

Decreto correttivo: il subappalto e i SIA

di Beatrice Armeli

“ L'art. 33 del Correttivo reca alcune modifiche all'art. 119 del codice in tema di subappalto e in particolare sull'affidamento in subappalto alle piccole e medie imprese e la revisione dei prezzi. La novella, chiaramente di portata generale, investe giocoforza anche i servizi di ingegneria e architettura, in relazione ai quali il d.lgs. 36/2023 ha già alterato l'assetto previgente con la liberalizzazione dell'istituto del subappalto. Vediamo di seguito la questione nel dettaglio. ”

Premessa

L'art. 33 del Correttivo¹ reca alcune modifiche all'art. 119 del codice in tema di subappalto. In estrema sintesi, le novità riguardano l'affidamento in subappalto alle piccole e medie imprese, la revisione dei prezzi, il trattamento dei dipendenti in subappalto e le certificazioni dei lavori effettuati. Per quanto qui di interesse, limitiamo la trattazione ai primi due temi.

- Al fine di favorire le PMI, si è introdotta una nuova disposizione, all'interno del comma 2, che riserva **una quota non inferiore al 20% delle prestazioni subappaltabili in favore delle PMI, ferma restando la possibilità per gli operatori economici, in deroga alla predetta disposizione, di indicare nell'offerta una soglia diversa qualora ciò sia giustificato** in ragione dell'oggetto o delle caratteristiche delle prestazioni o del mercato di riferimento.
 - La previsione, di portata generale, si applica quindi anche per il subappalto di progettazione (allo stato ammesso).
- Al fine di elevare le garanzie connesse al subappalto/subcontratto ed evitare l'indebito arricchimento

dell'appaltatore, viene aggiunto un nuovo comma 2-bis, il quale dispone l'**obbligo di inserire, nei contratti di subappalto o nei subcontratti comunicati alla stazione appaltante, clausole di revisione dei prezzi** riferite alle prestazioni o lavorazioni oggetto del subappalto o del subcontratto, nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 60 del codice e in coerenza al nuovo Allegato II-2-bis.

- La previsione è di interesse anche qualora si inquadri la redazione della relazione geologica o la consulenza specialistica (attività comunque oggi subappaltabili) nelle fattispecie di cui al comma 3, in particolare lett. a), dell'art. 119 del codice.

La novella, chiaramente di portata generale, investe giocoforza anche i servizi di ingegneria e architettura, in relazione ai quali il d.lgs. 36/2023 ha già alterato l'assetto previgente con la liberalizzazione dell'istituto del subappalto. Come noto, infatti, non è *stato* replicato *ex lege*, né nell'art. 119, né in altre disposizioni del codice, il divieto di subappalto della progettazione e delle attività ad essa connesse, così come invece era previsto dall'art. 31, comma 8, del

(1) Nella versione attuale del testo "bollinato": Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 226.

d.lgs. 50/2016². In tal senso anche il Correttivo tace, non facendosi carico di declinare l'istituto in parola nel peculiare campo dei SIA.

1. Il quadro attuale

In particolare, temi che hanno fatto discutere nel settore dei servizi tecnici sono stati quelli della mancata menzione nel nuovo codice: i) del divieto di subappalto della progettazione; ii) del divieto di subappalto della relazione geologica; iii) e della espressa possibilità per il progettista di affidare a terzi attività di consulenza specialistica. Le proposte emendative, presentate a riguardo, non hanno avuto seguito, neppure nella novella che qui occupa.

Il quadro, pertanto, rimane immutato. Quindi, in generale, se è vero che non è più prescritto il divieto di subappalto della progettazione e delle attività ad essa connesse, è altresì vero che non è esclusa la possibilità di prevedere dei limiti in sede di gara "in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto", così come testualmente dispone l'art. 119, comma 2, del codice.

Con peculiare riguardo ai servizi di ingegneria e architettura:

a) mentre l'OICE, nella propria "Proposta di disciplinare", aveva ritenuto opportuno suggerire alle stazioni

appaltanti di mantenere il divieto di subappalto, ancorché limitatamente alle attività di pura progettazione, al fine di assicurare l'unitarietà del progetto e la continuità dell'attività medesima³,

b) l'ANAC, nello "Schema di disciplinare di gara" relativo al Bando-tipo n. 2/2023⁴, ha comunque chiarito che il subappalto resta vietato solo quando il concorrente non indichi puntualmente le prestazioni oggetto di subappalto oppure quando lo stesso includa nell'oggetto del subappalto l'esecuzione integrale delle prestazioni che sono oggetto del contratto di appalto, in linea con la previsione codicistica.

In sostanza, quindi, risulterebbero subappaltabili, oltre che la progettazione in sé, sia la redazione della relazione geologica, come peraltro ha confermato anche il MIT⁵, che la consulenza specialistica.

