

Convegno INTEGI

Relazione

Avv. Arturo Cancrini

SUBAPPALTO

1. Il Subappalto nella normativa del D.Lgs. n. 163/06.

Per quanto riguarda il subappalto, il quadro normativo nel suo complesso può essere indicato come segue.¹

Analogamente a quanto previsto dall'art. 1656 cod. civ. relativamente all'appalto privato, anche per l'appalto di opere pubbliche, la possibilità per l'appaltatore di affidare a terzi l'esecuzione (totale o parziale) del contratto mediante la stipula di un contratto di subappalto è subordinata all'autorizzazione del committente.

Tuttavia, nell'appalto di opere pubbliche, l'obbligo di acquisire preventivamente l'autorizzazione al subappalto, oltre che correlato - come nell'appalto privato - al carattere personale della prestazione, trae altresì origine dalla specifica esigenza di impedire che l'istituto del subappalto venga - come talvolta in passato - , impiegato quale via di accesso delle organizzazioni mafiose al settore degli appalti pubblici.

L'importanza attribuita dal legislatore al rispetto del principio dell'autorizzazione al subappalto, quale strumento di prevenzione del fenomeno delle infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici - in relazione alle inevitabili ripercussioni in termini di turbamento della libera concorrenza, correlate alla presenza di organizzazioni criminali - , è suggellata da una norma penale speciale che configura addirittura una fattispecie di reato (contravvenzione) c.d. di pericolo.

Si tratta dell'art. 21, comma 1 della legge 13 settembre 1982, n. 646 e s.m.i., secondo il quale: *“chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede, anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente, è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda non*

1

In argomento, CANCRINI, CAPUZZA, *Lezioni di legislazione delle opere pubbliche*, Roma, 2009.

inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e dell'ammenda pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È data all'Amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto”.

La stessa disposizione, al comma 3, ultimo cpv., continua: “l'ulteriore prosecuzione dei rapporti stessi, in carenza del titolo autorizzatorio, è punita con le pene stabilite nel primo comma, ferma restando la facoltà dell'amministrazione appaltante di chiedere la risoluzione del contratto”.

La violazione del divieto di subappalto assume, dunque, specifica rilevanza sotto il profilo penale, integrando un reato contravvenzionale ai sensi del combinato disposto degli artt. 17 e 39 del cod. pen..

La sanzione penale colpisce sia l'appaltatore, sia il subappaltatore.

La stessa norma, inoltre, rimette alla valutazione discrezionale dell'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione contrattuale nei confronti dell'appaltatore.

In tale contesto, si rinviene il fondamento del rigoroso regime normativo delineato dalle “Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale”, di cui alla legge 19 marzo 1990 n. 55, dalle specifiche disposizioni del Codice sugli appalti pubblici (art. 118 Codice appalti) ed, attualmente, del d.p.r. n. 207/2010, che impone quale principio fondamentale quello secondo il quale l'affidamento in subappalto deve essere preventivamente autorizzato dall'amministrazione appaltante.

Inoltre, anche in tale contesto si tenga presente che *“Il divieto di affidare senza autorizzazione della p.a., in tutto o in parte, lavori in subappalto o a cottimo, cui fa riferimento l'art. 21 l. n. 646 del 1982, si riferisce non solo ai contratti tipici ma anche a quelle forme contrattuali atipiche o derivate, con le quali sotto diverso nome si realizza lo stesso risultato del subappalto o del cottimo”* (nella specie, la Corte Cassazione penale, sez. III, 29 novembre 2005, n. 792 ha ritenuto configurabile la contravvenzione anche nel caso di cosiddetto "nolo a caldo").

E sempre ai fini delle responsabilità sul piano penale, va altresì evidenziato che relativamente alle ipotesi di subappalto e delle altre figure ad essa assimilabili e comunque rientranti nell'ambito di applicazione della normativa prevista nell'art. 118 del Codice, è vietato, a pena di responsabilità penali, dissimulare il subappalto mediante fittizie contrattazioni di nolo a freddo.

