

**Il Subappalto tra Disciplina Pubblicistica e
Privatistica**

Jole Buggea

Italia

IL CONTRATTO DI SUBAPPALTO TRA DISCIPLINA PUBBLICISTICA E PRIVATISTICA

SOMMARIO: 1. Il subappalto e la natura privatistica di fattispecie subcontrattuale; 2. Limiti qualitativi e quantitativi imposti a tutela della legislazione antimafia; 3. Mancata, incompleta od irregolare dichiarazione di subappalto; 4. Subappalto e avvalimento; 5. Profili privatistici: la responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore.

I. Il subappalto costituisce una fattispecie contrattuale rientrante nel più ampio *genus* di subcontratto; trattasi di un contratto di tipo derivato¹, che trova la propria base giuridica all'art. 118 del codice degli appalti.

La disposizione in esame e la normativa in generale, tuttavia, non contengono una enunciazione puntuale della fattispecie contrattuale. Gli stessi artt. 1656 e 1670 c.c., che la richiamano, non provvedono a colmare tale lacuna, limitandosi a sancirne, rispettivamente, il divieto nei casi di mancata autorizzazione da parte del committente ovvero a disciplinare l'azione di regresso esperibile nei confronti dei subappaltatori.

Con il termine "contratto di subappalto", alla luce delle considerazioni appena esposte, si intende quel contratto che abbia ad oggetto l'affidamento, da parte del soggetto appaltatore ad un terzo, di prestazioni e lavorazioni inserite all'interno di un contesto di realizzazione di un lavoro che il primo ha il compito di eseguire presso un committente. Occorre, però, precisare che il contratto di subappalto fa sorgere un rapporto obbligatorio tra l'appaltatore ed il subappaltatore, il quale non

¹In quanto contratto derivato, il subappalto è strettamente connesso e giuridicamente dipendente dalle vicende giuridiche e fattuali che si ascrivono al contratto principale. Tale tipologia contrattuale presuppone, come condizione necessaria d'esistenza, efficacia e validità la regolarità del contratto d'appalto.

interferisce con il contratto principale stipulato tra il primo ed il committente, restando, quest'ultimo, totalmente estraneo².

L'ambito di applicazione della disposizione in esame concerne subappalti di lavori, servizi e forniture, intendendosi con tale espressione quelle fattispecie contrattuali che abbiano ad oggetto attività il cui espletamento avviene attraverso l'utilizzo di manodopera³.

Pur essendo inserito nel contesto di una normativa prettamente pubblicistica, il subappalto presenta i caratteri propri di un contratto di natura civilistica. Proprio in virtù di tale assunto, il rapporto giuridico tra i due soggetti, difatti, risulta regolato dalla disciplina privatistica; logica conseguenza di quanto enunciato è la circostanza che la scelta del subappaltatore non avvenga secondo la procedura ad evidenza pubblica e che non sia necessario il rispetto della regola del sesto quinto⁴.

Trattandosi di fattispecie rientrante all'interno della categoria di subcontratto, al subappalto non consegue il trasferimento della posizione contrattuale rivestita dalle parti, costituendo, nella specie, un nuovo contratto. Per subcontratto, difatti, si intende quella fattispecie contrattuale tramite la quale una delle parti utilizza la posizione ricoperta in un contratto (ovvero il contratto base) con un terzo soggetto⁵. In particolare si ravvisa la trasposizione dell'operazione economica

² In tal senso si è espressa l'autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici, con Deliberazione n. 157 del 14/10/2004. Tuttavia, nonostante sia previsto che non incorra nessun rapporto tra subappaltatore e stazione appaltante (così come disposto dalla sez. V del Consiglio di Stato con sent. n. 2755/2003; dalla AVCP, con deliberazione n. 209/2002; dalla Corte di Cass., con sent. n. 5237/1999), si stabilisce che qualora la stazione appaltante abbia previsto nel bando di gara che il pagamento del subappaltatore debba essere diretto, questi possa, in caso di subito inadempimento da parte della stazione, esperire un'azione volta alla tutela della propria pretesa.

³ Così l'art. 118 Codice Appalti, comma 11, il quale prescrive che “[...] è considerato subappalto 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, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento 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 per cento dell'importo del contratto da affidare. [...]”.

⁴ Cfr. AVCP, delib. N. 179/2007. Il rapporto tra appaltatore e subappaltatore può subire variazioni, purchè siano comunque rispettate le procedure autorizzatorie ed i limiti stabiliti per il subappalto.

⁵ Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2000.

oggetto del contratto base, ma le parti presentano ruoli invertiti, in quanto, nel caso specifico di subappalto, l'appaltatore che intenda subappaltare l'esecuzione di un'opera assume in tale rapporto contrattuale il ruolo di committente.

Sorgono, tuttavia, alcune problematiche inerenti il rapporto di dipendenza esistente tra i due contratti, dovute alla circostanza che il legislatore non si sia occupato di delineare una disciplina capillare ed esaustiva, e ciò ha condotto la dottrina a formulare diverse ipotesi circa la natura del subcontratto⁶.

Occorre anzitutto precisare che il contratto di subappalto costituisce tra il subappaltante ed il subappaltatore un nuovo rapporto giuridico di tipo bilaterale, il quale però lascia immutato quello previamente esistente tra appaltatore e committente.

La stipulazione del contratto di subappalto comporta come conseguenza che vengano a coesistere ben due contratti di appalto, dei quali il secondo presenta i tratti propri della dipendenza rispetto al primo, ed in virtù di tale caratteristica è stato variamente classificato in seno a dottrina e giurisprudenza.

Voci autorevoli ne hanno sottolineato il carattere dell'accessorietà⁷; altri hanno circoscritto il subappalto alla disciplina del contratto a favore di terzi; altri ancora ne hanno rimarcato i caratteri tipici della figura autonoma di contratto dipendente contrassegnata dal reimpiego di una posizione contrattuale.

