso di scioglimento del consorzio stabile ai consorziati sono attribuiti pro-quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in quanto da questi non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione dei lavori nel quinquennio antecedente»* (**art. 32 c. 4 all. II.12 Codice**)

- *«Possono essere oggetto di **avvalimento** solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio in proprio e di tali requisiti è fornita specifica indicazione nell'attestazione di qualificazione SOA»* (**c. 7** – modificato dal Correttivo 2024)

QUADRO DI SINTESI DEI REQUISITI SPECIALI DEI CONSORZI STABILI NEL CODICE 2023 PRIMA E DOPO IL CORRETTIVO 2024

In sostanza, in caso di affidamento di appalto, ai sensi dell'art. 67 c. 2 e 8 Codice **prima del Correttivo 2024, i requisiti capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale** possono essere posseduti e attestati:

- In caso di **servizi e forniture** (**art. 67 c. 2**):
  - ✓ sia dal consorzio in proprio
  - ✓ che cumulando quelli delle proprie consorziate (indicate o meno come esecutrici

- In caso di **lavori** (**art. 67 c. 2 e 8**):
  - ✓ ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di **qualificazione SOA** (**c. 8**)
    - sia dal consorzio in proprio
    - che cumulando quelli delle proprie consorziate (indicate o meno come esecutrici
  - ✓ ai fini della partecipazione alla **gara** (**c. 2**)
    - sia dal consorzio in proprio
    - che cumulando quelli delle proprie consorziate (indicate o meno come esecutrici)

In sostanza, in caso di affidamento di appalto, ai sensi dell'art. 67 c. 1 e 8 Codice **dopo il Correttivo 2024**, **i requisiti capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale** possono essere posseduti e attestati:

- In caso di **servizi e forniture** (**art. 67 c. 1**):
  - ✓ sia dal consorzio in proprio
  - ✓ che cumulando quelli delle proprie consorziate (indicate o meno come esecutrici

- In caso di **lavori** (**art. 67 c. 2 e 8**):
  - ✓ ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di **qualificazione SOA** (**c. 8**)
    - sia dal consorzio in proprio
    - che cumulando quelli delle proprie consorziate (indicate o meno come esecutrici
  - ✓ ai fini della partecipazione alla **gara** (**c. 1**)
    - se esegue in proprio sia dal consorzio in proprio che cumulando quelli delle proprie consorziate (indicate o meno come esecutrici)
    - se esegue tramite le consorziate indicate in gara, da queste ultime in proprio oppure mediante avvalimento

Art. 32 c. 1 – 3 all. II. 12 Codice

«Consorzi stabili»

- *«1. I consorzi stabili di cui agli articoli 65, comma 1, lettera d), e 67, comma 4, del codice, eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante.*

- *2. I consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti.*

- *3. Il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione dei singoli consorziati, ma il documento di qualificazione di questi ultimi deve riportare la segnalazione di partecipazione a un consorzio stabile»*

Diritto transitorio della disciplina dei requisiti speciali dei consorzi stabili (art. 225 c. 13 – art. 225 bis c. 3 Codice)

- *«Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpretano nel senso che, **in via transitoria**, relativamente ai consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a **lavori, servizi e forniture** di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. L'articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di **servizi e forniture**, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara»*
- In sostanza, **le norme del D.Lgs. n. 50/2016 – fino al 30 giugno 2023 e, ove applicabili, anche successivamente a tale data – devono essere intrepretate e applicate nel senso di ammettere in via generale il cumulo alla rinfusa, richiamandosi allo scopo le norme del D.Lgs. n. 163/2006**

DIRITTO TRANSITORIO DELLA DISCIPLINA DEI REQUISITI SPECIALI DEI CONSORZI STABILI

Diritto transitorio sui requisiti speciali del consorzio stabile – introdotto dal **Correttivo 2024**

(art. 225 bis c. 3 Codice)

- *«Le disposizioni dell'articolo 67, nel testo vigente alla data di cui all'articolo 229, comma 2, continuano ad applicarsi ai **procedimenti in corso**.*
- *A tal fine, per **procedimenti in corso** si intendono le procedure e i contratti per i quali*
  - ✓ *bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore della presente disposizione*
  - ✓ *ovvero, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore della presente disposizione, siano già stati inviati gli avvisi a presentare offerte»*
- In sostanza, **le previsioni dell'art. 67 Codice nell'assetto vigente sino al 30.12.2024** (ammissione in via generale del cumulo alla rinfusa in sede di gara anche per i lavori ai fini della qualificazione dei consorzi stabili) **si applicano agli affidamenti indetti fino a tale data, mentre per quelli indetti a partire dal 31.12.2024 si applica le nuove regole introdotte in materia dal Correttivo 2024**

CONSORZI
STABILI

IL RECESSO DAL CONSORZIO STABILE

RECESSO DAL CONSORZIO
(art. 68 c. 17 – 18 Codice)

- *«È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, **sempre che** le imprese rimanenti abbiano **i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire**. Il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto»* (c. 17)

- *«Le previsioni di cui al comma 17 **trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b), c), d) e f)**»* (**c. 18**)

I CONSORZI TRA SOCIETÀ COOPERATIVE E TRA IMPRESE ARTIGIANE



(art. 65 c. 2 lett. b) e c) — artt. 67 e 68 c. 17 e 18)

CONSORZI TRA SOCIETÀ COOPERATIVE E TRA IMPRESE ARTIGIANE

- **Riferimenti normativi** per la disciplina dei consorzi tra società cooperative e dei consorzi tra imprese artigiane:
  - ✓ **legge 25.6.1909 n. 422** («Costituzione di consorzi di cooperative per appalti di lavori pubblici»)
  - ✓ **D.Lgs. CPS** (del Capo Provvisorio dello Stato) **14.12.1947 n. 1577** («Provvedimenti per la cooperazione»)
  - ✓ **legge 8.8.1985 n. 443** («Legge-quadro per l'artigianato»)
  - ✓ **artt. 65 c. 2 lett. b) e c), art. 67 c. 1, 2 e 5 Codice**

- **L'art. 67 Codice** prevede **l'assimilazione tra i consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane** ai fini della attestazione dei requisiti generali e speciali di tali consorzi, anche perché entrambe le tipologie di consorzio, nella pratica, svolgono lo stesso ruolo di garanzia di accesso al mercato per molte PMI in vista del perseguimento di uno scopo mutualistico

- Nonostante siano ritenuti assimilabili ai consorzi stabili (cfr. Consiglio di Stato sez. V 22.7.2019 n. 5124; parere ANAC n. 192/2008; Rel. Illustrativa Codice p. 104) **nell'assetto originario** dell'art. 67 Codice ai consorzi di cooperative e di imprese artigiane **non si applicava il c.d. «cumulo alla rinfusa»** per i requisiti speciali

L'ORGANIZZAZIONE DEI CONSORZI TRA SOCIETÀ COOPERATIVE E TRA IMPRESE ARTIGIANE (art. 67 c. 4 Codice)

- Si ritiene che i consorzi di cooperative e di imprese artigiane non possono eseguire in proprio e sono quindi **sempre tenuti a indicare in gara le consorziate per le quali concorre** (v. Relazione ill. Codice, p. 106)

- I consorzi di cooperative e di imprese artigiane **indicano in sede di offerta per quali consorziate il consorzio concorre** (**art. 67 c. 4 Codice** – modificato dal Correttivo 2024)

  NB quando la consorziata designata è, a sua volta, un consorzio di cooperative o di imprese artigiane, è tenuto anch'esso a **indicare, in sede di offerta, le consorziate per le quali concorre** (**art. 67 c. 4 Codice** – modificato dal Correttivo 2024)

- L'affidamento delle prestazioni alle consorziate non costituisce subappalto, ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante (**c. 4**)

LA QUALIFICAZIONE DEI CONSORZI TRA SOCIETÀ COOPERATIVE E TRA IMPRESE ARTIGIANE (art. 67 c. 3 – 4, 6 e 8 Codice)

I requisiti generali ex artt. 94 – 95 Codice

(art. 67 c. 3 Codice – modificato dal Correttivo 2024**)**

- I **requisiti di ordine generale** (v. artt. 94 – 98 Codice), devono essere posseduti e attestati in gara:
  - ✓ sia dal **consorzio**
  - ✓ che dalle **consorziate indicate** per le quali il consorzio concorre

  (**art. 67 c. 3 Codice**)

- **Per la prima volta la norma recepisce espressamente il consolidato orientamento giurisprudenziale** formatosi in tal senso in materia secondo cui, in caso contrario, lo strumento giuridico consortile si presterebbe a finalità elusive della normativa sui contratti pubblici, potendo fare da schermo a operatori esecutori non in possesso dei requisiti di affidabilità morale e professionale (Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 2012, n. 4969; id., 17 maggio 2012, n. 2825; id., 15 giugno 2010, n. 3759; id., 27 giugno 2007, n. 3765; id., 5 settembre 2005, n. 4477; id., 30 gennaio 2002, n. 507)

I REQUISITI SPECIALI DEI CONSORZI TRA SOCIETÀ COOPERATIVE E TRA IMPRESE ARTIGIANE

- I **requisiti di idoneità professionale ex art. 100 c. 1 lett. a) e c. 3 Codice** – *«le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 100»* – devono essere posseduti e attestati in gara:
  - ✓ (dal **consorzio** ove esegua in proprio e/o)
  - ✓ dalle **consorziate esecutrici** eventualmente indicate in gara

(**art. 67 c. 3 Codice** – modificato dal Correttivo 2024)

NB Per la prima volta viene codificato e chiarito il regime normativo dei requisiti di idoneità professionale, prescrivendone il possesso in capo a chi esegue le prestazioni oggetto di affidamento

- I **requisiti speciali di capacità tecnica e finanziaria possono essere attestati dai consorzi tra cooperative e tra imprese artigiane**
  - ✓ *«(…) utilizzando requisiti propri*
  - ✓ *e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi d'opera, le attrezzature e l'organico medio nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono»*

(**art. 67 c. 5 Codice** – modificato dal Correttivo 2024)

- *«Possono essere oggetto di **avvalimento** solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio in proprio e di tali requisiti è fornita specifica indicazione nell'attestazione di qualificazione SOA»* (**art. 67 c. 7 Codice** – modificato dal Correttivo 2024)

- *Ai fini della qualificazione, l'importo dei lavori appaltati al consorzio di imprese artigiane, al consorzio di cooperative e al consorzio stabile è attribuito, sulla base di una deliberazione del consorzio stesso, al consorzio ed eventualmente al consorziato esecutore secondo le modalità previste dall'articolo 23, comma 1, lettera b)»* (**art. 24 c. 8 all. II.12**)

- *«l'impresa affidataria può utilizzare: 1) i lavori della categoria prevalente, per l'intero importo; 2) i lavori di ciascuna delle categorie scorporabili previste nel bando o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, appartenenti alle categorie di cui alla Tabella A, per l'intero importo ~~in ciascuna delle categorie scorporabili~~, al fine di determinare la cifra di affari complessiva»* (**art. 23 c. 1 lett. b) Codice** – modificato dal Correttivo 2024)

- *Ai fini della qualificazione del consorzio o del consorziato esecutore, la SOA acquisisce il certificato di esecuzione dei lavori, corredato della deliberazione consortile in cui sia precisato se il relativo importo sia da attribuire completamente al consorzio ovvero al consorzio e al consorziato nelle misure di cui al primo periodo. A tal fine il consorzio di imprese artigiane, il consorzio di cooperative e il consorzio stabile può utilizzare i lavori della categoria prevalente, per l'intero importo ovvero i lavori di ciascuna delle categorie scorporabili previste nel bando o nell'avviso di gara o nella lettera di invito appartenenti alle categorie di cui alla Tabella A per l'intero importo, in ciascuna delle categorie scorporabili»* (**art. 24 c. 8 all. II.12 Codice** – modificato dal Correttivo 2024)

RECESSO DAL CONSORZIO
(art. 68 c. 17 – 18 Codice)

- *«È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, **sempre che** le imprese rimanenti abbiano **i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire**. Il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto»* (**c. 17**)

- *«Le previsioni di cui al comma 17 **trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b), c), d) e f)**»* (**c. 18**)

AVVALIMENTO



(art. 104)

L'AVVALIMENTO IN GENERALE
(art. 104 Codice)

- Con l'avvalimento dunque si consente alle imprese di qualificarsi in gara **avvalendosi delle capacità e delle risorse economico-finanziarie e tecnico-professionali possedute da altre imprese**
- È un istituto **nato dalla elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia CE negli anni '90**, codificato dalle Direttive UE nel 2004 e infine, per la prima volta, dal Codice del 2006 in Italia
- Attua principi e finalità di carattere generale e cogente

- *«**L'avvalimento** è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto»* **(art. 104 c. 1 Codice)**
- Nell'ambito della riforma del **Codice del 2023** l'istituto dell'avvalimento conferma la sua vocazione pro-concorrenziale e viene affinato nell'ottica di un **ampliamento della sua applicazione e operatività**

*«**1.** L'avvalimento è il **contratto** con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in **forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico**. Il contratto di avvalimento **è normalmente oneroso**, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti.*

***2.** Qualora il contratto di avvalimento sia concluso **per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, o di un appalto di servizi e forniture**, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta.*

***3.** Qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con **impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo** richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 100, comma 3, o con un soggetto **in possesso di titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione** della prestazione oggetto dell'appalto, i lavori o i servizi sono **eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria. Si applicano le disposizioni in materia di subappalto**»*

*«**4.** L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, **specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta**, e allega, nel caso di cui al comma 2, la certificazione rilasciata dalla SOA ~~o dall'ANAC~~* [modificato dal Correttivo 2024]. ***L'impresa ausiliaria*** *è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:*

*a) di essere in possesso dei **requisiti di ordine generale** di cui al Capo II del presente Titolo;*

