

Edilizia e Territorio

Speciale Sblocca-cantieri/3. Subappalto anche oltre il 40% in presenza di opere super-specialistiche

Fino a fine 2020 quota da comunicare gara per gara con il bando. Addio alla terna anche nel subappalto necessario. Verifica requisiti non in gara ma al deposito del contratto

a cura di Roberto Mangani

18 giugno 2019 - In tema di subappalto il Decreto sblocca cantieri, con le modifiche apportate in sede di conversione, prevede la deroga o la sospensione fino al 31 dicembre 2020 relative a determinate disposizioni contenute all'articolo 105 del D.lgs. 50/2016, eliminando alcuni vincoli e limiti previsti da quest'ultimo.

Le più rilevanti novità sono costituite dall'innalzamento della quota massima delle prestazioni subappaltabili e dall'eliminazione dell'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori. A ciò si aggiungono altre semplificazioni di tipo essenzialmente procedurale.

Il limite quantitativo al subappalto

L'articolo 105, nella sua ultima versione, stabiliva nel 30% dell'importo complessivo del contratto la quota massima delle prestazioni subappaltabili.

Il Decreto sblocca cantieri, attraverso una deroga al comma 2 dell'articolo 105, valida fino al 31 dicembre 2020, da un lato rimette ai singoli enti appaltanti la scelta in ordine alla percentuale di prestazioni subappaltabili, dall'altro stabilisce che in ogni caso tale percentuale non può essere superiore al 40% dell'importo complessivo del contratto.

In sostanza la misura delle prestazioni oggetto di possibile subappalto va da zero al 40% dell'importo totale, secondo la scelta che di volta in volta deve essere effettuata dall'ente appaltante dandone evidenza nei documenti di gara. Vi è quindi un vero e proprio obbligo dell'ente appaltante di effettuare tale scelta e di renderla pubblica, non essendo legittimo un bando che non contenga alcuna indicazione sul punto.

Conformemente a quanto già previsto nella versione vigente dell'articolo 105 viene fatto salvo quanto previsto dal comma 5. Quest'ultimo comma stabilisce che per le opere superspecialistiche l'eventuale subappalto non può superare il 30% dell'importo delle stesse.

Secondo l'interpretazione prevalente e che è stata confermata anche dal DM 48/2016 la quota dei lavori relativi alle opere superspecialistiche non si computa ai fini del raggiungimento della quota complessiva dei lavori subappaltabili. Ciò significa da un lato che, nel caso in cui l'appalto ricomprenda anche opere superspecialistiche, la quota totale del subappalto può essere anche superiore al 40% dell'importo complessivo del contratto; dall'altro, che la quota subappaltabile riferita alle opere superspecialistiche è sottratta alla scelta discrezionale dell'ente appaltante, nel senso che sussiste anche nell'ipotesi in cui l'ente appaltante non ammetta, in termini generali, alcuna percentuale di lavori subappaltabili.

La terna di subappaltatori

Viene sospesa fino al 31 dicembre 2020 l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 che in determinate ipotesi obbligava i concorrenti a indicare in sede di offerta una terna di possibili subappaltatori cui affidare le relative prestazioni. In particolare tale obbligo sussisteva in due ipotesi.

La prima era legata all'importo dei contratti, valendo per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo pari o superiore alle soglie comunitarie. La seconda ipotesi riguardava tutti gli appalti – qualunque fosse 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 trattava 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.

Nonostante una formulazione legislativa imperfetta, si deve ritenere 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 potesse costituire di per sé un deterrente rispetto al suddetto rischio. Si deve allora considerare che l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori sussistesse con riferimento alle attività oggetto di subappalto, anche se la norma faceva in realtà riferimento agli appalti aventi ad oggetto le attività indicate.

In ogni caso la modifica introdotta dal Decreto sblocca cantieri fa venir meno ogni problema interpretativo, con la scelta radicale di eliminare sempre l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori.

