

Appalti 18 Ottobre 2021

Dal 1° novembre meno limiti al subappalto (ma non sarà liberalizzazione): per le opere prevalenti resta il tetto del 50%

di Roberto Mangani

Stampa

In breve

Scade la fase transitoria prevista dal Dl Semplificazioni. Cade la soglia generale, ma restano vincoli specifici ai subaffidamenti oltre a quelli che dovranno essere decisi di volta in volta dalle Pa. Cosa cambia per gli appalti già banditi o in corso

Dal 1° novembre prossimo si modifica nuovamente la disciplina del subappalto, secondo le previsioni contenute nel Decreto legge 77/2021 (convertito nella legge 198/2021), recante disposizioni dirette a facilitare l'attuazione degli investimenti contenuti nel Pnrr.

La disciplina transitoria introdotta dal richiamato Dl 77/2021, valida fino al 31 ottobre, si fonda essenzialmente sulla individuazione del limite del 50% del valore del contratto di appalto quale percentuale massima delle prestazioni che possono essere oggetto di subappalto. La disciplina a regime, che entrerà in vigore dal 1° novembre, oltre a rimodulare il profilo del limite quantitativo al subappalto, contiene altri elementi di novità. Tali elementi, peraltro, si aggiungono ad altre modifiche al regime previgente che erano già state introdotte dallo stesso DL 77/2021.

L'insieme di queste novità - tutte contenute nell'articolo 49 del Dl 77 - a loro volta si innesta sulla disciplina originaria di cui all'articolo 105 del D.lgs. 50/2016. Ne risulta un quadro complessivo composito, che presuppone un'adeguata analisi per capire in che termini la disciplina sul subappalto è destinata a modificarsi dal 1° novembre e come conseguentemente cambi l'operatività delle stazioni appaltanti sotto questo specifico profilo.

I limiti al subappalto

Si tratta del profilo su cui da sempre si è maggiormente concentrata l'attenzione, anche alla luce dell'impostazione tradizionalmente seguita dal nostro legislatore nazionale che, in termini e secondo modalità diverse nel tempo, ha costantemente previsto un limite quantitativo al subappalto. Limite di cui peraltro è sempre stata messa in dubbio la conformità rispetto al diritto comunitario, dubbio che è stato infine confermato anche da due pronunce della Corte di Giustizia Ue.

Nella nuova disciplina il rigido limite quantitativo viene sostituito con alcune limitazioni di natura diversa, in parte definite direttamente dalla norma e in parte rimesse, quanto alla loro applicazione concreta, alla discrezionalità della stazione appaltante. Le prime - che potremmo definire obbligatorie - sono contenute al comma 1 dell'articolo 49 del DL 77 e sono in realtà già operative dall'entrata in vigore di tale decreto legge.

Esse si concretizzano sostanzialmente in alcuni divieti:

- a) divieto di subappaltare la totalità dei lavori o delle prestazioni oggetto del contratto di appalto;
- b) divieto di subappaltare la prevalente esecuzione delle lavorazioni appartenenti alle categorie prevalenti (il divieto sembra riferirsi ai soli appalti di lavori, e non anche a quelli di forniture e servizi);
- c) divieto di subappaltare la prevalente esecuzione dei contratti ad alta intensità di manodopera.

In sostanza non solo è vietato il subappalto del 100% delle prestazioni oggetto dell'appalto principale, ma vi sono due ulteriori vincoli destinati ad abbassare ulteriormente la percentuale delle prestazioni subappaltabili.

In particolare, in un appalto di lavori le lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente assumono per definizione un valore economico significativo. Di conseguenza, prevedere che le stesse possano essere subappaltate in una misura non prevalente (quindi, si deve ritenere, entro il limite del 50%), significa nei fatti introdurre una limitazione comunque significativa per il ricorso al subappalto. Va evidenziato che la previsione di tali limiti non rientra nella discrezionalità dell'ente appaltate, ma

viene introdotta direttamente dalla norma: e se fino ad oggi il tema non è emerso, ciò è dovuto al fatto che fino al 31 ottobre vi è comunque un limite quantitativo del 50% che presumibilmente ha coperto anche questi divieti.

Ragionevolmente, venendo a mancare dal primo novembre tale limite quantitativo, gli effetti di tali divieti - e le relative problematiche - sono destinati a emergere in tutto il loro impatto operativo.

Fermi restando i limiti obbligatori indicati, vi è poi un ambito di discrezionalità della stazione appaltante per introdurre degli altri. Questa è la novità sostanziale che entrerà in vigore dal 1^o novembre. In base ad essa le stazioni appaltanti indicano - dovendosi leggere possono indicare - nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che devono obbligatoriamente essere eseguite dall'appaltatore, e che di conseguenza non possono essere oggetto di subappalto. Nell'operare questa indicazione la stazione appaltante tiene in considerazione i seguenti elementi:

- a) le specifiche caratteristiche dell'appalto anche con riferimento alla presenza di opere di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica;
- b) l'esigenza, tenuto conto della natura e complessità delle prestazioni da eseguire, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere;
- c) l'esigenza più generale di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della sicurezza dei lavoratori;
- d) l'esigenza di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali nei subappalti (che peraltro viene considerata superata se i subappaltatori sono iscritti nelle white list istituite presso le Prefetture o nella così detta anagrafe antimafia).

