

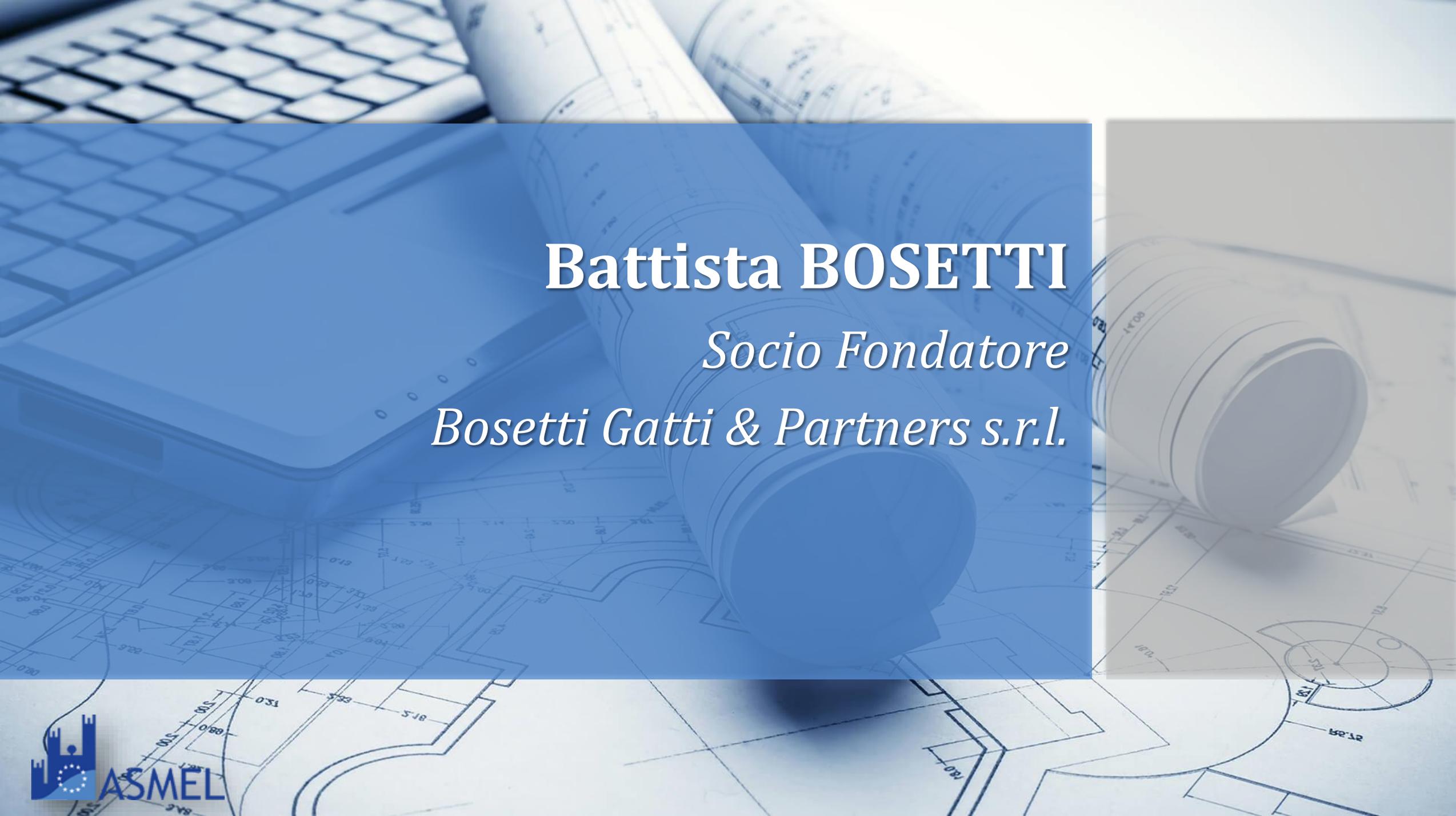


«IL SUBAPPALTO»
a domanda risponde
Battista BOSETTI

29 ottobre 2019 dalle ore 11.30 alle ore 12.30



Avv. Vito RIZZO
Coordinatore Scientifico
Webinar ASMEL



Battista BOSETTI
Socio Fondatore
Bosetti Gatti & Partners s.r.l.

