

19 Feb 2019

## Subappalto, dopo le contestazioni Ue possibile disapplicare il tetto del 30%

Roberto Mangani

La disciplina del subappalto contenuta all'articolo 105 del D.lgs. 50/2016 ha dato luogo nella prassi applicativa a numerose questioni interpretative, alcune delle quali meritano di essere approfondite anche alla luce della recente lettera della Commissione UE che, tra l'altro, ha contestato la legittimità comunitaria di alcune previsioni nazionali proprio in materia di subappalto.

### Il limite quantitativo del 30%

È indubbio che entro il limite quantitativo del 30% dell'importo totale del contratto il subappalto sia ammesso, senza che agli enti appaltanti residui alcun margine di manovra in senso più restrittivo. Occorre tuttavia tenere presente che sussistono da sempre forti dubbi sulla compatibilità comunitaria del limite quantitativo, come di recente confermato anche dalla lettera della Commissione Ue.

Alla luce di questa circostanza si può porre il dubbio se un ente appaltante – dandone preventiva evidenza nei documenti di gara - possa decidere di ignorare questo limite quantitativo consentendo il ricorso al subappalto anche al di là della quota del 30%.

Si tratterebbe sicuramente di una scelta inedita, che tuttavia potrebbe essere giustificata sulla base del principio della disapplicazione della norma nazionale in quanto in evidente contrasto con la corrispondente previsione comunitaria.

### Subappalto e avvalimento

Tra le condizioni per il ricorso al subappalto vi è quella secondo cui l'affidatario del subappalto non deve aver partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto (comma 4, lettera a).

Rispetto a questa previsione si è posto il dubbio se la stessa debba riguardare anche l'ipotesi dell'avvalimento, nel senso di estendere la condizione anche a chi nell'ambito della procedura di gara abbia assunto il ruolo di impresa ausiliaria. Detto altrimenti si tratta di stabilire se coloro che in sede di gara si sono qualificati come impresa ausiliaria di un concorrente per ciò solo non possano poi assumere il ruolo di subappaltatori nei confronti di altro soggetto.

Posta la questione in questi termini si deve ritenere che la risposta sia negativa. Ciò in primo luogo in virtù dell'espressione letterale della norma, giacché chi si è obbligato come impresa ausiliaria non può considerarsi come un partecipante in senso proprio alla procedura di gara, essendo tale qualifica tipica di chi presenta l'offerta.

Ma anche la ratio della norma rafforza questa conclusione. Se infatti la stessa va individuata nell'esigenza di evitare accordi collusivi – per cui un'impresa potrebbe orientare la propria offerta in relazione alla futura possibilità di diventare subappaltatrice – è evidente che il divieto di diventare subappaltatore può operare solo nei confronti dell'impresa che presenta l'offerta, e non quindi rispetto all'impresa ausiliaria.

**Contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura**

Il comma 3, lettera c - bis), stabilisce che non costituiscono subappalto le prestazioni rese a favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura di gara finalizzata all'affidamento dell'appalto.

Fin dalla sua entrata in vigore la norma ha suscitato molti dubbi, non essendo ben chiaro in cosa debbano consistere i contratti in questione. Ciò soprattutto alla luce del fatto che la loro vigenza – con la sola condizione della preesistenza all'avvio della procedura di gara- consentirebbe di affidare a soggetti terzi l'esecuzione delle prestazioni senza incorrere nei limiti del subappalto.

Proprio questo aspetto appare particolarmente critico. Sarebbe infatti sufficiente stipulare un contratto continuativo di cooperazione, servizio e/o fornitura per aggirare tutta la disciplina vincolistica sul subappalto, a cominciare dal limite quantitativo. Detto altrimenti le prestazioni oggetto di affidamento potrebbero essere subappaltate anche in toto.

Questa lettura della norma è stata tuttavia bocciata dai primi interventi giurisprudenziali che si sono occupati del tema. È stato infatti affermato che nell'interpretazione di tutte le norme in materia di subappalto non può prescindersi dal principio secondo cui le attività oggetto di appalto devono, in linea generale, essere eseguite dal soggetto aggiudicatario. Per tale ragione le prestazioni affidabili mediante contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura debbono necessariamente riguardare attività sussidiarie e secondarie rispetto a quelle oggetto dell'appalto (Tar Lazio, Sez. III, 29 gennaio 2019, n. 1135; Tar Sicilia, Sez. III, 6 dicembre 2018, n. 2583).

In base a questa lettura della norma nei due casi presi in considerazione dalle citate sentenze il ricorso a queste formule contrattuali è stato ritenuto illegittimo in relazione ad attività ritenute centrali rispetto all'oggetto dell'appalto. In particolare in un caso si trattava di una parte significativa dei servizi da rendere nell'ambito della copertura sanitaria a favore dei dipendenti di un ente, mentre nell'altro caso del servizio di ispezione sinistri nell'ambito di un contratto di copertura assicurativa.

Va detto che anche se appaiono comprensibili le ragioni addotte dalle citate pronunce non altrettanto solide e articolate sono le motivazioni poste a sostegno della soluzione prescelta, restando dei notevoli margini di incertezza sulla corretta definizione dei contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura.

