



.....OMISSIS.....

Oggetto: art. 49, comma 1, lett. b) d.l. 77/2021, conv. in l.n. 108/2021 - richiesta di parere.
FUNZ. CONS. 18/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 23 febbraio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 13664 e successiva nota pervenuta in data 24 febbraio, acquisita al prot. n. 13824, si rappresenta che la funzione consultiva è svolta dall'Autorità nel rispetto delle previsioni del Regolamento del 7 dicembre 2018, consultabile sul sito istituzionale.

In relazione all'oggetto dell'istanza di parere, si comunica di seguito quanto deliberato dal Consiglio nell'adunanza dell'11 maggio 2022.

Si evidenzia in primo luogo che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160 del 30 marzo 2022.

Quale indicazione di carattere generale sul quesito sottoposto all'attenzione dell'Autorità, riferito alla disciplina del subappalto introdotta dall'art. 49 del d.l. 77/2021, conv. dalla l. n. 108/2021, con particolare riguardo alle previsioni del comma 1, lett. b), n. 2, della norma, sembra opportuno richiamare in primo luogo la disposizione citata, la quale stabilisce (per quanto di interesse in questa sede) che *«Dalla data di entrata in vigore del presente decreto: (...) b) all'articolo 105 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50: (...); 2) al comma 14, il primo periodo è sostituito dal seguente: "Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale".*

Come indicato nella Relazione Illustrativa del decreto richiamato «La proposta è volta ad apportare delle modifiche all'articolo 105 del codice dei contratti pubblici in materia di subappalto al fine di risolvere alcune criticità evidenziate dalla Commissione UE con la procedura di infrazione n. 2018/ 2273, in particolare con riferimento alla criticità della disposizione contenuta nell'articolo 105 che pone un limite percentuale al subappalto prestabilito per legge su tutti gli appalti. (...) al comma 1 (...) punto 2), si modifica il comma 14 [dell'art. 105 del Codice] disponendo che il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi

contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. Tale disposizione si rende necessaria per garantire la tutela dei lavoratori dagli eccessivi ribassi applicati ai subappaltatori anche alla luce della soppressione della previsione che stabilisce un limite percentuale (20 per cento) al ribasso. Tale soppressione si è resa necessaria per risolvere la procedura di infrazione sul punto la quale ritiene l'ordinamento interno non compatibile con le direttive eurounitarie laddove si prevede un limite prestabilito per legge per il ribasso d'asta».

L'art. 49 del d.l. 77/2021 conv. in l.n. 108/2021, pertanto, modificando (anche) il comma 14 dell'art. 105 introduce misure di garanzia a favore dei dipendenti dei subappaltatori, assicurando agli stessi un trattamento economico e normativo non inferiore a quello garantito dal contraente principale al proprio personale, inclusa l'applicazione dello stesso contratto collettivo nazionale di lavoro, nel caso in cui il subappalto abbia ad oggetto attività che coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.

La norma in esame, nell'apportare modifiche alla disciplina in tema di subappalto contenuta nell'art. 105 del Codice, non introduce anche previsioni specifiche in ordine al regime temporale di applicabilità della novella, ma si limita a stabilire che «*Dalla data di entrata in vigore del presente decreto*» le previsioni dell'art. 105 sono modificate nel senso indicato dal medesimo art. 49 della l. 108/2021.

In assenza di specifiche previsioni in ordine alla disciplina transitoria di applicabilità della norma, deve ritenersi che l'art. 105, comma 14, del Codice come modificato dall'art. 49, comma 1, lett. b) del d.l. 77/2021, trovi applicazione con riguardo alle procedure selettive indette a decorrere dalla data di entrata in vigore della novella e non anche con riguardo alle procedure di gara già bandite a tale data o ai contratti in corso di esecuzione.

Ciò in quanto, come noto, il bando non si sottrae alla regola generale del *tempus regit actum*, pertanto lo stesso è soggetto alla disciplina *ratione temporis* vigente al momento della sua pubblicazione (in tal senso, *ex multis*, Cons. Stato n. 2521/2021).

A tal riguardo anche l'Autorità ha avuto modo di osservare che «il principio *tempus regit actum* nelle procedure di gara abbia carattere generale e deve intendersi nel senso che la procedura è disciplinata dalla normativa vigente al tempo della pubblicazione del bando o dell'atto di avvio della procedura, la *lex specialis* di gara non potendo essere modificata da sopravvenienze normative, nel rispetto dei principi di certezza, trasparenza e par condicio tra i concorrenti (sul principio *tempus regit actum* nelle procedure di gara, si vedano: Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 25/02/2014, n. 9; Cons. Stato, sez. V, 23/06/2010, n. 3964; Cons. Stato, sez. V, 12/05/2017, n. 2222; Cons. Stato, sez. V, 31/07/2019, n. 5431; TAR Lazio, sez. II, 30/04/2020, n. 4529)» (delibera n. 882/2020, PREC 201/2020/L).

Pertanto, in linea generale, in assenza di specifiche indicazioni del legislatore, le novelle intervenute in tema di contratti pubblici, non possono trovare applicazione con riguardo alle gare già bandite alla data di entrata in vigore delle stesse o ai contratti in corso di esecuzione.

In tal senso, le modifiche introdotte dall'art. 49 del d.l. 77/2021 conv. in l.n. 108/2021, all'art. 105, comma 14, del Codice, devono ritenersi applicabili ai contratti di subappalto relativi alle procedure di gara avviate dopo l'entrata in vigore del predetto decreto.

Sulla base di quanto rappresentato, si rimette, pertanto, a codesta Amministrazione ogni valutazione in ordine all'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente il 17 maggio 2022