Quesiti

1. La categoria OG11 quando può essere subappaltata?

Dipende dall'importo e dalla sua incidenza percentuale rispetto all'importo dell'appalto.

- 1. Se di **importo superiore al 10%** dell'importo dell'appalto, a prescindere dal suo importo in valore assoluto, è subappaltabile nel limite del 30% dello stesso importo (limite «interno») ai sensi dell'art. 105, comma 6, del Codice e dell'art. 1, comma 2, del d.m. n. 248 del 2016. Il subappalto non può essere suddiviso (ovvero deve essere oggetto di un unico sub-contratto) a meno che ci si trovi in presenza di situazioni oggettive, comprovate e motivate.*
- 2. Se di importo non superiore al 10% dell'importo dell'appalto ma **superiore a 150.000 euro**, può essere subappaltata per intero, con più sub-contratti; tuttavia se l'offerente non è in possesso della relativa qualificazione **deve** (non solo può, ma **deve**) subappaltarla per intero.*

Quesiti

- 3. Se di importo **non superiore al 10%** dell'importo dell'appalto e **non superiore a 150.000 euro**, può essere subappaltata per intero ma il subappalto non è obbligatorio in quanto non ricorre la condizione di «scorporabile» e dunque è assorbita nella categoria prevalente.*
- 4. Di norma il subappalto deve avvenire in favore di un operatore attestato SOA nella categoria OG11, salvo che l'importo della categoria scorporabile sia **inferiore a 150.000 euro**, per cui il subappaltatore può limitarsi alla qualificazione semplificata di cui all'art. 90, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010, senza nemmeno ricorrere alla qualificazione speciale di cui all'art. 12 del d.m. n. 158 del 2017 (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-quater, 23 ottobre 2019, n. 12203) riservata alle categorie tutelate OS2-A, OS2-B e OS25.*

Quesiti

2. Sub-fornitura (limite importi, sub-affidamento?); quando si configura caso subappalto anziché sub-affidamento (il discrimine è "solo" incidenza manodopera e costo personale? I limiti del 2% o 100.000 euro? Caso fornitura e installazione ponteggio?)

Si premette che a prescindere dalla qualificazione della prestazione di secondo livello, devono trovare applicazione le pertinenti norme di sicurezza di cui al d.lgs. n. 81 del 2008.

Quanto al merito del quesito, partiamo da una prima considerazione:

Qualunque attività che comporti un'incidenza del costo della manodopera superiore a 50% (1.^a condizione) e contemporaneamente (2.^a condizione) sia di importo superiore al 2% dell'importo del contratto oppure a 100.000 euro, costituisce subappalto.

La 1.^a condizione deve necessariamente coesistere con almeno una delle due distinte fattispecie che costituiscono la 2.^a condizione.

Quesiti

Ciò non vale per il contrario:

non è vero che se l'affidamento è inferiore a 100.000 euro o al 2% dell'importo dell'appalto e, contemporaneamente, l'incidenza della manodopera è inferiore al 50% si è fuori dal regime di subappalto; in altri termini la presenza delle condizioni di cui all'art. 105, comma 2, secondo periodo, fa scattare il subappalto, ma la loro assenza di per sé non è sufficiente per sottrarre la prestazione alla disciplina del subappalto e farla transitare nella più semplice disciplina dei «sub-contratti che non sono subappalti» di cui al terzo periodo della norma citata (comunicazione in luogo di autorizzazione).

