Ouotidiano del Sole 24 Ore

Edilizia e Territorio

Subappalto/3. Terna obbligatoria anche per le opere superspecialistiche e le nove attività a rischio infiltrazione

31 agosto 2017 - Roberto Mangani

Di difficile interpretazione gli obblighi specifici per gli appalti sottosoglia

L a disciplina del subappalto viene rivisitata dal Decreto 56/2017 attraverso alcune modiche introdotte all'articolo 105 del Dlgs. 50/2016. I cambiamenti non stravolgono l'impianto generale della relativa normativa, nel senso che vengono mantenuti fermi i punti fondamentali attraverso cui la stessa si articola.

Tuttavia, il Decreto correttivo incide su alcuni profili di notevole rilievo, e che in alcuni casi rappresentavano altrettante innovazioni introdotte dal Dlgs.50.

Le condizioni per il ricorso al subappalto

Sotto questo profilo il Decreto correttivo interviene con cambiamenti significativi, veicolati attraverso l'integrale riscrittura del comma 4 dell'articolo 105.

La novità più rilevante è costituita dall'eliminazione della previsione – contenuta nella lettera a) del comma 4, nella sua versione originaria – che condizionava la possibilità di ricorrere al subappalto a una scelta discrezionale dell'ente appaltante. La disposizione soppressa, infatti, stabiliva che l'ente appaltante potesse vietare il ricorso al subappalto in termini assoluti ovvero consentirlo soltanto in relazione a specifiche prestazioni e, per quanto riguarda i lavori, a determinate categorie di specializzazione tra quelle di cui si componeva l'appalto.

Questa scelta discrezionale dell'ente appaltante è stata eliminata dal Decreto correttivo. Per ricorrere al subappalto non è più necessario che la relativa facoltà sia stata preventivamente indicata nel bando di gara, con la conseguenza che il relativo utilizzo è ammesso in via generale, né è consentito l'inserimento di alcuna clausola limitativa nel bando di gara.

La riscrittura del comma 4 introduce poi due ulteriori novità rispetto al regime previgente. La prima riguarda la condizione secondo cui il subappaltatore non deve aver partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto principale. Tale condizione si deve ritenere riferita a qualunque forma in cui sia avvenuta la partecipazione alla gara, e cioè sia in forma singola che quale componente di un raggruppamento o consorzio. Si deve invece ritenere che possa assumere il ruolo di subappaltatore l'impresa ausiliaria che, in sede di gara, si sia obbligata a prestare i propri mezzi e risorse nell'ambito di un rapporto di avvalimento. Ciò non impedisce che detta impresa, qualora risulti affidatario un soggetto diverso da quello rispetto al quale la stessa aveva assunto l'obbligo di prestare mezzi e risorse, divenga subappaltatrice di tale soggetto.

La seconda novità è contenuta nella lettera b) del nuovo comma 4. Essa prescrive che il subappaltatore deve essere qualificato «nella relativa categoria», dovendosi intendere per tale la categoria di specializzazione dei lavori oggetto di subappalto. In realtà l'introduzione di tale previsione da un lato sembra configurare una novità più formale che sostanziale, posto che il possesso della necessaria qualificazione – come ribadito anche dall'articolo 80, comma 1 del D.lgs. 50 - costituisce principio generale valido per tutti gli esecutori di lavori pubblici, a qualunque titolo, ed è quindi operante anche nei confronti dei subappaltatori. Sotto questo profilo, quindi, la condizione introdotta non aggiunge nulla a quanto l'ordinamento già prevede in termini del tutto generali. Dall'altro, la specificazione introdotta – nei termini in cui è formulata – può anche indurre qualche effetto confusivo. Essa, infatti, fa riferimento solo alla qualificazione nella categoria di specializzazione, mentre più correttamente avrebbe dovuto fare menzione anche della relativa classifica di importo, o comunque richiamare genericamente la qualificazione idonea all'esecuzione dei lavori oggetto di subappalto.

Restano invece confermate le altre due condizioni per il ricorso al subappalto, già previste dal Dlgs. 50 e ribadite nella nuova versione dell'articolo 105, che pongono in capo al concorrente i seguenti oneri:

- 1) aver preventivamente indicato in sede di offerta i lavori o le parti di opere o le forniture e i servizi o parti di essi che intende subappaltare (lettera c);
- 2) dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori delle cause di esclusione di cui all'articolo 80 (lettera d).

L'indicazione della terna dei subappaltatori

Modifiche significative vengono introdotte – attraverso la riscrittura del comma 6 dell'articolo 105 - anche in relazione all'obbligo di indicare la terna di subappaltatori in sede di offerta, una delle principali innovazioni a suo tempo introdotte dal Dlgs. 50.

