

Fornitura e subappalto nella contrattualistica pubblica: un caso limite.

Di CLAUDIO COSTANZI

Premessa

La complessa disciplina degli appalti pubblici appare tormentata dalla produttività ipertrofica del Legislatore italiano, notoriamente pronto a modificare gli istituti prima che giurisprudenza e operatori riescano a prenderne contezza.

Si tratta di un fenomeno che colpisce trasversalmente e da molti anni ogni parte della normativa sulla contrattualistica pubblica.

Tra questi, il subappalto è sicuramente uno degli istituti su cui è ricaduta con maggiore assiduità e zelo la scure riformista.

Per oltre un secolo l'unica normativa applicabile al subappalto è stato l'art. 339, Allegato F, L. n. 2248 del 1865, con il quale si prevedeva il mero divieto di subappaltare opere (e, quindi, riferito ai soli subappalti di lavori) "senza il consenso o l'Autorità competente", escludendo altri requisiti o limitazioni.

Solo negli anni Ottanta il Legislatore ha sentito l'esigenza di modificare e di limitare progressivamente il ricorso al subappalto nell'esecuzione di contratti di diritto pubblico. Si sono così susseguiti, l'art. 21 della L. n. 646 del 1982, l'art. 18 della L. n. 55 del 1990, significativamente rubricata "Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale", l'art. 34 della c.d. Legge Merloni (L. n. 109 del 1994) con il successivo regolamento attuativo d.P.R. 554 del 1999, l'art. 118 D. Lgs 163 del 2006, con il regolamento attuativo d.P.R. 207/2010 e, infine, l'art. 105 del D. Lgs 50/2016, successivamente modificato dal correttivo D. Lgs 56/2017. All'originaria stasi normativa si è quindi sostituita l'iperattività testimoniata da tali ultimi interventi, la cui frequenza sembra crescere in modo preoccupante. La cifra di tutti gli interventi di riforma a partire dalla L. 646 del 1982 va ormai chiaramente individuata in una generale diffidenza verso questo istituto, su cui hanno indubbiamente inciso gli scandali degli anni Novanta. Anche l'opinione pubblica pare aver ormai accolto la demonizzazione di un istituto nato e pensato per aumentare la concorrenza e favorire le piccole imprese, oltre che migliorare l'esecuzione, divenuto suo malgrado tra i principali indiziati dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore delle opere pubbliche. Da qui, una

normativa progressivamente più rigorosa, che è giunta, oggi, ad un possibile contrasto con la normativa eurolunitaria¹.

A ben guardare, il timore di scovare in ogni subaffidamento un subappalto mascherato, quest'ultimo contrastante con il dichiarato "*principio di tassatività di esecuzione in proprio del contratto, derogabile nei soli casi espressamente previsti*"², ha condotto ad una disciplina tanto rigida quanto incerta nel distinguere nel caso concreto la fornitura con o senza posa in opera dal subappalto di lavori. Quel che ne deriva è una pletora di interpretazioni difformi, tutte autorevolissime, nociva per le imprese, costrette a ricorrere alla pareristica legale per non incorrere nelle responsabilità, anche penali³, di un subappalto illecito, quanto per gli interessi collettivi, solo apparentemente tutelati dal rigore normativo, e, invero, sacrificati per effetto di una limitazione della concorrenza a valle della aggiudicazione. L'esperienza quotidiana insegna che le imprese più prudenti tendono ad assecondare le Stazioni Appaltanti qualificando come subappalto ciò che è solo subfornitura, con le note conseguenze sul piano della disciplina dei rapporti contrattuali. Altrettanto noto è che una normativa tanto stringente ha indotto le imprese meno prudenti ad adottare vere e proprie pratiche distorsive della normativa, con maldestre simulazioni di forniture con posa in opera, al precipuo fine di non scontare dei limiti quantitativi percepiti non solo come irragionevoli, ma talvolta contrari alle esigenze costruttive e imprenditoriali. Purtroppo, la patogenesi di simili condotte elusive e di tutte le intollerabili distorsioni in sede di esecuzione dei lavori pubblici va rinvenuta, più che nella generale incertezza della normativa, nella sua interpretazione eccessivamente rigida, in spregio ai principi che devono ispirare la gestione dei lavori pubblici.