Si deve ritenere, in piena coerenza con la modifica introdotta, che non residui alcuno spazio per gli enti appaltanti per adottare scelte diverse, e cioè imporre in determinati casi la preventiva indicazione in sede di offerta dei nominativi dei subappaltatori. Ciò non appare legittimo neanche con riferimento al così detto "subappalto necessario", cioè all'ipotesi in cui l'appaltatore, non essendo in possesso delle qualificazioni necessarie per eseguire determinate categorie di lavorazioni, è costretto ad affidare la loro esecuzione in subappalto, che non è quindi una scelta ma una vera e propria necessità.

In passato un orientamento giurisprudenziale che era divenuto dominante aveva ritenuto che, pur in mancanza di un'espressa previsione normativa, nella richiamata ipotesi vi fosse un obbligo di indicare già in sede di offerta i nominativi dei subappaltatori. Questo orientamento era in realtà stato bocciato da una nota sentenza dell'Adunanza Plenaria n.9/2015, che aveva ritenuto insussistente tale obbligo in mancanza di un'indicazione normativa in questo senso.

A maggior ragione questa conclusione appare valida nel nuovo assetto normativo, in cui è evidente la volontà del legislatore di eliminare in via generalizzata l'obbligo di indicazione preventiva dei nominativi dei subappaltatori. Per coerenza viene anche sospesa l'applicazione della norma contenuta nel comma 2 dell'articolo 175 del D.lgs. 50 che impone l'indicazione della terna di subappaltatori nell'ambito delle concessioni.

Subappaltatore e requisiti generali

Altra sospensione prevista dal Decreto sblocca cantieri – sempre fino al 31 dicembre 2020 - riguarda la verifica da compiere in sede di gara relativamente ai requisiti generali del subappaltatore.

La sospensione è tuttavia limitata all'attività di verifica da compiere in sede di gara. Viene infatti mantenuto l'obbligo previsto dalla lettera d) del comma 4 secondo cui il subappaltatore non deve essere soggetto a cause di esclusione. Si deve allora ritenere che la sospensione abbia come effetto che la verifica non avviene in sede di gara, ma deve essere effettuata al momento del deposito del contratto di subappalto, riguardando la dichiarazione del subappaltatore, da rendere ai sensi del comma 7.

Le previsioni del Decreto sblocca cantieri eliminate in sede di conversione

Sono venute meno in sede di conversione due modifiche di carattere sostanzialmente semplificatorio.

La prima riguardava l'eliminazione della previsione secondo cui l'affidatario del subappalto non deve aver partecipato alla procedura di gara per l'affidamento dei lavori (comma 4, lettera a). Nella versione finale del Decreto tale eliminazione non sussiste più, cosicché resta in vigore tale norma limitativa che evidentemente risponde all'esigenza di evitare ogni commistione tra la fase di affidamento dei lavori e quella di esecuzione degli stessi lavori in subappalto, sul presupposto che un collegamento tra le due fasi potrebbe falsare il libero gioco della concorrenza, favorendo accordi collusivi in fase di gara garantendo l'affidamento in subappalto di determinate prestazioni.

Edilizia e Territorio

La seconda modifica venuta meno è quella in materia di pagamento diretto dei subappaltatori. La versione originaria del Decreto prevedeva infatti la soppressione della lettera a) del comma 13, che prevede l'obbligo del pagamento diretto qualora il subappaltatore sia una microimpresa o una piccola impresa.

Inoltre veniva eliminato alla lettera c) l'inciso secondo cui il pagamento diretto su richiesta del subappaltatore può essere effettuato solo se la natura del contratto lo consente. Quest'ultima precisazione – che peraltro riprende un'analogha previsione contenuta nella normativa comunitaria – ha dato luogo a molti dubbi interpretativi, non essendo chiaro quando la natura del contratto sia tale da consentire il pagamento diretto. Da qui la scelta dell'eliminazione dell'inciso che era stata operata dal Decreto, che tuttavia è venuta meno in sede di conversione.

Dunque per il pagamento diretto dei subappaltatori restano immutate le condizioni indicate al comma 13 dell'articolo 105.