



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 119, comma 1, d.lgs. 36/2023 – questioni applicative - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0147-2024-FC

FUNZ CONS 64/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 1 agosto 2024, acquisita al prot. Aut. n. 91236 e successiva nota pervenuta in data 14 novembre 2024, acquisita al prot. n. 133402, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024 si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 3 dicembre 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta 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. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata l’Associazione richiedente evidenzia che per effetto dell’interpretazione dell’art. 119, comma 1, del d.lgs. 36/2023 data dalle stazioni appaltanti, vengono stabiliti nei bandi di gara dei limiti quantitativi al subappalto, in contrasto con le indicazioni provenienti dal giudice comunitario in materia. Più in dettaglio, sulla base di tale disposizione, sarebbe vietato l’affidamento in subappalto del 51 per cento delle lavorazioni della categoria prevalente, quale limite fissato in via astratta e non ancorato, come disposto al comma 2 dell’art. 119, alle caratteristiche dell’appalto, all’esigenza di tutelare le condizioni di lavoro e la salute e sicurezza dei lavoratori, nonché di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.

L’Associazione richiedente, sulla base delle motivazioni illustrate nell’istanza, ritiene quindi necessario pervenire ad una interpretazione della norma volta (ii) al superamento di un limite quantitativo al subappalto predeterminato in via astratta e generale; (ii) all’affermazione di una riserva amministrativa in favore della singola stazione appaltante in sede di definizione dei predetti limiti quantitativi; (iii) all’esclusione di limiti esorbitanti al subappalto, tali da sfavorire l’accesso al mercato alle MPMI.

Altra e correlata questione sollevata dall’Associazione richiedente, attiene alla qualificazione del subappaltatore. A tal riguardo, è stato rappresentato il caso dell’accordo quadro e della possibilità, in presenza di carente progettazione della gara, che all’atto dell’affidamento dei contratti attuativi, occorra realizzare lavorazioni rientranti in altra categoria SOA. Per simili casi occorre stabilire se il subappaltatore chiamato dall’appaltatore per l’esecuzione delle predette lavorazioni, debba essere qualificato comunque per la categoria prevalente indicata nel bando di gara o solo per i lavori che andrà effettivamente ad eseguire.

Per tutto quanto sopra, l'Associazione ha chiesto all'Autorità di esprimere avviso in ordine a due profili: 1. un primo volto a chiarire che l'art. 119, comma 1, del Codice non impone un limite massimo astratto e generale al subappalto della categoria prevalente, consentendo quindi alla SA di individuare caso per caso le lavorazioni specifiche per cui possa valere tale limite; 2. un secondo quesito, riferito al caso in cui in sede di esecuzione del contratto vengano in evidenza lavorazioni attribuibili a categorie SOA diverse da quelle indicate nel bando di gara e volto a chiarire se, in tal caso, il subappaltatore debba essere qualificato per le specifiche lavorazioni da eseguire.

Al fine di esprimere avviso sulle questioni poste, occorre premettere – quale osservazione di carattere generale, che ai sensi dell'art. 119, comma 1 del d.lgs. 36/2023, «I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, e le forniture compresi nel contratto. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera d), la cessione del contratto è nulla. È altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera. È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo». Il comma 2 specifica al riguardo che «Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore [...]».

Dalla disposizione sopra richiamata deriva quindi che l'affidatario è tenuto ad eseguire il contratto d'appalto "in proprio", potendo ricorrere al subappalto per lo svolgimento di una parte delle prestazioni dedotte nel contratto d'appalto (dunque il contratto di subappalto costituisce un contratto derivato e accessorio al contratto d'appalto; ex multis parere Funz Cons 31/2024) a determinate condizioni e limiti fissati dal d.lgs. 36/2023 (e già dal d.lgs. 50/2016).

Con specifico riferimento ai limiti per il ricorso a tale istituto da parte dell'appaltatore, sanciti dal previgente art. 105 del d.lgs. 50/2016, come noto, è intervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la pronuncia del 26.09.2019, C-63/18, con la quale è stata dichiarata incompatibile con la direttiva 2014/24/UE la citata disposizione dell'art. 105, comma 2, avente l'effetto di limitare "al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi".

A seguito di siffatta pronuncia, il legislatore nazionale ha riformato il testo dell'art. 105, comma 2, del d.lgs. 50/2016, espungendo ogni limite generale e meramente quantitativo al ricorso al subappalto. In tal modo «il legislatore ha inteso preservare la discrezionalità delle Stazioni appaltanti nella fissazione di limiti al ricorso al subappalto; tuttavia, tali limiti, per poter essere legittimamente previsti nei documenti di gara, devono rispondere a precise esigenze connesse alle caratteristiche specifiche dell'appalto e, dunque, richiedono alla Stazione appaltante di compiere una valutazione in concreto delle attività oggetto di affidamento e di decidere – previa adeguata motivazione e nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016 – se ricorrano le condizioni fissate dalla norma per poter imporre all'aggiudicatario l'obbligo di eseguire direttamente talune lavorazioni/prestazioni dedotte nell'appalto» (parere Prec n. 25/2024).

Come osservato dall'Autorità nella suindicata pronuncia di Precontenzioso, l'art. 119 del d.lgs. 36/2023 ricalca il contenuto dell'abrogato art. 105, comma 2, del d.lgs. 50/2016.

La norma, infatti, dopo aver precisato che è nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera, stabilisce che «Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto

conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, oppure nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229».

Sulla base di tale previsione, quindi, anche per le procedure di gara soggette alle disposizioni del d.lgs. 36/2023, la discrezionalità delle Stazioni appaltanti nella fissazione di limiti al ricorso al subappalto deve poggiare su valutazioni concrete connesse alle lavorazioni oggetto di affidamento. Pertanto, dal disposto normativo di cui all'art. 119, comma 1 del Codice, deriva «un duplice divieto: il primo concerne l'affidamento a terzi dell'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, sanzionato con la nullità del relativo accordo; l'altro concerne le lavorazioni della (sola) categoria prevalente, la cui esecuzione non può essere demandata a terzi in misura prevalente rispetto all'esecuzione in proprio da parte dell'affidatario (...) sicché è solo con riferimento a detta categoria che il concorrente-aggiudicatario è tenuto a garantire l'esecuzione diretta di almeno il 51% delle lavorazioni. Sul punto si richiama la relazione illustrativa al nuovo Codice ove, con riferimento all'art. 119, si legge che "Sempre nel comma 1, al terzo periodo, 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"» (parere Prec 25/2024 cit.).

Per quanto sopra, l'Autorità ha affermato che «la *lex specialis* di gara, nella parte in cui fissa limiti meramente quantitativi alla quota parte di lavorazioni subappaltabili, non è conforme all'art. 119 del d.lgs. 36/2023». Indicazioni di ordine generale in tal senso sono contenute nel Bando tipo n. 1/2023 (par. 8).

Per quanto sopra, quindi, in ordine al primo quesito sollevato dall'Associazione richiedente, può rinviarsi ai chiarimenti già offerti dall'Autorità nella pronuncia sopra richiamata, nonché nel Bando-tipo n. 1/2023, a tenore delle quali la discrezionalità delle Stazioni appaltanti nella fissazione di limiti al ricorso al subappalto, deve poggiare su valutazioni concrete connesse alle lavorazioni oggetto di affidamento, con esclusione della possibilità per le stesse SA di fissare tali limiti in via generale ed astratta. Nella decisione a contrarre è quindi riportata la motivazione sulla base della quale la SA ha riservato all'appaltatore una o più prestazioni in ragione delle specifiche caratteristiche dell'oggetto dell'appalto.

Quanto invece al secondo quesito, riferito all'accordo quadro e al caso in cui, in presenza di errata impostazione della gara, all'atto dell'affidamento dei contratti attuativi, occorra realizzare lavorazioni rientranti in una categoria SOA non indicata nella *lex specialis*, occorre precisare in via preliminare, quale principio fissato dal d.lgs. 36/2023, che i contratti pubblici possono essere modificati nei soli casi previsti e disciplinati dal Codice stesso (art. 120) ed entro specifici limiti e condizioni. L'Autorità ha evidenziato al riguardo che «le prestazioni oggetto dell'accordo (quadro) devono essere identificate con completezza. I contratti attuativi non possono, infatti, apportare modifiche tali da alterare la natura generale dell'accordo quadro, dovendo restare immutati gli elementi essenziali in esso descritti, con sufficiente precisione, nelle specifiche tecniche/progettuali. Un corretto ricorso a tale strumento contrattuale deve, inoltre, prevedere uno stretto legame tra quest'ultimo e gli strumenti di pianificazione e programmazione e non può, al contrario, come talvolta riscontrato, sopperire ad una sostanziale incapacità programmatica delle

stazioni appaltanti» (Comunicato del Presidente del 5.6.2024, recante "*Chiarimenti in merito all'affidamento diretto di un accordo quadro*"; si rinvia sull'argomento anche alle faq pubblicate sul sito istituzionale).

Pertanto, ove ricorrano le condizioni legittimanti le variazioni contrattuali ai sensi del Codice, per la qualificazione dell'esecutore dei relativi lavori pubblici, valgono le disposizioni di ordine generale fissate dall'Allegato II.12 del d.lgs. 36/2023.

Si osserva al riguardo che nel solco dell'art. 92 del d.p.r. 207/2010, l'art. 30, comma 1, del citato Allegato II.12 stabilisce che «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. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente».

La norma, come chiarito da recente giurisprudenza, va letta «al lume dell'art. 12 D.L. 47/2014, il quale, in un'ottica concorrenziale, consente all'operatore economico in possesso della qualificazione per la categoria prevalente di partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici, anche se privo delle qualificazioni previste dal bando per le categorie scorporabili, alla condizione, però, che affidi le lavorazioni riconducibili alle predette categorie, se a qualificazione obbligatoria (tra le quali ricade la categoria OG9, in quanto opera generale, ai sensi del comma 2 lett. b) dell'art. 12), ad imprese in possesso delle necessarie qualificazioni. Detta norma non è stata abrogata con l'entrata in vigore del D.Lgs. 36/2023 (cfr. relazione illustrativa al nuovo codice dei contratti pubblici sub art. 119 e T.A.R. Calabria sez. I - Reggio Calabria, 26/10/2023, n. 782) ed anzi, in base alle prime indicazioni giurisprudenziali in tema, il superamento, nell'impianto del nuovo codice dei contratti pubblici, della distinzione tra categorie di lavorazioni a qualificazione "obbligatoria" e "non obbligatoria", avrebbe piuttosto l'effetto di connotare indistintamente tutte le opere scorporabili della natura di lavorazioni a qualificazione obbligatoria (cfr. T.A.R. Calabria sez. I - Reggio Calabria, 26/10/2023, n. 782 cit.). Ciò posto, il subappalto c.d. necessario (o qualificatorio) disciplinato dal citato art. 12 D.L. 47/2014 differisce dal modello classico poiché non è espressione di autonomia organizzativa, ma è imposto dalla circostanza che il concorrente non ha la qualifica per eseguire tutte le lavorazioni; è, perciò, "necessario" perché il subaffidamento (ad un soggetto in possesso delle pertinenti qualificazioni) dell'esecuzione delle lavorazioni è vincolato dal difetto di qualifica ad eseguire tale tipo di prestazioni. Tanto incide, a valle, sugli oneri dichiarativi dell'operatore economico in sede di partecipazione. Come affermato in giurisprudenza, infatti, "il concorrente non è tenuto a indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, ma è tenuto senz'altro a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante. Detto più chiaramente, l'operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario" (Cons. Stato, Sez. V, 28.3.2023, n. 3180); ciò in quanto "nella dichiarazione di subappalto "necessario" viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell'operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto "facoltativo", bensì una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche" (Cons. Stato Sez. V, 1.7.2022, n. 5491 richiamata nella citata Cons. Stato, Sez. V, 28.3.2023, n. 3180)» (TAR Piemonte, n. 23/2024).