Riguardo a quest'ultima, tuttavia, la stessa ANAC⁶, proprio sulla premessa che nell'attuale codice non è stato riportato l'art. 31, comma 8, ultimo periodo, del d.lgs. 50/2016 (il quale consentiva al progettista la possibilità di affidare a terzi attività di consulenza specialistica, rimanendo ferma la responsabilità del progettista anche ai fini di tali attività): i) si è interrogata in ordine alla possibilità e all'opportunità di recuperare tale previsione; ii) e, al contempo, ha domandato agli stakeholders di fornire indicazioni pratiche al fine di perimetrare

(2) Secondo infatti quanto previsto dalla norma previgente: "Gli incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del responsabile unico del procedimento, vengono conferiti secondo le procedure di cui al presente codice e, in caso di importo inferiore alla soglia di 40.000 euro, possono essere affidati in via diretta. L'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Il progettista può affidare a terzi attività di consulenza specialistica inerenti ai settori energetico, ambientale, acustico e ad altri settori non attinenti alle discipline dell'ingegneria e dell'architettura per i quali siano richieste apposite certificazioni o competenze, rimanendo ferma la responsabilità del progettista anche ai fini di tali attività. Resta, comunque, ferma la responsabilità esclusiva del progettista, ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)".

(3) V. OICE, *Proposta di disciplinare di gara per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura*, 2023.

(4) Destinato ad applicarsi alle procedure aperte aventi ad oggetto l'affidamento di contratti pubblici di servizi di ingegneria e architettura nei settori ordinari di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Il testo, che è attualmente in fieri e che acquisterà efficacia il quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione nella G.U.R.I., è stato sottoposto a consultazione pubblica ai sensi dell'art. 83, comma 3, del d.lgs. 36/2023, con la possibilità per stakeholders, professionisti e stazioni appaltanti, di compilare il relativo questionario e inviare le proprie osservazioni entro il 1° marzo 2024.

(5) MIT, Parere 26 settembre 2024, n. 2828, ove il Supporto giuridico del Ministero afferma che, in mancanza di una espressa norma riproduttiva dell'art. 31, comma 8, del d.lgs. 50/2016, deve ritenersi non più vigente il divieto di subappalto della progettazione e delle attività ad essa connesse, con la conseguenza che anche la relazione geologica può essere affidata in subappalto.

(6) V. ancora "Schema di disciplinare di gara" relativo al Bando-tipo n. 2/2023.

correttamente l'ambito applicativo delle prestazioni accessorie, secondarie e sussidiarie ai fini dell'applicazione dell'art. 119, comma 3, lett. a), del nuovo codice. Infatti, il comma 3 dell'art. 119 in questione elenca una serie di attività di forniture o servizi che non si configurano, per le loro specificità, come attività affidate in subappalto. Tra queste rientrano anche 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 all'indizione della procedura finalizzata all'aggiudicazione dell'appalto.

Dunque, proprio in considerazione del fatto che non viene più esplicitata la norma autorizzante la possibilità per il progettista di affidare a terzi attività di consulenza specialistica, potrebbe ritenersi, anche alla luce del Correttivo che sul punto rimane silente, che detta possibilità trovi ragion d'essere entro i limiti dettati dall'art. 119 *sub* comma 3. In particolare, la consulenza specialistica di ausilio alla progettazione, affidata dal progettista a terzi - non quale oggetto di subappalto - potrebbe ricadere nelle categorie di attività contemplate dalla lett. a) e, eventualmente, d) del comma 3 dell'art. 119 del codice, ove ne ricorrono i rispettivi presupposti⁷. Invero, lo stesso dicasi altresì per la redazione della relazione geologica. Infatti, se da un lato il divieto di subappalto della relazione geologica viene meno, rendendo così in effetti subappaltabile la relativa redazione, dall'altro lato, potrebbero recuperarsi taluni limiti, non solo in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ma anche qualora si intenda attrarre detta attività redazionale nelle fattispecie di cui al summenzionato

(7) Pertanto: la consulenza potrebbe risultare affidata a "lavoratori autonomi" (non imprenditori), da intendersi come persone fisiche che si obbligano a compiere verso un corrispettivo una determinata attività professionale concorrente alla realizzazione del servizio di progettazione oggetto di appalto, senza vincolo di subordinazione rispetto al progettista affidatario (lett. a); in tal caso, sarà sufficiente effettuare la relativa comunicazione alla stazione appaltante;

la consulenza potrebbe venire resa in favore del progettista affidatario in forza di un "contratto continuativo", sottoscritto antecedentemente l'indizione della gara di affidamento del servizio di progettazione (lett. d); in tal caso, si renderà necessario anche la trasmissione del contratto in questione alla stazione appaltante, prima della sottoscrizione del contratto di appalto o contestualmente alla stessa.

comma 3, ricorrendone nel caso concreto i presupposti, con presa di consapevolezza dell'operatore economico che, a tal fine, dovrebbe già aver sottoscritto un contratto continuativo di cooperazione/servizio con il proprio geologo in epoca anteriore all'indizione della procedura finalizzata all'aggiudicazione dell'appalto⁸. E ciò per la necessità di garantire l'indispensabile presenza diretta del geologo in ogni livello della progettazione, unitamente all'esigenza di rendere chiara la responsabilità che ricade in capo al progettista. Principi che, si crede, valgano oggi come ieri.