L'obiettivo è dare evidenza del fatto che l'encomiabile garanzia per l'integrità dei contratti pubblici non passa necessariamente per l'esaltazione della *vis expansiva* della disciplina del subappalto a

¹ Ben più esplicito Caranta, che in R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2012, 364 afferma che "si tratta di limiti tout court in contrasto con il diritto europeo". Similmente, cfr. M. E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche. Con cenni di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2011, 61 ss.

² Così si legge *apertis verbis* nella relazione parlamentare al Decreto Correttivo D. Lgs. 56/2017 (Cfr. Schede di lettura, in *Atto del Governo*, n. 397, Art. 1, commi 3 e 8 della Legge 28 gennaio 2016, n. 11 – *Disposizioni integrative e correttive del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 in materia di contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture, marzo 2017*, p. 168.

³ Ci si riferisce al reato di subappalto illecito previsto, di cui all'art. 21 L. 646/1982, con sanzioni significativamente inasprite per effetto del recente D.L. 113/2018. Sul punto V. almeno A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2011, 169 ss. Per le conseguenze civilistiche del subappalto non autorizzato, si v. A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2012, 1388 ss. Si tenga presente che, sebbene non ancora adeguatamente affrontato, e pur non essendo questa la sede opportuna, l'incertezza normativa nella qualificazione dei negozi come subappalto, contratto assimilato o come fornitura non può che ripercuotersi anche sul piano della conoscibilità del precetto penale, ai fini della operatività dell'art. 5 del Codice Penale, così come riletto, alla luce del principio di colpevolezza, sin dalla celebre sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 24 marzo 1988, in *Foro It.*, Vol. CXI, 1988, 1385 ss. con commento di G. FIANDACA.

figure negoziali assai differenti. In tal senso, un prevedibile contributo giunge dai recenti rinvii pregiudiziali del Giudice Amministrativo alla Corte di Giustizia della Unione Europea in relazione ai limiti al subappalto nelle categorie generali, che sembrano imporre una riconsiderazione del ruolo del subappalto nella fase esecutiva.

La vexata quaestio della differenziazione tra subappalto e fornitura con posa in opera.

L'attuale impostazione normativa di cui all'art. 105, D. Lgs. 50/2016, sostanzialmente mutuata dall'art. 118 del D. Lgs. 163/2006, definisce l'istituto del subappalto come il contratto derivato o subcontratto⁴ con cui l'appaltatore affida ad un terzo (il subappaltatore) l'*esecuzione parziale* dell'opera o del servizio che si è impegnato a realizzare in forza di un precedente contratto di appalto⁵. Inoltre, la definizione normativa del subappalto assume carattere sostanzialistico, ricomprendendo nel proprio alveo qualsiasi contratto avente ad oggetto attività, ovunque espletate, che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, purché singolarmente di importo superiore al 2% delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro, e con la *contestuale* incidenza della manodopera per attività ovunque espletate superiore al 50% dell'importo del subcontratto da affidare⁶.

Sul punto, occorre precisare che, mentre il D. Lgs. 163/2006 specificava le condizioni in presenza delle quali un subcontratto potesse essere sussunto entro il subappalto, il D. Lgs. 50/2016 ha individuato, al contrario, a quali condizioni un subcontratto potesse essere sottratto, quale tassativa eccezione, alla stringente disciplina del subappalto, dando maggiore evidenza al principio dell'esecuzione necessariamente in proprio⁷. Innovando rispetto alla normativa del 2006, la previsione originaria dell'art. 105 D. Lgs. 50/2016 consentiva l'esclusione dei subcontratti dal novero del subappalto solo al verificarsi delle condizioni oggettive (importo del subaffidamento pari o inferiore 2% dell'importo del contratto di appalto, e comunque non oltre 100.000 euro) e sostanziali (incidenza della manodopera inferiore al 50% dell'importo del subcontratto da affidare). Orbene, tale previsione, figlia della circospezione del Legislatore nei confronti del subappalto, allargava le maglie di quest'ultimo, ricomprendendovi qualsiasi subcontratto, privo anche solo di

⁴ Sulle conseguenze di una simile natura, si rinvia a Cass. Civ., Sez. II, n. 9766 del 12 maggio 2016, in *Guida dir.*, 2016, 47, 65.

⁵ Cfr. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Zanichelli, Bologna, 2017, 1488 ss.

⁶ Sulla previgente disciplina di cui all'art. 118, D. Lgs. 163/2006, si v. D. GALLI e C. GUCCIONE, *Contratti pubblici: "avvalimento" e subappalto*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 127; C. SADILE, *Il subappalto dei lavori pubblici*, Giuffrè, Milano, 2014.

⁷ Richiamando l'espressione di Massimo Gentile, il Legislatore del 2016 ha trasposto dal "positivo al negativo" la previsione del D. Lgs. 163/2006. Si rinvia a M. GENTILE, *Il correttivo allarga "con moderazione" le maglie del subappalto*, in *Appalti & Contratti*, n. 7-8, 2017.

una delle suddette condizioni, con l'imposizione di limiti quantitativi e aggravii procedimenti (compresa l'autorizzazione) a cui sarebbero stati sottratti con la previgente disciplina.

L'intervenuto D. Lgs. 56/2017 (c.d. "Decreto Correttivo") ha corretto una simile stortura, ripristinando sostanzialmente la disciplina previgente dell'art. 118 comma 2 D. Lgs. 163/2006, con la conseguente qualificazione del subaffidamento come subappalto solo in caso di contestuale superamento dei limiti del 2% dell'importo del contratto (o 100.00 euro, se superiore) e dell'incidenza del 50% della manodopera. Talché, un subcontracto di importo superiore a 100.000 euro, ma con incidenza della manodopera inferiore al 50%, non è qualificabile come subappalto e non può essere oggetto né di procedura di autorizzazione né di valorizzazione ai fini del limite del 30%.

La normativa attualmente vigente intende, come evidente, tutelare i prestatori di lavoro, valorizzando l'incidenza della manodopera quale *discrimen* tra subappalto e altri subcontracti, posto che la nozione di subappalto si attegga quale "contenitore anche di fattispecie che per altri settori del sistema (quello privatistico) sarebbero altro"⁸. Ciò che rileva, in altre parole, è l'*esecuzione*, l'impiego significativo di manodopera per la posa in relazione ad un singolo rapporto, dovendosi sussumere nel novero del subappalto qualsiasi fornitura che preveda *anche* una posa in opera connotata dall'impiego di manodopera oltre le soglie suindicate. Di converso, la mera fornitura di materiale, eventualmente comprensiva di trasporto in loco, non può considerarsi subappalto, nemmeno sotto il profilo dei contratti simili a quest'ultimo riconducibili.

Ovviamente, la disciplina di subappalti e forniture si connota per differenze significative, che impongono di individuare un criterio discrezionale il più possibile oggettivo, che sottragga una così delicata materia alla discrezionalità delle Stazioni Appaltanti. In estrema sintesi, per poter ricorrere al subappalto è necessario, tra l'altro, il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80, D. Lgs. 50/2016 (già art. 38, D. Lgs. 163/2006), l'iscrizione nella *white list* per le attività ad alto rischio di infiltrazione, la dichiarazione da parte del subappaltatore della propria composizione societaria, il deposito del contratto da parte dell'appaltatore, oltre alla previa indicazione da parte di quest'ultimo in sede di gara della categoria di lavori che intende subappaltare e, in alcune ipotesi, l'indicazione di una terna di subappaltatori (art. 105 comma 6 D. Lgs 50/2016). Inoltre, per poter procedere a tale autorizzazione, la Stazione Appaltante è tenuta a verificare nei termini prescritti (15 o 30 giorni a seconda dell'importo del subappalto), anche il rispetto del limite del 30% delle

⁸ Così M. CASTELLANO, *Subappalto*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*.

lavorazioni subappaltabili nelle categorie prevalenti, di cui all'art. 105, D. Lgs. 50/2016⁹. Al contrario, nel caso di forniture e, più in generale, subaffidamenti non rientranti nel novero del subappalto o dei contratti ad esso simili, è prevista una forma di controllo attenuata, realizzata attraverso una comunicazione alla Stazione Appaltante per la verifica del possesso dei requisiti del nome del subaffidatario, dell'importo del contratto e dell'oggetto della prestazione affidata. A ciò si aggiungano le sanzioni penali per il solo subappalto illecito, introdotte dall'art. 21 L. 646/1982, con sanzioni inasprite per effetto del D.L. 113/2018.

Data una così significativa disomogeneità di disciplina, la giurisprudenza ha sentito l'esigenza di ovviare alla non agevole differenziazione tra subappalto e fornitura con posa in opera coniando il criterio della "trasformazione soggettiva del bene fornito", alla luce del quale il subappalto è integrato ogniqualvolta il bene da porre in opera viene ontologicamente *trasformato* all'interno del cantiere. Anche in questo caso, si parla di un'*esecuzione parziale* dell'opera, posto che oltre alla mera fornitura, ascrivibile al negozio della compravendita, si ha una attività ulteriore, consistente nella trasformazione del materiale in cantiere. Per riprendere quanto statuito nella Deliberazione n. 14 dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici del 10 aprile 2013, si ha subappalto qualora si esorbite "dalla causa contrattuale della compravendita assumendo, nel senso sopra delineato, una prevalente funzione di "appalto di lavoro", ancorché implicanti una incidenza della manodopera inferiore al 50% del subcontratto affidato"¹⁰. Valorizzando la Circolare del Ministero dei Lavori Pubblici n. 477/UL del 9.3.1983, appare dirimente il fatto che la fornitura abbia ad oggetto o meno un bene prodotto in serie. Laddove il bene sia lavorato all'interno del cantiere dallo stesso fornitore, con una posa consistente nella incorporazione nell'opera mediante macchinari e operai specializzati, si è dinnanzi ad un contratto riconducibile al subappalto ai sensi dell'art. 118 D. Lgs. 163/2006 o art. 105 D. Lgs. 50/2016, quale che ne sia la formale qualificazione data dalle parti. Viceversa, si ha fornitura con posa in opera nelle ipotesi residuali, connotate dalla consegna di un bene già finito e pronto per essere ivi lavorato da terzi o dallo stesso appaltatore, con prestazioni del tutto accessorie e strumentali (quali, per esempio, il montaggio, l'assemblaggio, l'incollatura, la bullonatura), sempre che l'incidenza della manodopera sia inferiore al 50% dell'importo della

⁹ In relazione alla soglia del 30%, si rammenta che il Decreto Correttivo D. Lgs. 56/2017 non ha apportato alcuna modifica all'art. 105 del D. Lgs. 50/2016, il quale prevede il limite di subappaltabilità nel 30% dell'importo contrattuale, facendo salvi i casi elencati dal comma 5 del medesimo articolo. Si tratta, in particolare, dei lavori di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, per i quali, come specifica l'art. 2 comma 2 del D.M. 248 del 2016 il limite sancito dall'art. 105 comma 5 "non è computato ai fini del raggiungimento del limite di cui all'art. 105, comma 2 del Codice".

¹⁰ Parimenti utile è la Determinazione AVCP n. 35/2008, ove si legge che "la differenza tra il contratto di appalto [cui si riconduce il contratto che qui definiamo 'subappalto'] e quello di compravendita (che costituisce il presupposto della fornitura) si desume dalla prevalenza, non solo quantitativa, ma soprattutto funzionale, secondo l'intenzione dei contraenti, della fornitura della materia (vendita) ovvero della prestazione relativa al lavoro (appalto d'opera)".

fornitura e che quest'ultimo non superi il 2% o l'importo di 100.000 euro. Talché, requisito imprescindibile per la qualificazione come fornitura senza integrazione di un subappalto è la mancata previsione di attività di posa in opera o la previsione di attività di posa in opera con soglie di manodopera superiori al 50%, di cui all'art. 105 del D. Lgs. 50/2016.

Sebbene concettualmente tale differenziazione appaia agevole, nella pratica è necessario un approccio casistico, che valorizzi l'oggetto del contratto alla luce delle considerazioni suddette. Illuminante, a tal fine, è la Determinazione n. 7, del 13 marzo 2007 dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (oggi ANAC). In essa, l'Autorità riconosce che i contratti di fornitura e posa in opera di ferri pre-sagomati, necessari per realizzare strutture in cemento, non sono ascrivibili al subappalto o ai contratti simili in quanto non costituiscono un autonomo lavoro, “a meno che l'importo del subcontratto sia superiore al 2% dell'importo complessivo del contratto di appalto oppure sia superiore a 100.000 euro e il costo della manodopera espletata nel cantiere in cui si esegue l'opera (i.e. la posa dei ferri pre-sagomati ove indicato dall'appaltatore) sia superiore al 50% dell'importo del subcontratto, cosa da ritenersi molto difficile sul piano della realtà operativa”.

Inoltre, l'Autorità ha chiarito che, in forza di una lettura sistematica dell'art. 118 comma 11, D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 141, comma 2 D.P.R. 554/1999, una simile tipologia di fornitura e posa in opera, con il relativo regime giuridico, sia sostanzialmente assimilabile, alle categorie specialistiche OS4 (impianti elettromeccanici trasportatori) OS5 (impianti pneumatici ed anti-intrusione), OS18 (componenti strutturali in acciaio e metallo) e OS33 (coperture speciali). Tale Determinazione deve ritenersi condivisibile e tutt'oggi perfettamente conforme al nuovo dettato normativo in materia di subappalto, il quale, come detto, valorizza l'incidenza della manodopera come criterio discrezionale al precipuo fine di escludere dal novero dei subappalti e dalla relativa disciplina stringente qualsiasi contratto di mera fornitura, con una posa in opera del tutto marginale e, a fortiori, senza posa in opera.

La fornitura di materiale bituminoso con successiva posa.

L'esempio che qui può venire in rilievo è la fornitura di materiale bituminoso, con o senza posa in opera. Come i pre-sagomati – ma analogo discorso può essere fatto per i prefabbricati in calcestruzzo – il materiale bituminoso preconfezionato consegnato in cantiere deve essere impiegato per una successiva lavorazione. Nel caso di fornitura con posa in opera, qualora il contratto contempli sia la fornitura in cantiere che la stesa, la compattazione, l'addensamento del bitume, si può agevolmente qualificare il contratto alla stregua di un contratto simile al subappalto, come tale assoggettabile alla relativa disciplina, stante l'incidenza della manodopera

prevista per la seconda fase del contratto da eseguirsi direttamente in cantiere¹¹. In effetti, in tal caso, il bene finale, vale a dire il tappeto bituminoso, risulta essere il risultato di una serie di lavorazioni tutt'altro che accessorie, di una complessità tale da richiedere l'impiego di personale specializzato e mezzi a ciò dedicati. Si realizza, in sostanza, una *trasformazione* mediante impiego significativo di manodopera, del bitume preconfezionato in un bene diverso.

Viceversa, la mera fornitura di materiale bituminoso preconfezionato con consegna in cantiere, da lavorarsi successivamente, con o senza ricorso al subappalto per la fase della stesa, non può in alcun modo essere ascritto nell'alveo del subappalto, né in quanto tale (non avendo ad oggetto alcuna lavorazione, bensì la sola consegna di un materiale preconfezionato), né in quanto contratto simile (posto che astrattamente non sembrano integrati i presupposti di cui all'art. 105, comma 2, D. Lgs. 50/2016). Ne consegue che l'importo del contratto di fornitura non incide sulla quota subappaltabile del 30% nella categoria prevalente, a meno che tale prestazione abbia le caratteristiche per essere considerata contratto simile (importo superiore al 2% dell'importo complessivo o comunque superiore a 100.000 euro, in cui il costo della manodopera sia superiore al 50% dell'importo del subcontratto).

Tutto ciò posto, sembra evidente che nessuna ragione assista la valorizzazione, ai soli fini della verifica del superamento della soglia subappaltabile del 30%, della fornitura con consegna in cantiere, non qualificabile come posa in opera per la mancanza di effettive lavorazioni da parte del fornitore. Infatti, qualora l'appaltatore impieghi direttamente il materiale bituminoso, non viene in rilievo il comma 2 dell'art. 105 D. Lgs. 50/2016. Non trattandosi di un subappalto o di un contratto simile, la quota del 30% non viene consumata da una fornitura connotata dal solo trasporto in cantiere. Diversamente argomentando, la maggior parte degli appalti pubblici di lavori che prevedano un approvvigionamento di materie prime non potrebbero essere eseguiti se non da imprese già dotate di esse, in spregio alla necessaria valorizzazione della concorrenza. In effetti, la *ratio legis* dell'art. 105 comma 2 D. Lgs. 50/2016, su cui si tornerà infra, esclude dalla limitazione quantitativa proprio le forniture senza posa e quelle con una posa con impiego della manodopera inferiore al 50%. Né si può comprendere come il ricorso successivo al subappalto per la stesa del materiale in precedenza fornito, e divenuto di proprietà dell'appaltatore in forza del negozio di compravendita¹² già eseguito, possa trasformare ciò che pacificamente era qualificato come fornitura in subappalto o contratto simile ai fini della quantificazione dei lavori subappaltati¹³.

¹¹ Del medesimo avviso P. L. GIANFRONTE, *L'annosa questione dei subappalti e delle forniture con posa in opera*, in *Diritto24.it*.

¹² Negozio che costituisce il presupposto della fornitura, come da Deliberazione AVCP n. 35/2008.

¹³ L'effetto reale del passaggio di proprietà del materiale bituminoso, in quanto cosa determinata solo nel genere, avviene ai sensi dell'art. 1378 c.c. all'esito della individuazione su accordo delle parti o con le modalità da esse stabilite. Ove sia

D'altronde, nel caso di specie il subappaltatore incaricato di eseguire la posa del bitume non potrà che vedersi coerentemente riconosciuto nel certificato di esecuzione lavori la mera attività di posa e non anche la fornitura. I negozi che vengono in rilievo, un contratto di compravendita o fornitura del materiale e un contratto di subappalto (o simili) per la realizzazione del tappeto bituminoso, del tutto eventuale e successivo, non sono giuridicamente collegati e non possono essere considerati come un *unicum* nemmeno al fine della verifica del raggiungimento della soglia del 30%. L'eventuale lavorazione del materiale bituminoso divenuto a tutti gli effetti di proprietà dell'appaltatore da parte del subappaltatore non potrà che essere l'unica *lavorazione* ai fini dell'art. 105 comma 2, D. Lgs. 50/2016, con conseguente irrilevanza ai fini della soglia del 30% della precedente fornitura da parte di un terzo.

Utile a questi fini anche il richiamo alla Delibera n. 35/2008 dell'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici, con la quale si è esaminato il caso di una fornitura di materiale bituminoso comprensiva di trasporto con mezzi propri del fornitore in cantiere, seguita da una serie di contratti tra il medesimo fornitore e appaltatore per il nolo a freddo della vibrofinitrice e dei rulli, nonché dei mezzi accessori alla posa e distacco funzionale dei conduttori dei mezzi d'opera in favore dell'appaltatore. Non sorprende come in questo specifico caso, ben diverso da quello sinora prospettato di una fornitura con successivo subappalto a due soggetti diversi, l'Autorità abbia rilevato una prassi distorsiva, utilizzata per simulare rapporti di subappalto. Di converso, in presenza di un effettivo e trasparente rapporto di fornitura senza posa in opera, con successivo impiego del materiale bituminoso anche attraverso un contratto di subappalto per le lavorazioni necessarie per la realizzazione del tappeto bituminoso, non vi è alcun margine per individuare uno schema di negozi collegati qualificabili alla stregua di un subappalto o simile.

In caso riconduzione entro la soglia del 30% di cui al comma 2 dell'art. 105 D. Lgs. 50/2016 non solo degli effettivi contratti di subappalto e simili, ma anche dei contratti di fornitura senza posa dei materiali successivamente utilizzati dai subappaltatori, sarebbe inevitabile rivendicare in contabilità eventuali dinieghi di istanze di autorizzazioni o contestazioni circa la natura di forniture, in quanto verosimilmente incidenti sulla produttività del cantiere.

previsto il trasporto da un luogo ad un altro, l'individuazione avviene con consegna al vettore o allo spedizioniere. Ciò rileva ai fini della scelta di prevedere o meno, tra le obbligazioni dell'eventuale subappaltatore individuato per la lavorazione del bitume, il trasporto presso il sito di cantiere. Al fine di scindere i due negozi con nettezza, sembra opportuno o, quantomeno, preferibile, prevedere l'obbligazione del trasporto a carico del fornitore, così da poter disporre di un materiale bituminoso già entrato nel patrimonio dell'appaltatore con un eventuale successivo contratto di subappalto.

La difficile dialettica tra normativa europea e italiana

Giova rilevare, *a latere*, che la stessa limitazione del 30% al subappalto, in particolare nella categoria generale, è stata oggetto di plurimi rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia (da ultimo con Ordinanza del Consiglio di Stato, n. 3553 del 30 giugno 2018, con richiesta di procedura di urgenza), proprio in ragione della discrasia tra la disciplina italiana e quella primaria di derivazione europea. Mentre la prima risulta volta a circoscrivere il subappalto a eccezione nella esecuzione dei lavori pubblici, con previsione di regole e limiti che vanno ben oltre la mera esigenza di prevenzione delle infiltrazioni criminali e trasparenza nella verifica del possesso dei requisiti, la seconda concepisce il subappalto come strumento che arricchisce la concorrenza e favorisce l'accesso delle piccole e medie imprese all'esecuzione di appalti pubblici¹⁴. Nell'attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, che illustre dottrina ritiene dichiarerà quantomeno la parziale contrarietà alle norme europee della disciplina italiana del subappalto¹⁵, nessuna interpretazione eccessivamente restrittiva del limite del 30% può essere condivisibile, specie se sfornita, come si è sopra dimostrato, in relazione alla fornitura con successiva stesa da parte di un altro operatore, di espressa copertura normativa. Peraltro, se l'esigenza è quella di controllo del fornitore, la comunicazione da parte dell'appaltatore del suo nominativo, delle certificazioni antimafia e qualità possono svolgere la stessa funzione di *disclosure* e verifica della richiesta di un subappalto, senza doverne irragionevolmente, e illegittimamente, scontare i limiti. Allo stato, il limite del 30% sembra sacrificare sull'altare dell'esecuzione in proprio, ancora erroneamente ritenuto un requisito di legalità o di efficiente esecuzione, la possibilità di piccole o medie imprese di partecipare alle gare d'appalto, in quanto è cogente che siffatto limite abbia ripercussioni sul piano della qualificazione (ergo, di esperienza, ma anche dimensione) richiesta. Basti evidenziare che il mancato possesso della qualificazione in categorie scorporabili impone all'operatore di ricorrere al subappalto, dovendo, però, confrontarsi con un limite che, condivisibile o meno che sia, risulta arbitrariamente fissato senza aver riguardo alle peculiarità dei singoli lavori. Dinnanzi a un lavoro con categorie scorporabili superiori al 30%, la piccola impresa priva dei requisiti di qualificazione per l'esecuzione di queste ultime¹⁶, indipendentemente dalla subappaltabilità o meno delle stesse, si vedrà preclusa la possibilità di partecipare singolarmente alla gara.

Dinnanzi a simili obiezioni, non può certo opporsi l'esigenza di garantire un limite all'accesso della criminalità organizzata ai fondi pubblici attraverso lo strumento del subappalto. La lotta alla

¹⁴ Corte di Giustizia, sentenza n. C-298/15, punto n. 48.

¹⁵ In tal senso, l'autorevole C. DEODATO, *Il subappalto: un problema o un'opportunità?*, in *L'amministrativista*.

¹⁶ In sostanza, le SOA per i lavori e i requisiti proporzionali e adeguati di volta in volta identificati dalla Stazione Appaltante per i servizi.

criminalità può, e deve, imporre all'operatore economico che intenda subappaltare lavorazioni o servizi di rispettare oneri autorizzativi e obblighi informativi stringenti, con una selezione del subappaltatore in termini di iscrizione alla *white list*, nonché possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità, tanto stringenti quanto quelli richiesti per l'appaltatore. Di converso, l'impatto del limite del 30% della subappaltabilità sotto il profilo della lotta alle infiltrazioni criminali nell'esecuzione dei contratti pubblici è minimo e, forse, anche risibile. L'unico risultato di un siffatto limite pare essere al più quello di ridurre le *occasioni* di infiltrazione, mentre nessun effetto produce in sé sulla contrazione delle *possibilità* di infiltrazione¹⁷. Ragionando *de jure condendo*, alcuni autori¹⁸ hanno suggerito di aumentare le *chances* di sopravvivenza delle soglie quantitative, aumentando la soglia massima di subappaltabilità al 70%, pari a ciò che oggi rappresenta la soglia minima di esecuzione in proprio dell'appaltatore. Si tratta sicuramente di una soluzione migliore, ma, in buona sostanza, sempre irragionevole rispetto alla volontà di promuovere la concorrenza del regolatore europeo. Far convivere quest'ultima con l'apposizione di limiti quantitativi per l'esigenza di combattere la criminalità non sembra possibile¹⁹. Se a ciò si aggiunge il rischio di qualificazione come subappalto di ciò che, invero, non lo è, si comprende quale urgenza vi sia di ridiscutere l'intera disciplina del subappalto.