Diversamente opinando (considerato la manodopera non incide quasi mai al 50%) si potrebbe sub-affidare l'intero lavoro con tanti sub-affidamenti inferiori al 2% del totale o inferiori a 100.000 euro senza alcuna autorizzazione al subappalto: è evidente che non può essere così.

Quesiti

La distinzione tra ciò che è subappalto e ciò che non lo è non è mai stata oggetto di definizione normativa, né sono di aiuti i richiami a «forniture con posa in opera e i noli a caldo» che hanno una mera natura esemplificativa.

La questione si trascina sin dall'art. 18 della legge n. 55 del 1990 e, malgrado diversi interventi giurisprudenziali non ha mai raggiunto un livello di chiarimento accettabile e condiviso.

In genere affinché le prestazioni affidate non siano subappalto, non devono essere «lavori», come definiti nell'allegato I del Codice o riconducibili direttamente alle categorie di cui all'allegato A del d.P.R. n. 207 del 2010.

Si può dire (ma si tratta pur sempre di teoria che, calata nella pratica di cantiere assume tutt'altra valenza) che se la prestazione è finalizzata ad essere parte dell'opera, si è in presenza di subappalto.

Quesiti

Se la prestazione è accessoria e strumentale ma non entra a far parte stabile e irreversibile dell'opera si ha un servizio o una fornitura e posa e quindi, se non ricorrono le condizioni dell'art. 105, comma 2, secondo periodo, si è nel regime della «comunicazione».

Ad esempio non sono state ritenute subappalto le prestazioni accessorie e collaterali non oggetto della procedura concorrenziale (nel caso si trattava trasporto e conferimento a discarica nei lavori di ristrutturazione del porto; T.A.R. Pescara, 5 febbraio 2018, n. 43).

Quanto alla fornitura (anche tramite noleggio) e posa o rimozione al ponteggio, se non ricorrono le condizioni citate all'inizio, non essendo una prestazione che modifica o integra il lavoro, ma accessoria e strumentale e questo, può essere considerata estranea al subappalto e oggetto di semplice comunicazione. In ogni caso tali fattispecie vanno scoraggiate e ridotte al minimo, utilizzate con cautela, in ragione delle già dette coperture penali.

Quesiti

3. A seguito della pronuncia n. C-63/2018 CGUE, le S.A. sono tenute a disapplicare la disposizione ex art. 105 d.lgs. 50/2016 nella parte in cui prevede il limite del 30% (ora 40% fino al 31/12/2020) oppure no?

Senza dubbio nei contratti di importo di rilievo comunitario il limite del 40% di cui all'art. 105, comma 2, deve essere disapplicato in tutti i contratti successivi alla decisione della corte.

Si ritiene che la disapplicazione non sia possibile per i contratti già aggiudicati; anche se le sentenze della Corte quando enunciano principi di diritto hanno natura retroattiva, vanno tutelati i principi parimenti di natura eurounitaria quali la parità di trattamento e costituzionale quali la certezza dei rapporti giuridici, che sarebbero compromessi da una liberalizzazione del subappalto applicata a posteriori a contratti già efficacia.

Vi sono tuttavia alcuni spazi limitati dove la disapplicazione potrebbe essere ... disapplicata.

Quesiti

In primo luogo la giurisdizione della Corte di giustizia della U.E. è limitata ai contratti soprassoglia (o se sottosoglia, di interesse transfrontaliero). L'estensione dell'efficacia di tali sentenze negli appalti sottosoglia è fuori dubbio quando si tratta di principi enunciati dai Trattati o, se si tratta di applicazione delle direttive, pur sempre di questioni previste dai trattati. Ad esempio la tutela dei principi della libera concorrenza e di non discriminazione costituisce un principio di diretta derivazione comunitaria, non limitabile agli appalti direttamente presi in considerazione dalla normativa (ex multis: Consiglio di Stato, sezione V, 10 aprile 2002, n. 1945; cfr. circolare d.p.c.m. 29 aprile 2004).

Tuttavia il subappalto appare un aspetto specifico e secondario rispetto ai principi comunitari.