2. Il silenzio del Correttivo sul subappalto nei SIA

Certamente con il Correttivo si sta perdendo un'opportunità per far chiarezza a riguardo. Neppure l'ANAC, in sede di audizione alle Camere, ha più accennato ai profili di criticità invece evidenziati nel proprio "Schema di disciplinare", come sopra riportati. Al contrario l'OICE ha proposto di aggiungere, all'attuale art. 119 del codice, un nuovo comma 3-bis, riprodotto in sostanza l'ultimo periodo del comma 8 dell'art. 31 del previgente d.lgs. 50/2016, in punto di divieto di subappalto, salve le eccezioni tassativamente previste, e di affidamento a terzi dell'attività di consulenza specialistica, ferma la responsabilità esclusiva del progettista. L'Associazione, in particolare, motiva la proposta osservando come la liberalizzazione del subappalto nei servizi tecnici comprometta il principio dell'unitarietà del progetto, potendo altresì configurare "un meccanismo di intermediazione di manodopera qualificata che in questo settore è opportuno evitare". Occorre quindi per l'OICE un "sistema bilanciato" che tenga conto anche dell'esigenza dell'impresa di avvalersi di "consulenze

(8) Lo stesso MIT, con il Parere sopra citato, ha chiarito che, nell'ipotesi in cui l'affidatario dei servizi di ingegneria e architettura non sia in possesso dei requisiti per la redazione della relazione geologica, lo stesso può attribuire tale attività:

- ad un proprio lavoratore subordinato;
- o ad un soggetto avente stipulato con l'affidatario medesimo un contratto di collaborazione professionale coordinata e continuativa;
- o ancora ad un soggetto esterno parte dello stesso raggruppamento;
- oppure mediante un contratto di avvalimento o di subappalto.

che, anche per le ovvie ragioni di flessibilità che caratterizzano soprattutto l'operato di piccole e medie strutture professionali, non devono essere rese necessariamente da persone in organico stabile del partecipante, né essere per forza inserite in raggruppamenti temporanei di progettisti (con tutte le responsabilità di cui si farebbe carico il consulente, connesse a tale inserimento)⁹. Peraltro, è interessante evidenziare come anche per l'OICE sarebbe "sufficiente l'affidamento di consulenze regolate da contratto di prestazione intellettuale, senza che si configuri un subappalto".

3. De jure condendo

Ad ogni modo, in assenza di specifiche norme riguardanti il settore dei SIA, anche il ricorso al subappalto nei servizi tecnici, qualunque ne sia l'oggetto, non può che tener conto delle novità a riguardo prospettate, occasionate anche dall'esigenza di promuovere l'accesso delle piccole e medie imprese al mercato dei contratti pubblici, di cui, peraltro, il settore in questione è certamente ricco.

Proprio a tal fine, il legislatore è quindi intervenuto sull'art. 119, comma 2, del codice, prevedendo, *sub* art. 33, comma 1, lett. a), del Correttivo, che una percentuale dei contratti di subappalto, non inferiore al 20% delle prestazioni subappaltabili, calcolato in base all'importo complessivo dell'appalto, sia riservata alle piccole e medie imprese¹⁰.

Dunque, la disposizione varrà (qualora non venga

accolta la proposta dell'OICE) anche per il subappalto di progettazione, dovendosi comunque a riguardo chiarire che il riferimento alle "prestazioni subappaltabili", deve essere meglio declinato come riferimento alle "prestazioni che l'operatore economico intende in concreto subappaltare", come suggerito anche dal Consiglio di Stato nel Parere del 2 dicembre 2024, n. 1463¹¹.

