

Quotidiano del Sole 24 Ore

Edilizia e Territorio

[Stampa](#)[Chiudi](#)

24 Apr 2019

Speciale Sblocca-cantieri/2. Addio terna e tetto al 50%: subappalto più facile (e con pagamento diretto)

Roberto Mangani

Le modifiche introdotte dal Decreto sblocca cantieri in tema di subappalto sono finalizzate in linea generale a rendere più agevole il ricorso all'istituto, eliminando alcuni vincoli e limiti previsti dall'articolo 105 del D.lgs. 50/2016. 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 modifica al comma 2 dell'articolo 105, 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 50% dell'importo complessivo del contratto.

In sostanza la misura delle prestazioni oggetto di possibile subappalto va da zero al 50% 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 50% 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 totalmente abrogato il 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.

Partecipazione alla gara e subappalto

Tra le condizioni per il ricorso al subappalto il Decreto sblocca cantieri elimina quella secondo cui l'affidatario del subappalto non doveva aver partecipato alla procedura di gara per l'affidamento dei lavori (comma 4, lettera a), che viene soppresso).

La norma rispondeva 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 poteva falsare il libero gioco della concorrenza, favorendo accordi collusivi in fase di gara garantendo l'affidamento in subappalto di determinate prestazioni.

Questa esigenza è stata evidentemente ritenuta recessiva rispetto quella della semplificazione, posto che un vincolo di questo tipo rendeva oggettivamente più complicato il ricorso al subappalto. Da qui l'eliminazione di tale vincolo e, di conseguenza, la possibilità di affidare prestazioni in subappalto anche a soggetti che hanno precedentemente partecipato alla gara.

Subappaltatore e requisiti generali

Sotto questo profilo viene eliminata la lettera d) del comma 4, che imponeva al concorrente che richiedeva il subappalto di dimostrare l'assenza di cause di esclusione in capo al subappaltatore. Tuttavia viene aggiunto un periodo alla lettera b) che impone che il subappaltatore, oltre a essere qualificato nella categoria di prestazioni oggetto di subappalto, sia in possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 80 (il che equivale all'assenza di cause di esclusione).

Le modifiche introdotte appaiono più di carattere formale che sostanziale. Viene infatti mantenuto l'obbligo secondo cui il subappaltatore non deve essere soggetto a cause di esclusione, eliminando tuttavia l'onere della relativa dimostrazione in capo al concorrente che intende ricorrere al subappalto. Ciò dovrebbe significare che tale dimostrazione non deve essere fornita al momento della richiesta di subappalto, bensì al momento del deposito del contratto di subappalto, attraverso la dichiarazione del subappaltatore, come previsto dal comma 7.

Il pagamento diretto dei subappaltatori

Due sono le modifiche apportate in tema di pagamento diretto dei subappaltatori, che risultano strettamente correlate tra loro. La prima consiste nella soppressione della lettera a) del comma 13, che prevedeva l'obbligo del pagamento diretto qualora il subappaltatore fosse una microimpresa o una piccola impresa.

La seconda elimina alla lettera c) l'inciso secondo cui il pagamento diretto su richiesta del subappaltatore poteva essere effettuato solo se la natura del contratto lo consentiva. Quest'ultima precisazione – che peraltro riprendeva un'analogha previsione contenuta nella normativa comunitaria – aveva dato luogo a molti dubbi interpretativi, non essendo chiaro quando la natura del contratto era tale da consentire il pagamento diretto.

A seguito delle modifiche introdotte il pagamento diretto è ammesso – oltre che in caso di inadempimento dell'appaltatore – ogni qualvolta sia richiesto dal subappaltatore, anche diverso dalla microimpresa o piccola impresa. Quando tale richiesta sia avanzata la stazione appaltante ha l'obbligo di procedere al pagamento diretto, non essendovi alcuno spazio per una diversa scelta discrezionale.