Quesiti

Di per sé il subappalto non discrimina tra operatori economici (e tantomeno in relazione alla loro nazionalità) e anche la sentenza della Corte lascia alcuni spazi disciplinabili dal legislatore nazionale o dall'amministrazione appaltante, in presenza di condizioni oggettive e ragionevolmente ammissibili, ripudiando invece il solo limite al subappalto imposto in via indiscriminata e generalizzata. Per cui dalla sentenza non si possono ricavare conseguenze immediate e dirette fuori dal suo perimetro. La conclusione, seppure possa essere messa in discussione dall'evoluzione dottrina e giurisprudenziale, è la possibile applicazione del limite del 40% al subappalto nei contratti di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario e quando non abbiano carattere transfrontaliero.



Quesiti

Alle stessa stregua non pare che il principio di diritto affermato dalla Corte di giustizia possa estendersi automaticamente al limite del 30% previsto per le categorie superspecializzate di cui al combinato disposto degli articoli 89, comma 11 e 105, comma 5, del Codice. Infatti a tale limite potrebbe essere considerato tollerabile e ammissibile in quanto non generalizzato e indiscriminato ma confinato a talune specifiche lavorazioni, anche se in realtà l'elenco di tali lavorazioni appare ampio a punto di prevedere un ulteriore intervento demolitorio. Questo almeno finché anche tale norma non sia successivamente travolta a sua volta.

Il suggerimento di continuare ad applicare il limite del 40% negli appalti sottosoglia e quello del 30% per le categorie superspecializzate è fortemente condizionato dalle norme penali applicabili per i subappalti illeciti o autorizzati in eccesso.

Quesiti

Del resto, qualora fosse imposta contrattualmente una barriera quantitativa al subappalto, alle condizioni e nei soli casi citati di applicazione del limite di cui all'art. 105, comma 2, e successivamente l'appaltatore dovesse pretendere l'autorizzazione al subappalto eccedente tale limite potrebbe ricorrere al giudice ordinario (unico competente in materia di subappalto) e tentare di farsi riconoscere l'eventuale diritto ex artt. 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile.

A fronte di un provvedimento giurisdizionale favorevole al contraente potrà essere rilasciata l'autorizzazione anche in eccesso ai limiti (a quel punto disapplicati) senza il rischio di incorrere in censure di natura penale.

Quesiti

- 4. Verifiche specifiche da condurre (Amministrazione o RUP) affinché la fattispecie del "distacco" (ai sensi dell'art. 30, del d.lgs. n. 276 del 2003) non sia utilizzata come strumento per aggirare il codice degli appalti in materia di subappalto.**

Premesso che si consiglia vivamente di vietare il distacco di manodopera con apposita previsione contrattuale (almeno nei lavori pubblici, nei servizi la questione potrebbe valutata diversamente, anche se permangono i medesimi rischi). Incidentalmente si deve notare che in presenza di lavoratori distaccati un'ispezione in cantiere degli organismi di vigilanza (ASL, Ispettorato del lavoro, polizia giudiziaria) analizza il distacco, le sue condizioni e la sua applicazione con particolare scrupolo, al fine di evitare che con il distacco si voglia obliterare il subappalto o, ancora, le fattispecie vietate e sanzionate di somministrazione di lavoro o intermediazione illecita di manodopera.

Quesiti

Se proprio non si vuole vietare il distacco, è consigliato vivamente di imporre (sempre mediante previsione contrattuale) che il distaccatario (appaltatore o subappaltatore) fornisca non col contratto di distacco la certificazione di detto contratto ai sensi dell'art. 6 del d.m. (lavoro) 21 luglio 2004, come previsto dagli articoli da 76 a 79 e 84, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003.

Dovranno essere indicate le motivazioni che giustificano l'interesse dell'impresa distaccante a ricorrere al distacco e la documentazione a comprova in capo all'impresa distaccante il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del Codice dei contratti.

