

Globalizzare i subappalti

Silvio Boccalatte

L'inadeguatezza delle infrastrutture in Italia è quasi un luogo comune. È una realtà sotto gli occhi di tutti, individui e imprese. Soprattutto, è evidente a chiunque la lunghezza interminabile della loro realizzazione. Mentre si discute per anni sul tracciato della TAV, si medita per decenni sul terzo valico tra Genova con Milano e la realizzazione della Salerno-Reggio Calabria sembra più complessa di un viaggio sulla luna, i nostri vicini organizzano sistemi di trasporto dotati di tale efficienza da condurre al paradosso per cui la merce sbarcata a Rotterdam giunge più velocemente a Milano rispetto a quella sbarcata a Genova. Senza entrare nel merito della bontà delle singole opere, è quanto meno singolare che esse non vengano realizzate non già in virtù di ragioni oggettive, ma semplicemente per la zavorra del "sistema paese".

Le cause che hanno condotto a questa sostanziale paralisi sono indubbiamente complesse e non è certo il luogo per approfondirle. In questa sede ci si vuole occupare, piuttosto, di un aspetto specifico: i limiti ai subappalti pubblici.

Nel vigente Codice dei Contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006) il subappalto è dettagliatamente disciplinato dall'art. 118, il quale stabilisce vincoli massimi alle quote subappaltabili, ma anche precisi oneri procedurali che l'affidatario deve rispettare (tra cui i massimi ribassi sui prezzi praticabili al subappaltatore), nonché il divieto di ulteriori subappalti. Per completezza e per far comprendere la notevole complessità della disciplina in materia di subappalto, il testo integrale dell'art. 118 del D.Lgs. 163/2006 è riportato in Appendice.

Vincoli e limitazioni hanno ragioni pratiche e teoriche piuttosto evidenti e parzialmente comprensibili: in primo luogo, è necessario che i subappalti non divengano strumenti per eludere la disciplina dettata dai capitolati, né per escludere l'applicazione delle norme in materia di sicurezza o della disciplina in materia di lavoro; secondariamente, è essenziale che i subappalti non costituiscano altrettanti "cavalli di Troia" attraverso i quali imprese legate al mondo della criminalità organizzata possano appropriarsi di denaro pubblico o possano, addirittura, riciclare i proventi di attività illecite. In terzo luogo, sovente gli appalti pubblici sono relativi ad opere particolarmente complesse, di valore ed entità anche molto ingenti: è dunque evidente che l'esigenza del coordinamento dei lavori e dell'identificazione di un centro unitario d'imputazione della responsabilità nell'esecuzione dei manufatti costituisca una necessità primaria per il committente pubblico.

Tutti questi elementi spiegano una normativa ricca di paletti, ma, al contempo la irrigidiscono oltremodo. Talvolta essa può addirittura trasformarsi in un onere sproporzionato gravante sulle imprese, in grado di scoraggiare alcune

Silvio Boccalatte è avvocato e Fellow dell'Istituto Bruno Leoni

di stesse dal sottoporre offerte nella gara d'appalto o di aumentare il costo di un'opera pubblica, oppure, infine, tale da riverberare negativamente sulla qualità delle realizzazioni.

Ciò perché costituisce subappalto la delegazione, a ogni titolo, di una lavorazione da parte dell'impresa appaltatrice a favore di un altro soggetto formalmente distinto, sostanzialmente senza eccezioni. In altri termini: si configura un subappalto anche se il delegatario sia un'entità giuridica integralmente controllata dall'appaltatore, formalmente distinta, ma fattualmente equiparabile ad una sua articolazione. Ipotesi di questo tipo si verificano con notevole frequenza nelle grandi realtà societarie, difficilmente gestibili tramite strutture strettamente unitarie e piramidali: le società di caratura sovranazionale, specificamente, tendono a creare "società-filiali" di diritto interno in ogni Paese in cui operano, le cui quote/azioni sono interamente di proprietà della società capofila avente sede all'estero.

Ora, la normativa in oggetto si applica comunque a simili fattispecie, sebbene le esigenze sottostanti alla disciplina dei subappalti siano del tutto assenti perché tra appaltatore e "subappaltatore" vi è totale identità. In altri termini, quindi: permangono i fattori di rigidità pur in assenza dei motivi che li giustificano.

Le conseguenze, come già accennato, sono tali da falsare il gioco della concorrenza: di fatto vengono favorite le imprese più piccole, che riescono a strutturarsi senza far ricorso alla creazione di entità giuridiche formalmente separate, mentre le imprese di ingenti dimensioni si trovano spesso nell'impossibilità di dispiegare le tecniche di organizzazione del lavoro che permettono loro di sviluppare economie di scala e fornire servizi di qualità comparativamente più elevata.

Paradossalmente, ciò comporta che con maggiore difficoltà si riescano ad individuare appaltatori dimensionalmente adeguati a realizzare opere o fornire servizi pubblici su larga o larghissima scala, peraltro erigendo una barriera protezionistica di non facile individuazione (e rimozione). La conseguenza ultima di questa situazione è la lesione della qualità e della velocità di completamento degli appalti pubblici e la scarsa apertura degli appalti pubblici italiani alla realtà internazionale.

Eppure l'eliminazione della problematica pocanzi enucleata non è certo un'operazione complessa: in questa sede si propone, allora, di novellare l'art. 118 del Codice dei Contratti Pubblici specificando che l'affidamento della lavorazione o del servizio (o di parte di essi) a soggetti giuridicamente distinti dall'impresa appaltatrice, ma da essa interamente posseduti, non costituisce subappalto. Resta inteso che tale "sub-affidamento" non possa in alcun caso divenire uno strumento per eludere la normativa italiana in materia di requisiti per partecipare alle gare d'appalto, né evitare l'applicazione della disciplina giuslavoristica, della legislazione in materia di sicurezza, degli standard quantitativi e qualitativi dettati dal capitolato d'appalto, nonché dei profili generali di responsabilità statuiti dal codice civile e dal codice penale.

La riconducibilità dei rapporti tra appaltatore e sub affidatario alla sfera di esenzione dalla categoria del subappalto dovrebbe essere debitamente documentata tramite l'esibizione dei libri sociali, ma, nei casi più semplici, potrebbe anche essere direttamente autocertificata. Il committente pubblico dovrebbe avere il diritto di chiedere l'integrazione della documentazione (o la verifica dell'autocertificazione) entro un lasso di tempo predeterminato: trascorso detto termine senza una motivata opposizione (contro la quale dovrebbe essere possibile ricorrere al TAR) dovrebbe ritenersi automaticamente concesso il nulla osta al sub-affidamento.

Con poche righe di novella legislativa si renderebbe appetibile a molti operatori internazionali il mercato degli appalti pubblici italiani, permettendo che imprese di dimensioni più ampie e più efficienti si aggiudichino le commesse pubbliche fornendo servizi e realizzando opere di qualità più elevata e a prezzi più contenuti.

Appendice. L'art.118 D.Lgs. 163/2006

Art. 118. *Subappalto, attività che non costituiscono subappalto e tutela del lavoro.*

1. *I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice sono tenuti ad 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 nell'articolo 116.*

2. *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. Tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo. Per i lavori, per quanto riguarda la categoria prevalente, con il regolamento, è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al trenta per cento. Per i servizi e le forniture, tale quota è riferita all'importo complessivo del contratto. L'affidamento in subappalto o in cottimo è sottoposto alle 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; 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; 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; 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.*

3. *Nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli 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. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. 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.*

4. *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. L'affidatario corrisponde gli oneri della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della*

presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

5. Per i lavori, nei cartelli esposti all'esterno del cantiere devono essere indicati anche i nominativi di tutte le imprese subappaltatrici, nonché i dati di cui al comma 2, n. 3).

6. 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; è, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto. 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 cui al comma 7. 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 documento unico di regolarità contributiva.

6-bis. Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare, il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori è verificata dalla Cassa Edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali.

7. I piani di sicurezza di cui all'articolo 131 sono messi a disposizione delle autorità competenti preposte alle verifiche ispettive di controllo dei cantieri. L'affidatario 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 piano presentato dall'affidatario. Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o di consorzio, detto obbligo incombe al mandatario. Il direttore tecnico di cantiere è responsabile del rispetto del piano da parte di tutte le imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori.

8. L'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile 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. La stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione entro trenta giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi. Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa. 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.

9. L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto.

10. Le disposizioni dei commi 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 si applicano anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili, nonché alle associazioni in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni

assunte in appalto; si applicano altresì alle concessioni per la realizzazione di opere pubbliche e agli affidamenti con procedura negoziata.

11. *Ai fini del presente articolo 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. Il subappaltatore non può subappaltare a sua volta le prestazioni salvo che per la 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 o il montaggio, può avvalersi di imprese di propria fiducia per le quali non sussista alcuno dei divieti di cui al comma 2, numero 4). È fatto obbligo all'affidatario di comunicare alla stazione appaltante, per tutti i sub-contratti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati.*

12. *Ai fini dell'applicazione dei commi precedenti, le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto: a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi; b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici.*

IBL Focus

CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.