In qualsiasi modo si decida di definirlo, in via generale ed escludendo le dovute ipotesi di eccezione, trattandosi di subcontratto, e dunque di contratto derivato, segno distintivo del contratto di subappalto costituisce la posizione di dipendenza funzionale che esso riveste rispetto al contratto base, del quale subisce la medesima disciplina.

⁶ Il subcontratto è stato considerato da alcuni studiosi quale contratto di natura accessoria rispetto a quello principale; spesso è stato, altresì, accostato ad altre figure contrattuali; altre volte, a torto, è stato definito come una sorta di contratto che presenti una sorta di collegamento di natura negoziale.

⁷ Sulla considerazione che l'esistenza del subcontratto sia condizionata a quella del contratto principale si è espressa la Cass. con sent. n. 8202/1990.

Sovente, difatti, accade che il contratto di subappalto contenga delle clausole che si presentano prettamente speculari a quelle contenute nel contratto principale; tale previsione risponde alla esigenza di trasferire e trasporre in maniera più agevole, nel contratto derivato, eventuali variazioni imposte all'appaltatore dalla stazione appaltante.

La normativa che disciplina il subappalto statuisce altresì un obbligo in capo all'appaltatore, qualora a ciò non provveda direttamente la stazione appaltante, ovvero quello di corrispondere al subappaltatore quanto dovuto, per le prestazioni da quest'ultimo eseguite, delle quali ha l'onere di fornire copia delle fatture quietanzate alla stazione appaltante. La *ratio* della previsione in esame risponde ad esigenze di trasparenza e tutela del diritto del subappaltatore di ricevere la retribuzione che gli spetta per le lavorazioni effettuate.

All'onere di presentare fattura quietanzata l'affidatario può venir meno qualora dimostri, limitatamente alle somme oggetto di contestazione, la irregolarità delle prestazioni effettuate dal subappaltatore e per le quali non intenda fornire corrispettivo, e previo accertamento da parte della direzione lavori.

La norma, pertanto, sancisce in capo all'appaltatore un obbligo di collaborazione e promozione del pagamento, stimolandone il ruolo propulsivo.

Presentando i caratteri di un contratto di tipo derivato, e caratterizzandosi come strumento alquanto duttile, il subappalto potrebbe facilmente prestarsi ad essere utilizzato quale mezzo contrattuale attraverso il quale ovviare alla disciplina posta a tutela dell'aggiudicazione della gara.

Qualora difatti un'impresa appaltatrice non si trovasse in possesso dei requisiti specifici necessari ai fini dell'aggiudicazione della gara, potrebbe usufruire dell'istituto in esame ai fini di aggirare la normativa sull'evidenza pubblica ed eludere altresì la disciplina antimafia, consentendo ad organizzazioni criminali di poter partecipare ad una gara d'appalto al fine di ottenere i propri illeciti profitti⁸.

⁸ Cfr. Carigella, *Il subappalto*, in AA. VV., *La nuova disciplina sui lavori pubblici*, Carigella e De Marzo (a cura di), Milano, 2003.

Di rilievo la tematica concernente la responsabilità penale sancita all'art. 40 c.p., il quale statuisce che “non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo”. Tuttavia, la responsabilizzazione di un soggetto che manchi del potere giuridico di impedire un evento comporterebbe una violazione dell'art. 27 Cost., pertanto il committente dei lavori non può essere considerato penalmente responsabile della gestione dell'opera da parte del soggetto appaltante. Ciò in virtù del fatto che il committente difetti di qualsiasi potere giuridico in tal senso, disponendo esclusivamente della possibilità di controllare che lo svolgimento dei lavori avvenga in rispetto di quanto pattuito⁹. Qualora si dimostri però una forte ingerenza da parte del committente, quest'ultimo non è da considerarsi esente, ma al contrario risponderà in concorso con l'impresa appaltante, ovvero i subappaltatore, nello specifico.

Il committente, difatti, può rispondere sia nel caso in cui l'impresa che ha eseguito i lavori non disponga dei requisiti tecnici e organizzativi, sia qualora il subappaltatore sia un mero esecutore degli ordini impartiti da parte dell'appaltatore, e dunque privo di autonomia organizzativa. Appaltatore e subappaltatore rispondono altresì in concorso, qualora il subappalto sia previsto per l'esecuzione di opere parziali, dell'incolumità dei lavoratori assunti alle loro dipendenze.

II. La nuova disciplina codicistica in materia di appalto, in genere, e dunque, di subappalto, nello specifico, è risultato di scelte di bilanciamento operate al fine di adeguare le esigenze liberali tipiche della normativa europea a quelle interne, finalizzate, queste ultime, alla tutela del settore dei contratti pubblici dalla minaccia di infiltrazioni da parte della criminalità organizzata ed a salvaguardare la presenza delle piccole imprese nel mercato.

⁹ Cfr. E. Brandolini, *La responsabilità dell'appaltatore e del direttore dei lavori per vizi e difformità delle opere*, Maggioli Editore, 2012.

Il legislatore, tuttavia, è dapprima sembrato diffidente nei confronti di questa specie contrattuale, a causa del fatto che la disciplina del subappalto si presta, in potenza, a consentire una sorta di “aggiramento all’ostacolo” costituito dalle norme poste a tutela dell’evidenza pubblica e dalla disciplina antimafia, in quanto prevede l’accesso di un soggetto terzo, non coincidente con il vincitore della gara, nell’esecuzione dei lavori¹⁰.

Nel settore degli appalti pubblici, in particolare, il contratto di subappalto si presenta come strumento in grado di concedere la facoltà all’aggiudicatario della gara di stipulare tutta una serie di subcontratti, seguendo una logica marcatamente discrezionale, determinando ciò un forte rischio di elusione alla normativa antimafia posta in relazione alla qualificazione dei soggetti aggiudicatari della gara.

Potrebbe difatti verificarsi che l’appaltatore, il quale risulti in possesso dei requisiti necessari che lo rendono in regola rispetto a quanto richiesto dalla disciplina suddetta, affidi l’esecuzione di lavori a soggetti terzi, i quali potrebbero esserne sprovvisti.