Il distacco deve essere comunicato entro 5 giorni al Centro per l'impiego e i lavoratori distaccati registrati sul L.U.L. del distaccatario per la durata del distacco.

La Stazione appaltante entro un termine può negare motivatamente l'autorizzazione al distacco qualora in sede di verifica non sussistano i requisiti o le condizioni previsti.

Quesiti

5. Rapporto tra appaltatore e subappaltatore in relazione ad eventuali contestazioni sull'esecuzione del subcontratto da parte del primo verso la stazione appaltante.

Tutti i rapporti sull'esecuzione intercorrono tra stazione appaltante e appaltatore. Il subappaltatore non ha rapporti con la stazione appaltante, se non per il pagamento diretto o per gli inadempimenti contributivi, erariali e retributivi.

Per quanto attiene l'esecuzione, difetti, vizi, riserve, contestazioni, inadempimenti, penali, addebiti e altro, il tutto deve risolversi tra stazione appaltante e appaltatore e, ma solo a valle, tra appaltatore e subappaltatore senza intervento della stazione appaltante tra questi ultimi.

Responsabile dell'esecuzione e interlocutore della Stazione appaltante è sempre e solo l'appaltatore; le responsabilità del subappaltatore vanno fatte valere dall'appaltatore.

Quesiti

Ovviamente non è così lineare. La stazione appaltante deve accertarsi che l'appaltatore acquisisca e trasmetta i POS dei subappaltatori, e che corrisponda i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso (art. 105, comma 14). Questo secondo controllo potrebbe essere agevolato dal pagamento diretto del subappaltatore da parte della stazione appaltante e, dal 1° gennaio 2020, dal pagamento delle ritenute dei dipendenti da parte della stazione appaltante introdotto dall'art. 4 del decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124.

Controllo agevolato ma al prezzo di complicazioni tecniche e burocratiche la cui portata è ad oggi non ancora ben comprensibile. Sul punto sarà necessario disciplinare compiutamente i compiti della D.L. nella gestione dei controlli sul personale utilizzato nell'esecuzione.

Quesiti

6. La fornitura con posa in opera di infissi (ad esempio 80.000,00 di fornitura più euro 5.000,00 di posa in opera in cantiere degli stessi) è considerata subappalto? In caso negativo come ci si comporta con gli adempimenti sulla sicurezza del posatore (POS)?

Se la posa non è effettuata dal fornitore ma dall'appaltatore e il fornitore si limita alla consegna franco cantiere si tratta di un contratto di sub-fornitura ex legge n. 192 del 1998 e non si subappalto (T.A.R. Roma, 20 febbraio 2018, n. 1956 e 27 luglio 2018, n. 8511).

Se la posa in opera è a carico del subcontraente, richiamate le considerazioni generali di cui al quesito precedente che tratta delle prestazioni che non costituiscono subappalto, il caso specifico in esempio pare in effetti non costituire subappalto mancando non solo le condizioni di cui all'art. 105, comma 2, secondo periodo, che di per sé sole non sono decisive.

Quesiti

Infine potrebbe non costituire subappalto se il posatore fosse un lavoratore autonomo ex art. 105, comma 3, lettera a) e art. 89, comma 1, lettera d), del d.lgs. n. 81 del 2008.

Ma qui bisogna fare attenzione a non confondere il «lavoratore autonomo» (art. 2222 c.c.) con un «imprenditore individuale», (art. 1665 c.c.), anche se i due concetti paiono sovrapporsi.

Se il fornitore e posatore è un imprenditore individuale, nel senso che ha un'organizzazione economica strutturata come impresa, si ricade nella fornitura e posa che necessita di comunicazione preventiva, se di importo superiore al 2% del valore dell'appalto oppure a 100.000 euro.

Quesiti

7. Se in un appalto così composto: OG2 prevalente (60%) e OS30 scorporabile (40%), ho subappaltato il 30% della OS30; è ammissibile subappaltare anche la OG2 per il 66,67%, ovvero per un importo corrispondente al 40% dell'importo dell'appalto?

