

**Il correttivo allarga “con moderazione”
le maglie del subappalto**

di Massimo Gentile¹

1. Come noto, tra le numerose modifiche introdotte dal D.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 (c.d. decreto “correttivo” al Codice dei Contratti), una di sicuro rilievo è quella concernente la disciplina del subappalto.

E’ pleonastico rammentare che l’articolo 105 del “nuovo” Codice aveva ristretto in modo significativo la facoltà di ricorrere al subappalto da parte di un affidatario di un appalto pubblico, prevedendo finanche la possibilità per la stazione appaltante di non consentirlo.

Una disciplina che, invero, aveva destato qualche perplessità da parte di diversi commentatori, anche sotto il profilo della rispondenza della stessa alla normativa comunitaria.

Da qui l’esigenza avvertita dal legislatore di apportare qualche affinamento.

Andiamo a vedere nel merito quali sono le principali modifiche introdotte dal correttivo.

La prima significativa modifica riguarda i cc.dd. “contratti similari” (forniture con posa in opera e noli a caldo).

Lo scrivente aveva avuto modo di commentare che, in virtù della previsione di cui all’articolo 105 comma 2 – che, rispetto a quella disciplinante la medesima fattispecie nel precedente Codice del 2006, aveva trasposto la formulazione dal positivo al negativo² - al fine di escludere detti contratti dall’ambito del subappalto dovevano ricorrere le seguenti condizioni:

- importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o a 100.000 euro;
- incidenza del costo della manodopera e del personale non superiore al 50 per cento dell'importo del sub-contratto da affidare.

¹ In corso di pubblicazione su Appalti&Contratti..

² La disposizione del D.lgs. n. 163/2006 precisava le condizioni affinché un subcontratto potesse rientrare nel novero dei subappalti, mentre la previsione del D.lgs. n. 50/2016 specificava le condizioni alla presenza delle quali un subcontratto era sottratto alla disciplina del subappalto.

In mancanza anche di una sola delle richiamate condizioni, il sub-contratto configurava automaticamente un subappalto.

La conseguenza di ciò era che una fornitura con posa in opera o un nolo a caldo di importo superiore al 2% dell'importo del contratto di appalto e a 100 mila euro configuravano sempre subappalto, a prescindere dall'effettiva incidenza della manodopera. Parimenti, una fornitura con posa in opera o un nolo a caldo con un'incidenza della manodopera superiore al 50% dovevano ritenersi subappalto anche se il relativo ammontare era inferiore al 2% del contratto di appalto (ovvero a 100 mila euro).

Ebbene, il correttivo ha ripristinato la disciplina del Codice del 2006.

La nuova formulazione dell'articolo 105, comma 2, ripropone, infatti, la previsione contenuta all'articolo 118, comma 11, disponendo che *“costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare”*.

Ne consegue che un subcontratto di fornitura con posa in opera o di nolo a caldo risulterà collocabile nell'ambito del subappalto solo in caso di contestuale sussistenza dell'elemento “quantitativo” (importo superiore al 2% ovvero a 100 mila euro) e di quello “qualitativo” (manodopera superiore al 50% del valore del subcontratto).

In mancanza di uno dei due elementi non si potrà parlare di subappalto.

Trattasi di una modifica opportuna, considerato che la precedente disciplina andava ad implementare il numero dei sub-contratti rientranti nell'ambito del subappalto, con conseguente assottigliamento della quota di complessiva subappaltabilità a disposizione dell'appaltatore.

Resta poi sempre valida – ad avviso di chi scrive – l'indicazione dell'Autorità secondo la quale, ogniqualvolta la fornitura con posa in opera configuri un'attività prevista dalle declaratorie delle categorie di lavorazioni costituenti il sistema di qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici, *“la funzione caratterizzante da riconoscere al contratto è da individuare nella realizzazione*

*dell'opera o del lavoro che costituiscono, quindi, l'oggetto principale del contratto anche se le descrizioni fanno riferimento a forniture e posa in opera*³.

In tal senso, trattandosi di prestazioni già collocate dal legislatore nell'ambito dei lavori, l'affidamento all'esterno delle stesse va considerato conseguentemente subappalto, senza alcuna necessità di ulteriori spazi di indagine, ivi inclusa la verifica della sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 105 comma 2.

2. Nessuna novità il Correttivo ha invece apportato al limite massimo di subappaltabilità delle prestazioni da parte dell'appaltatore che rimane, quindi, fissato al 30% dell'ammontare complessivo del contratto.

Resta, altresì, ferma la deroga relativa alle lavorazioni rientranti nelle categorie SIOS, le quali, se singolarmente di importo superiore al 10% del contratto di appalto, possono essere affidate in subappalto, ai sensi dell'articolo 105, comma 5, sino ad un massimo del 30% del relativo ammontare.

Come fatto notare dalla più attenta dottrina⁴, si tratta di un limite ulteriore rispetto a quello generale di cui comma 2, atteso che l'articolo 2 comma 2 del Decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248 - *“Regolamento recante individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”* - stabilisce espressamente che il limite sancito all'articolo 105 comma 5, *“non è computato ai fini del raggiungimento del limite di cui all'articolo 105, comma 2 del Codice.”*

A ben vedere, lo stesso articolo 105, comma 2, del Codice, nel precisare che l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture, fa espressamente *“salvo quanto previsto dal comma 5”*.

Dunque, si tratta di due limiti ben distinti e cumulabili.

La questione del limite della subappaltabilità va poi correlata a quella della qualificazione.

³ Deliberazione n. 14 Adunanza del 10 aprile 2013

⁴ Edoardo Berretta a margine del Convegno *“Gli appalti pubblici alla luce del correttivo e delle Linee Guida ANAC”*.