*b) di essere in possesso dei **requisiti di cui all'articolo 100 per i servizi e le forniture**;*

*c) di **impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione** per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento.*

***5. L'impresa ausiliaria trasmette la propria attestazione di qualificazione** nel caso di avvalimento finalizzato all'acquisizione del requisito di partecipazione a una procedura di aggiudicazione di **lavori**. In caso di **dichiarazioni mendaci**, fermo restando l'applicazione dell'articolo 96, comma 15, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante assegna all'operatore economico concorrente **un termine, non superiore a dieci giorni, per indicare un'altra impresa ausiliaria idonea**, purché la sostituzione dell'impresa ausiliaria non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta dell'operatore economico. **Nel caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante esclude l'operatore economico**»*

*«**6. La stazione appaltante verifica se l'impresa ausiliaria è in possesso dei requisiti dichiarati** con le modalità di cui agli articoli 91 e 105, quest'ultimo con riguardo ai mezzi di prova e al registro online, e se sussistono cause di esclusione ai sensi del Capo II del presente Titolo. La stazione appaltante consente all'operatore economico di **sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi di esclusione**.*

***7. L'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto**. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico dell'operatore economico si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.*

***8. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara**, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, salvo quanto previsto dal comma 3»*

*«**9.** In relazione a ciascun affidamento **la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento** da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine **il RUP accerta in corso d'opera** che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento. Ha, inoltre, l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni ai sensi dell'articolo 29 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità.*

***10.** L'avvalimento **non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali** di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.*

***11.** Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti **possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica**, quali strutture, impianti e opere speciali* **[SIOS]**, *siano **direttamente svolti dall'offerente** o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento»*

*«**12.**» ~~Nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione~~*

*Nei soli casi in cui **l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta**, **non è consentito che partecipino alla medesima gara** l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione, **salvo** che la prima non dimostri in concreto e con adeguato supporto documentale, in sede di presentazione della propria domanda, che **non sussistono collegamenti** tali da ricondurre entrambe le imprese ad uno **stesso centro decisionale**. La stazione appaltante può comunque chiedere ad entrambe le imprese chiarimenti o integrazioni documentali, assegnando a tal fine un congruo termine non prorogabile»* (sostituito dal Correttivo 2024)

- Il **c. 1**, nel dare una definizione di avvalimento, lo definisce come un **«contratto normalmente oneroso»**, ponendo fine ad una annosa questione giurisprudenziale sulla natura contrattuale dell'istituto
- Il **c. 2** rimarca la connotazione e i presupposti dell'**avvalimento c.d. «operativo»**, ovverosia quello inerente alla messa a disposizione dei requisiti e delle risorse di carattere tecnico-organizzativo necessari per l'esecuzione delle prestazioni
- Nel **c. 3** sono stabiliti **i casi in cui l'ausiliaria, essendo in possesso di requisiti non trasferibili, deve svolgere in proprio la prestazione**, rinviandosi in questo caso alla disciplina del **subappalto**
- Nel **c. 4** sono indicati i documenti che il concorrente che si avvale di altri è tenuto a trasmettere alla stazione appaltante e la dichiarazione cui è tenuta l'ausiliaria
- Il **c. 5** prevede la facoltà di sostituzione dell'ausiliaria in casi di sua dichiarazione mendace
- Ai sensi del **c. 6** la valutazione sull'assenza di cause di esclusione va compiuta anche in relazione all'ausiliaria, mantenendo ferma la possibilità di sostituzione dell'impresa ausiliaria

- Nel **c. 7** si ribadisce la responsabilità in solido di ausiliaria e concorrente e l'applicazione della normativa antimafia anche nei confronti della prima
- I **c. 8 – 10** riprendono le previsioni del precedente codice, anche nella parte in cui si esclude l'ammissibilità dell'avvalimento per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali
- Nel **c. 11** è previsto che la stazione appaltante possa disporre che talune attività siano svolte direttamente dall'operatore offerente ed **elimina il limite generale di avvalimento prima imposto *ex lege* in merito alle categorie «SIOS»** (v. art. 89 c. 11 D.Lgs. n. 50/2016)
- Nel **c. 12** è prevista l'inammissibilità della partecipazione dell'ausiliaria alla stessa gara nel solo caso in cui l'operatore abbia fatto ricorso all'avvalimento c.d. «premiale», **a meno che** le imprese interessate non dimostrino in concreto **l'insussistenza** di collegamenti tali da ricondurle a un **unico centro decisionale,** assolvendo a tale onere di prova contestualmente alla presentazione dell'offerta, salvo richieste integrative della stazione appaltante (cfr. modifiche del Correttivo 2024)

ESCLUSIONI E DIVIETI

- **L'avvalimento è escluso:**
  - ✓ per attestare i requisiti generali (cfr. **art. 104 c. 1 Codice**)
  - ✓ per attestazione iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali ex art. 212 del d.lgs. n. 152/2006 **(art. 104 c. 10 Codice)**
  - ✓ per i contratti concernenti i beni culturali (**art. 132 c. 2 Codice**)

- Il nuovo Codice **non ripropone** in termini espliciti il **divieto** di:
  - ✓ avvalimento a cascata (v. art. 89 c. 6 D.Lgs. n. 50/2016)
  - ✓ avvalersi della stessa impresa ausiliaria da parte di più concorrenti nella medesima gara (v. art. 89 c. 7 D.Lgs. n. 50/2016)

APPLICAZIONE E LIMITI

- Le stazioni appaltanti **possono imporre limiti** per
  - ✓ appalti di lavori, ivi compresi quelli relativi alle categoria SOA «SIOS»
  - ✓ appalti di servizi
  - ✓ posa in opera e installazioni nel quadro di un appalto di forniture

  richiedendo che taluni compiti essenziali siano eseguiti **direttamente** dall'offerente o da un partecipante del RTI **(art. 104 c. 11 Codice)**

- **L'avvalimento è ammesso** per attestare titoli ed esperienze professionali, **solo se** le parti delle prestazioni cui tali titoli ed esperienze afferiscono vengono poi **eseguite direttamente dall'ausiliario**, applicandosi in tal caso la disciplina del subappalto ex art. 119 Codice **(art. 104 c. 3 Codice)**

- **L'avvalimento è ammesso:**
  - ✓ anche se effettuato da più imprese ausiliarie in favore di un concorrente **(art. 104 c. 1 Codice)**
  - ✓ per acquisire l'attestazione SOA (**art. 26 all. II.12 Codice**)
- All'impresa ausiliaria si applicano gli obblighi della **disciplina antimafia (art. 104 c. 7 Codice)**
- Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono **responsabili in solido** verso la stazione appaltante **(art. 104 c. 7 Codice)**
- **È ammesso l'avvalimento premiale** – **NB** vietata la partecipazione alla stessa gara di impresa ausiliaria e impresa ausiliata solo in caso di avvalimento premiale, **a meno che** le imprese interessate non dimostrino in concreto **l'insussistenza** di collegamenti tali da ricondurle a un **unico centro decisionale,** assolvendo a tale onere di prova contestualmente alla presentazione dell'offerta, salvo richieste integrative della stazione appaltante (**art. 104 c. 12 Codice** – modificato del Correttivo 2024)
- Ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA, i consorzi stabili comprovano il possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria avvalendosi delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate (**art. 67 c. 8 Codice**)

DICHIARAZIONI, ATTESTAZIONI E DOCUMENTI (art. 104 c. 4 Codice)

Ai sensi dell'**art. 104 c. 4 Codice**, Il concorrente presenta in gara:

- **le dichiarazioni dell'ausiliaria** attestanti:
  - ✓ il possesso dei requisiti generali
  - ✓ il possesso dei requisiti speciali oggetto di avvalimento
  - ✓ l'obbligo verso il concorrente e la stazione appaltante di mettere a disposizione requisiti, mezzi e risorse oggetto di avvalimento per tutta la durata dell'appalto
- la certificazione rilasciata dalla SOA o dall'ANAC, nel caso di cui all'art. 104 c. 2 Codice
- originale o copia autentica del **contratto di avvalimento,** specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta

EFFETTI DICHIARAZIONI MENDACI E SOSTITUZIONE AUSILIARIA (art. 104 c. 5 Codice)

Ai sensi dell'**art. 104 c. 5 Codice**, In caso di **dichiarazioni mendaci** la stazione appaltante:

- **segnala all'ANAC** per le verifiche e valutazioni ex art. 96 c. 15 Codice (se c'è dolo o colpa grave e gravità dei fatti = iscrizione al casellario informatico e esclusione dalle gare fino a 2 anni)
- assegna all'OE concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, per indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, purché la sostituzione dell'impresa ausiliaria non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta dell'O.E. (c.d. «**sostituzione ausiliaria**»)
- in caso di mancato rispetto del termine assegnato, **esclude il concorrente**

GIURISPRUDENZA
SU DICHIARAZIONI MENDACI E SOSTITUZIONE DELL'AUSILIARIA

Corte di giustizia UE Sez. IX 3.6.2021 n. C-210/20

*«**L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE** del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso*

OSTA

*a una normativa nazionale in forza della quale **l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente** da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico **qualora un'impresa ausiliaria**, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, **abbia reso una dichiarazione non veritiera** quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, **senza poter** imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di **sostituire detto soggetto** (...)»*

IL CONTRATTO DI AVVALIMENTO
(art. 104 c. 1 del Codice)

*«L'avvalimento è il **contratto** con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti»*

LA DISCIPLINA DELL'AVVALIMENTO NEL CODICE 2023

(Consiglio di Stato sez. V 17.1.2025 n. 364)

- *«La disciplina dell'avvalimento contenuta nel Codice del 2023 è espressione di un **cambio di impostazione netto** rispetto a quella contenuta nell'art. 89 del Codice del 2016. Essa non è più incentrata sul mero prestito dei requisiti, ma **sullo stesso contratto di avvalimento**.*
- *L'avvalimento è il contratto, in forma scritta a pena di nullità e di norma oneroso, con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione del concorrente, per tutta la durata dell'appalto, le dotazioni tecniche e le risorse umane e strumentali di cui necessita.*
- *La disposizione, quindi, comprende sia la disciplina dell'**avvalimento c.d. operativo** (riguardante i requisiti di capacità tecnico professionale), sia la disciplina dell'**avvalimento c.d. di garanzia** (concernente le capacità economico finanziarie).*
- *Tanto l'avvalimento non è più incentrato sul mero prestito di requisiti, che può essere utilizzato anche per migliorare la propria offerta (**avvalimento premiale**).*
- *Il contratto di avvalimento genera un **rapporto di collaborazione tra imprese**»*

CARATTERI ED ELEMENTI DEL CONTRATTO DI AVVALIMENTO

Data della stipula del contratto

- Ai sensi dell'**art. 101 c. 1 lett. a) Codice**, il contratto di avvalimento deve avere *«(…)* ***data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte****»*

- «*Il contratto di avvalimento deve essere presentato unitamente alla domanda di partecipazione e qualora ciò non avvenga, ed in particolare nel caso di richiesta di sua produzione da parte della p.a. tramite il soccorso istruttorio, si pone il problema di dimostrare, a posteriori, che il contratto di avvalimento sia stato stipulato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte (v. per tutte Consiglio di Stato, sez. V, 21/05/2020, n. 3209)»* (TAR Calabria Catanzaro sez. I 11.5.2021 n. 951)

ONEROSITÀ DEL CONTRATTO

- *«Il contratto di avvalimento è **normalmente oneroso**, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria (…)»* (**art. 104 c. 1 Codice**)
- *«(…) la ravvisabilità nel contratto di avvalimento di un **interesse economico** riferibile all'ausiliaria è garanzia dell'effettività dell'impegno da questa assunto e, conseguentemente, della concreta titolarità dei requisiti di partecipazione alla gara in capo all'ausiliata. Il contratto di avvalimento è un contratto **tipicamente oneroso** e, qualora in sede contrattuale non sia stabilito un corrispettivo in favore dell'ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale un interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che abbia indotto l'ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità (Consiglio di Stato, sez. V, 27 maggio 2018, n. 2953)»* (Consiglio di Stato sez. V 12.7.2023 n. 6826)
- *«**La giurisprudenza ha escluso l'automatica invalidità del contratto di avvalimento privo dell'espressa indicazione di un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria o mancante dei criteri per la sua predeterminazione, ogni qualvolta dal tenore dell'accordo possa comunque individuarsi l'interesse patrimoniale dell'ausiliaria** (che l'ha indotta ad assumere le relative obbligazioni e le connesse responsabilità), interesse che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) **o anche solo indiretto, purché effettivo** (in tal senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018 n. 2953). In definitiva la nullità del contratto di avvalimento non può farsi discendere dalla carenza di un corrispettivo predeterminato o dalla mancanza di criteri per la sua predeterminazione, non potendo estendersi alle pattuizioni relative al compenso l'onere di specificazione di cui all'art. 89, comma 1, ultima parte, Codice dei contratti pubblici, che riguarda esclusivamente i requisiti e le risorse messe a disposizione. L'indicazione del preciso ammontare del corrispettivo "esula dalle prescrizioni imposte al contratto di avvalimento (…), essendo piuttosto frutto di una impropria estensione analogica al caso di specie delle speciali prescrizioni dettate per il c.d. 'avvalimento operativo' (relativo cioè a personale, mezzi ed attrezzature che devono essere puntualmente individuati – ed indicati nell'offerta – proprio al fine di dimostrare l'affidabilità dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria" (Consiglio di Stato, Sez. V, 27 gennaio 2021, n. 806)»* (Consiglio di Stato sez. V 12.7.2023 n. 6826)

SPECIFICAZIONE DI REQUISITI E RISORSE NEL CONTRATTO

- Contiene a pena di nullità l'indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico
- *«il contratto di avvalimento **contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti** forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria». A tali previsioni deve poi aggiungersi, a completamento del quadro normativo, quella di cui all'articolo 88, co. 1, lett. a) del d.P.R. n. 207/2010 secondo cui il contratto di avvalimento **deve «riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico»*** (TAR Campania Salerno Sez. I 15.2.2021 n. 429)

Limiti del soccorso istruttorio sul contratto

- *«(…) **le lacune dei contratti di avvalimento non possono essere colmate mediante il soccorso istruttorio**, dovendo i contratti, necessari per consentire la partecipazione alla gara, essere validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume" (T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 6 ottobre 2017 n. 2338; Cons. di St., sez. V, 30 marzo 2017 n. 1456). Ed invero, "**la carenza del contratto di avvalimento non è emendabile mediante il ricorso al c.d. 'soccorso istruttorio'** giacché quest'ultimo è volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque idonei e non può essere invocato qualora, in sede di gara, sia accertata la sostanziale inutilizzabilità di un requisito essenziale per la partecipazione" (T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 23 febbraio 2017 n. 111)"»* (v. TAR Campania, Napoli, Sez. V, 8 gennaio 2020, n. 91 – cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. III, 4 gennaio 2021, n. 68, cit.)