La risposta è affermativa anche a prescindere dalla sentenza della Corte di giustizia della U.E. dal momento che ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.m. n. 248 del 2016, la quota subappaltabile della OS30 (s.i.o.s.) non concorre al calcolo del limite generale del 40% previsto in via ordinaria dall'art. 105, comma 2.

In disapplicazione di quest'ultima norma, il quesito non ha più alcun rilievo in quanto la risposta sarebbe affermativa anche in caso di subappalto dell'intera categoria prevalente OG2, avendo perso rilievo il limite del 40% di cui al citato art. 105, comma 2.

Quesiti

8. Le OG e OS (art. 12 legge n. 80 del 2014), a qualificazione obbligatoria e non, non ricomprese nell'art. 2 del DM 248/16, sono indistintamente oggetto di subappalto nei limiti percentuali previsti per la categoria prevalente art. 105, comma 2 del Codice?

In premessa si nota che non esiste un limite particolare o specifico per la categoria prevalente, ai fini del subappalto è disciplinata esattamente come le categorie scorporabili. Se essa è una s.i.o.s. superiore al 10% dell'importo dell'appalto (art. 2 del d.m. n 248 del 2016) subirà il limite del 30% ex art. 105, comma 5, del Codice; se essa è una semplice categoria a qualificazione obbligatoria o a qualificazione non obbligatoria, non potrà conoscere limiti essendo disapplicato il limite generale del 40% ex art. 105, comma 2, almeno per gli appalti di rilievo comunitario, con le cautele indicate in precedenza per il sottosoglia e per eventuali situazioni particolari in analogia con l'art. 89, comma 4, del Codice (ovvero la pretesa motivata che talune lavorazioni siano eseguite direttamente dall'offerente).

Quesiti

10. Chi è responsabile della vigilanza in materia di subappalto e quali sono le sanzioni?

La vigilanza spetta sia al RUP che al D.L. (ex art. 101, comma 3, lettera c), anche se esterno alla P.A. e, in quanto incaricato di pubblico servizio, soggetto alle norme penali sul punto). Ovviamente spetta altresì all'ASL e all'Ispettorato del Lavoro e al Prefetto (art. 5-bis, d.lgs. n. 490 del 1994). Le sanzioni sono così previste:

a) l'art. 21, primo comma, primo e secondo periodo, della legge n. 646 del 1982, come modificato dall'art. 25, comma 1, della legge n. 132 del 2018 (subappalto non autorizzato): per l'appaltatore e il subappaltatore reclusione da 1 a 5 cinque anni; per l'appaltatore multa non inferiore a 1/3 del valore dell'opera in subappalto e non superiore a 1/3 del valore complessivo dell'opera in appalto; per il subappaltatore multa pari a 1/3 del valore dell'opera in subappalto.

Quesiti

RUP e D.L. potrebbero essere imputati degli stessi reati in concorso ex art. 110 c.p. oppure di omissione atti d'ufficio ex art. 328 c.p. e omessa denuncia ex articoli 361 o 362 c.p.

b) l'art. 74, commi 1 e 3, del decreto legislativo n. 159 del 2011: da 2 a 4 anni se con dolo, da 3 mesi a un anno se con colpa per il funzionario che autorizza o consente il subappalto in presenza di motivi ostativi antimafia o che non revoca l'autorizzazione se sopravvengono i medesimi motivi;

c) sotto il profilo contrattuale: art. 1418 c.c. con la nullità del contratto di subappalto;

d) la possibilità, per la stazione appaltante, di risolvere il contratto d'appalto in danno dell'appaltatore (art. 21, primo comma, terzo periodo, della legge n. 646 del 1981).

Per info contattaci a:

 *webinar@asmel.eu*

 *800 165654*

 *www.asmel.eu*

**Grazie
per la
partecipazione!**