In primo luogo detto obbligo viene confermato in relazione agli appalti di lavori, forniture e servizi di importo pari o superiore alle soglie comunitarie, come definite all'articolo 35. Rispetto alla versione originaria dell'articolo 105 – che già contemplava questa ipotesi – viene tuttavia eliminata la previsione che consentiva di derogare a detto obbligo nel caso di lavori che necessitavano di una particolare specializzazione.

Questa deroga – per quanto non puntualmente specificata – era stata intesa nel senso che la terna dei subappaltatori non dovesse essere preventivamente indicata in sede di offerta qualora il subappalto avesse ad oggetto l'esecuzione di opere c.d. superspecialistiche. Con la modifica introdotta l'obbligo sopra richiamato diviene assoluto e incondizionato per tutti gli appalti c.d. sopra soglia, a prescindere dalla tipologia di opere cui l'eventuale subappalto si riferisce.

La seconda ipotesi di obbligo di indicazione preventiva della terna dei subappaltatori costituisce invece una novità introdotta dal Decreto correttivo. Viene infatti stabilito che tale obbligo sussiste per tutti gli appalti – qualunque sia il loro importo – aventi ad oggetto le attività a più alto rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate dalla legge 190/2012 (articolo 1, comma 53).

Si tratta delle seguenti attività:

- a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;
- b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
- c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- e) noli a freddo di macchinari;
- f) fornitura di ferro lavorato;
- g) noli a caldo;
- h) autotrasporti per conto di terzi;
- i) guardiania dei cantieri.

Appare evidente che l'intenzione del legislatore fosse quella di consentire alle stazioni appaltanti di conoscere preventivamente i nominativi dei subappaltatori in relazione a quelle specifiche attività - sopra elencate – ritenute maggiormente a rischio di infiltrazione mafiosa, evidentemente sul presupposto che tale preventiva conoscenza possa costituire di per sé un deterrente rispetto al suddetto rischio. Va tuttavia rilevato che la formulazione della norma non appare pienamente coerente rispetto alla finalità indicata.

Tale formulazione, infatti, sancisce l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori non con riferimento alle attività oggetto di subappalto – come sarebbe stato logico e coerente – ma in relazione agli appalti aventi ad oggetto le attività indicate. In sostanza, aderendo a un'interpretazione letterale della norma, l'obbligo in questione opererebbe non con riferimento a tutti i subappalti aventi ad oggetto le attività indicate, ancorché rientranti in un appalto ad oggetto più ampio, ma solo per i subappalti relativi ad appalti che hanno come oggetto esclusivamente le attività a rischio di infiltrazione mafiosa.

Infine, rispetto alla formulazione originaria dell'articolo 105, è stata eliminata la facoltà delle stazioni appaltanti di prevedere nel bando ulteriori ipotesi, oltre a quelle indicate dalla norma, di obbligatoria indicazione della terna di subappaltatori.

Da ultimo viene poi introdotta un'ulteriore previsione innovativa secondo cui, nel caso di appalti contenenti una variegata tipologia di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia omogenea. In sostanza, nel caso ad esempio di un appalto di lavori composto da una pluralità di categorie di specializzazione, l'offerta deve contenere l'indicazione separata e distinta di una terna di subappaltatori per ognuna di dette categorie.

Obblighi specifici per gli appalti sotto soglia

L'ultimo periodo del comma 6, introdotto dal decreto correttivo, contiene alcune prescrizioni specifiche per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria.

In base ad esse l'ente appaltante deve inserire nel bando o nell'avviso di gara le seguenti indicazioni:

- a) modalità e tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80, sia nei confronti dell'appaltatore che dei subappaltatori, da effettuare prima della stipula del contratto;
- b) mezzi di prova richiesti per la dimostrazione della sussistenza dei gravi illeciti professionali, che costituisce una specifica causa di esclusione dalla gara, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c).

Questa previsione presenta molteplici profili di criticità. A prescindere dalla considerazione che non si comprendono le ragioni per le quali la sua applicazione venga limitata agli appalti sotto soglia, essa si sovrappone ad altre previsioni già esistenti che riguardano il medesimo profilo, rischiando di creare notevole confusione.

Il primo elemento di confusione riguarda la collocazione sistematica della norma. Infatti, almeno relativamente alla parte che ne prevede l'applicazione anche alle cause di esclusione relative agli appaltatori, la sua collocazione nell'ambito della disciplina del subappalto appare fuorviante. Al di là di questo aspetto, decisamente più significative sono le obiezioni di merito che la disposizione solleva.

Infatti, relativamente agli appaltatori le modalità di verifica dei requisiti sono già contenute in altre disposizioni del

Dlgs 50, e in particolare negli articoli 81 e 82. Ragione per la quale non si vede quali indicazioni di tipo diverso, sotto questo profilo, dovrebbero essere fornite dall'ente appaltante in sede di bando.