AVVALIMENTO

CASI SPECIFICI DI AVVALIMENTO

AVVALIMENTO «DI GARANZIA» - AVVALIMENTO «OPERATIVO»

TAR Campania Salerno sez. I 15.2.2021 n. 429

- **L'AVVALIMENTO C.D. «DI GARANZIA»** ricorre *«(…) nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata **la sua solidità economica e finanziaria, rassicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici** conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento: tale avvalimento riguarda i requisiti di carattere economico e finanziario e, in particolare il fatturato globale o specifico (ex multisCons. Stato, Sez. III, 7 luglio 2015 n. 3390; Id. 17 giugno 2014, n. 3057)»*

- **L'AVVALIMENTO C.D. «OPERATIVO»** *«(…) ricorre, invece, quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata **le risorse tecniche e organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto**; esso concerne i requisiti di capacità tecnico-professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale dell'ausiliaria e/o i mezzi e strumenti di cui questa è in possesso»*

AVVALIMENTO «DI GARANZIA»

- L'avvalimento di garanzia ha ad **oggetto** *«(…) l'impegno dell'ausiliaria a* ***garantire con proprie risorse economiche l'impresa ausiliata*** *(…)»*
- Quindi *«(…)* ***non è necessario*** ***che nel contratto siano specificatamente indicati i beni patrimoniali o gli indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria****, essendo sufficiente che essa si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza (cfr. con specifico riguardo al requisito del fatturato globale o specifico, Cons. Stato, Sez. V 30 ottobre 2017, n. 4973; Sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422; Sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5423; Sez. III, 17 novembre 2015, n. 5703; Sez. III, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041)»*

(TAR Campania Salerno sez. I 15.2.2021 n. 429)

AVVALIMENTO «OPERATIVO»

- *«(…) nell'avvalimento operativo **occorre una più intensa determinazione del contenuto del contratto** e la messa a disposizione delle risorse deve essere **effettiva e sostanziale** occorrendo, a tal fine, **un'analitica e dettagliata elencazione delle risorse umane e dei beni strumentali** necessari per la realizzazione dei servizi oggetto della gara, **preventivamente indicati nel contratto**, anche al fine di evitare fenomeni elusivi della disciplina dei requisiti e che il rapporto di avvalimento divenga una scatola vuota (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I quater, 20 febbraio 2020, n. 2253)»* (TAR Campania Salerno Sez. I 15.2.2021 n. 429 – cfr. anche Consiglio di Stato Sez. V n. 1612/2018, 5429/2017, n. 5423/2016; TAR Campania Napoli Sez. V n. 5341/2018)
- *«L'avvalimento di un tale requisito di natura tecnica **non può essere generico** (e cioè non si può limitare, come nella specie, ad un richiamo 'meramente cartaceo o dichiarato' allo svolgimento da parte dell'ausiliaria di attività che evidenzino le sue precedenti esperienze), ma deve comportare il **trasferimento, dall'ausiliario all'ausiliato, delle competenze tecniche acquisite con le precedenti esperienze** (trasferimento che, per sua natura, implica **l'esclusività** di tale trasferimento, ovvero **delle relative risorse**, per tutto il periodo preso in considerazione dalla gara)»* (TAR Lazio Roma Sez. III 11.5.2020 n. 4945)

- *«(…) **l'indicazione puntuale dei mezzi, del personale, del know-how, della prassi aziendale, ecc.**, risulta **indispensabile** **per rendere determinato l'impegno dell'impresa ausiliaria** nei confronti della stazione appaltante e della ditta ausiliata, **a pena di nullità strutturale del contratto** ex artt. 1418, secondo comma, e 1346 c.c. per indeterminatezza del suo oggetto (cfr. C.d.S., Sez. V, n. 2243/2019, cit.): (…) l'indeterminatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento si traduce nel sostanziale difetto di un requisito essenziale per la partecipazione e non è soltanto una carenza degli elementi dimostrativi dell'esistenza del requisito (carenza per colmare la quale si può ricorrere al c.d. soccorso istruttorio)»* (Consiglio di Stato sez. III 4.1.2021 n. 68)

L'AVVALIMENTO ESPERIENZIALE
(art. 89 c. 1 Codice)

Consiglio di Stato sez. V 26.4.2021 n. 3374

- Ai sensi dell'art. 89 c. 1 Codice *«Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono (…) avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste»*
- in deroga al meccanismo ordinario dell'avvalimento - l'ausiliaria "presta" i requisiti al concorrente affinché esso sia autonomamente in grado di eseguire la prestazione che gli è stata aggiudicata – in questa specifica ipotesi l'ausiliaria non soltanto mette a disposizione le proprie risorse, ma deve anche impegnarsi ad eseguire direttamente le attività cui si riferisce l'avvalimento
- per determinare se ricorra o meno un'ipotesi di avvalimento *"esperienziale"* occorre, caso per caso, esaminare in concreto le prestazioni oggetto di avvalimento al fine di verificare se esse rivelano o meno caratteri infungibili, ovvero di *«capacità non agevolmente trasferibili con la messa a disposizione che discende dall'avvalimento»* - come appunto i «titoli di studio» e/o l'«esperienza professionale pertinente» ex art. 89 c. 1 Codice – poiché solo in quest'ultimo caso devono essere eseguite direttamente dall'ausiliaria li possiede

- l'attrazione o meno del requisito di gara nell'ambito dell'«esperienza professionale pertinente» va effettuata mantenendo un approccio «restrittivo», in quanto tale locuzione ha *«(…) una* ***portata circoscritta a determinati e ben individuati requisiti*** *('…si avvalga di altri soggetti per sopperire alla mancanza di titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f) o di esperienze professionali pertinenti') e* ***la valenza eccezionale della disposizione suindicata preclude l'estensione del suo ambito operativo a fattispecie diverse*** *da quelle ivi espressamente contemplate»* (Consiglio di Stato Sez. III 9.3.2020 n. 1704)
- **i requisiti di esperienza possono ben formare oggetto di avvalimento "ordinario"**, proprio perché **l'esperienza in sé – anche fuori dall'ipotesi ex art. 89 c. 1 Codice – può essere richiesta fra i requisiti di capacità tecnico professionale**: va quindi **escluso** che l'aver eseguito servizi pregressi per un dato importo, anche se prescritto fra i requisiti di natura tecnico-professionale, **costituisca di per sé** una «esperienza professionale pertinente» ex art. 89 c. 1 Codice, con conseguente obbligo di prestazione diretta dell'attività da parte dell'ausiliaria
- **Nel caso di specie**, la legge di gara non richiedeva ai concorrenti alcun *«titolo di studio o professionale»*: l'oggetto dell'attività di «rappresentanza legale nel contenzioso» ricompresa nell'affidamento (che secondo il ricorrente è esercitabile solo previa iscrizione all'albo e quindi deve essere eseguita poi direttamente dall'ausiliaria) non includeva la prestazione di attività di patrocinio legale diretto da parte dell'affidatario, quanto piuttosto la gestione del contenzioso e il compimento di varie attività ad esso associate, mentre risultava dal capitolato che il vero e proprio patrocinio e l'attività processuale fossero demandate a un «legale incaricato»

L'AVVALIMENTO DELLA SOA

TAR Calabria Reggio Calabria 26.10.2023 n. 782

- Ex art. 101 Codice, il contratto mira a garantire i requisiti essenziali per partecipare a gare relative a lavori di notevole portata, concentrandosi sulle dotazioni tecniche e sulle risorse indispensabili per ottenere specifiche certificazioni

- In linea con le norme precedenti, l'**all. II.12 Codice** dettaglia i criteri di qualificazione in gara, richiedendo chiarezza e completezza riguardo all'oggetto, alle risorse, ai mezzi e alla durata del contratto

- In tal senso, con **il contratto di avvalimento l'impresa ausiliaria deve mettere a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, compresi tutti i fattori che hanno contribuito all'ottenimento della certificazione SOA**

  NB l'art. 104 Codice non prevede più la nullità del contratto in caso di mancata specificazione delle risorse, a differenza del precedente art. 89 D.lgs. n. 50/2016

- **L'avvalimento dell'attestazione SOA è valido** solamente se vengono rispettate due condizioni cruciali:
  - ✓ la completa disponibilità degli elementi che hanno condotto al rilascio dell'attestazione
  - ✓ una dettagliata descrizione di tali requisiti nel contratto di avvalimento, evitando così di creare concorrenti «virtuali»
- Il RUP riveste un ruolo chiave nella supervisione e nel controllo durante l'esecuzione del contratto, garantendo l'effettivo utilizzo delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria

L'AVVALIMENTO C.D. «PREMIALE»

- **L'avvalimento cd. «premiale»** è quello che ha ad oggetto il prestito dei **requisiti per ottenere un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica** – in caso di criteri di aggiudicazione di carattere soggettivo ex art. 95 c. 6 lett. e) Codice
- Si differenzia dall'avvalimento «puro» che riguarda requisiti prestati invece per consentire la partecipazione alla gara e conseguire la qualificazione prescritta, in attuazione dei principi di concorrenza e *favor partecipationis* ex art. 30 c. 1 Codice
- È stato positivizzato ed ammesso dall'art. 104, comma 12, del nuovo Codice

L'avvalimento c.d. «premiale»: il contrasto in giurisprudenza

TAR Lazio Roma Sez. III 1.4.2021 n. 3929

(v. anche Consiglio di Stato Sez. V 25.3.2021 n. 2526 – TAR Sicilia Palermo sez. II 25.7.2022 n. 2378)

- L'avvalimento «premiale» è **AMMESSO** se l'apporto dell'impresa ausiliaria è **concreto** e consiste nel **prestito di mezzi, attrezzature, risorse e personale**; in questo caso la valutazione dell'offerta deve tener conto di ciò nell'attribuzione dei relativi punteggi, *«(…) nella prospettiva di una effettiva messa a disposizione della stazione appaltante»*
- Resta **PRECLUSO se invece ha ad oggetto esperienze pregresse dell'ausiliaria**, perché si tradurrebbe in un *escamotage* per l'incremento del punteggio dell'offerta tecnica, in contrasto col principio di par condicio tra i concorrenti (**al maggiore punteggio non corrisponderebbe una "reale ed effettiva" maggiore qualificazione**)
- **Se l'avvalimento è utilizzato per qualificare in termini sostanziali l'offerta tecnica (ad es. consente l'inserimento di personale specializzato nel gruppo di lavoro) vengono meno le ragioni del divieto**: non si tratterebbe, infatti, di (…) *«una astratta attribuzione di un titolo o di esperienze pregresse dell'ausiliaria tale da risolversi nell'indebito riconoscimento di un mero punteggio incrementale per le ausiliate»* ma di **un apporto concreto - maggiore apporto in termini di personale, mezzi e/o risorse fornito, con conseguente legittimità dell'incremento del punteggio raggiunto**
- A riprova di ciò, si consideri che tale risultato avrebbe potuto essere raggiunto anche mediante altre forme contrattuali di indubbia legittimità (v. ad esempio distacchi)

TAR Calabria Catanzaro Sez. I 1.3.2021 n. 444

(v. anche Consiglio di Stato Sez. V 17.3.2020 n. 1916; id., Sez. V 27.7.2020 n. 4785)

- **L'avvalimento cd. «premiale» è VIETATO**
- *«(…) ed infatti,* ***l'avvalimento è un istituto utilizzabile esclusivamente per accedere alla gara, non anche per conseguire un punteggio più elevato per l'offerta tecnica*** *(cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2020, n. 1916; Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2020, n. 4785);*
- *l'amministrazione ha illegittimamente considerato i servizi analoghi svolti da una delle società ausiliarie non solo per ritenere soddisfatti i requisiti di partecipazione alla procedura, ma anche ai fini dell'attribuzione del punteggio con riferimento all'offerta tecnica»*

AVVALIMENTO DEL CERTIFICATO DI QUALITÀ

Giurisprudenza

- L'avvalimento avente ad oggetto **la certificazione di qualità è consentito** a condizione che la misura dell'impegno concreto assunto dall'ausiliaria si estenda a comprendere **l'organizzazione che ha espresso la certificazione**, quindi l'impresa ausiliaria deve assumere l'obbligazione di **mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori di produzione e di tutte le risorse**, che, complessivamente considerata, giustifica l'attribuzione del requisito (cfr. Consiglio di Stato sez. V 27.7.2017 n. 3710; id. sez. V, 23.2.2017 n. 852; id. sez. V 12.5.2017 n. 2225, con considerazioni riferite al prestito dell'attestazione S.O.A., che valgono a maggior ragione per il prestito della certificazione di qualità

IL SUBAPPALTO



(art. 104)

IL SUBAPPALTO

DEFINIZIONE DEL SUBAPPALTO

DEFINIZIONE DEL SUBAPPALTO

- Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a un terzo l'esecuzione di **parte delle prestazioni o lavorazioni** che egli si è impegnato a compiere in forza di un precedente contratto d'appalto

- Il subappalto è un **subcontratto** o **contratto derivato**: un contratto, cioè, distinto e coesistente con l'appalto principale, ma che trova in quest'ultimo la propria causa

- **Non si ha subappalto** quando:
  - ✓ la prestazione **non è riconducibile** tra quelle dell'appalto
  - ✓ o si tratta di una prestazione **meramente «servente» o «utile» all'adempimento** delle prestazioni del contratto d'appalto (ad es. fornitura di cemento a piè d'opera per un appalto di lavori)

DIFFERENZA TRA SUBAPPALTO E AVVALIMENTO

TAR Puglia Lecce Sez. I 5 dicembre 2019 n. 1938

- **Il subappalto** costituisce una **modalità organizzativa** dell'impresa comunque qualificata nei termini di legge e comporta una mera sostituzione nell'esecuzione della prestazione contrattuale

- **L'avvalimento** è un istituto che soccorre in gara il concorrente, integrandone la qualificazione per consentirgli di partecipare alla procedura di affidamento e fornendo requisiti e risorse di cui è sprovvisto – **NB** non basta la sola disponibilità dichiarata dall'impresa di rivolgersi a un'altra impresa per fare eseguire le prestazioni, occorre una disponibilità immediata delle risorse oggetto di avvalimento e un impegno espresso e solidale assunto e manifestato dall'ausiliaria già in fase di gara verso la stazione appaltante (v. dichiarazione ausiliaria in gara e relativa responsabilità solidale, contratto di avvalimento)

SUBAPPALTO C.D. «NECESSARIO»

Subappalto c.d. «necessario»

- Per l'affidamento di lavori pubblici:
  - ✓ l'operatore economico deve essere in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicata nella *lex specialis* come prevalente (cioè quella di importo più elevato); il possesso della qualifica nella categoria prevalente abilita l'impresa, di norma, ad eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure a subappaltarle ad imprese in possesso delle relative qualificazioni (**art. 12 c. 2 lett. a) DL n. 47/2014, conv. con mod. dalla legge n. 80/2014**)
  - ✓ *«Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi»* (**art. 30 c. 1 all. II.12 Codice**)
  - ✓ alcune lavorazioni e categorie sono c.d. **«a qualificazione obbligatoria»,** ovverosia possono essere eseguite direttamente dall'affidatario solo se in possesso della delle relative adeguate e specifiche qualificazioni, non essendo in tal caso sufficiente la qualificazione nella sola categoria prevalente per l'importo totale dei lavori (**art. 12 c. 2 lett. b) DL n. 47/2014**)
- Il c.d. **«subappalto necessario» o «qualificante»** consente al concorrente impossibilitato di eseguire le lavorazioni a qualificazione obbligatoria – perché sprovvisto di idonea e specifica qualificazione, anche se qualificato nella categoria prevalente – di partecipare alla gara ricorrendo al subappalto ad imprese debitamente qualificate
- Obiettivo del subappalto necessario è l'apertura del mercato dei contratti pubblici alla massima concorrenza (v. art. 12, DL n. 47/2014)

Consiglio di Stato sez. V 9.10.2023 n. 8761

- In caso di subappalto c.d. «necessario», **l'intenzione di ricorrere al subappalto deve essere dichiarata in gara sin dal momento della domanda di partecipazione**, evitando formule generiche o predisposte per altri fini, poiché in tal caso la dichiarazione dell'operatore economico riguarda **l'attestazione del possesso di un requisito di qualificazione** e non una mera esternazione di volontà sull'organizzazione dell'esecuzione del contratto
- Diversamente, si andrebbe incontro alla violazione dei principi di *par condicio* e di trasparenza che permeano le gare pubbliche (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596; id., 28 marzo 2023, n. 3180; 1 luglio 2022, n. 5491; 31 marzo 2022, n. 2365; 25 marzo 2022, n. 2217)
- Il ricorso al subappalto necessario comporta **l'inapplicabilità del soccorso istruttorio alla eventuale mancata dichiarazione di subappalto necessario**, se accertata la carenza dei requisiti di qualificazione occorrenti per la parte di lavori che l'impresa s'è impegnata a realizzare. Ciò infatti consentirebbe all'operatore economico di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, in spregio del citato principio di parità di trattamento (v. Consiglio di Stato, sez. V, 18 gennaio 2019, n. 471)

IL SUBAPPALTO

EVOLUZIONE NORMATIVA, LIMITI DI LEGGE, INCOMPATIBILITÀ E RILIEVI UE

I LIMITI DEL SUBAPPALTO NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA

- **In Italia** la disciplina del subappalto in ambito pubblico ha sempre avuto una rilevante **matrice di ordine pubblico** (cfr. art. 339 legge n. 2248/1865 All. F, art. 21 c. 1 L. n. 646/1982; art. 18 legge n. 55/1990 in materia antimafia), tale da imporre **limiti** quantitativi (v. art. 18 legge n. 55/1990; art. 34 della legge n. 109/1994, art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, art. 105 del d.lgs. n. 50/2016)
- Nella regolamentazione dell'istituto nel contesto dei contratti (lavori) pubblici, **sin dal principio** il subappalto è stato quindi presidiato da un presupposto essenziale: il rilascio di un'**autorizzazione preventiva** (**art. 339 legge n. 2248/1865 All. F**)
- La **prima disciplina** del subappalto di lavori pubblici che ha posto **un limite** (30% della sola categoria prevalente) era infatti contenuta in una normativa di ordine pubblico in materia di **antimafia** (**art. 18 legge n. 55/1990**)
- **Tale prima disciplina fu anche vagliata – positivamente – dalla Corte Cost.** che riconobbe la **legittimità del rigore e delle restrizioni ivi contenute**, perché tra l'altro intendeva perseguire la salvaguardia dell'**ordine e della sicurezza pubblica**, riconoscendo il contesto economico assai sensibile alle infiltrazioni criminali (così Corte Cost., 5 maggio 1993, n. 218)
- Le norme successive, **fino al 2021**, hanno sempre confermato per il subappalto di contratti pubblici la fissazione di **limiti quantitativi, in via generale e astratta**, sia per i lavori che per i servizi e le forniture

SUBAPPALTO NON AUTORIZZATO
(prima disciplina post unitaria)

Art. 339 legge 20.3.1865 n. 2248 All. F

(legge sui lavori pubblici)

*«**1.** È **vietato** all'appaltatore di cedere o subappaltare tutta od in parte l'opera assunta, **senza l'approvazione** della Autorità competente, sotto la comminatoria della*

- ***immediata rescissione del contratto***
- *e di una **multa** corrispondente ai ventesimo del prezzo del deliberamento.*

È pure vietata qualunque cessione di credito e qualunque procura, le quali non siano riconosciute.

***2.** Sono permessi soltanto i cottimi per la esecuzione dei movimenti di terra, sempre però sotto la responsabilità dell'appaltatore»*

SUBAPPALTO NON AUTORIZZATO
(norma penale)

Art. 21 c. 1 legge 13.9.1982 n. 646

(norma penale antimafia)

(dopo «Decreto Sicurezza» ex art. 25 c. 1 DL 4.10.2018 n. 113 conv. con mod. in legge 1.12.2018, n. 132)

*«Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, **concede** anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte le opere stesse, **senza l'autorizzazione** dell'autorità competente, è punito con*

- ***la reclusione da uno a cinque anni***
- *e con **la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto**.*

***Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo** si applica la pena della **reclusione** da uno a cinque anni e della **multa** pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto»*

NORME SUI LAVORI PUBBLICI 1990 – 2005

- **ART. 18 C. 3 LEGGE 19.3.1990 N. 55 (ANTIMAFIA)**

«Il soggetto appaltante è tenuto ad indicare nel progetto e nel bando di gara la categoria [o le categorie prevalenti] con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie, relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch'esse con il relativo importo. Tutte le lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo, ferme restando le vigenti disposizioni che prevedono per particolari ipotesi il divieto di affidamento in subappalto. Per quanto riguarda ***la categoria o le categorie prevalenti****, con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma* ***in ogni caso non superiore al 30 per cento****. (…)»*

Attuazione Direttiva CEE 89/440 (lavori)

- **ART. 34 C. 1 LEGGE N. 11.2.1994 109 (LEGGE QUADRO SUI LAVORI PUBBLICI)**

*«Il soggetto appaltante è tenuto ad indicare nel progetto e nel bando di gara la categoria o le categorie prevalenti con il relativo importo, nonchè le ulteriori categorie, relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch'esse con il relativo importo. Tutte le lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo, ferme restando le vigenti disposizioni che prevedono per particolari ipotesi il divieto di affidamento in subappalto. Per quanto riguarda l****a categoria o le categorie prevalenti****, con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma i****n ogni caso non superiore al 30 per cento****. (…)»*

NORME APPALTI PUBBLICI SERVIZI, FORNITURE E SETTORI ESCLUSI 1992 – 2005

Attuazione delle Direttive CEE

nn. 77/62 – 80/767 – 88/295 (forniture), 90/531 (settori esclusi), 92/50 (servizi)

- **ART. 18 C. 3 D.LGS. 17.3.1995 N. 157 (APPALTI PUBBLICI SERVIZI)**

  Si richiama l'applicazione dell'art. 18 della legge n. 55/1990, compreso **il limite di subappalto al 30% dell'importo complessivo** del contratto

- **ART. 16 C. 3 D.LGS. 24.7.1992 N. 358 (APPALTI PUBBLICI FORNITURE)**

  Si richiama l'applicazione dell'art. 18 della legge n. 55/1990, compreso **il limite di subappalto al 30% dell'importo complessivo** del contratto

- **ART. 21 C. 1 D.LGS. 17.3.1995 N. 158 (APPALTI PUBBLICI SETTORI ESCLUSI)**

  Si richiama l'applicazione dell'art. 18 della legge n. 55/1990, compreso **il limite di subappalto al 30% dell'importo complessivo** del contratto

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI 2006

Art. 118 c. 2 D.Lgs. n. 163/2006

(lavori, servizi, forniture)

- Le prestazioni erano subappaltabili nel **limite del 30%**:
  - ✓ **per i lavori** con riferimento all'importo della sola categoria prevalente, mentre le scorporabili erano interamente subappaltabili
  - ✓ **per servizi e forniture** con riferimento all'intero importo del contratto di appalto
- Non era richiesta l'indicazione dei subappaltatori in sede di gara

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI 2016 - 2021

Art. 105 c. 2 D.Lgs. n. 50/2016 Codice 2016 - 2021

(lavori, servizi, forniture)

Il Codice del 2016 non distingue tra lavori, forniture e servizi e pone un **limite generale di tipo quantitativo** alla possibilità di subappaltare:

- in origine questo limite era stabilito al **30% del complessivo importo** del contratto per lavori, servizi e forniture
- **tale limite massimo di subappalto è stato fissato al 40%** [50% solo per il periodo aprile – giugno 2019], in una misura stabilita dalle stazioni appaltanti nel bando di gara, **fino al 30.6.2021**

(v. norma «extra vagante» ex art. 1 c. 18 DL n. 18.4.2019 n. 32 **«Sblocca Cantieri»** conv. con mod. in L. n. 55/2019 – fino al 31.12.2020 – poi prorogata fino al 31.6.2021 ex art. 13 DL 31.12.2020 n. 183, conv. con mod. in legge 26.2.2021 n. 21, cd. **«Milleproroghe»**)

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI 2016 – 2021
L'obbligo di indicare in gara la terna dei subappaltatori

- Ai sensi degli artt. 80 e 105, c. 2 e 6, del Codice:
  - ✓ è **obbligatoria l'indicazione di 3 subappaltatori in sede di gara** in caso di affidamento di appalti pubblici (lavori, servizi e/o forniture):
    - di importo **pari o superiore alle soglie UE**
    - oppure, **a prescindere dall'importo**, aventi ad oggetto attività **a rischio di infiltrazione mafiosa** (v. elenco ex art. 1, c. 53, della legge 6.11.2012, n. 190)
  - ✓ se l'appalto prevede più tipologie di prestazioni, **la terna di subappaltatori deve essere indicata per ciascuna tipologia**
  - ✓ in caso di indicazione della terna di subappaltatori in gara, **devono esserne verificati i requisiti ex art. 80 c. 1 e 5 del Codice**, con eventuale esclusione di concorrente e subappaltatori in caso di sussistenza di motivi di esclusione

NB TALI DISPOSIZIONI RELATIVE ALLA TERNA, DAPPRIMA SOSPESE FINO AL 31.12.2023, SONO STATE DEFNITIVAMENTE ELIMINATE (v. art. 10 c. 1 lett. d) legge 23 dicembre 2021, n. 238 – **in vigore dal 1.2.2022)**

(v. art. 1 c. 18 del DL n. 32/2019 conv. con mod. dalla legge n. 55/2019 - art. 13 DL 31.12.2020 n. 183, conv. con mod. in legge 26.2.2021 n. 21 cd. «Milleproroghe» - art. 52 c. 1 lett. a) n. 9) DL n. 77/2021, conv. con mod. in legge n. 108/2021 - v. art. 10 legge 23 dicembre 2021, n. 238 – **in vigore dal 1.2.2022**)

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI 2016 – 2021
Limite subappalto SIOS

Subappalto SIOS

(art. 89 c. 11 Codice - art. 2 DM n. 248/2016)

In caso di opere

- che richiedono lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità - cd. **«SIOS»** (v. art. 89 c. 11 Codice e art. 2 DM 10.11.2016 n. 248)
- e di valore superiore al 10% dell'importo complessivo dei lavori

l'eventuale subappalto non può superare il 30% dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso (v. art. 105 c. 5 Codice e art. 1, c. 2, DM 10.11.2016 n. 248) – mentre, per le medesime opere, è del tutto **vietato il ricorso all'avvalimento** (v. art. 89 c. 11 Codice)