Come è noto, secondo l'attuale formulazione dell'art. 118 del Codice (è l'abrogato art. 34 della Legge Merloni), nonché dell'art. 18 comma 3 della l.n. 55/90 (che attualmente è riprodotto sempre nell'art. 118 del Codice), e secondo quanto previsto dall'art. 170 del D.P.R. n. 207/10, i lavori della categoria prevalente sono subappaltabili nella misura massima del trenta per cento, mentre, per quanto riguarda le altre categorie di lavoro diverse da quella prevalente – e cioè

categorie scorporate di carattere specialistico - e indicate nel bando dall'amministrazione appaltante, non sussistono limiti al subappalto, salvo diverse specifiche disposizioni di legge.

È opportuno ricordare che per "categoria prevalente" si intende la categoria di importo più elevato fra quelle costituenti l'intervento e che le "ulteriori categorie", che, insieme alle categoria prevalente, devono obbligatoriamente essere indicate nel bando, sono quelle di valore singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o del lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 Euro.

Vale, peraltro ricordare che, qualora nell'oggetto dell'appalto (o della concessione) rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali siano necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, esse non possono essere affidate in subappalto ma debbono essere eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari, eventualmente tramite la costituzione di una associazione temporanea di imprese di tipo "verticale" se detti lavori superino in valore il quindici per cento dell'importo totale.

In relazione ai cd. *Contratti similari*, vale sottolineare che, come si evince dal tenore letterale del comma 11 dell'art. 118 del D.Lgs. n. 163/06, l'indicazione delle fattispecie contrattuali atipiche (fornitura con posa in opera e nolo a caldo) è effettuata a titolo meramente esemplificativo, dovendosi senz'altro ritenere che il legislatore, nell'intento di rimuovere qualsiasi dubbio interpretativo sul punto, ha definitivamente esteso le prescrizioni afferenti la preventiva autorizzazione da parte dell'amministrazione appaltante a qualsiasi sub - contratto e non solo alle forniture con posa in opera ed ai noli a caldo.

In esito all'intervento chiarificatore del legislatore del Codice (e prima ancora della cd. Legge Merloni-quater), si impone, dunque, la necessità di comprendere cosa debba intendersi per "contratto di fornitura e posa in opera" e "contratto di nolo a caldo" e quali siano i criteri di riferimento per discernere tali figure contrattuali rispetto al contratto d'appalto.

A tal fine occorre fare riferimento alle definizioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza posto che, come è noto, tali fattispecie contrattuali, diversamente dal contratto di appalto, non trovano specifica definizione e disciplina nel nostro codice civile.

Secondo le definizioni delineate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per "nolo a caldo" si intende "un contratto di locazione cui accede una prestazione d'opera: i lavori vengono eseguiti con macchine prese a nolo ed utilizzate da personale messo a disposizione dalla stessa impresa noleggiatrice" (cfr. Cianflone - Giovannini, *L'Appalto di Opere Pubbliche*, 2003).

Più specificatamente, il "nolo a caldo" è il contratto attraverso il quale ci si procura il godimento di una macchina con il relativo operatore. La dottrina definisce il nolo a caldo quale fattispecie contrattuale innominata caratterizzata da una prestazione principale (avente ad oggetto la

locazione di un macchinario) e da una prestazione accessoria (rappresentata dall'attività dell'operatore di tale macchinario) e, dunque, quale contratto di locazione cui accede una prestazione d'opera.

Alla luce di tale impostazione, in linea generale, è possibile affermare che, si è in presenza di un contratto di nolo a caldo piuttosto che di un contratto d'appalto, tutte le volte in cui la *locatio rei* e cioè prestazione afferente la concessione in godimento del bene assuma rilievo principale, sotto il profilo funzionale ed economico, rispetto a quella della *locatio operis* e cioè rispetto alla prestazione di fare.

Per “fornitura con posa in opera” si intende “un contratto di vendita in cui, oltre ad un “dare”, è prevista un'attività dell'Impresa fornitrice attraverso l'impiego di manodopera o maestranze in genere, per l'utilizzo dei materiali forniti”, talché, sempre in linea generale, può affermarsi che si è in presenza di un contratto di fornitura con posa in opera piuttosto che di un contratto d'appalto tutte le volte in cui la componente lavori sia di fatto accessoria e per contro sia prevalente l'attività di “dare” rispetto a quella di “facere”.