Tuttavia, se da un lato, la soglia minima del 20% riservata alle PMI può salire senza limitazioni, dall'altro lato si è altresì prevista la possibilità di derogare alla predetta soglia del 20% nelle ipotesi in cui la natura o l'oggetto del contratto ovvero la struttura del mercato di riferimento non ne consentano il rispetto. Tale possibilità viene peraltro affidata agli operatori economici (anziché alla stazione appaltante)¹², i quali quindi possono indicare nella propria offerta una diversa soglia di affidamento delle prestazioni "subappaltabili" alle PMI. Cionondimeno, anche per incentivare il rispetto della soglia ordinaria del 20%, in base a quanto espresso nella Relazione illustrativa, il livello percentuale di subappalto destinato alle PMI viene posto tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta. Invero, l'indicazione non trova riscontro nel testo normativo. A tale riguardo, il Consiglio di Stato interpreta nel senso che tale apparente contraddizione sarebbe dovuta ad un errore di inquadramento, posto che la previsione di incentivazione risulterebbe essere "un vincolo autoapplicativo automatico a carico dell'affidatario che intenda ricorrere al subappalto, con la sola eccezione della giustificazione preventiva, da inserire nella domanda di gara relativamente ad una percentuale inferiore di subappalto 'riservato' (e senza

(9) Il riferimento è tutte quelle figure professionali che si pongono a latere dell'ingegneria e dell'architettura. Si pensi ad esempio all'archeologo.

(10) A riguardo, nella Relazione illustrativa si legge che tale previsione non reintroduce un limite generalizzato al ricorso all'istituto del subappalto, il quale, già previsto dal d.lgs. 50/2016, è stato rimosso dal d.l. 77/2021, a seguito della sentenza della Corte di giustizia UE del 26 settembre 2019 (causa C-63/18), che ha qualificato come eccessivo e inadeguato il limite generalizzato del 30% per il raggiungimento di obiettivi di contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici. Piuttosto, la novella in commento pone una soglia minima nell'ambito della quale è obbligatorio stipulare contratti di subappalto con le piccole e medie imprese, ferma restando l'assenza di un limite generale e astratto al subappalto rispetto all'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

(11) Il quale, in particolare, osserva che "soltanto rispetto a queste ultime appare coerente la previsione di una percentuale da riservare alle PMI, non potendosi certo comprimere la libertà di iniziativa economica e di organizzazione imprenditoriale dell'operatore economico che intenda eseguire integralmente in proprio le prestazioni".

(12) Come rilevato anche dal Consiglio di Stato nel succitato Parere, sebbene nella Relazione illustrativa sia dato leggere che sono fatti "salvi comunque i casi in cui la stazione appaltante accerti l'impossibilità di applicazione di tale soglia per ragioni legate all'oggetto o alle caratteristiche delle prestazioni o al mercato di riferimento, da motivare nella delibera a contrarre", di tale facoltà non vi è traccia nello schema di modifica, rimettendosi dunque l'opzione di deroga all'appaltatore in sede di presentazione dell'offerta.

*perciò che entrino in gioco i criteri e dunque i punteggi di aggiudicazione della gara)*¹³.

Ulteriore novità di interesse anche per i SIA riguarda poi l'aggiunta di un nuovo comma 2-bis all'art. 119 del codice, per opera del comma 1, lett. b) dell'art. 33 del Correttivo, in coerenza con la disciplina dettata dal nuovo Allegato II.2-bis di cui all'art. 60, comma 4-bis, del codice. In particolare, con il nuovo comma viene previsto che **l'obbligo di inserimento delle clausole di revisione prezzi riferite alle prestazioni o lavorazioni oggetto del subappalto o anche, in generale, del subcontratto, operi pure nei riguardi dei subappaltatori ovvero dei subcontraenti**. Ciò, al fine di elevare le garanzie connesse al subappalto/subcontratto ed evitare l'indebito arricchimento dell'appaltatore che si verificherebbe nel caso in cui la revisione dei prezzi al rialzo sia incamerata interamente ed esclusivamente dal medesimo, ma non applicata nei confronti del subappaltatore/subcontraente. **La previsione è quindi di interesse anche qualora si inquadri, come sopra prospettato, la redazione della relazione geologica o**

la consulenza specialistica nelle fattispecie di cui al comma 3 dell'art. 119 del codice.

4. In conclusione

Rimandando ad altre sedi l'approfondimento delle ulteriori novità di carattere generale riguardanti l'istituto in questione, ci limitiamo ad osservare come, in effetti, l'occasione del Correttivo potrebbe rivelarsi propizia proprio per colmare quelle lacune creatisi con il d.lgs. 36/2023 (anche) a discapito dei servizi tecnici, sull'evidenza che non solo la questione dell'equo compenso è di rilievo. È importante infatti che il legislatore si faccia carico, non solo di enucleare i principi che connotano la materia, ma anche di declinarli esplicitamente nei peculiari segmenti di cui la stessa si compone, quand'anche in discontinuità rispetto alla normativa previgente, senza lasciare detto compito ad un'eventuale e, talvolta altalenante, regolamentazione secondaria. L'istituto del subappalto ne rappresenta un esempio.

(13) V. ancora parere del 2 dicembre 2024, n. 1463.