IL CONFRONTO CON LE NORME UE

- A differenza della legislazione italiana, **le Direttive UE invece non hanno mai posto limiti quantitativi** in materia (v. art. 25 della direttiva 2004/18, art. 71 direttiva 2014/24), in linea con i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi all'interno dell'UE (cfr. artt. 49 e 56 TFUE) che presidiano le **finalità concorrenziali e di mercato** della disciplina di matrice europea

- **Secondo il Consiglio di Stato è invece possibile porre limiti** senza violare il divieto di «gold plating»:
  - ✓ per motivi di ordine pubblico, tutela della trasparenza e del mercato del lavoro, nel rispetto della concorrenza, a salvaguardia di interessi e valori costituzionali o ex **art. 36 del TFUE** (**parere n. 855/2016** sullo schema del Codice)
  - ✓ perché la giurisprudenza della CGUE si è formata sulla previgente direttiva 2004/18, mentre la direttiva 2014/24 consente agli Stati membri di dettare una disciplina più stringente, contemplando oggi specifiche finalità (già presenti nella legislazione italiana) quali maggiore trasparenza e tutela giuslavoristica e delle MPMI, visti anche i principi di sostenibilità sociale espressi dalle stesse direttive e i valori superiori ex **art. 36 TFUE** (ordine e sicurezza pubblici) che giustificano restrizioni della libera concorrenza e del mercato (**parere n. 782/2017** sullo schema di Correttivo al Codice)

Articolo 36 TFUE

(ex articolo 30 del TCE)

«Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano ***impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza****, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri»*

CRITICITÀ

LETTERA DI MESSA IN MORA DELLA COMM. UE DEL 24.1.2019

(infrazione n. 2018/2273)

La Commissione UE ha contestato tra l'altro **l'incompatibilità** della disciplina interna del subappalto sotto 4 profili:

1. **la restrizione quantitativa** della possibilità di ricorrere al subappalto con:
   - un limite generale, in origine fissato al 30% e oggi – dopo la temporanea quota del 50% di cui al DL n. 32/2019 – di nuovo al **50%** (quota anch'essa temporanea, fissata dal 1.6.2021 al 31.10.2021) - **NB** la quota limite viene stabilita in concreto dalle stazioni appaltanti nel bando, quindi potrebbe essere ulteriormente ridotta (art. 105 c. 2)
   - un limite specifico per le SIOS (artt. 89 c. 11 e 105 c. 5 **NB** tale limite viene rimosso dal 1.11.2021, ma poi le stazioni appaltanti possono comunque reintrodurlo)
2. **L'obbligo di indicare una terna di subappaltatori** – e in caso di più tipologie di prestazioni, più terne (art. 105 c. 6) – divieto poi eliminato dalla legge n. 238/2021 – cd. «legge europea 2019 – 2020»
3. **Il divieto di cd. «subappalto a cascata»** (art. 105 c. 19) – divieto poi eliminato nel nuovo Codice 2023 (v. art. 119)
4. **Il divieto di subappaltare a concorrenti della stessa gara** (art. 105 c. 4 lett. a) – divieto poi eliminato dalla legge n. 238/2021 – cd. «legge europea 2019 – 2020»)

L'INCOMPATIBILITÀ CON I PRINCIPI E LE DIRETTIVE UE E LE RIFORME INTERNE

- **Nel 2019, la Commissione UE** (lettera di messa in mora della Commissione UE del 24.1.2019) e **la Corte di Giustizia UE** (CGUE sez. V 27.9.2019 causa C-63/18; id., sez. V 27.11.2019 causa C-402/18) hanno contestato al Governo italiano **l'incompatibilità della disciplina interna del subappalto dei contratti pubblici** (art. 105 D.Lgs. n. 50/2016) **rispetto ai principi e alle direttive europee** proprio in ordine a:
  - ✓ i limiti quantitativi stabiliti dalla legge in via generale e astratta
    - sul subappalto in generale (art. 105 c. 2 D.Lgs. n. 50/2016)
    - sul subappalto delle SIOS (artt. 89 c. 11 e 105 c. 5 D.Lgs. n. 50/2016)
    - sul ribasso (max 20%) dei prezzi praticati dai subappaltatori (art. 105 c. 14 D.Lgs. n. 50/2016)
  - ✓ l'obbligo della indicazione in gara della terna dei subappaltatori in casi stabiliti dalla legge (art. 105 c. 6 D.Lgs. n. 50/2016)
  - ✓ Il divieto di subappaltare a concorrenti della stessa gara (art. 105 c. 4 lett. a)
  - ✓ il divieto di subappalto a cascata (art. 105 c. 19 D.Lgs. n. 50/2016)

- Si formano **orientamenti giurisprudenziali del G.A. contrastanti** al riguardo sulla possibilità o meno di imporre tali limiti per legge anche alla luce dei principi e delle direttive UE in materia

GLI EFFETTI DELLE SENTENZE DELLA CGUE SUL DIRITTO INTERNO

Valore ed efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia UE

- *«Le statuizioni interpretative della Corte di giustizia delle comunità europee hanno,* ***al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni»*** (Corte Cost., sentenze n. 210 del 29.10.2015, n. 41 del 7.2.2000, n. 384 del 10.11.1994, n. 132 del 16.3.1990, n. 389/1989, n. 113/1985)

- **Le sentenze della Corte di Giustizia UE hanno efficacia *ultra partes*, con *«(…) valore di ulteriore fonte di diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, in quanto ne indicano il significato e limiti di applicazione****, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità»* (così Cassazione, Sez. I, 26.4.2022, n. 13066; v. anche Cass., Sez. V, 11.12.2012, n. 22577; id., 2.3.2005, n. 4466; id., 30.4.2004, n. 17350; Consiglio di Stato, Sez. V, 3.1.2023, n. 69)

- Per far fronte alle censure e ai rilievi in sede UE, **il legislatore italiano** è intervenuto sulla disciplina del subappalto di contratti pubblici negli ultimi anni (2019 – 2021):
  - ✓ **sospendendo** l'obbligo di dichiarare la terna dei subappaltatori in gara (cfr. Decreto Sblocca cantieri 2019)
  - ✓ **modificando** i limiti di legge generali e relativi alle SIOS (30% - 40% - 50%)
  - ✓ e poi **eliminando**
    - il limite quantitativo generale
    - il limite quantitativo sul subappalto delle SIOS
    - il limite quantitativo sul ribasso dei prezzi dei subappaltatori
    - l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori in gara
    - Il divieto di subappaltare ai concorrenti della stessa gara

  (cfr. Decreto Sblocca cantieri 2019, Decreto Semplificazioni bis del 2021, legge n. 238/2021)

IL SUBAPPALTO

LE DISPOSIZIONI DEL SUBAPPALTO NEL CODICE 2023: CARATTERI GENERALI, PRESUPPOSTI, VINCOLI E DIVIETI

NOVITÀ SUL SUBAPPALTO
NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI 2023

- **L'art. 119 Codice** ricalca il testo dell' art. 105 come modificato dall'art. 49 del decreto-legge n. 77/2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, e dall'art. 10 della legge n. 231 del 2021, in particolare quanto alla soppressione
  - ✓ dei limiti quantitativi generali al subappalto
  - ✓ dell'obbligo di indicare in gara, nei casi di legge, una terna di nominativi di subappaltatori

- È confermata **l'eliminazione** (disposta dal DL Semplificazioni 2021) **dei limiti**:
  - ✓ del 30% relativo al subappalto delle SIOS (v. art. 105 c. 5 D.Lgs. n. 50/2016)
  - ✓ del ribasso non superiore al 20% dei prezzi praticati dal subappaltatore (v. art. 105 c. 14 D.Lgs. n. 50/2016)

- Il subappalto cd. «a cascata» – ovverosia eventuali ulteriori subappalti effettuati dal subappaltatore – vietato dal D.lgs. 50/2016, è ammesso nel nuovo Codice

- Al **c. 1**:
  - ✓ è stato previsto che la nullità riguardi il contratto di cessione e gli accordi in deroga ai limiti normativi del subappalto, mentre la formulazione dell'art. 105, comma 1, riferiva la nullità, piuttosto, al contratto ceduto
  - ✓ si è riferito il limite al subappalto alla prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla «categoria prevalente» piuttosto che al «complesso delle categorie prevalenti» (come nel comma 1 dell'art. 105) per collegare la previsione all'attuale sistema di qualificazione degli operatori economici, che prevede che la categoria prevalente sia unica
- Al **c. 2 è** stato aggiunto un inciso per precisare le caratteristiche distintive del contratto di subappalto rispetto ad altri contratti, indicando la necessità che l'organizzazione dei mezzi e i rischi siano a carico del subappaltatore
- Al **c. 3** si sono apportate modifiche alle previsioni delle lettere a) e c-bis) dell'art. 105 per adeguare il testo normativo alla giurisprudenza in tema di
  - ✓ prestazioni demandabili ai lavoratori autonomi
  - ✓ prestazioni esenti dalla disciplina del subappalto perché oggetto di rapporti esistenti prima dell'indizione della procedura di gara – c.d. «contratti continuativi di cooperazione»

  limitando, in entrambi i casi, il riferimento alle prestazioni «secondarie, accessorie o sussidiarie», secondo le indicazioni giurisprudenziali
- Il **c. 17** tende a soddisfare le prescrizioni delle direttive UE in ordine al divieto di limitazioni al ricorso al c.d. «a cascata» – subappalto di subappalto – fissate in maniera astratta, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione del carattere essenziale degli incarichi

  NB eventuali limitazioni al riguardo devono essere specifiche e motivate, pur nel rispetto necessario dei principi di trasparenza e di tutela del mercato del lavoro

DEFINIZIONE DEL SUBAPPALTO
(art. 119 c. 2 Codice)

- «***Il subappalto*** *è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. (…)*» (**art. 119 c. 2 Codice**)

- «***La nozione di subappalto****, nell'ambito dei contratti pubblici volti all'acquisizione di lavori, servizi e forniture, non coincide con la corrispondente nozione civilistica* [art. 1656 c.c.] *(…). Alla luce di tale speciale disciplina, deve ritenersi che costituisca subappalto qualunque tipo di contratto che intercorre tra l'appaltatore ed un terzo, in virtù del quale talune delle prestazioni appaltate non sono eseguite dall'appaltatore con la propria organizzazione, bensì mediante soggetti giuridici distinti, in relazione ai quali si pone l'esigenza che siano qualificati e in regola con la c.d. disciplina antimafia*» (Consiglio di Stato Sez. VI 9.2.2006 n. 518)

PRINCIPI, LIMITI E VINCOLI GENERALI DEL SUBAPPALTO (art. 119 Codice)

- Fatta eccezione per i casi di cui all'art. 120 c. 1 lett. d) Codice (modifiche soggettive del contratto), **la cessione del contratto di appalto è nulla (c. 1)**

- È ammesso il subappalto secondo le disposizioni dell'art. 119 Codice (**c. 1**)

- **Non vi è più un limite quantitativo generale di legge** per l'affidamento delle prestazioni in subappalto (**c. 1**)

- È comunque **vietato l'affidamento in subappalto (c. 1)**:
  - ✓ dell'**integrale esecuzione** del contratto
  - ✓ della *«(…) **prevalente esecuzione***
    - *delle lavorazioni relative alla categoria prevalente*
    - *dei contratti ad alta intensità di manodopera»*

- *«I contratti di subappalto sono stipulati, **in misura non inferiore al 20 per cento** delle prestazioni subappaltabili, **con piccole e medie imprese**, come definite dall'articolo 1, comma 1, lettera o) dell'allegato I.1»* (**c. 2** – modificato dal Correttivo 2024)

- *«Gli operatori economici **possono** indicare nella propria offerta **una diversa soglia** di affidamento delle prestazioni che si intende subappaltare alle piccole e medie imprese per ragioni legate*
  - ✓ *all'oggetto*
  - ✓ *o alle caratteristiche delle prestazioni*
  - ✓ *o al mercato di riferimento»*

  (**c. 2** – modificato dal Correttivo 2024)

- Le stazioni appaltanti ***«indicano nei documenti di gara»***
  - ✓ nel rispetto dei principi ex artt. 1 – 3 Codice
  - ✓ **previa specifica e adeguata motivazione** nella determina a contrarre
  - ✓ eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti

le prestazioni *«da eseguire a cura dell'aggiudicatario* [= appaltatore]*»* in ragione:

- ✓ delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle relative alle SIOS ex art. 104 c. 11 Codice
- ✓ dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni, di:
  - rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro
  - garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori
  - prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco ex art. 1 c. 52 legge 6.11.2021 n. 190 (c.d. «white list») ovvero nell'anagrafe antimafia ex art. 30 DL 17.10.2016 n. 189 conv. con mod. in legge 15.12.2016 n. 229

(**c. 2**)

- *«Nel caso in cui l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto sia oggetto di **ulteriore subappalto si applicano** a quest'ultimo le disposizioni previste dal presente articolo e da altri articoli del **codice in tema di subappalto**»* (**c. 17** – modificato dal Correttivo 2024)

- *«Le stazioni appaltanti **indicano nei documenti di gara** le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, **non possono formare oggetto di ULTERIORE subappalto»**,* in ragione:
  - ✓ delle specifiche caratteristiche dell'appalto
  - ✓ dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni, di:
    - rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro
    - garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori
    - prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco ex art. 1 c. 52 legge 6.11.2021 n. 190 (cd. «white list») ovvero nell'anagrafe antimafia ex art. 30 DL 17.10.2016 n. 189 conv. con mod. in legge 15.12.2016 n. 229

(**c. 17**)