In virtù, pertanto, della definizione *supra* fornita del contratto di subappalto, è necessario che anche al subappaltatore si applichino le disposizioni preventive previste dalla normativa antimafia. Qualora, infatti, il subappaltatore sia destinatario di una misura di prevenzione a carattere definitivo, all’appaltatore sarà preclusa la possibilità di affidargli l’esecuzione di parti dell’opera¹¹.

¹⁰ Da non sottovalutare, poi, l’ingresso, all’interno del circuito, di figure che svolgono attività di intermediazione, circostanza questa che determina alcune conseguenze, tra le quali una forte cesura in termini di rapporto fiduciario tra il committente e il soggetto che si occupi di eseguire i lavori, ovvero, stando a quanto sostiene G. Severini, in *Commento all’art. 18 della legge n. 55/1990*, in *Leg. pen.*, 1991, un poderoso decremento delle regole di trasparenza in relazione alla destinazione, per quanto attiene al piano soggettivo, delle voci di spesa pubblica nonché problematiche attinenti ai requisiti di tipo morale e professionale di cui l’esecutore debba essere in possesso.

¹¹ È quanto previsto dall’art. 10, L. n.575/1965, il quale statuisce l’impossibilità per i soggetti destinatari di misure di prevenzione di “ottenere concessioni di costruzione, nonché di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici, iscrizioni negli albi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione [...]”. In particolare, al comma 2, dispone che “Il provvedimento definitivo di

Il Codice degli Appalti, per i motivi anzidetti, promuove l'esecuzione dei lavori, qualora questa sia effettuata personalmente dall'appaltatore, ovvero usufruendo di proprio personale. Pone, invece, tutta una sequela di limiti qualora questi decida di avvalersi dell'ausilio di un subappaltatore, in ordine a percentuali di lavorazioni subappaltabili, requisiti qualitativi personali e professionali del soggetti, modalità di subaffidamento dell'esecuzione dell'opera¹².

È necessario altresì che l'appaltatore depositi il contratto di affidamento in subappalto nel termine dei venti giorni precedenti la data prestabilita per l'inizio dell'esecuzione dei lavori, e che trasmetta la documentazione, utile ai fini della certificazione di possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di cui all'art. 38 del Cod. Appalti, e che attesti che lo stesso non sia destinatario di alcuna misura di prevenzione.

Il subappalto, difatti, ben può costituire strumento di elusione della disciplina posta a tutela degli appalti in ambito pubblico anche in termini presentazione della dichiarazione di volersi avvalere di tale strumento per la esecuzione di lavori, di valutazione dei requisiti professionali ed etici dell'esecutore dei lavori, di rilascio della certificazione concernente l'esecuzione stessa, dei limiti posti dalla normativa in materia di categoria prevalente.

Anzitutto, affinché all'appaltatore sia concesso di subappaltare l'esecuzione di un'opera, è necessario che vengano rispettati determinati requisiti, i quali sono indicati all'art. 118 del Codice degli Appalti¹³.

Presupposto ineliminabile ai fini della possibilità di ottenere l'autorizzazione al subappalto è l'indicazione, all'atto dell'offerta, da parte del concorrente delle

applicazione della misura di prevenzione determina[...] il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera⁷.

¹² Il Codice prevede che l'appaltatore non possa commissionare più del 30 % dei lavori, indicando specificamente nella dichiarazione d'offerta quali opere abbia intenzione di concedere in subappalto.

¹³ Le disposizioni di cui all'art 118 sono finalizzate a verificare che sul soggetto subappaltatore non gravi l'attuazione di misure di prevenzione antimafia ovvero siano pendenti procedimenti volti all'applicazione delle stesse.

Revista Iberoamericana de Gobierno Local

Número 7, Granada, Noviembre, 2014

ISSN: 2173-8253

lavorazioni, parti di opera, servizi o forniture che intenda concedere in subappalto. Ragion per cui, l'assenza delle suesposte indicazioni non inficia l'opportunità di partecipazione alla gara del committente, ma si limita a precludere a questi la possibilità di affidare in subappalto l'esecuzione di prestazioni e lavorazioni¹⁴.

L'erronea od incompleta dichiarazione relativa alla volontà di concedere determinate prestazioni in subappalto, difatti, comporterebbe l'esclusione del concorrente dalla gara nel sol caso in cui egli stesso non risulti in possesso della qualificazione necessaria ai fini dello svolgimento dei lavori che intendeva subappaltare¹⁵.

Qualora si verifichi l'ipotesi di superamento della percentuale di prestazioni subappaltabili consentita per legge, invece, si rende necessario operare una distinzione tra l'ipotesi in cui ci si trovi nella fase di selezione del concorrente e quella in cui si stia eseguendo il contratto.

In quest'ultima fase, nello specifico, un superamento della soglia consentita non sarebbe passibile di autorizzazione. Qualora, invece, dovesse essere presentata una dichiarazione o documentazione incompleta a proposito della qualificazione ovvero identità del subappaltatore, questo non comporterebbe l'esclusione del concorrente dalla gara, ma impedirebbe esclusivamente a questi di poter usufruire del subappalto¹⁶.

Allo scopo di permettere alla stazione appaltante di verificare che i limiti imposti per legge siano stati rispettati, il codice statuisce pertanto la necessità che, al momento della presentazione della dichiarazione di voler subappaltare un'opera, l'appaltatore indichi i suddetti profili qualitativi e quantitativi. È stata considerata sufficiente, ai fini della corretta applicazione del disposto in esame, la semplice indicazione della categoria di opere che il concorrente intenda subappaltare, in quanto una loro ulteriore elencazione in fase di offerta parrebbe costituire una

¹⁴ TAR Lazio, Roma, sent. n. 4401/2009.

¹⁵ Vedi Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 30 ottobre 2009, n. 6708.