In sostanza, la stazione appaltante deve operare una valutazione volta a verificare da un lato le caratteristiche tecniche dell'appalto e dall'altro le esigenze di tutela della sicurezza del lavoro e i pericoli di infiltrazione mafiosa. Sulla base di questa valutazione, che evidentemente presenta significativi margini di discrezionalità, può decidere che determinate lavorazioni non possano essere oggetto di subappalto. Peraltro, mentre con riferimento alle caratteristiche tecniche delle opere il divieto di subappalto può riguardare appunto determinate categorie di lavorazioni, in relazione alle condizioni di sicurezza sui luoghi di lavoro o di pericolo di infiltrazione mafiosa è più agevole ipotizzare che il divieto possa avere carattere quantitativo piuttosto che qualitativo.

In ogni caso, le ragioni poste alla base degli eventuali divieti di subappalto devono essere articolate dall'ente appaltante in un'adeguata motivazione, da inserire nella determina a contrarre.

Da quanto detto si possono trarre le seguenti conclusioni. Appare troppo semplicistica e in questi termini non rispondente al vero l'affermazione secondo cui dal primo novembre, con l'eliminazione del limite quantitativo generalizzato del 50% dell'importo del contratto di appalto, vi è una liberalizzazione totale del subappalto.

Infatti, in primo luogo vi sono alcuni divieti assoluti di subappalto (subappalto totale e subappalto della maggioranza delle lavorazioni delle categorie prevalenti). A questi divieti l'ente appaltante ne può aggiungere altri, nell'esercizio della sua discrezionalità, in base alle caratteristiche tecniche dell'appalto e alle esigenze di rafforzamento della tutela delle condizioni di lavoro e di contrasto alle infiltrazioni criminali.

In sostanza, seppure non vi è più un limite quantitativo stabilito dal legislatore in termini generali e astratti, vi sono limiti qualitativi - che evidentemente si traducono anche in percentuali numeriche - in parte indicati dalla norma e in altra parte - eventuale - definiti dalla stazione appaltante in relazione alle concrete caratteristiche del singolo appalto. In concreto, è lecito attendersi che il subappalto sarà comunque consentito in una percentuale che, a seconda dei casi concreti, sarà definita dalle caratteristiche tecniche dell'appalto e dalle scelte discrezionali dell'ente appaltante.

La responsabilità solidale

Altra novità che entra in vigore dal 1 novembre riguarda la previsione della responsabilità solidale dell'appaltatore e del subappaltatore nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto. Si tratta di un cambio radicale di indirizzo rispetto all'impostazione tradizionale - che era stata confermata anche dal comma 8 dell'articolo 105 del D.lgs. 50 - secondo cui la responsabilità nei confronti dell'ente appaltante rimaneva esclusivamente in capo all'appaltatore, anche per le prestazioni rese dal subappaltatore.

La nuova previsione tende ad aumentare il livello di responsabilizzazione del subappaltatore nell'esecuzione delle sue prestazioni, anche se non si può trascurare il rischio di un possibile effetto sull'appaltatore che, non essendo più l'esclusivo responsabile nei confronti dell'ente appaltante, potrebbe essere indotto a rendere meno incisiva la sua sorveglianza sull'operato del subappaltatore.

Le condizioni del subappalto

Va infine segnalata per il suo rilievo innovativo un'altra previsione, ancorché la stessa sia già in vigore dalla data di efficacia del Dl 77/2021. Si tratta della modifica del comma 14 dell'articolo 105 del Dlgs 50 che prevedeva che l'appaltatore doveva praticare nei confronti dei propri subappaltatori gli stessi prezzi unitari praticati nei confronti dell'ente appaltante con un ribasso non superiore al 20%. Questa previsione è stata eliminata. Al suo posto né è stata introdotta un'altra di contenuto diverso, secondo cui il subappaltatore deve garantire per le prestazioni rese gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto, nonché riconoscere ai propri lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello garantito dall'appaltatore, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi di lavoro (sempre che si tratti delle medesime attività o di lavorazioni inerenti le categorie prevalenti).

In sostanza, da un lato viene eliminata quella che, almeno in astratto, era una garanzia del subappaltatore; dall'altro vengono inseriti alcuni obblighi a carico di quest'ultimo. Anche in questo caso sembra quindi esservi una logica di maggiore responsabilizzazione del subappaltatore rispetto al regime normativo previgente.

Periodo transitorio

Un'ultima questione riguarda le fattispecie cui si applicano le novità che entrano in vigore dal 1° novembre. Tali novità riguardano la fase esecutiva del contratto di appalto. Tuttavia, esse hanno un'immediata influenza anche sulle clausole della documentazione di gara relative al subappalto e, di conseguenza, sulla formulazione dell'offerta. Si deve quindi ritenere che esse si applicano sicuramente ai contratti che trovano origine in procedure di gara avviate dopo il 1 novembre. Per le procedure in corso a tale data – per le quali però non sia ancora scaduto il termine di presentazione delle offerte - la stazione appaltante potrà valutare se procedere a un'integrazione della documentazione di gara per tenere conto delle novità introdotte. Infine per i contratti già stipulati ma anche per le procedure di gara per le quali sia scaduto il termine di presentazione delle offerte, si deve ritenere che continui ad avere valore la disciplina previgente.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]