

ARTICOLO 119

Il subappalto

Giulia Fabrizi
Mario di Carlo

Viene eliminato il divieto di cd. subappalto di subappalto o cd. subappalto a cascata, con conseguente possibilità per i subappaltatori di ricorrere a loro volta ad ulteriori subappaltatori

L'art. 119 del Dlgs 31 marzo 2023 n. 36 (anche solo "Codice 2023") reca la disciplina del subappalto che come noto 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".

La nuova disposizione dovrebbe rappresentare, almeno nell'intenzione del legislatore, il punto finale di adeguamento della disciplina nazionale sul subappalto al diritto eurounitario per come interpretato negli anni dalla Corte di Giustizia dell'UE e sulla base delle critiche mosse dalla Commissione europea nelle procedure di infrazione avviate contro l'Italia.

L'attuale art. 119 per un verso mantiene le modifiche che erano state apportate all'art. 105 del Dlgs 50/2016 dal Dl 18 aprile 2019, n. 32 conv. in legge 14 giugno 2019, n. 55 ("decreto Sblocca Cantieri") e dal Dl 31 maggio 2021, n. 77, convertito in legge n. 29 luglio 2021, n. 108 ("decreto Semplificazioni bis") al fine di snellire l'istituto e di recepire le indicazioni delle istituzioni europee finalizzate a rendere la disciplina nazionale conforme al

diritto eurounitario. Per altro verso, nella nuova disposizione oltre ad alcune piccole modifiche all'art. 105, sono state recepite le indicazioni della Commissione UE e della Corte di Giustizia UE che ancora erano rimaste inattuato riguardo la soppressione del cd. divieto di subappalto a cascata previsto dall'art. 105, comma 19, Dlgs 50/2016, non senza però alcune incertezze applicative che verranno evidenziate nel seguito.

Soppressione del limite quantitativo alla quota subappaltabile

L'art. 119 del Codice 2023 mantiene innanzitutto la soppressione del limite quantitativo generale e astratto alla quota di prestazioni subappaltabile, prevista nella versione ultima dell'art. 105 del Dlgs 50/2016 così come risultante dalle modifiche intervenute nel corso dei sette anni di vigenza del Codice 2016.

Ricordiamo che l'art. 105, comma 2, del Dlgs 50/2016 nella sua versione originaria prevedeva che la quota massima di prestazioni subappaltabile non potesse superare il 30% dell'appalto, a prescindere dall'oggetto e del valore del contratto e dall'essenzialità delle

sue prestazioni.

Tale limite quantitativo generale e astratto è stato ritenuto illegittimo dalla Commissione europea, la quale il 24 gennaio 2019, ha trasmesso al Governo italiano una lettera di costituzione in mora nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273, con la quale ha contestato all'Italia l'incompatibilità di alcune disposizioni dell'ordinamento interno in materia di contratti pubblici tra cui appunto il divieto di subappaltare più 30% di un contratto pubblico.

Ad avviso della Commissione UE un siffatto limite astratto e generalizzato non trovava corrispondenza nel diritto eurounitario e violava al contrario il principio secondo cui occorre favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici, obiettivo a cui il subappalto è indirizzato.

Ad avviso della Commissione UE "la normativa italiana viola il diritto UE in quanto essa limita il ricorso al subappalto in tutti i casi, e non solo nei casi in cui una restrizione del subappalto sia oggettivamente giustificata dalla natura delle prestazioni dedotte in contratto". Per questo, il legislatore