¹⁶ Una costante giurisprudenza, poi, sostiene con fermezza la preclusione della possibilità di subappaltare qualora nell'offerta si sia accennato alla mera eventualità di concedere in subappalto alcune opere, rimanendo però intatto il diritto di partecipazione del concorrente alla gara.

semplice ripetizione di quanto previsto dal bando di gara¹⁷. La ricostruzione in esame è diretta espressione di uno dei principi che permeano il Codice Appalti, ovvero quello di economicità, il quale si traduce in una serie di previsioni volte a favorire la partecipazione dei concorrenti alla gara. Esso risulta altresì applicabile alla fattispecie del subappalto, in quanto strumento, quest'ultimo, avente tra i propri fini quello di colmare eventuali mancanze di requisiti qualitativi soggettivi di cui l'appaltatore non dispone.

Sarebbe dunque ragionevole considerare fedele a quanto previsto la dichiarazione di un concorrente che, tramite puntuali rimandi, renda chiara ed inconfutabile alla stazione appaltante l'individuazione delle lavorazioni che egli intende concedere in subappalto, nonostante non abbia specificamente stilato un elenco analitico delle stesse.

In linea a tali considerazioni, parte della giurisprudenza ha tenuto a precisare di volersi discostare da rigidi formalismi, attribuendo valore, invece, al rispetto del profilo puramente sostanziale; a venir in rilievo, pertanto, sarebbe esclusivamente la circostanza che la stazione appaltante sia resa in grado di conoscere l'effettivo oggetto del contratto di subappalto¹⁸.

Ai fini dell'attuazione della disciplina inerente la dichiarazione, pertanto, trattandosi di una questione di fatto, si rende oltremodo necessario un bilanciamento tra i principi che entrano in gioco, ovvero quelli di massima partecipazione e di individuazione dell'oggetto del subappalto.

La correttezza della dichiarazione di subappalto assume pregnante rilievo nella fase di esecuzione del contratto, piuttosto che in quella di dichiarazione d'offerta. Quivi, difatti, a svolgere ruolo decisivo allo scopo della concessione in subappalto di lavorazioni è il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante; a tal fine è anzitutto necessario che l'appaltatore che si sia aggiudicato la gara

¹⁷ T.A.R. Sardegna, sez. I, 27 settembre 2007, n. 1764.

¹⁸ T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 8 maggio 2007, n. 386, in www.giustizia-amministrativa.it

renda note le sue intenzioni di usufruire del subappalto tramite la richiesta di autorizzazione alla stazione appaltante, pena la preclusione dalla gara stessa¹⁹.

L'autorizzazione a subappaltare un'opera o parti di essa costituisce aspetto di notevole rilievo ai fini della disciplina volta ad evitare le infiltrazioni mafiose nel settore pubblico. Il mancato rispetto delle disposizioni previste dall'art.118, difatti, comporta l'applicazione di una norma di natura contravvenzionale, ovvero l'art. 21 della l. n. 646/1982. Il dettato normativo in esame sanziona un reato proprio, in quanto i soggetti che lo pongono in essere possiedono una determinata qualifica, che è requisito necessario al fine della commissione del reato in questione, il quale si verifica al momento dell'affidamento in subappalto (ovvero cottimo), da parte dell'appaltatore, di opere che concernono la pubblica amministrazione, in assenza dell'autorizzazione necessaria²⁰.

Proprio in virtù della natura stessa della norma, l'elemento psicologico, del dolo ovvero della colpa, non dovrebbe venire in rilievo²¹.

Altro ambito che consente una facile elusione della normativa antimafia concerne la materia di frazionamento delle prestazioni subappaltabili. È possibile, difatti, che si verifichi l'eventualità che l'appaltatore subappalti solamente una parte delle prestazioni oggetto della lavorazione. Qualora ciò avvenga, può verificarsi l'ipotesi che dal valore, e dunque dal prezzo, delle opere oggetto di subappalto venga detratto il valore di strumentari, mezzi e materiali eventualmente forniti dall'appaltatore.

¹⁹ Il termine entro il quale questa debba essere emessa si ascrive in trenta giorni, che decorrono dalla data in cui è pervenuta l'istanza. Il decorso inutile del termine equivale a silenzio-assenso, e dunque ad accoglimento della domanda.

²⁰ La Corte di Cass. in sede penale, nel 1995 si pronuncia nel senso di considerare consumato il reato non nella fase di esecuzione del contratto, bensì in quella di affidamento stesso. Non venendo in rilievo tutti gli aspetti di natura formale, bensì quello sostanziale di avvio della condotta.

²¹ Non sono mancate, tuttavia, puntualizzazioni giurisprudenziali in seno alla Cassazione che hanno tenuto a precisare quanto improbabile sia il verificarsi dell'elemento della colpa. Ciò per una serie di ordini di ragioni, tra le quali la circostanza che a venire in contatto con la p. a. è solamente il subappaltatore

Diretta conseguenza la circostanza che il subappaltatore possa non disporre della certificazione SOA, e che pertanto non sia necessario richiedere l'informativa antimafia²².

Al fine di porre una soluzione alle problematiche appena esposte è stata prevista e disciplinata la figura del cottimo in sede contrattuale²³. Essa attribuisce all'appaltatore la facoltà di frazionare le prestazioni di subappalto attraverso la concessione di fornitura di strumentari, materiali, mezzi utili alla realizzazione dell'opera. Tuttavia, affinché siano rispettati i criteri normativi posti dalla disciplina antimafia in materia di qualificazione dei soggetti che eseguono le opere, il decreto in esame statuisce che i criteri che consentono la qualificazione del soggetto come subappaltatore siano fissati in considerazione della totalità dell'importo dei lavori, intendendo così incluso il valore di strumentari, mezzi ed apparecchiature fornite dall'appaltatore.