E', infatti, evidente che il mancato possesso (in parte o in toto) della qualificazione in categorie scorporabili, potrebbe costituire, per un operatore economico, un ostacolo alla partecipazione alla gara, indipendentemente dalla circostanza che le stesse categorie risultino "potenzialmente" subappaltabili.

Ciò in quanto, laddove l'ammontare economico di dette categorie superi il 30% dei lavori, al concorrente è preclusa la possibilità di subappaltarle integralmente e, dunque, di prendere parte alla gara se privo di qualificazione.

Resta, peraltro, il dubbio interpretativo correlato alla circostanza che la norma, nel fissare il limite di cui occupa, fa riferimento a "*l'importo complessivo del contratto*" e non all'ammontare a base di gara.

Ciò potrebbe legittimare opzioni ermeneutiche in virtù delle quali, ai fini della verifica del limite al subappalto e del possesso dei requisiti per partecipare ad una gara, andrebbe tenuto in considerazione l'importo a base d'asta depurato del ribasso offerto, atteso che quest'ultimo sarebbe – in caso di aggiudicazione – "*l'importo complessivo del contratto*".

Tale interpretazione, sebbene suggestiva, non convince, atteso che creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra i concorrenti relativamente ai requisiti di partecipazione alla gara, con ogni ripercussione in termini di *par condicio*.

3. Altra modifica introdotta dal correttivo è il divieto di subappalto in favore di imprese che abbiano preso parte alla gara.

Giova rammentare che la questione della subappaltabilità di prestazioni in favore di concorrenti che hanno preso parte all'originaria gara, era stata oggetto di analisi da parte della più recente giurisprudenza.

In particolare, è stato affermato che nessuna norma di legge prevede espressamente il divieto, per una ditta partecipante ad una gara di appalto, di dichiarare di voler subappaltare una parte dei lavori ad un'altra ditta partecipante alla medesima gara; pertanto, è stato ritenuto illegittimo "*il provvedimento con il quale la P.A. appaltante, prima ancora della apertura delle offerte, facendo riferimento all'art. 80, comma 5, lett. m), del D.Lgs. n. 50 del 2016, ha contestualmente escluso due ditte da una gara di appalto di lavori secondo il prezzo più basso, che sia motivato con esclusivo riferimento al fatto che, nella domanda di partecipazione, una ditta ha dichiarato di voler*

subappaltare – nell’ambito di una terna di subappaltatori – all’altra ditta una parte delle lavorazioni, asseritamente determinando, tale dichiarazione, un effetto distorsivo sulla regolarità della procedura di affidamento, per alterazione della competizione, e ingenerando un fattore di rischio cui l’Amministrazione non può esporsi”⁵.

Dal canto suo l’ANAC aveva ritenuto possibile l’inserimento nei bandi gara del divieto di affidare il subappalto ad imprese che hanno presentato autonoma offerta alla medesima gara (c.d. clausola di “gradimento”)⁶.

Ora la questione può considerarsi superata.

All’articolo 105, comma 4, la lettera a) – così come modificato dal correttivo – è espressamente prevista, quale condizione per l’ammissibilità del subappalto, che l’affidatario del subappalto “*non abbia partecipato alla procedura per l’affidamento dell’appalto*”.

Dunque, indipendentemente dalla previsione nella *lex specialis* di gara⁷, non sarà possibile subappaltare a coloro che hanno partecipato alla gara.

Resta il dubbio se, nell’ambito di tale divieto, rientrano anche i soggetti che hanno partecipato alla gara in veste di imprese ausiliarie ai fini dell’avvalimento.

Ad avviso di chi scrive, il divieto non dovrebbe operare nei confronti di queste ultime, atteso che, a stretto rigore, le stesse non possono considerarsi quali “*partecipanti alla gara*”, in quanto non sottoscrittrici delle offerte.

4. Tra le condizioni legittimanti il subappalto non figura più la necessità che la facoltà di subappalto “*sia prevista espressamente nel bando di gara*”, contemplata all’articolo 105, comma 4, nella versione antecedente al correttivo.

Non sarà, dunque, più possibile, da parte delle stazioni appaltanti, inserire nella *lex specialis* di gara il divieto di subappalto.

⁵ TAR Piemonte, Sez. II 17 marzo 2017 n. 395

⁶ Determinazione n.14/2003 del 15 ottobre 2003. Evidenziava l’Autorità che tale inserimento che “*estrinseca una più puntuale definizione del principio della segretezza delle offerte*”, andava valutato “*anche sulla base delle singole situazioni ambientali che abbiano già condotto all’adozione di formali iniziative con gli organismi istituzionalmente preposti*”.

⁷ La prima bozza del correttivo prevedeva “*a condizione che tale facoltà sia stata precisata negli atti di gara*”.

Al riguardo si era già avuto modo di evidenziare che, sebbene l'articolo 71 della Direttiva 2014/24/UE⁸, disciplinante il subappalto, nulla dica al riguardo, la posizione della giurisprudenza comunitaria è sempre stata molto guardinga a legittimare limitazioni alla facoltà di subappalto⁹.

La scelta del legislatore di eliminare ogni riferimento alla possibilità, per le stazioni appaltanti, di escludere la facoltà di subappalto, ha rimosso alla radice ogni possibile margine di discussione al riguardo.

⁸ Anche l'articolo 88 ("Subappalto") della Direttiva n. 2014/25/UE sui settori speciali non specifica nulla al riguardo.

⁹ Corte Giustizia, 18 marzo 2004, in causa C-314/01 Siemens, richiamata anche da Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 luglio 2013 n. 3857.