- *«Nei contratti di subappalto o nei subcontratti comunicati alla stazione appaltante ai sensi del comma 2 è **obbligatorio l'inserimento di clausole di revisione prezzi** riferite alle prestazioni o lavorazioni oggetto del subappalto o del subcontratto e determinate in coerenza con quanto previsto dagli articoli 8 e 14 dell'**allegato II.2-bis**, che si attivano al verificarsi delle particolari condizioni di natura oggettiva di cui all'articolo 60, comma 2»* (**c. 2 bis** – inserito dal Correttivo 2024)

- **Il subappaltatore**, per le prestazioni affidate in subappalto, **deve:**
  - ✓ garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto
  - ✓ riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei **medesimi CCNL**, *«(…) 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»*

(**c. 12**)

- **Il subappaltatore è responsabile in solido con l'appaltatore** verso la stazione appaltante per le prestazioni eseguite in subappalto (**c. 6**)

- L'affidatario **sostituisce i subappaltatori** rispetto ai quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione ex artt. 94 – 98 Codice (**c. 10**)

- Per contrastare il fenomeno del lavoro sommerso le stazioni appaltanti acquisiscono il DURC comprensivo della verifica di congruità sull'incidenza della manodopera (**c. 14**)

CONTRATTI C.D. «SIMILARI» (art. 119 c. 2 Codice)

È comunque subappalto di lavori qualsiasi contratto – quali quelli di posa in opera e noli a caldo (noleggio del mezzo con relativo operatore) – che risponda a **tutti** i seguenti requisiti:

- singolarmente di importo **superiore al 2%** dell'importo delle prestazioni affidate (con il contratto di appalto) o comunque di **importo superiore a 100.000 euro**
- abbia quale oggetto attività **ovunque espletate** (ossia anche fuori dal cantiere) che **richiedono l'impiego di manodopera** (forniture con posa in opera e noli a caldo)
- abbia un'incidenza del **costo della manodopera e del personale superiore al 50%** dell'importo del contratto da affidare

Se non ricorrono le descritte caratteristiche al subcontratto non trova applicazione la disciplina **pubblicistica** dettata per il subappalto, anche se per il codice civile è subappalto

DEFINIZIONE COTTIMO
(art. 1 c. 1 lett. ee) all. I.1 Codice)

Il cottimo è *«(…) l'affidamento della sola lavorazione subappaltabile ad impresa subappaltatrice in possesso dell'attestazione dei requisiti di qualificazione necessari in relazione all'importo totale dei lavori affidati e non all'importo del contratto, che può risultare inferiore per effetto della eventuale fornitura diretta, in tutto o in parte, di materiali, apparecchiature e mezzi d'opera da parte dell'esecutore»* (**art. 1 c. 1 lett. ee) all. I.1 Codice**)

Differisce quindi dal subappalto nell'oggetto perché concerne la prestazione di sola manodopera, **senza** fornitura di mezzi e materiali

AUTORIZZAZIONE, LIMITI E VINCOLI IN GENERALE (art. 119 Codice)

Sono soggetti ad **autorizzazione, limiti e vincoli** ex art. 119 Codice:

- ❑ Subappalti
- ❑ Contratti similari
- ❑ Cottimi

Non sono soggetti ad **autorizzazione, limiti e vincoli** ex art. 119 Codice **ma** devono essere **comunque comunicati** alla stazione appaltante *«(…) il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati»*, così come *«(…) eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto»* in relazione a:

- ❑ gli altri subcontratti che **non** costituiscono subappalto ai sensi dell'art. 119 Codice (**art. 119 c. 2 Codice**)

Autorizzazioni, vincoli e divieti

(art. 119 c. 6, 8 11 e 16 Codice)

Al subappalto, ai contratti similari e al cottimo si applicano le seguenti previsioni di legge:

- **l'autorizzazione (art. 119 c. 16 Codice)** e le conseguenze sanzionatorie in caso di mancata autorizzazione ex art. 21 legge n. 646/1982
- i poteri della stazione appaltante in caso di **inadempimenti contributivi e retributivi (art. 119 c. 6 Codice)**
- i casi di **pagamento diretto della stazione appaltante (art. 119 c. 11 Codice)**

PRESUPPOSTI E AUTORIZZAZIONE AL SUBAPPALTO (art. 119 c. 4 Codice)

Gli appaltatori possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, **previa autorizzazione** della stazione appaltante, purché:

a) il subappaltatore sia qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire (artt. 100 e 103 Codice)

b) non sussistano a suo carico le cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del Libro II (artt. 94 – 98 Codice)

c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare

IL SUBAPPALTO

LE DISPOSIZIONI DEL SUBAPPALTO NEL CODICE 2023: I SUBCONTRATTI DIVERSI DAL SUBAPPALTO

(LAVORATORI AUTONOMI — CONTRATTI CONTINUATIVI DI COOPERAZIONE — DISTACCHI)

CONTRATTI DIVERSI DA SUBAPPALTO, CONTRATTI SIMILARI E COTTIMO

Art. 119 c. 3 Codice

Non si considerano comunque subappalto:

a) l'affidamento di **attività secondarie, accessorie o sussidiarie a lavoratori autonomi**, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante

b) la **subfornitura a catalogo di prodotti informatici**

c) l'affidamento di **servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli** nei comuni classificati totalmente montani nonché nei comuni delle isole minori

d) le prestazioni **secondarie, accessorie o sussidiarie** rese in favore dei soggetti affidatari in forza di **contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura** sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto, da depositare presso la stazione appaltante prima o contestualmente alla firma del contratto di appalto

SUBAFFIDAMENTI ATTIVITÀ SECONDARIE, ACCESSORIE O SUSSIDIARIE A LAVORATORI AUTONOMI



(art. 119 c. 3 lett. a)

AFFIDAMENTI A LAVORATORI AUTONOMI
(art. 119 c. 3 lett. a) Codice)

Consiglio di Stato sez. V 21.8.2023 n. 7862

- Subappalto e affidamento a lavoratore autonomo sono due fattispecie **accomunate** dall'obbligo verso il committente di compiere dietro corrispettivo un'opera o un servizio senza vincolo di subordinazione e con assunzione di un rischio da parte di chi esegue

- **La differenza** tra queste figure negoziali si trova in **2 elementi**:
  - ✓ organizzazione delle attività
  - ✓ effetti giuridici e destinatario delle prestazioni

- **La prima differenza** tra subappalto e affidamento a lavoratore autonomo si trova quindi nella **complessità dell'organizzazione impiegata**, qualificandosi il contratto come:
  - ✓ **appalto** se l'esecuzione dell'attività affidata avviene con un'organizzazione di media o grande impresa
  - ✓ **contratto d'opera** se è invece prevalente il lavoro del prestatore d'opera, pur se adiuvato da componenti della sua famiglia o da qualche collaboratore, secondo il modulo organizzativo della piccola impresa ex art. 2083 c.c. (Cass. civ. sez. II 31.8.2021 n. 23680, che richiama anche Cass. n. 7107/2001, Cass. n. 9237/1997, Cass. n. 5451/1999, Cass. n. 7606/1999, Cass. civ. sez. II 16.11.2017 n. 27258, Cass. n. 12519/2010), come pure nei casi in cui l'elemento organizzativo non sia tale da consentire il perseguimento delle iniziative di impresa facendo a meno dell'attività esecutiva dell'imprenditore artigiano (Cass. civ. sez. II 11.2.2022 n. 4527), non essendo di per sè incompatibile con la figura dell'appalto il carattere artigianale dell'impresa (Cass. n. 1856/1990), sempre che emerga la prova dell'assunzione della gestione dell'opera a proprio rischio ed un'organizzazione di mezzi necessari alla sua esecuzione
- Si avrà **attività d'impresa** quando l'organizzazione dei mezzi e dei fattori di produzione è tale da assumere una dimensione di essenzialità rispetto alla prestazione dedotta, tale da assorbire e rendere non più rilevante l'esperienza e la qualità soggettiva personale del prestatore. Se fanno difetto circostanze di fatto atte a dimostrare che il committente si sia riservato l'organizzazione e la divisione del lavoro e degli strumenti tecnici, assumendo, quindi, in proprio il rischio, la qualità di imprenditore del soggetto cui sia stata affidata l'esecuzione di un'opera o di un servizio **fa presumere che le parti abbiano inteso stipulare un contratto d'appalto e non di opera** (v. Cass. civ. sez. II 12.2.2021, n. 3688; Cass. sez. II 12.12.1995 n. 12727)

- **La seconda differenza tra subappalto e lavoro autonomo** si fonda non solo sulla specificità delle prestazioni, ma anche sulla diversità degli effetti giuridici dei due tipi di contratto, caratterizzati da **prestazioni dirette a destinatari diversi**:
  - ✓ nel caso del **subappalto**, il subappaltatore esegue direttamente parte delle prestazioni del contratto stipulato con l'amministrazione, sostituendosi all'affidatario, con una alterità tra appaltatore e subappaltatore – la prestazione è realizzata direttamente da un terzo cui viene subaffidata una parte della stessa
  - ✓ Nel caso dell'**affidamento a lavoratore autonomo**, le prestazioni sono rese in favore dell'aggiudicatario che le riceve, inserendole nell'organizzazione di impresa necessaria per adempiere alle obbligazioni contrattuali e le riutilizza inglobandole nella prestazione resa all'amministrazione appaltante

TAR Umbria sez. I 11 gennaio 2022 n. 16

- **il criterio discretivo tra il subappalto e l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi** risiede non solo nella specificità delle prestazioni, ma anche nella **diversità degli effetti giuridici** dei due tipi contrattuali
- Le prestazioni alla base dei due contratti sono infatti **dirette a destinatari diversi**:
  - ✓ nel caso del **subappalto**, il subappaltatore esegue direttamente parte delle prestazioni del contratto stipulato con l'amministrazione, sostituendosi all'affidatario
  - ✓ Nel caso di **subaffidamenti a lavoratori autonomi**, le prestazioni sono rese in favore dell'aggiudicatario che le riutilizza inglobandole nella prestazione resa all'amministrazione appaltante
- **Nel subappalto vi è dunque un'alterità** anche sul piano organizzativo, tra appaltatore e subappaltatore, poiché la parte di prestazione contrattuale è affidata dall'appaltatore a un terzo che la realizza attraverso la propria organizzazione, mentre **nell'altro caso la prestazione resa è inserita all'interno dell'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore**
- L'art. 119 c. 3 lett. a) Codice non integra una deroga al subappalto, ma ne delimita i confini, escludendo esplicitamente la fattispecie (diversa) dell'affidamento di attività specifiche ai lavoratori autonomi
- La disciplina del subappalto non è estendibile a un rapporto di lavoro autonomo, a meno che non si dimostri che il relativo contratto sia stato stipulato per costituire solo uno schermo per il contratto di subappalto

CONTRATTI CONTINUATIVI DI COOPERAZIONE



(art. 119 c. 3 lett. d)

CONTRATTI CONTINUATIVI DI COOPERAZIONE (art. 119 c. 3 lett. d) Codice)

«le prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie

- *rese in favore dei soggetti affidatari*
- *in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto.*

I relativi contratti sono trasmessi alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto»

GIURISPRUDENZA
SUI CONTRATTI CONTINUATIVI DI COOPERAZIONE

DEFINIZIONE

«con i "contratti di cooperazione servizio e/o fornitura" la legge faccia riferimento ai ***contratti che il concorrente stipula con terzi allo scopo di procurarsi quanto necessario alla propria attività d'impresa*** *ovvero, nello specifico, quei beni e servizi indispensabili all'esecuzione della prestazione in affidamento.* ***I terzi contraenti, quindi, non eseguono una parte della prestazione oggetto dell'appalto*** *ma* ***procurano all'operatore economico aggiudicatario i mezzi per la sua esecuzione***» (Consiglio di Stato Sez. V 19.5.2020, n. 3169; TRGA Trento 29.9.2020 n. 166)

PRESUPPOSTI E CARATTERISTICHE FONDAMENTALI

*«(…) la **continuità** (intesa come stabile e generale cooperazione) ed **anteriorità** (rispetto all'indizione della procedura di appalto) del rapporto contrattuale tra la concorrente e l'impresa terza, sì da consentire l'esonero di tali prestazioni (**complementari** rispetto al servizio da affidarsi …) all'assoggettamento ai limiti del subappalto»*

Essi rispondono dunque agli specifici ed essenziali *«(…) requisiti della **generalità, stabilità, continuatività ed anteriorità** (…)»*

(Consiglio di Stato, Sez. V, 22 aprile 2020, n. 2553)

SOTTOSCRIZIONE ANTERIORE ALLA GARA

Prestazioni fornite all'appaltatore sulla base di **un accordo sottoscritto prima della indizione della procedura di gara** (v. TAR Sicilia, Palermo, Sez. III 6.12.2018 n. 2583, cit.)