Nonostante però il regolamento di attuazione del decreto in esame sembri disciplinare soltanto l'aspetto concernente i criteri di qualificazione, esso, tuttavia, fornisce utile spunto ai fini della regolamentazione degli altri aspetti che si rivelino problematici in quanto potenzialmente idonei ad eludere la disciplina antimafia²⁴.

Il frazionamento delle prestazioni, però, si scontra con un'altra problematica di rilievo, ovvero il divieto di subappaltare la sola manodopera. Se a fornire mezzi, materiali ed attrezzature utili ai fini dell'esecuzione della lavorazione è lo stesso

²² Il Consiglio di Stato nel 2006 si è trovato a statuire, in via incidentale, circa una causa di concessione di subappalto, limitatamente alla stesa e posa in opera dei materiali utili alla costruzione di un rilevato stradale, e di contratto, avente ad oggetto la fornitura dei suddetti materiali affidata però, ad un'altra impresa, e ciò ai fini di aggirare il limite fissato al 30 %.

²³ Vedi art. 170 D.P.R n. 207/2010.

²⁴ Il criterio di estensione della disciplina in esame non si considera, però, applicabile alla fattispecie di rilascio del certificato di esecuzione dei lavori, così come disciplinata dal D.P.R. n. 34/2000, allegato *d*. la *ratio* si riscontra nella necessità di non venir meno alla volontà del legislatore, in quanto si paventerebbe, in caso contrario, il rischio di qualificare un soggetto subappaltatore per prestazioni o lavorazioni che materialmente non ha mai effettuato.

appaltatore, ad essere oggetto del contratto di subappalto sarà solamente la fornitura di manodopera²⁵.

La condizione alla quale il subappalto di sola manodopera sarà, dunque, eseguito in rispetto della normativa, sussisterà nella effettiva facoltà in capo al subappaltatore di agire in piena autonomia non solo organizzativa ma anche imprenditoriale, tramite la direzione dell'attività dei dipendenti nonché l'assunzione del rischio d'impresa. Pertanto rimane lecita la fornitura di strumentari e mezzi d'opera da parte dell'appaltatore, purchè però vengano rispettate tali imprescindibili condizioni²⁶.

III. L'esecuzione del contratto di subappalto in assenza di apposita autorizzazione, oltre che rilevare sul profilo penale, e dunque pubblicistico, produce conseguenze di natura civilistica.

Il contratto concluso in violazione della disposizione di cui all'art. 21, summenzionato, difatti, è affetto da nullità conseguente a violazione di legge (di norma imperativa, nello specifico).

In conseguenza alla dichiarazione di invalidità del contratto, sorge in capo alla stazione appaltante la facoltà di risolvere il contratto con l'appaltatore, costituendo l'inosservanza della norma imperativa in esame grave violazione. La pubblica amministrazione, difatti, in seguito ad attenta valutazione e bilanciamento degli interessi in gioco, e dopo aver adempiuto all'onere di denuncia presso la giurisdizione penale, ben potrebbe decidere di avvalersi della possibilità di risoluzione contrattuale²⁷.

²⁵ In contrasto con quanto previsto dapprima con la l. n. 1369/2960 sul divieto di interposizione ed intermediazione delle prestazioni lavorative, poi con il D.lgs. n.276/2003, e che ha trovato conferma nei recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte di Cassazione.

²⁶ Cfr. TAR Brescia, sent. del 13/11/2008 n. 1627.

²⁷ Diretta conseguenza della risoluzione di un contratto, causa contrarietà a norme imperative, è la negata facoltà dell'appaltatore, che si sia avvalso di prestazioni illecite, di richiedere il pagamento delle stesse effettuate dal terzo. In questo senso si è espressa la Cass. con sent n. 11131/2003.

Mentre la disciplina interna concede un peso abbastanza rilevante all'autorizzazione di concessione in subappalto, il diritto europeo non solo non statuisce alcun obbligo in tal senso in capo alla stazione appaltante, ma non disciplina né fissa limiti di ordine qualitativo ovvero quantitativo relativi al rapporto di subappalto.

Una delle principali problematiche, altresì, che la disciplina relativa all'autorizzazione al subappalto presenta, concerne i tempi entro i quali tale sub-procedimento si snoda.

La legge, difatti, prevede che le stazioni appaltanti possano concedere l'affidamento dell'esecuzione di lavori ad un subappaltatore, entro quarantacinque giorni dalla data di ricezione delle informazioni prefettizie, ovvero immediatamente qualora ragioni di urgenza lo richiedano, prevedendo però una condizione risolutiva nell'ipotesi in cui i soggetti risultino destinatari di una misura di prevenzione.

Alla stazione appaltante è concesso un termine di trenta giorni, prorogabile per un periodo corrispondente ad altri trenta, per il rilascio della autorizzazione anzidetta, decorso inutilmente il quale opererà il regime giuridico de silenzio assenso. La proroga del termine assume notevole rilievo nell'ambito della disciplina, in quanto, qualora il termine di trenta giorni non fosse prorogabile, la disciplina del silenzio assenso dispiegherebbe i propri effetti, risultando così preclusa alla stazione appaltante la possibilità di venire a conoscenza di eventuali cause ostative, di cui all'art. 10 della legislazione antimafia. Tuttavia è orientamento comune in seno alla giurisprudenza quello che prevede che, qualora sia decorso il termine, e dunque operi la fattispecie di silenzio assenso, questo venga ulteriormente prorogato di quindici giorni, periodo utile alla stazione appaltante al fine di poter verificare che non sussistano i presupposti di applicabilità delle norme antimafia.

Perplessità sono sorte in seguito alla introduzione del comma 1 *bis* all'art. 46 del codice, il quale stabilisce la nullità di bandi di gare nei quali siano contenute

fattispecie che integrino cause di esclusione non espressamente disciplinate. La *ratio* della norma, la quale contiene evidentemente una clausola generale di chiusura che sancisce la nullità per tutte quelle fattispecie che si rivelino contrarie alla impostazione codicistica e normativa, più in generale, coincide con la volontà e l'esigenza di far convergere i divieti con la necessità di tutelare un interesse pubblico, evitando, pertanto, di predisporre dei divieti meramente formali e che sanciscano la nullità in ipotesi espressamente regolate.

In tema di subappalto, pertanto, gli obblighi imposti ai fini della validità dell'esecuzione di opere da parte di un subappaltatore, di cui all'art. 118, sono da considerare quali premesse ineliminabili al fine del rilascio di una autorizzazione da parte della stazione appaltante²⁸. Non dovrebbe, dunque, potersi verificare l'esclusione di un concorrente dalla gara per semplice omissione da parte delle imprese appaltatrici dei nominativi dei soggetti cui intendano affidare il subappalto dei lavori.

Nell'eventualità in cui si voglia privilegiare l'ottica della massima partecipazione alla gara, così come previsto dalla normativa europea, e volendo rimanere in una prospettiva puramente negoziale, qualora il subappaltante non possieda i requisiti richiesti, il contratto non sarebbe comunque da considerare nullo, non potendosi invocare vizi procedurali. Tuttavia il consiglio di Stato ha preferito prediligere un'ottica maggiormente garantista ai fini di fornire maggiore tutela in sede di parità di trattamento dei concorrenti.²⁹ Quest'ultima, difatti, rischierebbe di rilevare in secondo piano, qualora si consentisse alle imprese che intendano affidare parte dell'esecuzione dei lavori in subappalto di fornire comunicazione dei requisiti richiesti in un momento successivo.

Si correrebbe altresì il pericolo di eludere la normativa posta a tutela dell'evidenza pubblica, poiché il subappalto, potendo essere utilizzato quale espediente efficace ai fini dell'aggiramento della gara d'appalto, indurrebbe la pubblica

²⁸ Tale normativa, pertanto, non rileva ai fini della partecipazione alla gara, costituendo semplicemente un ostacolo per l'impresa aggiudicataria a poter usufruire del subappalto.

²⁹ Consiglio di Stato, Sez. V, Sent. 21/11/2012, n. 5900.

amministrazione ad effettuare ulteriori indagini, in fase successiva, volte a valutare e verificare che i soggetti risultino in possesso dei requisiti richiesti. Il rischio che l'amministrazione si trovi a concludere contratti con soggetti che potrebbero non essere qualificati andrebbe altresì a detrimento degli auspicati principi di speditezza ed economicità che dovrebbero caratterizzare tali procedure; un bilanciamento pertanto con il principio comunitario di massima partecipazione alla gara appare d'obbligo.

IV. Il rischio di corruzione è insito persino nel coordinamento tra le norme che disciplinano il subappalto e quelle che invece regolano l'istituto dell'avvalimento. Quest'ultimo, disciplinato all'art. 49 del Codice dei Contratti pubblici, consente una più ampia partecipazione dei soggetti alle gare d'appalto, in quanto concede ad un soggetto, il quale non possenga i requisiti specifici per poter presentare l'offerta, di avvalersi dell'ausilio di altri soggetti i quali, invece, ne siano titolari, e risultino pertanto idonei ai fini della partecipazione alla gara.

Anche in questo caso, il codice non si preoccupa di fornire una definizione dell'istituto, il quale però può essere ascritto al *genus*, disciplinato dal diritto civile, di contratto ad effetti obbligatori e di tipo consensuale, attraverso il quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mantenere gli specifici requisiti richiesti non solo nei confronti della stazione appaltante, ma anche verso l'impresa che di questi si avvale al fine di poter partecipare³⁰.

Come accade per la fattispecie di subappalto, qualora l'impresa intenda ricorrere all'istituto dell'avvalimento, ha l'onere di farne menzione nell'offerta; l'impresa avvalsa, a propria volta, deve adempiere alle opportune dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti all'art. 38 Cod. Appalti.

³⁰ L'impresa ausiliaria, pertanto, non costituisce terza parte del rapporto, consentendo invece la creazione di un soggetto avente caratteristiche ibride, e che risponde per intero. L'art. 49 in esame, difatti, disciplina una forma di responsabilità solidale tra le due imprese, nei confronti della stazione appaltante. L'impresa subappaltatrice, invece, è responsabile esclusivamente nei confronti di quella appaltatrice. Questo quanto ribadito altresì dall'Avcp nel parere n. 187/2012.

In materia di subappalto, l'istituto dell'avvalimento rileva in quanto lo stesso art. 49 del Codice prevede e disciplina l'ipotesi in cui l'impresa ausiliaria assuma le vesti di subappaltatore.

Il subappalto, così come disciplinato dal codice dei contratti, costituisce uno strumento di rilievo in tema di avvalimento, in quanto consente un perfezionamento del rapporto tra le imprese ai fini del possesso dei requisiti di idoneità richiesti per la partecipazione alla gara ovvero l'esecuzione dei lavori. Tuttavia, subappalto e avvalimento non possono considerarsi istituti coincidenti, e ciò risulta evidente anche dalla disciplina posta dal legislatore a tutela delle attività pubbliche da probabili infiltrazioni di tipo mafioso. Il contratto di subappalto, pertanto, nonostante le caratterizzazioni di tipo privatistico, assume una veste che presenta, inevitabilmente, connotati pubblicistici derivanti dal fatto che l'amministrazione sia parte del contratto principale cui esso inerisce.

In virtù del fatto che il subappalto, ex art. 49, possa costituire fondamento dell'istituto dell'avvalimento, occorre tentare di analizzare il rapporto tra loro intercorrente.

In proposito, il comma 10 del presente articolo, nel prevedere che l'impresa ausiliaria possa rivestire il ruolo di subappaltatore entro i limiti dei requisiti prestati, dà adito ad alcuni problemi interpretativi. Anzitutto pare che il limite maggiore per il subappaltatore consista nel fatto che le lavorazioni effettuate rispondano ai requisiti stabiliti nel contratto stipulato con l'impresa ausiliaria. La posizione di quest'ultima, inoltre, induce a dubitare sul reale interesse a concedere in prestito i propri requisiti, non potendo la stessa trarre vantaggio dalle prestazioni eseguite e risultando altresì responsabile in solido con l'impresa subappaltatrice³¹.