Pertanto il subappalto necessario «differisce sensibilmente dal subappalto facoltativo: mentre in quest'ultimo, l'operatore economico che concorre alla gara possiede in proprio tutti i requisiti richiesti per l'esecuzione delle lavorazioni di cui si compone l'opera e la scelta di affidare l'esecuzione di una parte dei lavori a un'impresa terza risponde a mere ragioni di opportunità o di

convenienza economica, nel subappalto qualificante il concorrente fa affidamento sui requisiti di un'altra impresa ai fini della legittima partecipazione alla gara dalla quale, altrimenti, verrebbe escluso per difetto di qualificazione [...]. alla luce delle diverse funzioni assolte dal subappalto qualificante rispetto a quello facoltativo, la giurisprudenza ha precisato che il concorrente è tenuto, in sede di presentazione dell'offerta, a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante» (Delibera Anac n. 278/2024 -UPREC-PRE- 0123-2024-L).

Per quanto sopra, nel caso del subappalto necessario, il subappaltatore dovrà essere in possesso della qualificazione per le categorie scorporabili di cui sia privo l'operatore economico che concorre alla gara, integrando i requisiti di partecipazione dello stesso, come opportunamente dichiarato in sede di gara, nei termini indicati. Nel subappalto facoltativo (nel quale il concorrente possiede in proprio tutti i requisiti richiesti per l'esecuzione delle lavorazioni di cui si compone l'opera), il subappaltatore dovrà possedere la qualificazione necessaria per l'esecuzione della parte dei lavori ad esso demandati dal concorrente stesso, anche eventualmente relativi alla categoria prevalente. In ogni caso, la Stazione Appaltante è tenuta a verificare puntualmente il possesso dei requisiti dell'appaltatore sotto la propria responsabilità.

Ferma l'indicazione generale sopra riportata, nel caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità, le lavorazioni non previste nel bando di gara e rese necessarie in corso di esecuzione del contratto d'appalto, possono essere eseguite dall'appaltatore ove in possesso di qualificazione per la categoria prevalente che, per classifica, copra anche tali ulteriori lavorazioni o se in possesso della qualificazione anche nella specifica categoria dei lavori in questione (secondo le previsioni dell'art. 30 All. II.12 del Codice sopra richiamato); nel caso in cui lo stesso appaltatore decida di ricorrere al subappalto facoltativo (previa comunicazione alla SA e autorizzazione della stessa), il subappaltatore dovrà essere in possesso della qualificazione relativa alla specifica categoria dei lavori ad esso demandati.

In ogni caso è rimessa alla stazione appaltante ogni attività di verifica in ordine al possesso di adeguata qualificazione SOA da parte del soggetto che esegue materialmente i predetti lavori, posto che ai sensi dell'art. 119 del Codice, «I soggetti affidatari dei contratti di cui al codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante a condizione che: a) il subappaltatore sia qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire; b) non sussistano a suo carico le cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro; 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». Inoltre ai sensi del comma 5 della stessa disposizione «L'affidatario trasmette il contratto di subappalto alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Contestualmente trasmette la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro e il possesso dei requisiti di cui agli articoli 100 e 103. La stazione appaltante verifica la dichiarazione tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 23. Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici».

Il Codice dispone, quindi, ai fini dell'autorizzazione al subappalto, che il subappaltatore sia in possesso di adeguata qualificazione in relazione alle specifiche lavorazioni da eseguire, aggiungendo che nel contratto di subappalto devono essere indicate puntualmente le prestazioni demandate allo stesso subappaltatore in termini tecnici ed economici.

Si ribadisce al riguardo l'obbligo per la Stazione Appaltante, sotto la propria responsabilità, di verificare puntualmente il possesso dei requisiti di qualificazione dell'appaltatore e del subappaltatore, necessari per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto di affidamento.

Sulla base delle considerazioni espresse, si riscontra la richiesta di parere sottoposta all'attenzione dell'Autorità nel senso sopra indicato e si rimette all'Associazione richiedente ogni valutazione in ordine alla fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente