



Agli Ispettorati interregionali e territoriali del lavoro

e p.c.

Alla Direzione centrale tutela, sicurezza e vigilanza del lavoro

Oggetto: art. 49, D.L. n. n. 77/2021 (conv. da L. n. 108/2021) – modifiche alla disciplina del subappalto prevista dall'art. 105, comma 14, del D.Lgs. n. 50/2016 – ambito di applicazione temporale.

Si fa riferimento alla disciplina in oggetto, sulla quale questo Ispettorato è già intervenuto con nota prot. n. 1507 del 6 ottobre u.s. e secondo la quale *“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”*.

Al riguardo è stato chiesto se tale disposizione trovi applicazione ai subappalti già in essere alla data di entrata in vigore del D.L. n. 77/2021, ovvero solo a quelli successivamente autorizzati o ancora ai soli contratti di subappalto relativi a gare bandite dopo l'entrata in vigore del medesimo decreto.

Al riguardo, d'intesa con l'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali che si è espresso con nota prot. n. 11765 del 17 dicembre 2021 e acquisito il parere dell'ANAC con nota prot. 37720 del 15 maggio u.s., si rappresenta quanto segue.

L'art. 49 del D.L. n. 77/2021 (conv. da L. n. 108/2021), nel modificare la disciplina del subappalto di cui all'art. 105, comma 14, del D.Lgs. n. 50/2016, ha previsto diverse decorrenze in relazione alle novelle introdotte. Le previsioni contenute nel comma 1 risultano, infatti, operative dalla data di entrata in vigore del decreto; diversamente, quelle stabilite dal comma 2 sono entrate in vigore il 1° novembre 2021.

Sebbene il tenore letterale della disposizione preveda una immediata sostituzione del periodo contenuto nel comma 14 e potrebbe lasciar propendere per una immediata operatività della stessa anche nei confronti dei contratti di subappalto in corso alla data della sua entrata in vigore, si ritiene che le modifiche apportate al predetto comma non possano risultare indifferenti rispetto alle condizioni di aggiudicazione, attesa l'introduzione di oneri non valutati in fase di gara.

Si consideri inoltre che, all'interno del D.Lgs. n. 50/2016, l'art. 216, nel regolare le previsioni transitorie e di coordinamento, prevede espressamente che **le disposizioni del codice dei contratti pubblici si applichino “alle procedure e ai contratti per le quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza**

pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte”.

In tal senso appare rilevante quanto riportato dal Consiglio di Stato secondo il quale *“nelle gare pubbliche la procedura di affidamento di un contratto pubblico è soggetta alla **normativa vigente alla data di pubblicazione del bando**, in conformità al principio *tempus regit actum* ed alla natura del bando di gara, quale norma speciale della procedura che regola non solo le imprese partecipanti, ma anche la Pubblica amministrazione, che non vi si può sottrarre; pertanto, anche per ragioni di tutela dell'affidamento delle prime, deve escludersi che il *ius superveniens* possa avere alcun effetto diretto sul procedimento di gara, altrimenti venendo sacrificati i principi di certezza e buon andamento, con sconcerto delle stesse e assoluta imprevedibilità di esiti, ove si imponesse alle Amministrazioni di modificare in corso di procedimento le regole di gara per seguire le modificazioni normative o fattuali intervenute successivamente alla adozione del bando”* (v. CDS sent. n. 5436/2019 e n. 2521/2021).

In linea con tale principio il TAR Sicilia, sez. III, con sent. n. 1091/2020 ha confermato che, ai fini della ricognizione della disciplina applicabile *ratione temporis* alle gare d'appalto in seguito al D.Lgs. n. 56/2017 (nel caso di specie all'art. 93 del Codice dei contratti pubblici) **occorre far riferimento alla data di pubblicazione in ambito nazionale del bando o dell'avviso di gara**. Tanto si desume dall'art. 216, comma 1, del Codice dei contratti che va letto in coordinamento con l'art. 73, comma 5, stesso codice, secondo cui *“gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC”* e dalla quale è possibile evincere l'ulteriore indicazione per cui la pubblicazione rilevante ai fini della produzione degli effetti giuridici in ambito nazionale degli avvisi o dei bandi, anche per ciò che attiene alla individuazione della disciplina concretamente applicabile, è quella ivi prevista sulla piattaforma digitale presso l'ANAC.

La stessa Autorità, nel parere citato in premessa, ha sottolineato come il principio del *tempus regit actum* nelle procedure di gara ha 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 e la *lex specialis* di gara non può essere modificata da sopravvenienze normative, nel rispetto dei principi di certezza, trasparenza e *par condicio* tra i concorrenti.

A ciò si aggiunga che la stessa relazione Illustrativa al D.L. n. 77/2021 ha precisato che la disposizione di modifica del comma 14 dell'art. 105 del Codice dei contratti pubblici si è resa necessaria per garantire la tutela dei lavoratori dagli eccessivi ribassi applicati dai subappaltatori anche alla luce della soppressione della previsione che stabilisce un limite percentuale (20%) al ribasso ritenuto, a seguito di procedura di infrazione, non compatibile con le direttive europee.

Tali considerazioni sembrano, quindi, legare l'applicabilità delle novelle contenute al comma 14 alle caratteristiche delle offerte economiche formulate dai subappaltatori.

Le considerazioni sopra evidenziate inducono a ritenere che il nuovo comma 14, in linea con quanto previsto dall'art. 216 del D.Lgs. n. 50/2016, risulti applicabile unicamente nei confronti dei contratti di subappalto relativi a gare il cui bando sia stato pubblicato dopo l'entrata in vigore del D.L. n. 77/2021.

IL DIRETTORE CENTRALE
Dott. Danilo PAPA