Qualora si consideri la circostanza che l'istituto dell'avvalimento sia di origine europea, potrebbe difatti rilevarsi come una eventuale illegittima limitazione allo stesso determini l'illegittimità di qualsiasi limitazione al contratto di appalto cui

³¹ Cfr. R. Mangani, *Avvalimento e subappalti*, in www.giustamm.it, 2007, 6.

inerisce. In tal modo alla fattispecie in esame non si considererebbero applicabili i limiti quantitativi del trenta per cento, fissati per il subappalto. Al contrario rimane operante il divieto di concedere esecuzioni di lavori in subaffidamento in mancanza di apposita autorizzazione da parte della stazione appaltante.

Per altro verso è bene sottolineare che i limiti di cui all'art. 118 cod. appalti si inseriscono nel contesto di una normativa che conferisce loro natura di ordine pubblico, ed in quanto tale penalmente sanzionata, il che li renderebbe non superabili tramite espedienti interpretativi di cui all'art. 49, comma 10, del codice³².

In realtà i due istituti, così come disciplinati, rilevarebbero in due fasi contrattuali ben distinte, in quanto l'avvalimento risulterebbe circoscritto ad una fase iniziale della gara, potendo invece l'impresa usufruire del subappalto durante la fase di esecuzione della procedura ad evidenza pubblica. Tuttavia la formulazione della norma non consente di relegare l'avvalimento in una specifica fase contrattuale, costituendo lo stesso una sorta di istituto aggregativo a maglie larghe e non circoscrivibile.

L'impresa ausiliaria assume, altresì, un ruolo differente nei confronti della pubblica amministrazione, rispetto a quello che svolge il subappaltatore, il quale è parte di un contratto di tipo derivato. La prima, difatti, nell'ambito dell'avvalimento si impegna non solo nei confronti del soggetto ausiliato, ma anche verso l'amministrazione committente. E se da un lato affinché l'appaltatore possa stipulare un contratto di subappalto è necessaria una previa autorizzazione da parte del committente, dall'altro l'istituto dell'avvalimento non lo prevede, essendo rimessa alla libera discrezionalità delle imprese la decisione di avvalersene o meno.

Differente è anche il regime che regola la responsabilità, in quanto in materia di subappalto l'impresa appaltatrice, in virtù del fatto che costituisce parte del

³² La tesi secondo la quale l'avvalimento costituirebbe una sorta di espediente con il quale dar vita ad un contratto di subappalto *sui generis* che possa giustificare il superamento dei limiti imposti dall'art. 118 e dunque una disapplicazione della disciplina in esame non appare condivisibile.

contratto pubblico, l'unica ad essere responsabile nei confronti della pubblica amministrazione; l'art. 49, al comma 4, invece disciplina una responsabilità di tipo solidale tra l'appaltatore e l'impresa ausiliaria verso la stazione appaltante. Pertanto, l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento in ambito di subappalto comporta che l'impresa ausiliaria che assuma il ruolo di subappaltatore si trovi a rispondere solidalmente, di eventuali inadempimenti, in concorso con l'impresa appaltatrice³³.

L'avvalimento mediante subappalto, difatti, ponendo le sue basi su un contratto di tipo derivato, che come tale ha ad oggetto parte di quello del contratto principale, consente una limitazione di responsabilità, per l'impresa ausiliaria che abbia assunto il ruolo di subappaltatore, alle sole prestazioni effettuate³⁴.

In sintesi, nonostante l'avvalimento sia un istituto che costituisce espressione del principio di massima apertura del mercato, la disciplina che lo prevede deve necessariamente essere coordinata (in modo tale da risultare coerente) con i principi di garanzia posti a fondamento della materia dei pubblici appalti. Pertanto, qualora esso tragga fondamento da un contratto di natura derivata, quale il subappalto, soggiacerà alla medesima normativa posta a tutela dell'ordine pubblico.

V. Quale fattispecie contrattuale che affonda le proprie radici in un settore di tipo privatistico, il subappalto presenta le caratteristiche proprie di un rapporto obbligatorio che, in quanto tale, viene regolato da norme di natura strettamente civilistica. È necessario pertanto che le parti adempiano a specifici obblighi imposti dalla normativa in esame.

³³ Alcune autorevoli voci in dottrina (R. Mangani) ritengono una responsabilità solidale in capo all'impresa avvalsa esclusivamente nei limiti dei requisiti prestati e delle lavorazioni effettuate in ambito di subappalto. Altri studiosi (R. Stendardi) sostengono che tale operazione di limitazione sia estremamente complessa, qualora ad essere oggetto del prestito siano requisiti immateriali.

³⁴ Lo stesso non vale qualora l'avvalimento presupponga un rapporto negoziale differente, nel qual caso non sarebbe consentita alcuna limitazione di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

Una volta che l'appaltatore abbia ottenuto l'autorizzazione ad affidare l'esecuzione dell'opera in subappalto, questi ha l'onere di presentare, in allegato alla copia autentica del contratto, una dichiarazione che attesti l'eventuale esistenza di uno dei presupposti di cui all'art. 2539 cod. civ., e qualora sussista una società, ovvero un raggruppamento temporaneo, o ancora un consorzio, è necessario che all'obbligo di presentare la dichiarazione in esame adempia ciascun soggetto che ne sia parte.

Trattandosi altresì di un contratto di lavoro, è previsto in capo all'affidatario l'onere di effettuare alcuni adempimenti, tra i quali quello di osservare la disciplina dei contratti collettivi, vigente per il settore ed il territorio nel quale le prestazioni siano svolte, che regola il trattamento economico e normativo dei rapporti di lavoro³⁵; ovvero quello di trasmettere alla stazione appaltante, prima che si dia avvio all'esecuzione dei lavori, la documentazione che attesti la regolare e previa denuncia agli enti previdenziali, assicurativi ed antinfortunistici ed una copia del piano di sicurezza³⁶.

Appaltatore e subappaltatore dovranno altresì preoccuparsi di far avere all'amministrazione delle copie della documentazione che certifichino gli avvenuti versamenti assicurativi, contributivi e previdenziali.

L'insieme dei predetti adempimenti, ai quali si sommano le previsioni di cui all'art. 118, comma 11, consente all'amministrazione di verificare non solo il corretto versamento contributivo, ma di avere altresì contezza del novero dei rapporti instaurati in sede di subappalto.

Ulteriori obblighi sono previsti in capo all'affidatario, e ciò al fine di evitare che questi possa trarre vantaggi dallo sfruttamento del lavoro, tramite un frazionamento smodato delle prestazioni. A tal fine egli ha l'onere di applicare i medesimi prezzi, così come prefissati in fase di aggiudicazione della gara, con un vincolo di decremento che non superi la soglia del venti per cento.

³⁵ Art. 118, comma 6, Codice Appalti.

³⁶ L'art. 118, comma 7, Cod. App. dispone che il piano di sicurezza venga messo a disposizione delle autorità competenti che siano preposte alle verifiche ispettive di controllo nei cantieri.

È inoltre disciplinata la sussistenza di una forma di responsabilità solidale tra l'affidatario ed il subappaltatore, per quanto concerne il rispetto della normativa posta a tutela del trattamento economico dei dipendenti. Di eventuali inadempimenti di cui si renda responsabile l'impresa subappaltatrice risponderà pertanto, in solido, l'appaltatore³⁷.

Ad aver introdotto il regime di responsabilità in solido è la legge n. 248/2006, attuativa del Decreto Bersani³⁸, la quale statuisce che gli importi dovuti a titolo di responsabilità solidale non possano superare l'ammontare del corrispettivo spettante al subappaltatore, e stabilisce una limitazione della stessa, nei confronti dell'appaltatore, qualora dalla documentazione esibita dal subappaltatore emerga l'effettivo versamento dei contributi.

Affinchè l'impresa appaltatrice possa rispondere in solido però, è necessario che sia parte in causa nel procedimento di riscossione, e pertanto che sia destinataria di atti di notifica da parte degli enti previdenziali.

L'appaltatore è altresì solidalmente responsabile con l'impresa ausiliaria, qualora egli decida di usufruire dell'istituto dell'avvalimento. Concorrente ed impresa ausiliaria, difatti, sono responsabili in solido delle prestazioni previste in sede contrattuale nei confronti della stazione appaltante; tale forma di responsabilità rileva però in sede di adempimento agli oneri contrattuali, e solo in un secondo momento in sede di risarcimento. L'esecuzione del contratto è comunque affidata all'impresa partecipante alla gara; quella ausiliaria, difatti, assume il ruolo di subappaltatore nei limiti, però, dei requisiti specifici di cui la prima si avvale.

Se da una parte sono chiare ed evidenti le ragioni che spingono l'impresa appaltatrice ad avvalersi di quella ausiliaria, dall'altra sono sorti dei dubbi in seno

³⁷ Ci si è chiesti in seno a dottrina e giurisprudenza se il fatto che l'appaltatore sia responsabile in solido per inadempienze imputabili all'impresa subappaltatrice non rischi di rivelarsi eccessivamente oneroso. Tuttavia, un sistema di controlli sufficientemente rigido ed una responsabilità in solido dei soggetti nei confronti dell'amministrazione, sembrano rispondere perfettamente alla ratio cui è improntata la disciplina, ovvero quella garantire che i pubblici appalti siano eseguiti nel rispetto della legge e secondo le regole di massima trasparenza delle operazioni.

³⁸ Ed ha subito recenti modifiche dal d.l. n. 83/2012, all'art. 13-ter.

alla dottrina circa l'interesse che spinga quest'ultima a cedere in prestito i propri requisiti e che possa giustificare l'onere di sottoporsi ad un regime di responsabilità di tipo solidale.

La previsione di cui all'art. 49, comma 10, inoltre, parrebbe contrastare con la disciplina dei limiti quantitativi, stabiliti al fine di evitare una sostanziale sostituzione del soggetto aggiudicatario della gara con un altro. Il comma 10, difatti, non fissando limiti precisi, potrebbe acconsentire ad un eventuale superamento degli stessi e di fatto frustrare il dettato normativo di cui all'art. 118. Per ciò che concerne invece il tema della qualificazione, sembrerebbe, ad una prima lettura, che solamente il subappaltatore riceva un certificato che attesti la regolare esecuzione dei lavori e che qualora di fatto il subappalto venga concesso in sede di avvalimento, tale certificato debba essere rilasciato esclusivamente all'impresa appaltatrice.

Il contratto di subappalto, in ultima analisi, comporta, una forma di traslazione concernente alcuni obblighi posti a capo dell'appaltatore.

L'impresa appaltatrice, dal momento che esegue le prestazioni oggetto del contratto con organizzazione propria ed assumendo su di sé il rischio d'impresa, dovrebbe considerarsi l'unico soggetto responsabile di eventuali inosservanze e danni cagionati in violazione della normativa penale in sede di esecuzione del contratto. Tuttavia, qualora essa ricorra e stipuli un contratto di subappalto con un altro soggetto, si ritroverà a dover rispondere, oltre che solidalmente dell'osservanza delle norme precedentemente esposte in materia lavoristica, anche nei confronti di terzi soggetti, ma solamente, in quest'ultimo caso, nell'eventualità che abbia esercitato una inframmettenza talmente capillare ed estesa nell'esecuzione delle prestazioni del subappaltatore, da averlo reso un semplice esecutore³⁹.

³⁹ G. Modafferi, *Soluzioni comunitarie alle patologie degli appalti pubblici*, in *Diritto dell'economia*, Giappichelli Editore, Torino, 2008.