

# Il Subappalto nel nuovo codice dei contratti senza (o quasi) limiti e differenza con il mero subcontracto

[22/09/2023 Pierluigi Girlando Appalti](#)

## Premessa

L'istituto del subappalto è stato oggetto nel corso del tempo di svariate modifiche, per lo più di natura limitativa che, via via, hanno portato all'attuale configurazione – ampliata al punto da consentire il subappalto a cascata – prevista dall'attuale Dlgs 36/2023. La diffidenza storica del legislatore nazionale trae origine dal potenziale utilizzo di questa tipologia negoziale come “canale di accesso” per le organizzazioni criminali, idonea a favorire il raggiungimento di finalità illecite. Nell'abrogato Codice dei contratti del 2016, il subappalto trova la propria collocazione nell'art. 105, disposizione in cui si prevede un limite del 30%, poi innalzato al 40% a fronte dell'entrata in vigore del DL 32/2019 (c.d. sblocca cantieri) convertito in L. 55/2019. Solo con il Decreto Semplificazioni 2021 il legislatore – mettendo ancora una volta mano all'istituto, anche alla luce della procedura di infrazione avviata dalla Commissione Europea – rivede la disciplina prevedendo un regime transitorio (limite innalzato al 50%) per poi eliminare ogni limitazione quantitativa al subappalto (confermata dalla L. 238/2021), fermo restando la possibilità per le Stazioni Appaltanti di operare proprie valutazioni caso per caso. Le principali novità apportate all'istituto da parte del nuovo codice dei contratti pubblici riguardano:

- - **Il regime di nullità** (viene posto rimedio ad una imprecisione teorica specificando che la nullità investe il contratto anziché il contratto ceduto);
  - **Soppressione dei limiti quantitativi;**
  - Confermata **l'assenza dell'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori;**
  
- Viene ammessa la figura del c.d. “**subappalto a cascata**”

## Definizioni

L'art. 119 del Dlgs 36/2023 definisce subappalto **“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. Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare...”** Si tratta, dunque, di un contratto “derivato” che – rientrando nella più ampia categoria del “subcontracto” – ha ad oggetto una parte delle prestazioni del contratto principale, ovvero del contratto di appalto. Da notare, inoltre, che al comma 2 del summenzionato articolo è stato inserito un inciso volto proprio a differenziare il subappalto dalle altre tipologie contrattuali, laddove si ribadisce che l'organizzazione di mezzi e di rischi a è carico del subappaltatore.

## Limiti

Il primo comma dell'art. 119 precisa che la cessione del contratto è nulla. La disposizione normativa in parola specifica, altresì, che è nullo l'accordo con cui viene affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni/lavorazioni oggetto di appalto (non si può subappaltare il 100% del contratto, sia che si tratti di lavori, forniture o servizi) nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni (riferito agli appalti di lavori) relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera. Vediamo come permangono, comunque, alcune limitazioni per la categoria prevalente nel caso di lavori e per i servizi se caratterizzati dalla presenza di manodopera superiore al 50%.

## Differenze tra subappalto e subcontracto

Abbiamo visto che il subappalto è una particolare tipologia di subcontracto. Esistono tuttavia specie di subcontracti che non costituiscono subappalto e per i quali è sufficiente che l'operatore economico informi la Stazione Appaltante. Riprendiamo parte della definizione, già esaminata, offerta sul punto dal Codice: *Costituisce, comunque, **subappalto di lavori** qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, **quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo**, se singolarmente di importo **superiore al 2 per cento** dell'importo delle prestazioni affidate o di importo **superiore a 100.000 euro**... e qualora l'incidenza del **costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento** dell'importo del contratto da affidare...*” Ne deduciamo -in riferimento agli appalti di lavori – che vanno intesi quali subcontracti in senso stretto quelle subforniture con posa in opera e i noli a caldo qualora siano di importo inferiore ai valori sopra menzionati. In riferimento a contratti per l'acquisto di beni e di servizi, il comma 3 dell'art. 119 stabilisce che non configurano subappalto:

- L'affidamento di attività secondarie, accessorie o sussidiarie a lavoratori autonomi;
- Subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
- l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'ISTAT, oppure ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'[allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448](#);
- 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 precedente alla indizione della procedura di gara.

Analizziamo le esclusioni in modo più approfondito, partendo dalla prima e dall'ultima fattispecie citata in quanto caratterizzate da un elemento distintivo comune: l'affidamento a lavoratori autonomi e i contratti sottoscritti in un periodo antecedente la gara non costituiscono subappalto, **a patto che si tratti di attività/prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie**. In particolare, per i contratti di collaborazione autonoma è bene ricordare la distinzione -sul piano civilistico -tra appalto (ex art. 1655 c.c.) e contratto d'opera (ex art. 2222 c.c.) per i quali l'elemento dirimente potrebbe ravvisarsi nella presenza di una “organizzazione imprenditoriale dei mezzi necessari” non esclusivamente strumentale o ausiliaria all'appalto principale. Per le ultime, è bene evidenziare come la giurisprudenza abbia inteso sottolineare che le prestazioni oggetto di tali contratti di cooperazione, servizio e/o fornitura siano rivolte in favore dell'operatore economico affidatario e

non, come avviene in caso di subappalto, a favore della Stazione Appaltante. Non trattandosi di subaffidamento di porzioni del contratto aggiudicato, bensì di accordi sottoscritti in epoca precedente e comunque correlati ad attività strumentali, tali tipologie di subcontratti non possono ricadere nel paradigma del subappalto. Per quanto concerne la **subfornitura a catalogo di prodotti** informatici, chi scrive ritiene che la subfornitura di prodotti in generale possa ritenersi esclusa dall'ambito di applicazione del subappalto. Difatti, il subfornitore non assume il rischio di eseguire parte delle prestazioni affidate all'appaltatore ma si impegna a fornire a quest'ultimo un prodotto, un bene che entra a far parte soltanto del processo di produzione.

#### **Mancata previsione del subappalto da parte della S.A.**

Le amministrazioni possono sempre imporre all'aggiudicatario di eseguire direttamente alcune o tutte prestazioni (sul punto, in merito al totale divieto da parte della S.A., vi è tuttavia una interpretazione in senso contrario, da parte dell'ANAC) previa motivazione e nel rispetto dei c.d. "super principi" (art. 1, 2 e 3 del Dlgs 36/2023) in ragione di specifiche caratteristiche dell'appalto / ragioni tecniche e di sicurezza, nonché per prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose (sempre che l'operatore economico in questione non sia iscritto nella *White-list*).

da [leautonomie.asmel.eu](http://leautonomie.asmel.eu)