In ogni caso, la distinzione tra fattispecie contrattuali “assimilate” ai sensi dell'art. 118, comma 11 del Codice rispetto al contratto di subappalto deve essere effettuata avendo riguardo alla specifica tipologia di intervento dedotta nella fattispecie contrattuale concreta.

Vale, peraltro, sottolineare che anche alla luce dei delineati criteri discretivi, permane la difficoltà per gli stessi operatori del diritto di distinguere nel caso concreto fattispecie subcontrattuali relative a prestazioni che non sono lavori ma che prevedono l'impiego di mano d'opera (come nel caso della fornitura con posa in opera e del nolo a caldo) dal subappalto.

L'incertezza interpretativa, determinata sia dalla complessità del sistema normativo in materia, sia dall'implicazione di valutazioni di carattere prettamente ingegneristico ha indotto l'Autorità per la Vigilanza a pronunciarsi espressamente sia pure con riferimento ad alcune specifiche figure subcontrattuali (cfr. determinazioni 22 maggio 2001, n.12; 20 dicembre 2001, n. 25; 16 ottobre 2002, n.27; 18 dicembre 2002, n. 31; 27 febbraio 2003, n. 6).

Nelle suddette determinazioni, l'Autorità per la Vigilanza sui Lavori pubblici ha avuto modo di enunciare il criterio di massima secondo il quale “...in ogni caso in cui è configurabile un'attività prevista dalle declaratorie dell'allegato A al D.P.R. n. 34/2000 [oggi nel d.P.R. n. 207/2010] (concernente, appunto, la qualificazione dei soggetti esecutori dei 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” (cfr. determinazione 12/2001) ed ha altresì chiarito che “le attività indicate nelle categorie di cui all'Allegato A al regolamento di qualificazione si riferiscono certamente a lavori, qualunque sia la relativa specificazione contenuta nella corrispondente

declaratoria. Esse non possono infatti che rapportarsi alla disposizione (articolo 3 del d.P.R. 34/2000) che fa riferimento all'esecuzione di opere generali e di opere specializzate che vanno intese come risultato dei lavori e non di semplici forniture e posa in opera di beni e di noli a caldo ancorché le declaratorie (allegato A al d.P.R. 34/2000) facciano riferimento a tali tipi di prestazioni.”(cfr. determinazione n,25/2001).

Ciò significa che, in talune ipotesi il legislatore, prescindendo dalla natura giuridica, ha inteso ricondurre al concetto di “lavorazioni” alcune prestazioni di fornitura con posa in opera, provvedendo alla relativa espressa descrizione delle stesse in alcune delle declaratorie di cui al Regolamento.

In ogni caso, la necessità di procedere ad una valutazione relativa alla fattispecie negoziale concreta - ai fini della qualificazione di un dato contratto in termini di subappalto o meno - si prospetta per tutte le ipotesi di contratti aventi ad oggetto oltre che prestazioni di mera fornitura anche prestazioni implicanti l'impiego di manodopera (quali quelle della posa in opera e del nolo a caldo) non riconducibili ad alcuna delle categorie individuate dal Regolamento. In altri termini, per tutte le suddette attività non espressamente descritte dal Regolamento, si ripropone il problema di verificare se si tratti di attività riconducibili o meno a quelle tipiche del contratto di fornitura con posa in opera o di nolo a caldo, piuttosto che ad un contratto di appalto. Tale evenienza è, peraltro, piuttosto frequente, ove si consideri che normalmente, l'esecuzione delle lavorazioni descritte dalle categorie di opere (generali e speciali), implicano l'esecuzione di prestazioni caratterizzate dalla compresenza della fornitura (o della locazione) e dell'impiego della manodopera.

Come già evidenziato, il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore incarica un terzo (subappaltatore) di eseguire in tutto o in parte, l'opera o il servizio che egli ha assunto in virtù del contratto di appalto.

Nella sostanza, il contratto di subappalto riproduce lo stesso tipo di operazione economica del contratto d'appalto - che è il c.d. contratto base -, ma l'appaltatore assume con il subappaltatore il ruolo inverso a quello che ha nel contratto di appalto e, dunque, il ruolo di committente del subappaltatore.