**La terna dei subappaltatori**

Il comma 6 impone l'indicazione di una terna di subappaltatori in sede di offerta in due ipotesi predeterminate: per gli appalti di importo inferiore alle soglie comunitarie e quando si tratti di appalti relativi ad attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa. Per quanto riguarda questa seconda ipotesi è da ritenersi che, nonostante la norma faccia testualmente riferimento agli appalti, la ratio della stessa porta a concludere che il legislatore intendesse riferirsi ai subappalti soggetti a rischio di infiltrazione mafiosa.

Ci si è chiesti se gli enti appaltanti possano, nell'ambito della loro discrezionalità, richiedere l'indicazione della terna di subappaltatori in ipotesi diverse da quelle indicate dalla norma. Si deve ritenere che questa possibilità sia preclusa, considerando che l'indicazione della terna dei subappaltatori costituisce un vincolo all'utilizzo del subappalto, che può essere ammesso nella misura in cui vi sia una norma che ne legittimi l'apposizione.

In questo senso va peraltro rilevato che nella lettera Ue di contestazione per presunte infrazioni comunitarie viene espresso un orientamento negativo sulla scelta del legislatore nazionale di imporre l'indicazione della terna di subappaltatori.

Altro tema che si è posto è se, nei casi in cui è richiesta l'indicazione della terna di subappaltatori, sia necessario indicare sempre la terna ovvero sia possibile limitarsi a segnalare

uno o due nominativi come possibili futuri subappaltatori.

La formulazione testuale della norma non dovrebbe legittimare questa seconda opzione. Tuttavia anche in questo caso occorre tenere in considerazione la ratio della norma, che è quella di conoscere in anticipo gli eventuali subappaltatori. Dunque se l'appaltatore intende servirsi di un solo subappaltatore si deve ritenere che possa limitarsi ad indicare solo il nominativo dello stesso, senza necessità di presentare una terna.

Ancora una volta depone a favore di questa interpretazione la lettera della Commissione UE, dove esplicitamente si indica come contraria alla disciplina comunitaria l'obbligo di indicazione della terna.

Un'ultima questione che si è posta attiene al momento in cui la terna dei subappaltatori deve essere indicata, in relazione al comportamento posto in essere da alcuni enti appaltanti che anticipano tale momento alla fase di prequalifica. Si deve tuttavia ritenere che non vi siano ragioni a sostegno del superamento del dato letterale della norma che, come detto, prevede che tale indicazione avvenga in sede di offerta.

### **Il deposito del contratto di subappalto**

Il comma 7 stabilisce che l'appaltatore debba depositare il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio delle relative prestazioni.

Tuttavia questa previsione va letta in coordinamento con l'altra, contenuta nel medesimo comma 7, secondo cui unitamente al deposito del contratto di subappalto l'appaltatore deve anche trasmettere la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei relativi requisiti di qualificazione e l'autodichiarazione dello stesso subappaltatore in merito all'assenza della cause di esclusione.

Considerato che l'accertamento in ordine al possesso dei requisiti generali e speciali in capo al subappaltatore è propedeutico al rilascio dell'autorizzazione al subappalto, si deve ritenere che anche il contratto di subappalto vada depositato in sede di richiesta dell'autorizzazione al subappalto.

### **Il pagamento diretto dei subappaltatori (e la fatturazione)**

Il comma 13 prevede tre ipotesi di pagamento diretto dei subappaltatori da parte dell'ente appaltante. Particolare attenzione ha suscitato l'ipotesi contemplata alla lettera c), che ammette il pagamento diretto su richiesta del subappaltatore se la natura del contratto lo consente.

Infatti una forma rafforzata di tutela del subappaltatore quale è da considerarsi il pagamento diretto è subordinata, oltre che alla richiesta del subappaltatore stesso, a una condizione non particolarmente chiara, legata alla natura del contratto (si deve intendere di appalto). Il legislatore italiano ha riportato pedissequamente la formulazione contenuta nella direttiva comunitaria, non offrendo alcun elemento interpretativo volto a chiarire quale sia la natura del contratto che consente il pagamento diretto.

In mancanza di indicazioni specifiche e volendo ragionare specularmente in termini opposti, va detto che non risulta agevole individuare particolari caratteristiche del contratto che identifichino una natura tale da non consentire il pagamento diretto dei subappaltatori. In linea astratta, infatti, il pagamento diretto appare sempre ammissibile, non riscontrandosi ragioni riconducibili alla natura del contratto di appalto che possano rendere non praticabile tale soluzione.

Un'altra questione sorta in tema di pagamento diretto riguarda le modalità di fatturazione, se cioè la fattura debba essere emessa nei confronti dell'appaltatore o dell'ente appaltante. Poiché la prestazione viene resa nei confronti dell'appaltatore e considerando che il rapporto intercorre esclusivamente tra appaltatore e subappaltatore mentre l'ente appaltante ne rimane del tutto

estraneo, ne deriva che la fattura andrà emessa nei confronti dell'appaltatore. L'ente appaltante procederà poi al pagamento, configurandosi l'istituto della delegazione di pagamento, che consente a un debitore di un soggetto (appaltatore) di pagare direttamente il creditore di quest'ultimo (subappaltatore).

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved