

Cendon / Book

DIRITTO AMMINISTRATIVO

PROFESSIONAL

**IL SUBAPPALTO
NEI CONTRATTI PUBBLICI**
DISCIPLINA PRIVATISTICA E PUBBLICISTICA

Nicoletta Sersale

Edizione LUGLIO 2015

Copyright © MMXV
KEY SRL
VIA PALOMBO 29
03030 VICALVI (FR)
P.I./C.F. 02613240601

ISBN 978-88-6959-297-3

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione, di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Cendon / Book

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Professional

IL SUBAPPALTO NEI CONTRATTI PUBBLICI

DISCIPLINA PRIVATISTICA E PUBBLICISTICA

Nicoletta Sersale



L'autore

Nicoletta Sersale, avvocato in Milano, specializzata in diritto degli appalti pubblici con anni di esperienza nella consulenza e assistenza alle maggiori imprese di costruzione di livello nazionale e a una stazione appaltante di livello regionale.

Attualmente svolge la libera professione continuando la propria attività di assistenza e consulenza nel settore dei contratti pubblici in sede giudiziale, sia civile che amministrativa, e in sede stragiudiziale, nelle problematiche che accompagnano l'esecuzione dei contratti pubblici.

Precedenti pubblicazioni: "La partecipazione aggregata alle gare e l'avvalimento" (Giuffré, 2015)

L'Opera

Il presente volume si propone di rappresentare, in un quadro di sintesi, le particolarità che assume il contratto di subappalto nell'ambito dei contratti pubblici.

L'elaborato si sviluppa, quindi, partendo dall'esame della natura giuridica del contratto di subappalto e dell'ambito di applicazione delle norme dell'art. 118 del Codice e dell'art. 170 del Regolamento, per passare all'esame dei limiti e delle condizioni alle quali è subordinato l'affidamento in subappalto, con specifica menzione dei principali vincoli al contenuto del contratto; si passa, poi, all'esame delle possibili modalità di pagamento ai subappaltatori e dei rapporti tra committente, appaltatore e subappaltatore, con particolare riguardo alle ipotesi di responsabilità solidale previste dalla normativa di settore. Infine, viene esaminata la disciplina di derivazione comunitaria del subappalto nell'ambito dell'avvalimento.

Nel descrivere le peculiarità del subappalto viene dato ampio rilievo alle più recenti pronunce del Consiglio di Stato e agli orientamenti dell'AVCP e viene richiamata l'evoluzione del sistema nella legge delega per la riforma degli appalti.

INDICE

Capitolo Primo

ASPETTI GENERALI

1.1. Definizione – 1.2. Natura giuridica – 1.3. Le norme di riferimento

Capitolo Secondo

L'AMBITO DI APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 118 DEL CODICE E 170 DEL REGOLAMENTO

2.1 La nozione di subappalto in ambito pubblicistico e la nozione di cottimo – 2.2. I contratti similari: la fornitura con posa in opera e il nolo a caldo – 2.3. Le attività escluse

Capitolo 3

I LIMITI E LE CONDIZIONI CUI È SUBORDINATO L'AFFIDAMENTO IN SUBAPPALTO NEI CONTRATTI PUBBLICI

3.1. I principi generali: immodificabilità dei soggetti e incedibilità del contratto - 3.2. I limiti cui è soggetto il subappalto – 3.3. La possibilità di prevedere limiti ulteriori – 3.4. Le condizioni per il subappalto

Capitolo 4

L'INDICAZIONE DELLE PRESTAZIONI DA SUBAPPALTARE: NEL BANDO E NELL'OFFERTA

4.1. L'indicazione nel bando e nell'offerta – 4.2. La dichiarazione generica e incompleta. - 4.3. Le nuove indicazioni della legge delega per la riforma degli appalti pubblici

Capitolo 5

L'AUTORIZZAZIONE AL SUBAPPALTO

5.1. L'istanza per l'autorizzazione al subappalto e la documentazione da presentare alla stazione appaltante. – 5.2. I termini del procedimento autorizzatorio e la proroga. – 5.3. La natura, gli effetti e l'oggetto dell'autorizzazione.

Capitolo 6

IL CONTENUTO DEL CONTRATTO DI SUBAPPALTO

6.1. In generale: i limiti all'autonomia delle parti – 6.2. I vincoli al contenuto del contratto di subappalto in ambito pubblicistico e le ipotesi di responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore - 6.3. Le Clausole *if and when*

Capitolo 7

I PAGAMENTI AI SUBAPPALTATORI

7.1. Le due possibili modalità di pagamento ai subappaltatori: diretto o tramite l'appaltatore. In particolare, il pagamento diretto – 7.2. Le nuove ipotesi di pagamento diretto della stazione appaltante: la crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario e la procedura di concordato con continuità aziendale. 7.3. L'evoluzione del sistema nella legge delega per la riforma degli appalti. – 7.4. Il pagamento tramite l'appaltatore e la sospensione dei pagamenti. – 7.5. Limiti ed effetti della sospensione dei pagamenti. – 7.6. Il provvedimento di sospensione

Capitolo 8

I RAPPORTI TRA COMMITTENTE, APPALTATORE E SUBAPPALTATORE

8.1. I rapporti tra committente e subappaltatore – 8.2. I rapporti tra committente ed appaltatore e tra quest'ultimo e il subappaltatore - 8.3. La responsabilità solidale

Capitolo 9

DIVIETO DI SUBAPPALTO

Capitolo 10

IL DIVIETO DI SUBAPPALTO A CASCATA

Capitolo 11

SUBAPPALTO E AVVALIMENTO

Capitolo Primo

ASPETTI GENERALI

SOMMARIO: 1.1. Definizione – 1.2. Natura giuridica – 1.3. Le norme di riferimento

1.1. Definizione

Il subappalto è il contratto d'appalto con cui l'appaltatore (sub committente), che si è impegnato a compiere un'opera o un servizio in forza di un precedente contratto di appalto, già perfezionato e ancora in corso di esecuzione (cd. contratto principale), affida a sua volta ad un terzo (sub appaltatore) l'esecuzione, totale o parziale, dell'opera o del servizio.

Tale definizione è ricavabile dal codice civile, anche se l'art. 1656 c.c. si limita a stabilire che l'appaltatore non può stipulare il subappalto se non è stato autorizzato dal committente.

Al pari delle altre figure subcontrattuali, il subappalto programma un'operazione economica analoga o addirittura identica al contratto da cui deriva e pertanto la sua causa integra quella un ordinario contratto d'appalto.

1.2. Natura giuridica

Quanto alla sua natura giuridica, il contratto di subappalto è un negozio bilaterale, sinallagmatico e meramente obbligatorio che viene tradizionalmente ricondotto nella fattispecie del 'subcontratto' o 'contratto derivato' in quanto si connota per la sua derivazione, logica e cronologica, dal contratto di appalto che sta a monte e con il quale condivide lo stesso (o analogo) contenuto economico (pur essendo concluso separatamente e conservando una autonoma esistenza), nonché una delle parti (seppure in

ruoli rovesciati in quanto l'appaltatore nel contratto principale diventa committente del subappalto).

La relazione tra i due contratti viene tradizionalmente ricostruita in termini di collegamento negoziale unilaterale (Messineo, voce "*Contratto derivato - Sub-contratto*" Ed.D, X, Milano, 1962, 87; Rubino e Iudica, *Dell'appalto*, in Commentario Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 2007, p. 215). Il carattere derivato del subcontratto dà, infatti, luogo a un rapporto di accessorietà a senso unico, vale a dire che il contratto principale ha riflessi sull'accessorio e non viceversa (Cass. 4645/1995). Tale orientamento fa leva sull'identità e/o unitarietà delle funzione economico sociale perseguita dai due contratti, ovvero sulla accessorietà o derivativa logica del subcontratto dal contratto principale in ragione del fatto che il primo suppone l'esistenza del secondo e risulta da esso condizionato quanto a validità ed efficacia. Si afferma, infatti, che in applicazione al principio '*resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*', il subcontratto non può sopravvivere al contratto principale ove questo cessi la propria efficacia o sia invalidato o risolto.

Secondo altri autori (Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 404 e 730 e Grasso, *Il subcontratto*, Napoli, 1977, p. 17 ss e 90 e ss), invece, la relazione di dipendenza e di derivazione tra i due contratti non è sufficiente per ravvisare un collegamento negoziale in senso tecnico, in quanto nella subcontrattazione mancherebbe il requisito necessario del collegamento e cioè la necessaria partecipazione di una pluralità di negozi al raggiungimento di un interesse unitario. Costoro ritengono preferibile, quindi, definire il subcontratto in termini di derivazione, ossia come autonoma figura di dipendenza di un contratto rispetto ad un altro, caratterizzata dal reimpiego della posizione contrattuale derivante da un rapporto in corso di esecuzione.

Tale diverso modo di concepire il rapporto esistente tra il subappalto e l'appalto ha delle importanti conseguenze.

Per coloro che intendono il collegamento con il contratto principale in termini di collegamento negoziale, e quindi causale (nel senso che il subappalto per realizzare la sua funzione economica presuppone l'appalto), l'invalidità del primo si trasmette al subappalto rendendolo parimenti invalido o addirittura inesistente, per difetto di causa. Per coloro, invece, che intendono tale collegamento in relazione di derivazione dal contratto principale, l'invalidità di questo renderà il subappalto inefficace per difetto di legittimazione dell'appaltatore a disporre di tale posizione. In ogni caso, dottrina e giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che l'estinzione del contratto principale comporta l'estinzione per impossibilità sopravvenuta del subappalto (Rubino, *L'appalto*, 110 ss, Torino, 1980).

1.3. Le norme di riferimento

In ambito civilistico, la disciplina del subappalto si ricava dalle norme dettate per l'appalto, ove applicabili, nonché dalle due norme espressamente a esso dedicate dal codice civile: l'art. 1656 e l'art. 1670 (Giannattasio, *L'appalto*, Milano, 1967, p. 63; T. Marsala 12.12.2005 n. 766; CC 18.06.1975 n. 2429).

In ambito pubblicistico, la disciplina del contratto di subappalto si caratterizza per la compresenza di elementi privatistici e di elementi pubblicistici. Infatti, mentre la natura del contratto di subappalto resta quella di contratto derivato dal contratto principale di appalto, che per tutto quanto non disposto dalle parti è disciplinato dal codice civile, in ambito pubblicistico, il legislatore ha avvertito la necessità di dettare una serie di disposizioni specifiche per introdurre limiti e vincoli all'utilizzo del subappalto.

Si tratta di una disciplina che ha carattere 'speciale' e quindi derogatoria rispetto a quella civilistica, volta a tutelare interessi generali, principalmente quello di non vanificare le procedure ad evidenza pubblica e i pregnanti controlli esperiti in quelle sedi sui requisiti di ordine morale

e speciale che devono necessariamente possedere tutti i concorrenti, pena la loro esclusione dalle gare d'appalto.

Le norme di riferimento sono l'art. 118 del Codice e l'art. 170 del Regolamento.

L'art. 118 del Codice è riferito alla fattispecie degli appalti di lavori ma dalla sua collocazione sistemica: nella Parte II del Codice ("Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari"), Titolo I ("Contratti di rilevanza comunitaria"), si ricava pacificamente che quanto in esso disposto si applica anche ai subappalti di servizi e forniture; la stessa norma si applica, altresì, ai contratti 'sottosoglia' (arg. ex art. 121) e a quelli nei settori cd. 'speciali' (arg. ex art. 206 Codice).

L'art. 170 del Regolamento è dettato con specifico riferimento ai lavori; in base al successivo art. 298, comma 4, però, al subappalto di servizi e di forniture viene prevista l'applicazione di quanto disposto dall'art. 170, al comma 3 (disciplina dell'autorizzazione), al comma 4 (affidamento a consorziati) e al comma 7 (sospensione dei pagamenti in caso di contestazioni tra appaltatore e subappaltatore).

Per tutto quanto non regolato dal Codice e dal Regolamento, il contratto di subappalto pubblico, venendo stipulato tra soggetti entrambi privati, resta sottoposto alla disciplina del codice civile e, prima ancora, al contenuto pattizio che le parti hanno inteso dargli, con i limiti di cui al successivo cap. 6 (Cass. Sez. I, 20 giugno 2000 n. 8384 in *Giust civ* 2000, I, 2577, nonché C. Stato, sez. V, 20 maggio 2003 n. 2755 in *Foro amm.*, CdS, 2003, 1629 che fa derivare dalla natura privatistica del rapporto contrattuale la conseguenza per cui le eventuali pretese creditorie fondate su tale rapporto sono da far valere dinanzi al giudice ordinario).

Capitolo 2

L'AMBITO DI APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 118 DEL CODICE E 170 DEL REGOLAMENTO

SOMMARIO: 2.1 La nozione di subappalto in ambito pubblicistico e la nozione di cottimo – 2.2. I contratti simili: la fornitura con posa in opera e il nolo a caldo – 2.3. Le attività escluse

2.1. La nozione di subappalto in ambito pubblicistico e la nozione di cottimo

L'art. 118, comma 2, recita che: *“Tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo”*.

Prima di procedere alla disamina dei limiti e delle condizioni in presenza delle quali è possibile essere autorizzati al subappalto (cfr. *infra* cap. 3), nonché dell'efficacia e della natura dell'autorizzazione (cfr. *infra* cap. 5), si ritiene necessario precisare che la nozione di subappalto, nell'ambito dei contratti pubblici, non coincide con la corrispondente nozione civilistica, ma va delineata secondo un criterio sostanziale, alla luce dello scopo della disciplina del subappalto nel diritto dei contratti pubblici (CdS, Sez. VI, 09.02.2006, n. 518)

Nell'ambito dei contratti pubblici, infatti, rientrano nella categoria del subappalto anche rapporti che non ne hanno nello specifico le caratteristiche e la cui causa evidenzia tratti di sostanziale diversità rispetto a quella tipica di cui all'art. 1656 c.c..

Il Consiglio di Stato ha chiarito che: *“La nozione di subappalto nell'ambito dei contratti pubblicistici volti all'acquisizione di lavori, servizi e forniture, non coincide con la corrispondente nozione civilistica, ma va delineata secondo un criterio sostanziale, alla luce dello scopo della disciplina del subappalto”* (CdS, Sez. VI, 09.02.2006, n.

518). Prosegue la pronuncia definendo subappalto *“qualunque tipo di contratto che intercorre tra l'appaltatore e un terzo, in virtù del quale talune prestazioni appaltate non sono eseguiti dall'appaltatore con la propria organizzazione, bensì mediante soggetti giuridici distinti, in relazione ai quali si pose l'esigenza che siano qualificati e in regola con la normativa antimafia”*.

Applicando i principi stabiliti dal Consiglio di Stato, si può affermare che le disposizioni di cui all'art. 118 del Codice e all'art. 170 del Regolamento si applicano:

- all'ipotesi corrispondente alla fattispecie civilistica del subappalto sopra menzionata,
- al cottimo, quando, ai sensi del comma 6 dell'art. 170 del Regolamento: *“consiste nell'affidamento della sola lavorazione relativa alla categoria subappaltabile ad impresa subappaltatrice in possesso dell'attestazione dei requisiti di qualificazione necessari in relazione all'importo totale dei lavori affidati e non all'importo del contratto, che può risultare inferiore per effetto della eventuale fornitura diretta, in tutto o in parte, di materiali, apparecchiature e mezzi d'opera da parte dell'esecutore”*;
- alle concessioni per la realizzazione di opere pubbliche e agli affidamenti con procedura negoziata (art. 118, comma 10, Codice);
- ai cd. “contratti simili” di cui al successivo par. 2.2. (art. 118, comma 11, Codice).

Dal punto di vista soggettivo, la predetta disciplina si applica altresì ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono o non siano in grado di eseguire direttamente le prestazioni scorporabili, nonché alle associazioni in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto (art. 37, comma 11, Codice e art. 118, comma 10 Codice). In tal caso, l'art. 37, comma 11, Codice prevede anche che l'eventuale subappalto non possa essere, senza ragioni obiettive, suddiviso e che la stazione appaltante

procede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni da esso eseguite ai sensi dell'art. 118, comma 3, ultimo periodo (cfr. *infra* cap. 7.1.).

2.2. I contratti simili: la fornitura con posa in opera e il nolo a caldo

Il comma 11 dell'art. 118 del Codice recita che: “... è considerato subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedano l'impiego di manodopera, quali forniture con posa in opera e i noli a caldo, se di importo singolarmente superiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50% del contratto da affidare”.

L'art. 170, comma 5, del Regolamento chiarisce che “Le attività ovunque espletate” di cui al predetto articolo sono quelle poste in essere nel cantiere cui si riferisce l'appalto”. Ne consegue che la prevalenza economica della manodopera deve essere valutata con riferimento alle sole attività poste in essere all'interno del cantiere interessato dall'appalto principale.

Quanto alle tipologie espressamente richiamate dal comma 11 della norma in esame, si evidenzia quanto segue.

Si ha fornitura e posa in opera quando il subaffidatario fornisce all'appaltatore un determinato bene e/o materia, provvedendo, altresì, a tutti gli incombeni di carattere accessorio a renderlo funzionale. Dal punto di vista civilistico, la causa del contratto di fornitura e posa in opera è quella del contratto di vendita, in quanto prevale funzionalmente la componente della fornitura rispetto al *facere* riferibile alla posa in opera (cfr. AVCP Atto di Regolazione n. 5/2011). L'AVCP ha precisato che tale prevalenza deve essere valutata in termini funzionali, ovvero verificando quale sia la parte di prestazione

(fornitura o lavori di posa in opera) che prevale sul complessivo rapporto.

La corretta qualificazione del rapporto è indispensabile per evitare che l'appaltatore raggiuri l'obbligo di autorizzazione che sussiste per tutti i subappalti 'puri' di lavori.

Il nolo a caldo è un contratto atipico assimilabile alla locazione di cose mobili o alla *locatio operis* tramite il quale l'appaltatore si procura il godimento di una macchina con il relativo operatore. La prestazione principale è caratterizzata dal noleggio di un macchinario e la prestazione accessoria è rappresentata dall'attività del soggetto. Si distingue dal nolo a freddo nel quale la prestazione riguarda il solo noleggio del macchinario (TAR Lazio, Sez. I, 12.11.2008, n. 10059).

Anche questa fattispecie si presta a tentativi di aggirare l'obbligo di autorizzazione del subappalto qualora vengono qualificate quali noli a caldo prestazioni nelle quali il subaffidatario, con la propria organizzazione di impresa, garantisce prestazioni ulteriori al noleggio del macchinario e alla messa a disposizione dell'operatore (Cass. Penale, sez. III, 29.11.2005, n. 792 o Cass pen. Sez. III, 13.06.1997, n. 6923).

In conclusione, affinché la fornitura con posa in opera e il nolo a caldo possano essere inquadrati nella categoria dei subcontratti ai sensi del comma 11 (e quindi non vengano qualificati come veri subappalti di lavori) occorre, sul piano funzionale, che la componente della fornitura e quella del nolo siano prevalenti rispetto alle attività di *facere*. In presenza di questa prevalenza, tali contratti necessiteranno di autorizzazione ove l'incidenza economica del costo della manodopera impiegata sia superiore al 50% del valore del contratto e quest'ultimo superi almeno una delle soglie di rilevanza sancite dal comma 11. In difetto del superamento di tali soglie, sarà sufficiente una mera comunicazione alla stazione appaltante contenente il nome del sub-contraente, l'importo

del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati (comma 11, ultimo periodo, art. 118, Codice).

2.3. Le attività escluse

A norma del comma 12 dell'art. 118 del Codice non costituiscono subappalto e non sono pertanto assoggettate alla relativa disciplina le seguenti particolari categorie di servizi e forniture.

a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi.

Per attività di lavoro autonomo si intende quella di cui all'art. 2222 c.c. cioè posta in essere da un soggetto che si obbliga a rendere in prima persona prestazioni d'opera o servizi senza vincolo di subordinazione; ad esempio: le consulenze professionali, le prestazioni d'opera intellettuale diverse dalle prestazioni di natura progettuale per le quali per le quali l'art. 91, comma 3 D.Lgs 163/2006 prevede il divieto di subappalto;

b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici (art. 118, u.c. codice).

c) l'affidamento dei lavori da parte dei soggetti di cui all'art. 34, comma 1, lettere b) e c), del codice ai propri consorziati (cfr. anche CdS, Sez. VI, 18.09.2009 n. 5625; CdS, Sez. VI, 24.12.2009, n. 8720). Si applicano a tali rapporti, comunque, le disposizioni di cui all'art. 118, comma 2, numero 4, e comma 5 del codice (art. 118 comma 10 Codice e art. 170, comma 4, Regolamento).

d) il sub affidamento relativo a prestazioni che non sono lavori ma prevedono l'impiego di manodopera, come nel caso della fornitura con posa in opera e dei noi a caldo, che non raggiungono le soglie indicate all'art. 118, comma 11, Codice.

Quanto a quest'ultima tipologia di sub affidamenti, si fa rinvio a quanto esposto al successivo cap. 5.2, ricordando che essi sono in ogni caso e comunque soggetti ad autorizzazione, anche se il termine previsto per l'espletamento degli adempimenti in capo alla stazione

appaltante è ridotto della metà (art. 118, comma 8, Codice), rispetto al termine previsto per i subappalti cd. "puri" di cui al comma 8 in quanto anche per essi deve essere assicurato il rispetto dei principi generali che regolano gli appalti pubblici.

Per evitare che tale istituto possa portare a una frammentazione degli importi, con l'intento di mantenere sotto soglia i sub contratti ed eludere la configurazione degli obblighi normativi correlati al subappalto dei lavori, viene riconosciuto alle stazioni appaltanti il diritto-dovere di esercitare un controllo, chiedendo all'appaltatore le motivazioni del ricorso a tale procedura, e di esercitare delle limitazioni nel ricorso agli anzidetti sub affidamenti (Determinazione Avcp n. 6/2003 del 27 febbraio 2003).

e) le attività di fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali da individuare con il Regolamento.

In tali casi il fornitore o subappaltatore, per la posa in opera e il montaggio, può avvalersi di imprese di propria fiducia per le quali non sussista alcuno dei divieti di cui al comma 2, n. 4 dell'art. 118 Codice (normativa antimafia). Il Regolamento, all'art. 170 comma 2, precisa che le attività di posa in opera di componenti e apparecchiature necessari per la realizzazione di strutture, impianti e opere speciali sono quelle di cui all'art. 107, comma 2, lett. f), g) m), o) e p).

In tali casi, quindi, non opera il divieto del subappalto a cascata di cui al comma 9 dell'art. 118 del Codice (cfr. *infra* cap. 10).

A norma del comma 3 dell'art. 170 del Regolamento, inoltre, tali casi non sono soggetti all'autorizzazione ma a una mera comunicazione alla stazione appaltante contenente il nome del sub-contraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati, cioè i requisiti richiesti dall'art. 118, comma 11 del Codice.

f) le somministrazioni di sola manodopera

Per tali somministrazioni la normativa di riferimento è il D.Lgs 276/2003 che detta specifici requisiti soggettivi e

oggettivi, in presenza dei quali le mere prestazioni di manodopera sono lecite.

La giurisprudenza ha precisato che affinché le somministrazioni di manodopera siano lecite non è sufficiente l'esercizio del potere direttivo e organizzativo sui lavoratori, ma occorre che la prestazione richieda almeno un patrimonio di esperienza e conoscenza tecnica e professionalità di non facile acquisizione, che l'appaltatore trasferisce, attraverso la propria attività organizzativa e direttiva, nell'attività dei propri dipendenti operanti presso la committente e di cui quest'ultima è priva (Cass, SSUU, 19.10.1900, n. 10183).

L'accertamento della liceità di tali contratti può essere richiesto anche da soggetti terzi (gli enti previdenziali) e la violazione dei requisiti richiesti dalla normativa, comporta l'applicazione di sanzioni sia civili che penali. Le sanzioni civili sono previste agli artt. 27 e 29, comma 3-bis, del D.Lgs 276/2003 e attribuiscono al lavoratore la possibilità di chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazioni. Le sanzioni penali sono previste all'art. 18 e prevedono l'applicazione di un'ammenda (pari a 50 euro) per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun giorno di somministrazione; le pene detentive scattano di fronte ad una attività di intermediazione non solo non autorizzata ma abusiva.

Capitolo 3
I LIMITI E LE CONDIZIONI CUI È SUBORDINATO
L’AFFIDAMENTO IN SUBAPPALTO NEI CONTRATTI
PUBBLICI

SOMMARIO: 3.1. I principi generali: immodificabilità dei soggetti e incedibilità del contratto - 3.2. I limiti cui è soggetto il subappalto – 3.3. La possibilità di prevedere limiti ulteriori – 3.4. Le condizioni per il subappalto

3.1. I principi generali: immodificabilità dei soggetti e incedibilità del contratto

Dall’interesse generale di prevenire infiltrazioni criminose nell’ambito dei rapporti con la pubblica amministrazione, tutelato dalle procedure ad evidenza pubblica e dagli stringenti controlli, all’interno di tali procedure, sul possesso da parte dei concorrenti dei requisiti di ordine morale e speciale, derivano i due principi generali che caratterizzano il sistema giuridico italiano e che vengono recepiti dal Codice:

- l’immodificabilità del soggetto aggiudicatario della gara, sia esso singolo, associato ovvero consorziato, senza la necessaria autorizzazione, e
- l’incedibilità del contratto d’appalto a pena di nullità della cessione.

In applicazione dei predetti principi, l’art. 118, comma 1, del Codice recita che: *“I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice sono tenuti a eseguire in proprio le opere o i lavori i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto, a pena di nullità, salvo quanto previsto dall’art.116 Codice”*.

L’affermazione di principio del primo comma viene temperata, nei commi successivi dell’art. 118 in esame, con la previsione delle condizioni e dei limiti in presenza dei quali si può procedere all’affidamento in subappalto o in cottimo. Primi fra tutti la necessità dell’autorizzazione da

parte della stazione appaltante di cui al comma 8 ed il limite quantitativo del 30% di cui al comma 2 (che per i lavori viene riferito alla categoria prevalente e per i servizi e le forniture viene riferita all'importo del contratto).

Peraltro, si ricorda che anche il codice civile prevede il divieto del subappalto. L'art. 1656 c.c. recita che: "*L'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente*".

Si dibatte sulla *ratio* del divieto di subappalto in ambito civilistico.

La tesi dominante ritiene che il divieto del subappalto sia espressione della natura fiduciaria dell'appalto e che sia, quindi, diretto a tutelare l'interesse del committente a che l'opera o il servizio oggetto dell'appalto non vengano eseguiti materialmente da un soggetto diverso dall'appaltatore, ovvero a che non vi sia abusiva interferenza di terzi nella propria vicenda contrattuale.

Per altri, invece, la *ratio* di tale divieto sarebbe estrinseca all'interesse del committente e va cercata nell'opportunità di evitare forme di speculazione e di assicurare un certo livello qualitativo delle opere o servizi eseguiti. Se il subappalto potesse essere liberamente stipulato, si correrebbe il rischio di trasformare l'appaltatore in un accaparratore di lavori che verrebbero assunti non con l'intento di eseguirli effettivamente con la propria impresa, ma di farli realizzare ad altri ad un prezzo più basso al fine di lucrarne la differenza. Tale *ratio* è quindi più vicina a quella sopra descritta per il divieto del subappalto negli appalti pubblici (cfr. altresì Cianflone e Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 2003, 44 ss).

3.2. I limiti cui è soggetto il subappalto

L'art. 118, dopo avere sancito i due principi del sistema e cioè la immodificabilità dei soggetti e la incedibilità del

contratto, apre al subappalto al comma 2 ove afferma che: *“Tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo”*.

Tale regola subisce però le seguenti due limitazioni:

1) alle quantità subappaltabili e,
2) relativamente agli appalti di lavori, alle categorie di opere subappaltabili e affidabili in cottimo.

1) La prima limitazione riguarda le quantità subappaltabili delle lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente e demanda al Regolamento la individuazione della *“quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime (n.d.r.: categoria prevalente, ovvero opere scorporabili, categorie generali ovvero di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica), ma in ogni caso non superiore al 30%”* di tale categoria.

I servizi e le forniture sono subappaltabili nella stessa quota del 30% che però è riferita all'importo complessivo del contratto (art. 118, comma 2, Codice).

Il Regolamento, dal canto suo, conferma che i lavori della categoria prevalente possono essere subappaltati o affidati a cottimo nella misura del 30% dell'importo della categoria, calcolato con riferimento al prezzo del contratto di appalto (art. 170, comma 1, Regolamento) (e non quindi sull'importo a base di gara). Si ricorda che si intende per categoria prevalente quella di importo più elevato tra le categorie costituenti l'intervento (art. 108, comma 1, Regolamento).

2) La seconda limitazione riguarda, per gli appalti di lavori, le categorie subappaltabili o affidabili in cottimo.

Il problema si è posto in relazione ai componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica che superano il 15% dell'importo totale dei lavori. Per queste categorie di opere l'art. 37 comma 11 del Codice prevede la possibilità di subappalto con i medesimi limiti dettati dall'art. 118, comma 2, terzo periodo, e quindi entro il limite del 30%.

Ai sensi dell'art. 37, comma 11, Codice, l'eventuale subappalto di tali opere non può essere a sua volta suddiviso senza ragioni obiettive e la stazione appaltante provvede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto, con applicazione dell'art. 118, comma 3, ultimo periodo, Codice. Circa i problemi applicativi di tale norma, cfr. la Determinazione dell'AVCP n. 25 del 20 dicembre 2001.

In conclusione, sono integralmente subappaltabili soltanto i lavori che non rientrano nella categoria prevalente e i lavori di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica (struttura, impianti e opere speciali) che non superino, in valore, il 15% dell'importo totale dei lavori. Quando questi ultimi superano, in valore, il 15% dell'importo totale dei lavori e i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, sono subappaltabili sempre nei limiti del 30% (art. 37, comma 11, Codice che richiama l'art. 118, comma 2, Codice).

3.3. La possibilità di prevedere limiti ulteriori

L'esistenza dei predetti vincoli legislativi all'affidamento in subappalto non impedisce alle stazioni appaltanti di stabilire nei bandi di gara, e per lavorazioni diverse da quelle considerate dal legislatore negli artt. 118 e 37 comma 11, del Codice, dei divieti e dei limiti di subappalto ulteriori, con il solo limite del rispetto dei normali canoni della logicità e della ragionevolezza (CDS, Sez. V, 06.06.2006, n. 3364 e TAR Lazio, Sez. III, 22.02.2011, n. 1678).

3.4. Le condizioni per il subappalto

Sempre il comma 2 dell'art. 118 in esame assoggetta l'affidamento in subappalto o in cottimo alla presenza delle seguenti condizioni:

- 1) che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo (cfr. *infra* cap. 4);
- 2) che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni (cfr. *infra* cap. 5.1);
- 3) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38 (cfr. *infra* cap. 5.1);
- 4) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni (La legge n. 575 del 1965 è stata abrogata dall'art. 120, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011, ora il riferimento è all'art. 67 di quest'ultimo d.lgs.) (cfr. *infra* cap. 5.1).

Capitolo 4

L'INDICAZIONE DELLE PRESTAZIONI DA SUBAPPALTARE: NEL BANDO E NELL'OFFERTA

SOMMARIO: 4.1. L'indicazione nel bando e nell'offerta – 4.2. La dichiarazione generica e incompleta. - 4.3. Le nuove indicazioni della legge delega per la riforma degli appalti pubblici

4.1. L'indicazione nel bando e nell'offerta

L'incipit del comma 2 dell'art. 118 Codice recita che: *“La stazione appaltante è tenuta ad indicare nel progetto e nel bando di gara le singole prestazioni e, per i lavori, la categoria prevalente, con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie, relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch'esse con il relativo importo”* (art. 118, comma 2, Codice).

Questa indicazione consente all'offerente o all'affidatario di adempiere all'onere previsto al n. 1, dello stesso comma 2, cioè di indicare, all'atto dell'offerta o dell'affidamento, i lavori o le parti di opere, ovvero i servizi e le forniture, o parti di servizi e forniture, che intende subappaltare o concedere in cottimo (cfr. *supra* par. 3.4).

L'adempimento a quanto previsto dal comma 2 in esame, costituisce un presupposto essenziale in vista della successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante e non ai fini della partecipazione alla gara: da ciò consegue che l'erroneità e/o la mancanza della dichiarazione in sede di offerta non può essere, di per sé, assunta a fondamento di un provvedimento di esclusione, ma rappresenta solo un impedimento per l'aggiudicataria a ricorrere al subappalto, di modo che la stessa dovrà provvedere direttamente all'esecuzione della prestazione, ove in possesso dei requisiti prescritti.

Diversamente, la violazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta la quota della prestazione che il candidato

intende subappaltare potrà costituire causa di esclusione solo qualora questa sia necessaria per documentare il possesso dei requisiti richiesti ai concorrenti singoli o riuniti al momento di presentazione dell'offerta, necessari per eseguire in proprio la prestazione.

La normativa citata non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede in offerta (cfr. CdS, Sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563), ma solamente l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione "mancante" deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria prevalente, dal momento che ciò tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria da parte dell'impresa. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti confermano la necessità di una elencazione analitica delle prestazioni da subappaltare, ma non anche dell'indicazione preventiva delle imprese a cui si intende subappaltare (cfr. tra le tante: TAR Lazio, sez. III *bis*, 30 luglio 1998 n. 1925 in *TAR* 1998, I, 2975; da ultimo CdS, Sez. V, 19.06.2012, n. 3563; CdS, Sez. V, 25 luglio 2013, n. 3963; cfr. altresì AVCP Determinazione n. 4/2012). Tale orientamento attribuisce rilievo preminente al tenore letterale delle disposizioni in materia di subappalto e all'assenza nella normativa di una previsione espressa che richieda, a pena di esclusione, l'indicazione del nominativo dell'eventuale subappaltatore già in sede di gara.

L'indicazione del subappaltatore e la verifica del possesso da parte di questo dei requisiti di partecipazione attiene al momento dell'esecuzione (CdS, Sez. V, 25 luglio 2013, n. 3963).

4.2. La dichiarazione generica e incompleta

La generica e incompleta dichiarazione di subappalto non comporta l'esclusione dalla gara ma solo l'impossibilità di ottenere l'autorizzazione al subappalto, ciò ovviamente ove il concorrente abbia la qualifica necessaria per eseguire in proprio le attività (CdS, Sez. IV, 12/06/2009, n. 3696; CdS, sez. IV, 06/06/2008 n. 2683; da ultimo CdS, Sez. V, 25 luglio 2013, n. 3963) (cfr. AVCP, Determinazione n. 4/2012).

4.3. Le nuove indicazioni della legge delega per la riforma degli appalti

La legge delega ad opera della quale si dovrà procedere con la riforma del Codice e del Regolamento, prevede nuove regole anche in materia di subappalto.

Allo scopo di rendere più trasparente il collegamento tra l'appaltatore e la filiera dei subappaltatori, viene previsto l'obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta *“sia le parti del contratto di lavori che intende subappaltare, sia una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di lavorazioni prevista in progetto”*.

La legge delega prevede, inoltre, l'obbligo di fornire le referenze dei subappaltatore, dimostrando che a loro carico non ci sono cause di esclusione.

Capitolo 5

L'AUTORIZZAZIONE AL SUBAPPALTO

SOMMARIO: 5.1. L'istanza per l'autorizzazione al subappalto e la documentazione da presentare alla stazione appaltante. – 5.2. I termini del procedimento autorizzatorio e la proroga. – 5.3. La natura, gli effetti e l'oggetto dell'autorizzazione.

5.1. L'istanza per l'autorizzazione al subappalto e la documentazione da presentare alla stazione appaltante

L'art. 170 comma 3 del Regolamento precisa che: *“L'appaltatore che intende avvalersi del subappalto o cottimo [e che ha dichiarato tale intenzione in sede di offerta ai sensi del n. 1 del comma 2 dell'art. 118 Codice] deve presentare alla stazione appaltante apposita istanza con allegata la documentazione prevista dall'art. 118, commi 2 e 8, Codice”*, e pertanto:

- copia autentica del contratto di subappalto,
- la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione (art. 118, comma 2, n. 3), prescritti dal Codice in relazione alla prestazione da subappaltare,
- la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 Codice,
- la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 c.c. con il titolare del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti nel caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio (art. 118, comma 8, Codice).

Non devono poi sussistere, nei confronti dell'affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni (n. 4 del comma 2 dell'art. 118

Codice). (La legge n. 575 del 1965 è stata abrogata dall'art. 120, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011, ora il riferimento è all'art. 67 di quest'ultimo d.lgs.).

5.2. I termini del procedimento autorizzatorio e la proroga

In presenza di un'istanza corredata dalla documentazione sopra elencata, la stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione entro 30 giorni decorrenti dal ricevimento della predetta istanza (art. 118, comma 8, Codice).

Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà (art. 118, comma 8, Codice).

Si trova conferma in giurisprudenza che le soglie di valore indicate dal comma 8 sono riferite ai contratti di subappalto cd. "similari" (cfr. *supra* cap. 2.2. quali la fornitura con posa in opera e il nolo a caldo), in relazione ai quali le soglie svolgono la funzione di parametro per equipararli ai subappalti di lavori e quindi per assoggettarli alla medesima disciplina.

In altre parole, l'importo rileva solo ai fini della durata massima del procedimento autorizzatorio: 30 giorni per gli importi più elevati e 15 giorni per gli altri (CdS, Sez. V, 21.11.2007, n. 5906).

In sintesi:

- per il subappalto puro, è sempre necessaria l'autorizzazione; se il valore supera il 2% o i 100.00 euro il termine per il rilascio dell'autorizzazione è di 30 giorni; se il valore è inferiore al 2% o comunque a 100.000 euro (o a entrambe le soglie), il termine è di 15 giorni;

- per i contratti simili, l'obbligo dell'autorizzazione sussiste soltanto qualora vi sia contestualmente una prevalenza percentuale del costo della manodopera e il superamento di almeno una delle due soglie di valore previste dal comma 11;
- in caso di importi inferiori, sussiste solo un obbligo di comunicazione alla stazione appaltante del nominativo del sub-contraente, dell'importo del contratto e dell'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati (comma 11, ultimo periodo, art. 118 Codice).

Quanto alla proroga, il comma 8, dell'art. 118 Codice consente alla Stazione appaltante di prorogare il termine di 30 giorni (e altresì quello breve, di 15 giorni), decorrenti dalla richiesta di subappalto, per una sola volta e sempre che ve ne siano ragioni oggettive (quindi anche in attesa delle verifiche antimafia)

La proroga è un provvedimento mediante il quale l'amministrazione differisce il termine di scadenza fissato per l'atto stesso o della formazione del silenzio significativo.

Trascorso il termine di 30 giorni o di 60 (ove la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di proroga), l'autorizzazione si intende concessa, configurandosi una ipotesi di silenzio assenso (art. 118, comma 8, Codice).

5.3. La natura, gli effetti e l'oggetto dell'autorizzazione

L'autorizzazione al subappalto costituisce atto dovuto per la stazione appaltante, essendo escluso qualsiasi profilo di discrezionalità da parte di essa nell'adottare il relativo provvedimento autorizzatorio e dovendo quest'ultima limitarsi a una funzione meramente ricognitiva in ordine alla sussistenza delle condizioni di cui al predetto comma 2 dell'art. 118 in esame (TAR Roma, Sez. III, 08/09/2010 n. 32134; cfr. in dottrina: Sandulli, Subappalto, in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici*, sub art. 34, a cura di

Giampaolino, Sandulli, Stancanelli, Milano, Giuffré, 1999, 576).

Per opinione maggioritaria, l'autorizzazione al subappalto, nei contratti pubblici, ha natura provvedimento, con conseguente soggezione all'obbligo generale di motivazione prescritto dall'art. 3 L. 241/1990 (CdS, Sez. IV, 24.03.2010, n. 1713). Ne consegue che, le controversie su di essa sono soggette alla giurisdizione amministrativa.

Viene pacificamente inteso, sia in dottrina che in giurisprudenza, che l'autorizzazione al subappalto costituisce una mera autorizzazione alla nascita di un rapporto obbligatorio tra appaltatore e subappaltatore e non, invece, un'accettazione del subappalto (come si avrebbe, invece, nel caso di cessione del contratto ex art. 1406 c.c.) (Cass., Sez. II, 11.08.1990, n. 8202).

Per effetto dell'autorizzazione, infatti, il committente non acquista la qualità di parte del contratto autorizzato, né instaura alcun rapporto diretto con il subappaltatore: l'unico soggetto che continua ad essere responsabile verso il committente per l'esatta esecuzione dell'appalto e rispetto al quale il committente ha assunto l'obbligo di pagare il corrispettivo è e rimane l'appaltatore.

Il subappalto non comporta la comparsa di un nuovo soggetto nel rapporto originario di appalto e neppure il sorgere di un rapporto tra committente e subappaltatore, né un'attenuazione del rapporto tra committente e appaltatore, in cui gli obblighi e doveri reciproci continuano a spiegare la loro efficacia come se il subappalto non vi fosse (Cfr. Cass. 2 agosto 2011 n. 16917 e Cass. 11 agosto 1990 n. 8202).

Dalla normativa sopra descritta si deduce, altresì, che oggetto dell'autorizzazione è l'esecuzione del contratto e non già la sua stipulazione (cfr. n. 3 comma 2 art. 118 Codice).

Capitolo 6

IL CONTENUTO DEL CONTRATTO DI SUBAPPALTO

SOMMARIO: 6.1. In generale: i limiti all'autonomia delle parti – 6.2. I vincoli al contenuto del contratto di subappalto in ambito pubblicistico e le ipotesi di responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore - 6.3. Le Clausole *if and when*

6.1. In generale: i limiti all'autonomia delle parti

Il carattere derivato del subappalto non implica che patti e condizioni del contratto di appalto si trasfondano automaticamente nello stesso, che conserva la sua autonomia (Cass. 24.07.2000; Cass. 23.05.1990, n. 4656; Cass. 29.05.1999, n. 5237).

Appaltatore e subappaltatore ben possono regolare il rapporto in modo difforme da quello del contratto d'appalto stabilendo condizioni, modalità e clausole diverse da quelle del contratto base, rispettando però i limiti imposti dalla normativa vigente in materia di opere pubbliche e di cui al paragrafo successivo.

Per tutto il resto, in assenza di un'autonoma disciplina pattizia, si applicano le norme dettate dal codice civile, ove applicabili, nonché le due norme espressamente dedicate al subappalto: l'art. 1656 e l'art. 1670 c.c.

Il primo limite viene in considerazione per quanto riguarda la forma del contratto di subappalto. Mentre per il subappalto in ambito civilistico vige la regola della non necessità di una forma particolare per la sua stipula, essendo anche sufficiente l'accordo verbale, il contratto di subappalto in ambito pubblicistico deve essere stipulato per iscritto.

Tale requisito si desume sia dal n. 2 del comma 2, dell'art. 118 del Codice, che prevede il deposito di tale contratto allegato all'istanza di subappalto, che dall'art. 26, comma

5, del D.LGs 81/2008 che prescrive la necessità che nel contratto di subappalto, come peraltro per quello di appalto, vi sia la specifica indicazione dei costi relativi alla sicurezza del lavoro connessi allo specifico contratto, e ciò a pena di nullità, ai sensi dell'art. 1418 c.c.

6.2. I vincoli al contenuto del contratto di subappalto in ambito pubblicistico: i) Il prezzo e gli oneri della sicurezza. ii) I Piani di sicurezza. iii) Il trattamento economico, retributivo e contributivo

Nell'ambito dei contratti pubblici il contenuto del contratto di subappalto non è liberamente determinabile dalle parti ma incontra i seguenti vincoli.

i) Ai sensi del 4° comma dell'art. 118 Codice, l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento.

Il ribasso non può riguardare gli oneri della sicurezza. L'affidatario corrisponde gli oneri della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso (comma 4, art. 118 Codice).

L'AVCP ha inoltre confermato che anche nel contratto tra appaltatore/subcommittente e subappaltatore gli oneri della sicurezza devono essere evidenziati separatamente da quelli soggetti a ribasso (AVCP, Determinazione n. 3/2008).

ii) Il comma 7 dell'art. 118 in esame prevede poi che i piani di sicurezza siano messi a disposizione delle autorità competenti preposte alle verifiche ispettive nei cantieri e che siano trasmessi alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori (comma 6). L'appaltatore è tenuto a curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti nel cantiere, al fine di rendere gli specifici piani redatti dai

singoli subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il proprio piano. Il direttore tecnico di cantiere è responsabile del rispetto del piano da parte di tutte le imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori (art. 118, comma 7, Codice).

iii) Ai sensi del comma 6 dell'art. 118 del Codice, l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni.

L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del Piano di Sicurezza di cui al comma 7 dell'art. 118 Codice. Ai fini del pagamento degli stati di avanzamento dei lavori o dello stato finale dei lavori, l'affidatario e, suo tramite, i subappaltatori trasmettono all'amministrazione o ente committente il DURC (art. 118, comma 6, codice).

La disposizione contenuta al comma 6 dell'art. 118 è stata ampliata dall'art. 6, comma 5, del DPR 207/2010 secondo il quale le stazioni appaltanti acquisiscono d'ufficio il DURC in corso di validità: i) ai fini del rilascio dell'autorizzazione al subappalto; ii) per il pagamento degli stati di avanzamento lavori o delle prestazioni relative a servizi o forniture; iii) per il certificato di collaudo, il certificato di regolare esecuzione, e simili e il pagamento del saldo finale.

Nel caso di ottenimento di DURC negativo per due volte consecutive, il Responsabile del procedimento, acquisita una relazione particolareggiata predisposta dal direttore dei lavori, ovvero dal direttore dell'esecuzione, propone la risoluzione del contratto previa contestazione degli addebiti e assegnazione all'appaltatore di un termine non inferiore a 15 giorni per la presentazione delle controdeduzioni. Nel caso in cui il DURC negativo riguardi un subappaltatore, la stazione appaltante pronuncia, sempre previa contestazione degli addebiti e assegnazione del medesimo

termine per le controdeduzioni, la decadenza dell'autorizzazione al subappalto e ne dà comunicazione all'Osservatorio per l'inserimento nel casellario informatico.

6.3. Le clausole *if and when*

Frequentemente nel contratto di subappalto, anche nel settore dei contratti pubblici, si trovano le cd. clausole *If and when* che hanno l'obiettivo di rafforzare la relazione di dipendenza del contratto di subappalto da quello di appalto.

Si tratta di clausole con le quali l'appaltatore si impegna a pagare il subappaltatore solo dopo avere ricevuto a sua volta il corrispettivo dal committente principale. Esse hanno lo scopo di rendere partecipe il subappaltatore del rischio di inadempimento o dell'insolvenza o anche solo del ritardo nell'adempimento del committente principale.

Quest'ultimo caso ricorre nel caso di clausola *pay when paid*, che ha natura di termine di adempimento; con essa, cioè, i contraenti differiscono l'esigibilità della prestazione al momento in cui l'appaltatore riceve il corrispettivo dal proprio committente (C. App. Milano, 28.11.2000, in *Giur. It.* 2001, 1200). Ove ciò non si verifici, il subappaltatore potrà sempre rivolgersi al giudice e chiedere, ex art. 1183 c.c., la fissazione di un termine per l'adempimento dell'appaltatore.

Diversa, invece, la clausola *pay if paid* che trasferisce sul subappaltatore il rischio di insolvenza o di inadempimento del committente principale, subordinando l'obbligazione pecuniaria dell'appaltatore all'adempimento da parte del committente che costituisce un evento futuro e incerto. La clausola ha la natura di condizione (e non di termine come quella precedentemente in esame) e la sua apposizione ha l'effetto di esonerare l'appaltatore dall'obbligo di versare il corrispettivo al subappaltatore nel caso di inadempimento del committente (sempre che tale inadempimento non sia dovuto a fatto dell'appaltatore).

Si dibatte in dottrina e in giurisprudenza sulla validità e liceità di tale ultima clausola. Coloro per i quali tale clausola è inammissibile ritengono che essa abbia ad oggetto un elemento essenziale del contratto che risulterebbe privo di causa e quindi nullo (App. Milano, 28.11.2000, in GI, 2001, 1200). Il contratto di subappalto acquisirebbe carattere aleatorio, quindi non meritevole di tutela nel nostro ordinamento ex art. 1322 c.c., quando, ad esempio, la posizione di debolezza del subappaltatore, che deriva da tale clausola, non sia in alcun modo attenuata dalla previsione in suo favore del potere di tutelare direttamente i propri interessi intervenendo nel giudizio tra committente principale ed appaltatore (come di regola accade nella prassi internazionale dalla quale deriva tale clausola) (T. Roma 08.07.1978).

Di fronte a tali clausole, sia la dottrina che la giurisprudenza richiedono necessariamente che la volontà delle parti sia espressa in modo chiaro ed univoco, dovendosi, in caso contrario, interpretare la clausola nel senso meno gravoso per il subappaltatore, ossia come mera determinazione del tempo dell'adempimento.

Capitolo 7

I PAGAMENTI AI SUBAPPALTATORI

SOMMARIO: 7.1. Le due possibili modalità di pagamento ai subappaltatori: diretto o tramite l'appaltatore. In particolare, il pagamento diretto – 7.2. Le nuove ipotesi di pagamento diretto della stazione appaltante: la crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario e la procedura di concordato con continuità aziendale. 7.3. L'evoluzione del sistema nella legge delega per la riforma degli appalti. – 7.4. Il pagamento tramite l'appaltatore e la sospensione dei pagamenti. – 7.5. Limiti ed effetti della sospensione dei pagamenti. – 7.6. La natura del provvedimento di sospensione.

7.1. Le due possibili modalità di pagamento ai subappaltatori: diretto o tramite l'appaltatore. In particolare, il pagamento diretto

Come già detto, l'autorizzazione al subappalto non comporta la comparsa di un nuovo soggetto nel rapporto di subappalto, né in quello di appalto. Tali rapporti restano del tutto distinti e separati: il subappaltatore mantiene la qualità di terzo nel rapporto intercorrente tra la stazione appaltante e l'appaltatore, come la stazione appaltante mantiene sempre la qualità di terzo di fronte al rapporto di subappalto.

L'unico temperamento di tale estraneità di posizioni giuridiche è stato introdotto dall'art. 118, comma 3, Codice, che prevede due possibili modalità di pagamento dei subappaltatori, a scelta del committente, nel bando di gara:

- 1) il pagamento diretto da parte della stazione appaltante, ove previsto nel bando di gara,
- 2) il pagamento da parte dell'appaltatore con l'obbligo degli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari

corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate.

In due casi, invece, il pagamento diretto dal committente al subappaltatore viene previsto come obbligatorio dalla normativa vigente.

Il primo caso è sancito dal comma 11 dell'art. 37 del Codice che prevede espressamente, per il caso di subappalto delle opere super specialistiche, la corresponsione diretta da parte della stazione appaltante al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto.

Il secondo caso, è sancito dall'art. 13, comma 2, lett. a) della legge n. 180 del 2011 che impone l'obbligo del pagamento diretto dei subappaltatori nel caso di micro, piccole e medie imprese.

Al di fuori di queste due ipotesi specifiche, quindi, sarà sempre il committente ad avere la facoltà di prevedere, nel bando di gara, la corresponsione diretta al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite.

Nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento (art. 118, comma 3, Codice).

Dalla norma in esame non è chiaro come debba comportarsi la stazione appaltante nel caso in cui l'appaltatore non provveda alla comunicazione delle prestazioni eseguite dal subappaltatore, ovvero in cui vi sia contrasto tra le indicazioni dell'appaltatore e le pretese del subappaltatore.

Non è chiaro se la comunicazione dell'appaltatore costituisca una vera e propria condizione, solo in presenza della quale la stazione appaltante possa procedere al pagamento diretto al subappaltatore. La posizione di terzietà della stazione appaltante rispetto al rapporto tra appaltatore e subappaltatore, che viene solo attenuata da

tale disposizione normativa ma non anche posta nel nulla, porta a propendere per tale soluzione.

Nel caso di pagamento diretto dovrà necessariamente riconoscersi al subappaltatore l'azione diretta nei confronti della committente per il pagamento di quanto gli è dovuto a titolo di corrispettivo.

7.2. Le nuove ipotesi di pagamento diretto della stazione appaltante: la crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario e la procedura di concordato con continuità aziendale

Il DL n. 145/2013, convertito con L 9/2014, ha modificato il comma 3 dell'art. 118 e ha introdotto un nuovo comma 3 *bis* alla stessa norma, prevedendo due fattispecie nelle quali la stazione appaltante ha la facoltà di procedere ai pagamenti diretti al subappaltatore, anche al di fuori della specifica previsione nel bando di gara.

Entrambe presuppongono la possibilità della prosecuzione del contratto d'appalto e costituiscono, pertanto, prima di tutto, una tutela della stazione appaltante a realizzare l'oggetto del contratto pubblico.

Con la modifica al comma 3 dell'art. 118, la facoltà del pagamento diretto al subappaltatore, da parte della stazione appaltante, è stata estesa alle ipotesi in cui ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono, accertate dalla stazione appaltante, per il contratto d'appalto in corso può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara.

In altre parole, in presenza delle condizioni previste dalla norma, la stazione appaltante può adottare la modalità di

pagamento diretto al subappaltatore anche se non indicato nel bando di gara.

Il comma 3 *bis*, stabilisce che è sempre consentito alla stazione appaltante, anche per i contratti in corso, nella pendenza di una procedura di concordato con continuità aziendale, di provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite dagli eventuali diversi soggetti che costituiscono l'affidatario, quali le mandanti, e dalle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori a norma dell'art. 93 Regolamento, dai subappaltatori e dai cottimisti secondo le determinazioni del tribunale competenze per l'ammissione alla predetta procedura.

In sintesi, le differenze tra le due fattispecie possono essere così sintetizzate:

- appaltatore in crisi di liquidità, il pagamento diretto costituisce una libera scelta della stazione appaltante, sentito l'affidatario e i subappaltatori non hanno alcuna azione diretta nei confronti del committente,
- appaltatore in concordato preventivo con continuità aziendale, la scelta è rimessa alla stazione appaltante, ma le modalità del pagamento sono decise dal Tribunale; nemmeno in questo caso i subappaltatori hanno azione diretta nei confronti del committente.

Nel caso, invece, di fallimento dell'appaltatore, i meccanismi di cui all'art. 118 non sono più applicabili. Si discute in giurisprudenza sulla natura prededucibile dei crediti dei subappaltatori (escludono la prededucibilità; Trib. Milano, Sez. II, Decreto 17.07.2014, Trib. Pavia, decreto 26.02.2014; la riconosce: Cass. 3402/2012).

7.3. L'evoluzione del sistema nella legge delega per la riforma degli appalti

La legge delega ad opera della quale si dovrà procedere con la riforma del Codice e del Regolamento, prevede nuove regole anche in materia di pagamenti ai subappaltatori.

Per disincentivare le pratiche degli appaltatori che rimandano nel tempo i pagamenti ai propri subappaltatori, viene previsto l'obbligo per la stazione appaltante *“di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore o anche su richiesta del subappaltatore”*.

Basterà quindi la richiesta del subappaltatore per imporre il pagamento diretto.

7.4. Il pagamento tramite l'appaltatore e la sospensione dei pagamenti.

La seconda modalità di pagamento che può essere scelta dalla stazione appaltante in sede di bando di gara è quella tramite l'appaltatore, con la previsione della sospensione dei pagamenti ove l'appaltatore, entro 20 giorni dal pagamento effettuato nei suoi confronti, non trasmetta copia delle fatture di quietanza relative ai pagamenti effettuati a favore dei subappaltatori.

Il comma 3 dell'art. 118 è molto chiaro nel prevedere che la mancata trasmissione viene sanzionata con la sospensione dei pagamenti all'appaltatore.

In base all'art. 15 della L 180/2011, come modificato dall'art. 30, comma 5-quater, L. 98/2013, la sospensione dei pagamenti si applica, altresì, alle somme dovute agli esecutori in subcontratto di forniture le cui prestazioni sono pagate in base allo stato avanzamento lavori ovvero stato di avanzamento forniture.

Il Codice lascia aperti vari dubbi interpretativi che l'AVCP ha cercato di colmare.

L'AVCP si è recentemente espressa su tale norma (cfr. Parere AVCP - AG28-08 del 25 settembre 2008 - visibile sul sito dell'AVCP) confermando in primo luogo la natura sanzionatoria della sospensione: *“La sanzione della sospensione dei pagamenti all'affidatario è stata introdotta dal decreto correttivo al D.Lgs. n. 163/2006 con la specifica finalità di rendere effettivo l'obbligo, già previsto dall'art. 18, comma 3-bis della L. n. 55/1990, di trasmissione delle fatture quietanzate entro 20 giorni dal pagamento al subappaltatore”*.

Non si tratta, quindi, né di un provvedimento cautelare, né di una eccezione di inadempimento da parte della stazione appaltante.

Sempre secondo l'AVCP, la portata e le eventuali limitazioni dei pagamenti che la stazione appaltante può legittimamente sospendere sono ricavabili dal dato letterale della norma che recita: *“la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari”*.

Riguardo, poi, alla sorte delle somme trattenute nel caso in cui si protragga il contenzioso tra le parti, l'AVCP ritiene che la stazione appaltante non possa procedere al pagamento integrale dell'appaltatore in quanto né il codice, né il regolamento di attuazione prevedono un termine finale alla sospensione.

Il pagamento in violazione dell'obbligo di sospensione potrebbe poi essere inidoneo a liberare la stazione appaltante dall'obbligazione, potendo essere gli effetti della sospensione sostanzialmente assimilabili a quelli del sequestro e del pignoramento.

Infatti, anche se ai sensi dell'art. 225 Regolamento, l'organo di collaudo procederà a determinare il credito liquido dell'appaltatore, l'obbligazione così sorta non potrà essere adempiuta relativamente alla parte necessaria a coprire il credito dei subappaltatori nei confronti dell'appaltatore. Le modalità di conservazione delle somme

trattenute sono rimesse al prudente apprezzamento della stazione appaltante (a titolo esemplificativo: accantonamento in bilancio, deposito presso un notaio) (cfr. Parere AVCP - AG48/10 del 10 febbraio 2011 – visibile sul sito dell’Autorità).

7.5. Limiti ed effetti della sospensione dei pagamenti

L’art. 170, comma 7 del Regolamento ha inserito una specificazione prevedendo che: *“In caso di mancato rispetto da parte dell’esecutore dell’obbligo di cui all’art. 118, comma 3, Codice, qualora l’esecutore motivi il mancato pagamento con la contestazione della regolarità dei lavori eseguiti dal subappaltatore e sempre che quanto contestato dall’esecutore sia accertato dal direttore dei lavori, la stazione appaltante sospende i pagamenti in favore dell’esecutore limitatamente alla quota corrispondente alla prestazione oggetto di contestazione nella misura accertata dal direttore dei lavori”*.

In ogni caso si esclude che dalla normativa sopra riportata, salva l’ipotesi di previsione nel bando di gara di pagamento diretto, sorga un obbligo diretto della stazione appaltante nei confronti del subappaltatore.

Il mancato pagamento dei subappaltatori può concretizzare gli estremi di un grave inadempimento contrattuale da parte dell’appaltatore che rappresenta un valido presupposto per la risoluzione del contratto ai sensi dell’art. 136 Codice e la successiva escussione della polizza fideiussoria di cui all’art. 113 Codice (cfr. AVCP Determinazione n. 7 del 28/4/2004 in www.avcp.it).

7.6. Il provvedimento di sospensione

Alla luce di quanto sopra detto in ordine alla natura e disciplina del subappalto e della sua autorizzazione, e rilevando il silenzio a oggi di dottrina e giurisprudenza, si ritiene che la comunicazione di sospensione dei pagamenti, quindi di applicazione della sanzione di cui all'art. 118, comma 3, Codice, debba essere emessa dal RUP e non possa trattarsi di una comunicazione della Direzione Lavori.

A ciò consegue che tale comunicazione assume la natura di provvedimento amministrativo e che quindi le relative contestazioni debbano essere fatte valere avanti alla giurisdizione del tribunale amministrativo.

Si ricorda, infine, che in entrambi i casi in esame, la stazione appaltate, ferme restando le disposizioni previste in materia di obblighi informativi, pubblicità e trasparenza, è in ogni caso tenuta a pubblicare nel proprio sito internet istituzionale le somme liquidate con l'indicazione dei relativi beneficiari (comma 3-ter art. 118 Codice).

Capitolo 8

I RAPPORTI TRA COMMITTENTE, APPALTATORE E SUBAPPALTATORE

SOMMARIO: 8.1. I rapporti tra committente e subappaltatore – 8.2. I rapporti tra committente ed appaltatore e tra quest'ultimo e il subappaltatore - 8.3. La responsabilità solidale

8.1. I rapporti tra committente e subappaltatore

Per quanto riguarda il rapporto tra committente principale e subappaltatore, è pacifico che nessuno dei due soggetti acquista diritti né assume obbligazioni nei confronti dell'altro.

Secondo alcuni autori, stante l'assenza, nella disciplina del subappalto, di una disposizione analoga all'art. 1595 c.c. (che prevede un'azione diretta del locatore contro il sub-conduttore per esigere il prezzo della sublocazione), e stante la non applicabilità di tale norma in via analogica, in quanto norma di natura eccezionale, si esclude che al committente spetti un'azione diretta nei confronti del subappaltatore volta ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione a cui quest'ultimo è tenuto ad adempiere verso il proprio creditore: l'appaltatore sub-committente. Il committente, per ottenere i risultati pattuiti contrattualmente, deve rivolgersi esclusivamente alla propria controparte contrattuale: l'appaltatore, lasciando a quest'ultimo l'azione in garanzia o in regresso nei confronti del subappaltatore (Rubino e Iudica, *Dell'appalto*, in Commentario Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 2007, p. 215).

Secondo altri, invece, il meccanismo di cui all'art. 1595 c.c. avrebbe carattere generale e l'azione prevista in tale norma sarebbe esperibile anche nelle figure sub-contrattuali che non la prevedono espressamente (Bianca, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 729).

Quanto alla legittimazione del subappaltatore ad agire direttamente verso il committente per ottenere il pagamento del corrispettivo dell'opera, cfr. quanto sopra esposto in relazione all'art. 118, comma 3, Codice, al cap. 7.

Si riconosce, però, sia al committente che al subappaltatore la possibilità di agire uno nei confronti dell'altro in via surrogatoria ex art. 2900 c.c., ove ne ricorrano i presupposti, sostituendosi al proprio debitore. In particolare, mentre si riconosce che il subappaltatore possa surrogarsi all'appaltatore per pretendere dal committente il pagamento del corrispettivo delle opere, il committente potrà esercitare i diritti di controllo e verifica che competono all'appaltatore ex art. 1662 c.c. nei confronti del subappaltatore. Il committente non potrà, invece, anche surrogarsi nell'azione di risoluzione di cui al comma 2 dell'art. 1662 c.c., nel caso di irregolare esecuzione dei lavori, in quanto azione esercitabile dal solo titolare. Il committente potrà però, in tale caso, risolvere il contratto con l'appaltatore provocando così, di conseguenza, anche l'estinzione del subappalto in ragione del vincolo di derivazione che esiste tra i due contratti.

8.2. I rapporti tra appaltatore e subappaltatore

Nei rapporti tra appaltatore e subappaltatore il subappaltato autorizzato spiega l'efficacia di un appalto essendo i relativi rapporti del tutto simili a quelli che intercorrono, nell'appalto, tra committente e appaltatore.

Se è vero che il subappalto non altera l'originario rapporto d'appalto, è altrettanto vero che per effetto del subappalto viene ampliata la responsabilità dell'appaltatore nei confronti del committente: l'appaltatore è, infatti, responsabile nei confronti del committente non solo del suo operato, ma anche di quello del proprio subappaltatore. L'appaltatore potrà poi agire in regresso, ex art. 1670 c.c.

nei confronti del subappaltatore per far valere la sua responsabilità ai medesimi titoli e dunque ex artt. 1667, 1668 e 1669 c.c.

Se, però, il fatto del subappaltatore integra un illecito il committente potrà agire per far valere non solo la responsabilità contrattuale dell'appaltatore, ma anche quella extracontrattuale del subappaltatore. In tale caso, dei danni cagionati al committente appaltatore e subappaltatore risponderanno in solido ex art. 1055 c.c. anche se a differente titolo.

8.3. Le ipotesi di responsabilità solidale

L'art. 118 del Codice prevede due ipotesi di responsabilità solidale dell'appaltatore e del subappaltatore nei confronti del committente:

- al comma 4, per gli oneri della sicurezza. L'appaltatore è espressamente chiamato a rispondere in via solidale con il subappaltatore per gli adempimenti, da parte di quest'ultimo, degli obblighi vigenti in materia di sicurezza.

Per verificare il rispetto della corresponsione degli oneri della sicurezza, il comma 4 dell'art. 118 Codice, attribuisce alla stazione appaltante un generale dovere di vigilanza. Tale norma precisa, infatti, che, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica non solo dell'effettiva corresponsione dei costi della sicurezza all'impresa subappaltatrice, ma anche che gli stessi non abbiano subito alcun ribasso (cfr. anche Parere sulla Normativa Avcp del 1/(01/2009 rif. AG41-08).

- al comma 6, per l'osservanza del trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto.

A completamento dello speciale regime di responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore, va esaminato

l'art. 35, comma 28 del D.l. 223/2006 che integra l'art. 118 in esame prevedendo la responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore per il versamento delle ritenute fiscali e dei contributi previdenziali e assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore.

Sono escluse dal vincolo di solidarietà altre somme dovute ad altro titolo.

L'unica forma di solidarietà tra committente pubblico e appaltatore privato è quella di cui all'art. 1676 c.c. (*"Diritto degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente"*) che incontra le seguenti due limitazioni (rispetto alla solidarietà di cui all'art. 29, comma 2, D.Lgs 2003/276 prevista per gli appalti privati):

- è prevista per il solo trattamento economico dovuto dall'appaltatore a propri dipendenti con esclusione degli adempimenti previdenziali,
- è limitata al debito dovuto dal committente all'appaltatore al momento della presentazione, da parte dei lavoratori interessati della domanda giudiziale.

L'art. 1676 c.c. recita che: *"Coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio, possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda"*.

L'azione concessa agli ausiliari dell'appaltatore, di ottenere quanto loro dovuto e non corrisposto dal proprio datore di lavoro, rivolgendo le relative pretese nei confronti del committente, al quale non sono legati da alcun rapporto giuridico, rappresenta una tipica azione diretta.

Tale norma è applicabile altresì a coloro che sono alle dipendenze del subappaltatore nei confronti dell'appaltatore. Pertanto, nel caso di inadempimento del subappaltatore, i dipendenti di questo possono sempre agire direttamente contro l'appaltatore sub-committente per

ottenere il pagamento delle proprie retribuzioni per l'attività svolta (CC 07.03.2008 n. 6208; CC 09.08.2003 n. 12048).

Capitolo 9

IL DIVIETO DI SUBAPPALTO

Il ricorso al subappalto al di fuori delle ipotesi consentite e senza l'osservanza delle modalità prescritte sopra esaminate produce alcuni effetti sul piano civilistico e altri su quello penalistico.

Sul piano civilistico, il subappalto non autorizzato non può spiegare alcun effetto nei confronti della stazione appaltante. La Corte di Cassazione ha precisato che il subappalto non autorizzato deve considerarsi nullo ex art. 1418 c.c. per contrarietà a norme imperative. Esso quindi non può costituire titolo su cui fondare la richiesta di pagamento delle prestazioni eseguite (Cass., sez. I, 16.07.2003, n. 11131). Si tratta di una ipotesi di nullità relativa perché azionabile solo da colui nel cui interesse è disposta, cioè dal committente e non è rilevabile d'ufficio (Rubino, L'appalto, 112, Torino, 1980).

Quanto al rapporto tra appaltatore e stazione appaltante, l'invalidità originaria del subappalto non comporta la nullità del contratto principale di appalto; la stazione appaltante è però legittimata a chiedere la risoluzione del contratto principale per inadempimento dell'appaltatore (Cass. Sez. 1, 21 giugno 2000, n. 8421; TAR Campania, Sez. I, 20.04.2010, n. 2026) (contra Trib. Firenze, 05.11.2004, secondo cui la violazione del divieto dell'art. 1656 c.c. di per sé non costituisce una grave violazione delle obbligazioni contrattuali idonea ex art. 1455 c.c. a legittimare la risoluzione contrattuale. Infatti, oggetto specifico della prestazione contrattuale è l'esecuzione dell'opera immune da vizi e rispondente alle esigenze del committente).

Sul piano penalistico, è ancora in vigore l'art. 21, comma 1, L. 646/1982, secondo il quale chi concede in subappalto opere senza la preventiva autorizzazione della stazione appaltante è punito con l'arresto da sei mesi a un anno e con l'ammenda non inferiore a un terzo del valore dei lavori

oggetto dei subappalto e non superiore a un terzo del valore complessivo dell'opera.

Il reato di subappalto abusivo previsto da tale norma può configurarsi sulla base del testuale tenore della stessa, solo quanto abbia ad oggetto "opere" e non anche "servizi" a meno che questi non siano collegati alle "opere" stesse (Cass., penale, Sez. IV, 07.06.2000, n. 8243).

Analoghe sanzioni sono previste anche in capo al subappaltatore.

Si precisa, infine, che è vietato dissimulare il subappalto mediante fittizie contrattazione di nolo a freddo (Cass. Penale, sez. 1, 6 ottobre 1995, n. 11862).

Invece, l'eventuale superamento della percentuale di subappalto ammessa non comporta l'esclusione del concorrente, potendo comportare l'esclusione del subappalto in caso di aggiudicazione.

Capitolo 10

IL DIVIETO DI SUBAPPALTO A CASCATA

Il comma 9 dell'art. 118 Codice stabilisce il divieto del subappalto a cascata recitando che: *“L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto”*.

La violazione del divieto del subappalto a cascata ha rilievo nella fase dell'esecuzione, quale inadempimento contrattuale.

L'unica eccezione al divieto di subappalto a cascata è stata introdotta dall'art. 170, comma 2, Regolamento che, in esecuzione del comma 11 dell'art. 118 del Codice, ha precisato che non costituisce subappalto l'affidamento da parte dell'appaltatore a fornitori o prestatori d'opera di propria fiducia, delle attività di posa in opera di componenti e apparecchiature necessari per la realizzazione di strutture, impianti e opere speciali di cui all'art. 107, comma 2, lett. f), g) m), o) e p).

Capitolo 11

SUBAPPALTO E AVVALIMENTO

La normativa pubblicistica interna, che prevede le sopra menzionate limitazioni nel caso di affidamento in subappalto di lavori, servizi e forniture, crea delle problematiche interpretative e applicative laddove viene a contatto con la normativa comunitaria.

In particolare, tale contrasto è evidente se si esamina la disciplina – di derivazione comunitaria - relativa all'avvalimento, con riferimento alla quale si è arrivati alla configurazione di una figura speciale di subappalto.

In primo luogo, va detto che i due istituti, del subappalto e dell'avvalimento, rispondono a logiche e a funzioni differenti (CdS, Sez. V, 20.06.2011, n. 3698).

Il subappalto, come noto, attiene alla fase di esecuzione dei lavori e consente al soggetto aggiudicatario, già in possesso delle relative integrali qualifiche, di affidare ad un altro soggetto parte dei lavori. L'avvalimento attiene, invece, alla fase di gara e consente al concorrente di integrare i requisiti di qualificazione di cui sia sprovvisto, ai fini della partecipazione alla procedura di affidamento.

Tra i due istituti esiste, però, un nesso di collegamento.

Nel caso di avvalimento, infatti, l'art. 49 comma 2 del Codice consente l'utilizzo del subappalto per l'attingimento, da parte dell'impresa avvalente, dei requisiti richiesti in sede di gara e propri dell'impresa avvalsa.

La questione ha assunto un maggiore rilievo dopo che il comma 10 dell'art. 49 è stato modificato nel senso di prevedere espressamente che l'impresa ausiliaria possa assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati. L'unica limitazione prescritta per il subappaltatore, nell'ambito dell'avvalimento, è circoscritta ai requisiti prestati, che possono quindi anche superare il 30% della categoria prevalente di cui all'art. 118, comma 2, del Codice.

In questi casi, quindi, non opererebbe il limite quantitativo del subappalto previsto dal comma 2 dell'art. 118 del

Codice nonché dal comma 1 dell'art. 170 del Regolamento, potendo l'impresa ausiliaria assumere il ruolo di subappaltatore "nei limiti dei requisiti prestati" anche quindi se questi per ipotesi superano la soglia del 30% prevista per la categoria prevalente o per le opere tecnicamente complesse (cfr. R. Mangani, Avvalimento e subappalto, in www.giustamm.it, 2007).

L'altra caratteristica di specialità del subappalto operante nell'ambito dell'avvalimento è caratterizzata dalla responsabilità solidale dell'impresa avvalente e di quella avvalsa nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto; mentre nel caso di subappalto sorto ai sensi dell'art. 118 del Codice il subappaltatore risponde solo nei confronti dell'impresa appaltatrice.

Proprio questa differente disciplina potrebbe quindi essere la ragione per la quale il subappalto nell'ambito della disciplina dell'avvalimento ha caratteristiche sue proprie che lo differenziano dal subappalto ordinario.

In ogni caso, anche nell'ambito dell'avvalimento il subappalto resta soggetto al regime autorizzatorio, che costituisce, anche in questo caso (cfr. *supra* cap. 10), un atto dovuto da parte della stazione appaltante.

Il presente volume si propone di rappresentare, in un quadro di sintesi, le particolarità che assume il contratto di subappalto nell'ambito dei contratti pubblici.

L'AUTORE

Nicoletta sersale, avvocato in Milano, specializzata in diritto degli appalti pubblici con anni di esperienza assistenza nella consulenza e alle maggiori imprese di costruzione di livello nazionale



Visita il sito www.keyeditore.it
e scarica gratis la versione on-line

Euro 5.99