«l'art. 105 comma 3 lett. c bis) non richiede che i contratti continuativi di cooperazione servizio e/o fornitura abbiano data certa, ma prescrive solo che essi siano stati sottoscritti "in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto"» (Consiglio di Stato Sez. III 29.1.2021 n. 879)

OGGETTO - «DIREZIONE GIURIDICA»

«(…) il contributo ausiliare regolamentabile mediante detti contratti di cooperazione ***non può riguardare l'affidamento delle medesime prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto,*** *ma al più "prestazioni che, pur comprese nel complessivo oggetto del contratto e pur necessarie per la corretta esecuzione della prestazione principale, appaiono rispetto a questa* ***di carattere complementare ed aggiuntivo, avendo natura residuale ed accessoria****" (Con. Stato, sez. V, nn. 3211/2020 e 607/2020 e sez. III, n. 1603/2020; Tar Lazio, sez. II bis, n. 14795/2019; Tar Pescara, sez. I, nn. 43/2018 e 199/2018; Tar Palermo, sez. III, n. 2583/2018)»* (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 novembre 2020, n. 7142)

«(…) ***attività sussidiarie e secondarie rispetto a quelle propriamente rientranti nell'oggetto dell'appalto****»* (TAR Sicilia, Palermo, Sez. III 6.12.2018 n. 2583 – nel caso di specie si affidavano servizi assicurativi e l'attività di ispettorato sinistri è stata considerata una parte rilevante e ineliminabile dell'appalto e per di più oggetto di accordi non ancora stipulati, quindi subappalto e non contratto continuativo di cooperazione)

«(…) ***prestazioni «secondarie» e/o «sussidiarie» (…) non direttamente rivolte alla stazione appaltante e non coincidenti contenutisticamente con la prestazione dedotta in contratto*** *(…) comunque acquisibili ab externo dal soggetto affidatario, rivolgendosi ai propri fornitori, indipendentemente dall'epoca di stipula dei relativi contratti (…)»* (Consiglio di Stato Sez. III 18.7.2019, n. 5068 – nel caso di specie si affidavano servizi di manutenzione e riparazione automezzi di una ASL e la disponibilità di una sede operativa collocata secondo le caratteristiche geografiche indicate in bando è stata ritenuta astrattamente idonea a essere oggetto di un contratto ex art. 105 c. 3 lett. c-bis) del Codice)

tali contratti riguardano **prestazioni rivolte in favore dell'appaltatore e non del committente**, mentre ex art. 105 c. 2 Codice il subappalto ha ad oggetto una *«(…) parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto»* (v. Consiglio di Stato Sez. V 27.12.2018 n. 7256 – nel caso di specie si affidavano servizi di ristorazione scolastica, e le attività di manutenzione d impianti e attrezzature e locali, insonorizzazione ambienti, analisi chimiche prodotti forniti sono state ritenute non ancillari e accessorie ma prestazioni parte integrante dell'appalto, rivolte al committente)

FASE DI RIFERIMENTO - REQUISITI

I contratti di continuativi di cooperazione **incidono sulla sola fase esecutiva dell'appalto**, attenendo a una modalità operativa della prestazione da eseguire, e **non possono essere utilizzati per sopperire alla carenza di requisiti soggettivi** richiesti in gara a pena di esclusione (TAR Bologna, sez. II, 29 gennaio 2020, n. 87; TAR Veneto, Venezia, Sez. I 15.2.2019 n. 198)

*«detta disposizione disciplina **le sole "prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari" e non anche l'apporto di qualifiche e requisiti soggettivi mancanti**. Il rapporto di cooperazione viene ad incidere **nella sola fase esecutiva** dell'appalto, quindi in un momento che presuppone come già risolta l'individuazione, a monte, di un appaltatore munito dei necessari requisiti (Tar Veneto, n. 198/2019)»* (così Consiglio di Stato, Sez. V, 17 novembre 2020, n. 7142, cit.; v. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 19 maggio 2020, n. 3169, cit.). **Diversamente**, *«(…) laddove si consentisse al soggetto aggiudicatario di soddisfare il possesso del requisito mancante rivolgendosi a soggetti terzi mai specificamente individuati (nel D.G.U.E. o nella dichiarazione di offerta economica/tecnica), si verrebbe a verificare l'inammissibile circostanza per cui «la parte operativa più rilevante dell'affidamento sarebbe eseguita non già dall'appaltatore (singolo o associato), né da un soggetto da questi indicato come ausiliario o subappaltatore, bensì da **un soggetto terzo del tutto esterno ed estraneo** alla gara» (C.G.A.R.S., sez. I, n.673/2019)»* (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 novembre 2020, n. 7142, cit.)

DIFFERENZE RISPETTO A SUBAPPALTO E AVVALIMENTO

«*In definitiva, come rilevato in precedente pronuncia, i contratti di cui all'art. 105, comma 3, lett. c – bis) d.lgs. n. 50 del 2016 si caratterizzano per la "direzione soggettiva", in quanto resi all'impresa aggiudicataria, e per l'"oggetto del contratto" che è altro rispetto alla prestazione in affidamento con il contratto d'appalto (Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 607*»

«***Se il subappalto è il contratto con cui l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di una parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto (comma 2), i contratti di cooperazione continuativa, di converso, non hanno ad oggetto la prestazione affidata ma quei beni e servizi dei quali l'impresa aggiudicataria necessita per poter, essa sola, eseguire la prestazione oggetto del contratto d'appalto***»

«con i "contratti di cooperazione servizio e/o fornitura" la legge fa riferimento ai contratti che il concorrente stipula con terzi ***allo scopo di procurarsi quanto necessario alla propria attività d'impresa*** ***ovvero, nello specifico, quei beni e servizi*** ***indispensabili all'esecuzione della prestazione in affidamento****. I terzi contraenti, quindi, non eseguono una parte della prestazione oggetto dell'appalto ma* ***procurano all'operatore economico aggiudicatario*** ***i mezzi per la sua esecuzione****. A detti contratti, dunque, l'amministrazione aggiudicatrice resta completamente estranea come res inter alios acta.* ***Non è così nel caso dell'avvalimento****, per il quale l'art. 89, comma 1, prevede la presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a* ***mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.*** *L'ausiliaria, in forza di tale dichiarazione, assume obblighi anche verso la stazione appaltante»*

«*La distinzione tra le due figure contrattuali, come ben rilevato anche dalla giurisprudenza sopra richiamata, si fonda non solo, come si è veduto, sulla specificità delle prestazioni, ma anche sulla diversità degli effetti giuridici dei due tipi di contratto. Le prestazioni alla base dei due contratti sono infatti dirette a* ***destinatari diversi****:*

- ***nel caso del subappalto****, il subappaltatore esegue direttamente parte delle prestazioni del contratto stipulato con l'amministrazione, sostituendosi all'affidatario;*
- ***nell'altro caso*** [CONTRATTI DI COOPERAZIONE]*, le prestazioni sono rese in favore dell'aggiudicatario che le riceve, inserendole nell'organizzazione di impresa necessaria per adempiere alle obbligazioni contrattuali e le riutilizza inglobandole nella prestazione resa all'amministrazione appaltante.*
- ***Nel subappalto*** *vi è un'alterità anche sul piano organizzativo, tra appaltatore e subappaltatore, poiché la parte di prestazione contrattuale è affidata dall'appaltatore a un terzo che la realizza direttamente attraverso la propria organizzazione;* ***mentre nel contratto di cooperazione*** *la prestazione resa è inserita all'interno dell'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore. I due contratti sono quindi diversi quantomeno sul piano funzionale»*

«*Ne discende come assuma, pertanto, carattere* ***dirimente****, al fine di stabilire se l'impresa aggiudicataria abbia legittimamente fatto ricorso a tale tipologia di contratto,* ***la concreta verificazione della circostanza legata al dato di fatto se la medesima impresa si sia limitata a procurarsi il bene strumentale alla prestazione da rendere all'amministrazione, ovvero abbia affidato*** *– come nel caso di specie –* ***al terzo cooperante l'esecuzione di una parte (o frazione) della prestazione assunta nei confronti dell'amministrazione che essa non era in grado di eseguire,*** *con la conseguenza che "quando il terzo cooperante (…) esegue una parte della prestazione oggetto del contratto d'appalto che l'impresa aggiudicataria non sa o non può eseguire si è fuori dalla fattispecie dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis) del Codice, ed è corretta l'esclusione dalla procedura di gara»*

La differenza tra subappalto e contratti di cooperazione «*muove dalla considerazione della* ***specificità di determinate categorie di forniture e di servizi*** *e, sulla base della natura peculiare di dette prestazioni (e della diversità del regolamento contrattuale in termini di rapporti tra le parti del contratto e di rapporti con l'amministrazione appaltante)»*

(TAR Lazio Roma, sez. II, 26.4.2021, n. 4816; v. anche Cons. di Stato, Sez. V, 12.4.2021, n. 2962; id., sez. V, 19.5.2020 n. 3169)

TRATTI DISTINTIVI DEI CONTRATTI CONTINUATIVI DI COOPERAZIONE SECONDO LA GIURISPRUDENZA

- prestazioni aventi ad oggetto servizi e/o forniture
- attività sussidiarie e secondarie rispetto a quelle propriamente rientranti nell'oggetto dell'appalto
- non coincidenti contenutisticamente con la prestazione dedotta in contratto
- «direzione giuridica» delle prestazioni: devono essere rivolte in favore dell'appaltatore e non del committente
- i relativi contratti incidono solo sulla fase esecutiva dell'appalto, attenendo a una modalità operativa della prestazione
- fornite all'appaltatore sulla base di un accordo sottoscritto prima della indizione della procedura di gara

DISTACCHI



(art. 30 D.Lgs. 10.9.2003 n. 276 - c.d. «Legge Biagi»)

DISTACCHI: DEFINIZIONE ED ELEMENTI ESSENZIALI

Non costituiscono subappalto i cd. «distacchi» previsti dall'art. 30 del d.lgs. 10.9.2003 n. 276 (c.d. «Legge Biagi»)

DEFINIZIONE

«L'ipotesi del distacco si configura ***quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto*** *per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa»* (art. 30 c. 1 d.lgs. n. 276/2003)

ELEMENTI ESSENZIALI

- ❑ Interesse del distaccante
- ❑ Temporaneità del distacco

INTERESSE DEL DISTACCANTE

- ❑ Pur con fini produttivi, non può consistere in ragioni meramente economiche (corrispettivo)
- ❑ Può
  - ✓ consistere nell'esigenza di formazione di un dipendente
  - ✓ avere natura morale o solidalistica, come contribuire agli scopi assistenziali di un ente no profit

TEMPORANEITÀ DEL DISTACCO

- ❑ La durata del periodo di distacco non deve essere necessariamente breve, ma la missione del lavoratore non deve essere definitiva
- ❑ È strettamente connessa e funzionale alla persistenza dell'interesse del distaccante

ALTRE CARATTERISTICHE DEL DISTACCO

- Il luogo di lavoro in cui si svolge la prestazione del lavoratore oggetto di distacco non assume rilievo ai fini della qualificazione dell'attività come distacco
- Il potere direttivo e di controllo sull'attività del lavoratore oggetto di distacco spetta al datore di lavoro distaccante
- Il trattamento economico e normativo a favore del lavoratore resta affidato alla responsabilità del datore di lavoro distaccante (v. art. 30 c. 2 d.lgs. n. 276/2003)

DIFFERENZA TRA DISTACCHI E ALTRI SUBCONTRATTI

DIFFERENZA TRA DISTACCO E COTTIMO

- **Nel distacco** il distaccante ha un interesse che non deve essere economico, si soddisfano interessi produttivi distinti quali le esigenze formative del personale distaccato o il buon andamento della società distaccataria (controllata o partecipata)
- **Nel cottimo** invece vi è uno specifico interesse economico a fini di lucro di chi somministra la manodopera

DIFFERENZA TRA DISTACCO E (SUB)APPALTO

- **Nel distacco** oggetto della prestazione è solo l'attività dei dipendenti del distaccante
- **Nel (sub)appalto** è invece richiesta in capo all'impresa che offre l'attività una organizzazione di mezzi e risorse che non è la sola prestazione dei dipendenti

GIURISPRUDENZA SUI DISTACCHI

Consiglio di Stato Sez. V 20.2.2020 n. 1292

- *«(…) **in assenza di specifiche richieste o limitazioni** **contenute nella lex specialis** in ordine alle modalità di reclutamento delle risorse di personale necessarie all'esecuzione della prestazione, **è ben possibile fare ricorso "non solo al subappalto, ma anche al distacco e ad altri subcontratti**" (cfr. Cons. Stato, III, 13 settembre 2017, n. 4336)»*
- *«Secondo la giurisprudenza, le risorse necessarie all'esecuzione di un appalto possono essere impiegate dall'operatore economico **anche tramite ricorso allo strumento del distacco** (v. C.d.S., Sez. III, 13 settembre 2017, n. 4336, che ha confermato T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 19 dicembre 2016, n. 1038; cfr., altresì, T.A.R. Marche, Sez. I, 29 ottobre 2018, n. 699). In difetto di detti elementi ostativi, vale il principio secondo cui **il distacco di manodopera è istituto generalmente applicabile** (arg. ex T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, n. 959/2016, cit.)*

DISTACCHI

LE DISPOSIZIONI DEL SUBAPPALTO NEL CODICE 2023: IL SUBAPPALTO IN FASE DI ESECUZIONE

AUTORIZZAZIONE E COMUNICAZIONE (art. 119 c. 2, 4, 5, 16 e 18 Codice)

Art. 119 c. 5 e 16 Codice

- Al fine di ottenere l'autorizzazione al subappalto, l'appaltatore **trasmette** il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno **20 giorni prima** della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni

- Il deposito è corredato da:
  - ✓ la «dichiarazione» del subappaltatore attestante
    - **l'assenza delle cause di esclusione** ex artt. 94 – 98 Codice (DGUE)
    - **il possesso dei requisiti di qualificazione** necessari per l'esecuzione delle prestazioni oggetto del subappalto ex artt. 100 e 103 Codice (SOA o altri documenti idonei)

    che la stazione appaltante è chiamata a verificare tramite la BDNCP ex art. 23 Codice
  - ✓ i **documenti tecnici, amministrativi e grafici** che individuano specificamente l'oggetto del subappalto

Art. 119 c. 4 e 16 Codice

- La stazione appaltante (dirigente, non RUP) provvede al rilascio dell'**autorizzazione entro 30 giorni dalla relativa richiesta**

  NB per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2% 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**

- Tale termine può essere **prorogato** una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi (es. esigenze istruttorie)
- Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione **si intende concessa** (c.d. «silenzio assenso»)