Sicché, il contratto di subappalto è un negozio c.d. “derivato”, o dipendente dal contratto di appalto nel senso che il subappalto sorge sul fondamento di un altro negozio simile - il contratto d'appalto - con il quale è destinato a coesistere e con il quale ha in comune lo stesso tipo di causa.

Ciò significa che il subappalto, diversamente dalla cessione, non dà luogo ad una traslazione del rapporto originario, bensì alla sovrapposizione di due rapporti giuridicamente distinti e, cioè, quello tra l'appaltatore e subappaltatore - in tutto simile a quello che intercorre nell'appalto tra committente e appaltatore - e quello tra appaltatore e stazione appaltante, anche se, la natura

derivata del contratto di subappalto determina, di fatto, interferenze varie tra l'esecuzione del subappalto e l'esecuzione dell'appalto, dovendo il subappaltatore subire oltre all'ingerenza dell'appaltatore, anche quella, sia pure indiretta, del committente.

Si tratta, dunque, di due rapporti strutturalmente distinti, ancorché coesistenti e sovrapposti.

Tale impostazione si configura anche relativamente al subappalto di opere pubbliche in cui l'autorizzazione ai sensi dell'articolo 21 della L.646/82 - non diversamente dall'autorizzazione del committente privato ai sensi dell'articolo 1656 cod. civ. - non dà luogo ad un rapporto giuridico diretto tra l'amministrazione appaltante ed il subappaltatore, il quale, pertanto, resta estraneo rispetto al contratto d'appalto, assumendo semplicemente la qualità di soggetto della cui opera l'appaltatore si avvale nell'adempimento della propria obbligazione, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1228 del codice civile.

Dalla natura di negozio derivato discende che le vicende del rapporto giuridico di appalto, quali la nullità, l'annullamento, la risoluzione, il recesso del committente, sono destinate a ripercuotersi sul subappalto, fermo restando che appalto e subappalto conservano disciplina autonoma.

Detto altrimenti, sussiste un rapporto di stretta dipendenza in termini di derivazione e di subordinazione tra il contratto di subappalto e il contratto di appalto (come tra qualsiasi subcontratto e il contratto base), in forza del quale il subappalto non può sopravvivere al contratto d'appalto; sicché, le cause estintive del contratto d'appalto colpisce automaticamente anche il contratto di subappalto.

2. Riferimenti alla cd. Tracciabilità nei subappalti.

2.1. Quadro normativo di riferimento.

La tracciabilità dei flussi finanziari è disciplinata dall'art. 3 e dall'art. 6 della Legge 13 agosto 2010, n. 136 e dall'art. 6 della Legge 17 dicembre 2010, n. 217 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 12 novembre 2010, n. 187.

- Parere sulla normativa del 4 aprile 2012 - Quesiti in tema di tracciabilità dei flussi finanziari;
- Parere sulla normativa del 13 marzo 2012 - Quesiti in tema di tracciabilità dei flussi finanziari;
- Comunicato Presidente AVCP del 15 luglio 2011: Trasmissione dei dati dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - settori ordinari e speciali - Uniformazione delle soglie minime di importo;

- Det. n. 4/2011. Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136:
- Comunicato Presidente AVCP del 2 maggio 2011. Semplificazione delle modalità di rilascio del CIG per micro contrattualistica e contratti esclusi;
- Det. n. 10/2010 (sostituita dalla Determinazione n. 4 del 7/7/2011);
- Det. n. 8/2010 - sostituita dalla Determinazione n. 4 del 7/7/2011.

2.2. Tracciabilità per il Subappalto. La filiera di imprese.

I soggetti tenuti all'obbligo della tracciabilità sono indicati ed elencati all'articolo 3, comma 1, della legge n. 136/2010: gli appaltatori di lavori, i prestatori di servizi, i fornitori, i **subappaltatori** e i subcontraenti della filiera delle imprese, nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture.