Quanto ai subappaltatori, la disposizione sembra sovrapporsi a quanto già previsto dal comma 7 del medesimo articolo 105, secondo cui l'appaltatore, insieme al deposito del contratto di subappalto presso l'ente appaltante ai fini della richiesta della relativa autorizzazione, deve trasmettere la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo allo stesso delle cause di esclusione. Ne consegue che sia la tempistica che le modalità per la verifica delle cause di esclusione dei subappaltatori sono già contenute nel richiamato comma 7, per cui non è ben chiaro se la nuova disposizione debba considerarsi integrativa – almeno per ciò che concerne le modalità di verifica delle cause di esclusione – rispetto a quanto previsto dalla norma già vigente.

Ulteriori elementi di perplessità discendono dalla previsione relativa all'indicazione dei mezzi di prova richiesti ai fini della dimostrazione della sussistenza della causa di esclusione costituita dai gravi illeciti professionali. Anche in questo caso vi è la sovrapposizione con un'altra disposizione contenuta al comma 13 dell'articolo 80, che demanda all'Anac il compito di definire, con apposite Linee guida – che sono state effettivamente emanate con Deliberazione n. 235 del 15 febbraio 2017 - le fattispecie e i relativi mezzi di prova idonei a dimostrare la sussistenza del grave illecito professionale.

Con la conseguenza che l'ente appaltante, al fine di adempiere all'obbligo introdotto dalla nuova norma, non potrà che fare riferimento ai contenuti di dette Linee guida.

I contratti che non costituiscono subappalto

Il comma 3 dell'articolo 105 nella sua versione originaria già indicava alcune fattispecie in cui l'affidamento da parte dell'appaltatore di determinate forniture e servizi non si configurava come subappalto (che erano quindi sottratte alla disciplina contenuta nel medesimo articolo 105). Si trattava dell'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi (lettera a), alla subfornitura a catalogo di prodotti informatici (lettera b), e all'affidamento di servizi di importo minore a imprenditori agricoli nei comuni montani (lettera c).

A queste tre fattispecie il Decreto correttivo ne aggiunge una quarta, consistente nell'affidamento di prestazioni rese dai subaffidatari sulla base di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti prima della procedura di gara che ha portato all'aggiudicazione dell'appalto cui tali subcontratti afferiscono.

Tali contratti di natura continuativa devono essere depositati presso la stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto (lettera d).

La ratio della nuova disposizione sembra da identificarsi nella volontà di escludere dalla disciplina del subappalto il subaffidamento di prestazioni che trae origine da accordi pregressi tar appaltatore e subaffidatari, che hanno una portata generalizzata e non vengono quindi conclusi in relazione allo specifico appalto. La norma sembra avere, almeno in astratto, una portata molto significativa, essendo potenzialmente idonea a sottrarre una serie rilevanti di prestazioni affidate dall'appaltatore a soggetti terzi ai vincoli propri del subappalto (in primo luogo il vincolo quantitativo del30% dell'importo totale del contratto).

Si deve peraltro rilevare che mentre è agevole individuare la categoria dei contratti continuativi aventi ad oggetto forniture e servizi, non è invece chiaro cosa si debba intendere per «contratti continuativi di cooperazione». Si tratta infatti di una dizione generica cui non corrisponde una categoria di contratti tipicamente definita e che comporta un indagine interpretativa tutt'altro che semplice in merito ai contenuti dei singoli contratti, per stabilire se gli stessi presentino quel carattere di «cooperazione» cui si riferisce la norma.

L'associazione in partecipazione

A completamento delle modifiche introdotte dal Decreto correttivo all'articolo 105 va segnalata quella in materia di associazione in partecipazione, di cui al comma 20. Anche in questo caso la modifica inserita nella disciplina del subappalto sembra in realtà riguardare un profilo di carattere più generale.

Nel precedente assetto normativo emergeva una contraddizione. Infatti, poiché l'articolo 48, comma 9 vieta l'associazione in partecipazione in termini assoluti, la precedente formulazione del comma 20 che estendeva a questo istituto la disciplina sul subappalto appariva contraddittoria, proprio perché veniva ad operare in relazione a una fattispecie che non poteva trovare ingresso nel sistema.

La modifica introdotta consente, in deroga alla previsione dell'articolo 48, comma 9, la costituzione di un associazione in partecipazione, ma ai soli fini dell'applicazione delle disposizioni sul subappalto. Previsione che sembra dover essere interpretata nel senso che il divieto di associazione in partecipazione, che continua a essere previsto ai fini della partecipazione alla gara, non sussiste invece per l'ipotesi in cui tale associazione venga costituita per l'esecuzione delle prestazioni. In questo caso, viene precisato che non è applicabile la disciplina sul subappalto – a partire ancora una volta dai limiti quantitativi – per le prestazioni eseguite dall'associato, laddove l'associante dovrebbe identificarsi con l'affidatario del contratto di appalto.

© RIPRODUZIONE RISERVATA