Art. 119 c. 2 e 18 Codice

- L'autorizzazione deve essere **integrata se cambia l'oggetto del subappalto con incremento dell'importo e variazione dei requisiti,** tramite un nuovo procedimento di autorizzazione (art. 119 c. 2 Codice)
- **diniego di autorizzazione** solo per mancanza dei presupposti di legge, ovverosia per:
  - ✓ mancata dichiarazione in gara
  - ✓ conflitto interessi per partecipazione del subappaltatore alla stessa gara
  - ✓ carenza requisiti, superamento eventuali limiti quantitativi
  - ✓ mancato deposito contratto

Art. 119 c. 2 Codice

I contratti relativi a subaffidamenti che **non** costituiscono subappalto ex art. 119 Codice devono essere **comunque comunicati** alla stazione appaltante:

- ❑ prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto
- ❑ specificando nome del subcontraente, importo e oggetto dello stesso
- ❑ comunicando in seguito ogni eventuale variazione intervenuta al riguardo

CONSEGUENZE DEL SUBAPPALTO NON AUTORIZZATO

1. Mancata autorizzazione – Conseguenze di ordine penale

(dopo «Decreto Sicurezza» di cui DL 4.10.2018, n. 113

conv. dalla legge 1.12.2018, n. 132)

Il subappalto non autorizzato è **sanzionato penalmente** dall'art. 21 c. 1 L. n. 646/1982:

«*Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte le opere stesse,* ***senza l'autorizzazione*** *dell'autorità competente, è punito con*

- ***la reclusione da uno a cinque anni***
- *e con* ***la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto****.*

Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto»

2. Mancata autorizzazione – Conseguenze di ordine contrattuale

- **Il contratto di subappalto non autorizzato è nullo** per contrarietà a norme imperative (v. art. 21 legge n. 646/1982), ex art. 1418 c.c.
- La mancata autorizzazione del subappalto configura un **inadempimento di particolare gravità** che legittima la **risoluzione** del contratto d'appalto da parte della stazione appaltante
- A seguito della risoluzione del contratto, la stazione appaltante potrebbe richiedere il risarcimento dei danni causati dall'inadempimento dell'appaltatore, incluso l'eventuale maggior costo che la stazione appaltante dovesse sostenere per l'affidamento del completamento della commessa ad altro operatore economico

Corte Appello 31 ottobre 2024, n. 1566

Nell'ambito di un contratto di lavori pubblici, l'accordo tra appaltatore e subappaltatore per l'esecuzione di lavori in subappalto **non previsti e non autorizzati** dalla stazione appaltante rappresenta un **rapporto nullo**, che:

- ❑ integra una fattispecie di reato - v. art. 21 della legge n. 646/1982, attinente alle ipotesi di subappalto non autorizzato
- ❑ non dà diritto ad alcun compenso

estendendo la sanzione di nullità per contrarietà ad un divieto espresso di legge a tutti gli eventuali e successivi subappalti

3. Mancata autorizzazione – Conseguenze di ordine amministrativo

- La violazione delle norme sull'autorizzazione al subappalto nell'esecuzione di precedenti contratti costituisce un **illecito professionale** di gravità tale da legittimare nell'amministrazione pubblica contraente il dubbio circa l'affidabilità e integrità dell'offerente, ai sensi dell'**artt. 95 c. 2 lett. e) e 98 Codice** e in tal senso può condurre all'**esclusione dell'impresa dalla procedura di gara**

SOSTITUZIONE DEI SUBAPPALTATORI
(art. 119 c. 10 Codice)

In caso di sussistenza di cause di esclusione ex art. 94 – 98 Codice verificate in fase di esecuzione, **il subappaltatore deve essere sostituito**, previa autorizzazione della stazione appaltante

RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE SUBAPPALTATORI (art. 119 c. 6 Codice)

Art. 105 c. 6 Codice

Il subappaltatore è responsabile in solido

- ❑ con l'appaltatore
- ❑ verso la stazione appaltante

per le prestazioni eseguite in subappalto

TUTELA DI SUBAPPALTATORI E SUBAFFIDATARI – TRATTAMENTO ECONOMICO (art. 119 c. 7 – 8 e 11 – 12 Codice)

Applicazione CCNL e tutele del lavoro nei contratti di subappalto

(art. 119 c. 7 e 12 Codice – modificato dal Correttivo 2024)

- **il subappaltatore è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai CCNL** in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni (**c. 7**)

- «*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***» (**c. 12**)

- *«~~Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale~~. Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, è tenuto ad applicare **il medesimo contratto collettivo di lavoro del contraente principale, ovvero un differente contratto collettivo**, **purché** garantisca ai dipendenti le stesse tutele economiche e normative di quello applicato dall'appaltatore, **qualora***

  - ✓ *le attività oggetto di subappalto* ***coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto***
  - ✓ *oppure riguardino* ***le prestazioni relative alla categoria prevalente****»*

  (**c. 12** – modificato dal Correttivo 2024)

- *«Nei casi di cui all'articolo 11, comma 2-bis* [**NB** applicazione di più di un CCNL in presenza di prestazioni scorporabili o secondarie, nei casi specificati dallo stesso art. 11 c. 2 bis Codice], *il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, è* ***tenuto ad applicare il contratto collettivo di lavoro individuato ai sensi del medesimo articolo 11, comma 2-bis, ovvero un differente contratto collettivo, purché*** *garantisca ai dipendenti le stesse tutele economiche e normative del contratto individuato ai sensi del predetto comma 2-bis»* (**c. 12** – modificato dal Correttivo 2024)

- *«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 è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente*» (**c. 12**)

NB come già avvenuto nel contesto del precedente Codice 2016 (dall'1.11.2021), è confermata la **rimozione del limite del ribasso non superiore al 20%** dei prezzi praticati dal subappaltatore (cfr. art. 105 c. 14 D.Lgs. n. 50/2016 dopo Decreto Semplificazioni bis 2021)

NOTA DELL'ISPETTORATO NAZIONALE DEL LAVORO PROT. N. 1507/2021 DEL 6 OTTOBRE 2021

Indicazioni operative per applicazione art. 105 c. 14 D.Lgs. n. 50/2016 (oggi v. art. 119 c. 12 Codice)

- Gli obblighi ex art. 105 c. 14 D.Lgs. n. 5072016 **si applicano agli affidamenti in subappalto** delle sole prestazioni che:
  - ✓ siano ricomprese nell'oggetto dell'appalto e risultino «caratterizzanti» nel contesto complessivo delle attività da eseguire
  - ✓ oppure ricadano nell'ambito della categoria prevalente e, in tal caso, siano altresì incluse nell'oggetto sociale del contraente principale

- In applicazione dell'art. 30 c. 4 D.Lgs. n. 50/2016 (che prescrive il rispetto del CCNL relativo al settore e alla zona di esecuzione del contratto), al fine di individuare il CCNL correttamente applicabile all'appalto da affidare, è necessario **porre «*(…) attenzione sull'oggetto dell'affidamento e non sulle tipologie di attività esercitate eventualmente dall'operatore economico.* In altre parole, ciò che conta è essenzialmente l'oggetto del contratto di appalto ed è ad esso che occorre riportarsi nella selezione del CCNL»**

- «*Individuato il contratto collettivo di riferimento, applicato dal contraente principale nei termini sopra chiariti, va quindi verificata la ricorrenza delle condizioni normative stabilite dal comma 14 dell'art. 105, sopra illustrate. Ove ne sia riscontrata la ricorrenza* ***il subappaltatore ha l'obbligo di «riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale» in relazione alle medesime attività lavorative»***

- «*(…) laddove nell'ambito dell'attività di vigilanza si riscontrino, in relazione ai singoli istituti retributivi o normativi (es. ferie, permessi, orario di lavoro, disciplina delle tipologie contrattuali), condizioni inferiori rispetto a quelle previste dal CCNL applicato dall'appaltatore,* ***sia possibile adottare provvedimento di disposizione ex art. 14 D.Lgs. n. 124/2004 inteso a far adeguare il trattamento da corrispondere per tutto il periodo di impiego nell'esecuzione del subappalto****. L'adeguamento retributivo naturalmente comporta una rideterminazione dell'imponibile ai fini contributivi che dà luogo ai conseguenti recuperi*»

PAGAMENTO DIRETTO DEI SUBAPPALTATORI

(art. 119 c. 11 e 14 Codice)

- **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 **inadempimento** da parte dell'appaltatore
  c) su **richiesta del subappaltatore** e **se la natura del contratto lo consente**

  (**c. 11**)

- *«È fatta salva **la facoltà per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e di Bolzano**, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto della normativa europea vigente e dei principi dell'ordinamento europeo, **di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori**»* (**c. 14**)

PROFILI DI CRITICITÀ

dell'art. 119 c. 11 Codice

- **Lett. b)**
  - ✓ La previsione è generica e difatti non definisce la gravità dell'inadempimento né individua il soggetto responsabile dell'accertamento dell'inadempimento stesso
  - ✓ Tale incombenza potrebbe rientrare nella competenza del RUP, ma in tal senso manca una previsione normativa espressa
- **Lett. c)**
  - ✓ L'indicazione non è sufficientemente specifica e in tal senso fa affidamento sulla richiesta del subappaltatore che si presume possa intervenire in qualunque momento
  - ✓ Rimane esclusivamente la valutazione circa la natura del contratto, che potrebbe essere affidata al RUP e, per di più, in termini oggettivi

TUTELA DI SUBAPPALTATORI E SUBAFFIDATARI
RESPONSABILITÀ SUL TRATTAMENTO SALARIALE E PREVIDENZIALE
(art. 119 c. 6 – 9 e 12 Codice)

Responsabilità sul trattamento salariale ed economico

(art. 119 c. 6 – 9 Codice)

- **L'APPALTATORE:**
  - ✓ è **responsabile in solido con il subappaltatore per gli obblighi retributivi e contributivi** ex art. 29 del d.lgs. 10.9.2003, n. 276 (c.d. «Legge Biagi»), fatta eccezione per i casi di pagamento diretto della stazione appaltante ex art. 119 c. 11 lett. a) e c) Codice (**c. 6**)
  - ✓ è **responsabile in solido con il subappaltatore circa l'osservanza dei CCNL** nei confronti dei suoi dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto (**c. 7**)
  - ✓ **trasmette alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione propria e dei subappaltatori** di avvenuta denunzia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, ove presente, assicurativi e antinfortunistici (**c. 7**)
- **LA STAZIONE APPALTANTE** acquisisce d'ufficio il **DURC** di appaltatore e subappaltatori in corso di validità ai fini del pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto (**c. 7**)

In caso di:

- **inadempimenti contributivi** dell'appaltatore o del subappaltatore la stazione appaltante **interviene in sostituzione, paga i contributi dovuti ai dipendenti e poi opera trattenute** corrispondenti sul certificato di pagamento ex art. 11 c. 6 Codice (**c. 8**)
- **ritardo nel pagamento delle retribuzioni** dovute al personale dell'appaltatore o dei subappaltatori, ex art. 11 c. 6 Codice il RUP invita per iscritto il soggetto inadempiente a provvedervi entro 15 giorni e, in caso di mancata o immotivata contestazione, **la stazione appaltante paga in sostituzione** anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, **detraendo il relativo importo dalle somme dovute** all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ex art. 119 c. 11 Codice (**c. 8**)

NB in caso di contestazioni sull'inadempimento dell'appaltatore il RUP rimette gli atti alla Direzione Provinciale del Lavoro per gli accertamenti necessari (**c. 9**)

TUTELA DI SUBAPPALTATORI E SUBAFFIDATARI SICUREZZA SUL LAVORO (art. 119 c. 12 e 15 Codice)

Tutela sicurezza del lavoro

(art. 119 c. 12 e 15 Codice)

L'APPALTATORE:

- deve corrispondere i **costi della sicurezza e della manodopera**, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici **senza alcun ribasso**, con verifica dell'adempimento affidato alla stazione appaltante (sentiti DL, coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione o DEC) (**c. 12**)
- e, per suo tramite, i subappaltatori trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori **i piani di sicurezza** (**c. 15**)
- **è solidalmente responsabile con il subappaltatore** per gli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente (**c. 12**)

VERIFICA DELLA CONGRUITÀ DI INCIDENZA DELLA MANODOPERA

(v. art. 119 c. 14 Codice)

«Per contrastare il fenomeno del lavoro sommerso 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»*

DM MLPS 25.6.2021 N. 143

CONGRUITÀ INCIDENZA MANODOPERA

(v. art. 119 c. 14 Codice)

- Si definisce un **sistema di verifica della congruità dell'incidenza della manodopera impiegata nella realizzazione di lavori edili**, in attuazione di quanto previsto dall'Accordo collettivo del 10 settembre 2020, sottoscritto dalle organizzazioni più rappresentative per il settore edile

- La verifica della congruità della manodopera impiegata nei lavori edili deve essere quindi verificata in base agli indici di congruità definiti con l'Accordo collettivo del 10 settembre 2020 che sono riportati in una tabella allegata al decreto

TRASPARENZA IN CANTIERE
LAVORI
(art. 119 c. 13)

Per i lavori, **nei cartelli esposti all'esterno dei cantieri** devono essere indicati **anche i nominativi delle imprese subappaltatrici**

CERTIFICAZIONE LAVORI ESEGUITI (CEL)
(art. 119 c. 20 Codice)

Certificati Esecuzione Lavori (CEL)

(art. 119 c. 20 Codice – modificato dal Correttivo 2024)

- Su richiesta dei subappaltatori, ai fini della qualificazione di questi, la stazione appaltante rilascia i Certificati di Esecuzione Lavori (**CEL**) per le prestazioni eseguite in subappalto

- I lavori eseguiti dai subappaltatori sono **scomputati dal valore complessivo dell'appalto**

- *«I certificati di cui al secondo periodo* [CEL] *possono essere utilizzati per ottenere o rinnovare l'attestazione di qualificazione **soltanto da parte dei subappaltatori**»*



GRAZIE PER L'ATTENZIONE!

ontier

25 CQOP SOA
COSTRUTTORI QUALIFICATI OPERE PUBBLICHE