L'espressione "filiera delle imprese" si intende riferita "ai subappalti come definiti dall'articolo 118 comma 11 del Codice nonché ai subcontratti stipulati per l'esecuzione, anche non esclusiva, del contratto" (v. articolo 6, comma 3, del decreto convertito con legge n. 217/2010). Rientrano nel subappalto anche gli appalti e i cottimi indicati nella parte finale del comma 8 dell'art. 118 del Codice (vedi determinazione n. 6/2003).

La nozione di "impresa" deve essere riferita alla categoria generale di "operatore economico". Pertanto non assumono rilevanza né la forma giuridica (es. società pubblica o privata, imprenditori individuali o professionisti), né il tipo di attività svolta.

Il criterio a cui ricorrere per individua e la "filiera di imprese" nei servizi e nelle forniture è quello della stretta dipendenza funzionale della prestazione oggetto del subcontratto rispetto a quella dell'appalto principale ("filiera rilevante"), da applicare in relazione alle concrete modalità del ciclo di esecuzione dell'appalto, vale a dire della capacità delle parti dell'appalto di selezionare le sole attività necessarie in via immediata per realizzare il servizio o la fornitura pubblici. Ciò che rileva non è tanto il grado dell'affidamento o del sub-affidamento, ma la sua tipologia (subappalto o subcontratto necessario a qualsiasi titolo per l'esecuzione del contratto principale), a prescindere dalla posizione che il subcontraente occupa nella catena dell'organizzazione imprenditoriale. Si deve trattare, dunque, di subcontratti che presentano un filo di derivazione dal contratto principale, nel senso di essere attinenti all'oggetto di tale contratto (vedi gli esempi indicati nella determinazione n. 4/2011, par. 3.2) [per filiera di lavori, vedi *faq* A16, 17 e18 nel sito dell'AVCP]

Nel settore dei lavori pubblici la nozione di filiera si ricava dall'articolo 1 del D.P.R. n. 150/2010 il quale precisa che le imprese interessate all'esecuzione dei lavori pubblici sono "tutti i soggetti che intervengono a qualunque titolo nel ciclo di realizzazione dell'opera, anche con noli e forniture di beni e prestazioni di servizi, ivi compresi quelli di natura intellettuale, qualunque sia l'importo dei relativi contratti o dei subcontratti" (vedi determinazione n. 4/2011, par. 3.2).

Una casistica di filiera rilevante è rinvenibile nelle *Linee guida antimafia* adottate ai sensi dell'articolo 16, comma 4, del decreto legge n. 39/2009. Essa ricomprende noli a caldo, noli a freddo, forniture di ferro, forniture di calcestruzzo/cemento, forniture di inerti, trasporti, scavo e movimento terra, smaltimento terra e rifiuti, guardiania, progettazione, mensa di cantiere, pulizie di cantiere.

Come è noto, gli obblighi di tracciabilità si articolano essenzialmente in tre adempimenti principali:

a) utilizzo di conti correnti bancari o postali dedicati alle commesse pubbliche, anche in via non esclusiva;

b) effettuazione dei movimenti finanziari relativi alle commesse pubbliche esclusivamente mediante lo strumento del bonifico bancario o postale ovvero attraverso l'utilizzo di altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni;

c) indicazione negli strumenti di pagamento relativi ad ogni transazione del codice identificativo di gara (CIG) e, ove obbligatorio ai sensi dell'art. 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, del codice unico di progetto (CUP).

Alla luce di questo, nei subappalti e nei subcontratti gli adempimenti previsti dalla normativa sulla tracciabilità vengono attuati attraverso:

- l'inserimento nel subcontratto delle clausole che regolano la tracciabilità (richiamando anche l'obbligo di inserimento delle stesse negli ulteriori eventuali subcontratti);

- la comunicazione, da parte del subcontraente, del/dei conti correnti dedicati e dei soggetti delegati che operano sugli stessi;

- il pagamento, da parte dell'appaltatore, dei corrispettivi attraverso i conti correnti dedicati e mediante il codice CIG dell'appalto principale;

- la comunicazione dell'appaltatore alla stazione appaltante dei contratti stessi, anche per estratto (vedi determinazione n. 4/2011, par. 9).

Per le clausole che regolano la tracciabilità possono essere utilizzati i relativi schemi allegati alla determinazione n. 8/2010