Conclusioni

A dispetto di quanto potrebbe immaginarsi dalla lettura della premessa, molto della normativa italiana in tema di identificazione del subappalto può essere conservato, a partire dagli indici di cui all'art. 105 comma 2, D. Lgs. n. 50/2016 (vecchio art. 118 comma 11 D. Lgs. 163/2006). Parimenti, sembra inevitabile, a tutela dell'integrità dei contratti pubblici e della manodopera, preservare il regime autorizzatorio, che, come detto in premessa, affonda le sue solide radici nella L. 2248 del

¹⁷ Analogamente M. MARTINELLI, *La capacità economica e finanziaria*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI – M. A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2005, 633, ove si riconosce che “la giurisprudenza comunitaria appare orientata a riconoscere la possibilità di ricorrere al subappalto oltre i limiti eventualmente stabiliti dalla normativa interna, allorché i requisiti di capacità del terzo subappaltatore siano stati valutati in corso di gara dall'amministrazione aggiudicatrice...in tal caso, infatti, vi sono tutte le garanzie che l'appalto venga effettivamente eseguito da soggetti dotati di adeguata qualificazione”.

¹⁸ C. DEODATO, *Il subappalto: un problema o un'opportunità?*, cit.

¹⁹ Di diverso avviso è stato il Consiglio di Stato, il quale, con parere n. 782 del 2017 sul nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 50/2016) e sul Decreto Correttivo (D. Lgs. 56/2017), ha riconosciuto che “questo Consenso non ignora la giurisprudenza della C. Giust. UE, e, segnatamente, da ultimo, la decisione C. Giust. UE, III, 14.7.2016 C-406/14 (ma v. anche C. Giust. UE, 10.10.2013 C-94/12; Id., 18.3.2004 C-314/01), secondo cui il diritto europeo non consente agli Stati membri di porre limiti quantitativi al subappalto”, afferma che “tuttavia, tale giurisprudenza eurounitaria si è appunto formata in relazione alla previgente direttiva 2004/18”. Ciò precisato, il Consiglio di Stato aggiunge che “la complessiva disciplina delle nuove direttive, più attente, in tema di subappalto, ai temi della trasparenza e della tutela del lavoro, in una con l'ulteriore obiettivo, complessivamente perseguito dalle direttive, della tutela delle micro, piccole e medie imprese, può indurre alla ragionevole interpretazione che le limitazioni quantitative al subappalto, previste da legislatore nazionale, non sono in frontale contrasto con il diritto europeo”.

1865. Ciò che non può essere tollerato è, a valle, un eccessivo rigore interpretativo nella qualificazione di un negozio come subappalto, laddove manchi quel discrimine della prevalenza della manodopera.

Nell'auspicio che la Corte di Giustizia dichiari eccessivamente limitativa la normativa italiana, non si può far altro che esigere dalle Stazioni Appaltanti e dagli operatori economici un'uniforme e definitiva individuazione delle attività ricomprese tra i subappalti e quelle ricomprese tra le forniture, con o senza posa in opera. In tal senso, gli indici suddetti si rivelano efficaci, a patto di non interpretare come collegati negozi distinti, sia sul piano formale che sostanziale, come nel riportato caso di fornitura senza posa in opera di materiale bituminoso con successiva stesa. Sarebbe opportuno interpretare l'intera disciplina, e nella specie quella relativa alla differenza tra fornitura e subappalto, non più alla stregua della sola regola della necessaria esecuzione in proprio dell'appalto, ma alla luce del preminente principio europeo di concorrenza.