Determinazione n. 6/2003 del 27/2/2003

Oggetto: IL CONSIGLIO "Sub-affidamenti non qualificabili come subappalti, ai sensi dell'art.18, comma 12, della legge 19 marzo 1990, n. 55 - Facolta' di controllo esercitabili dalla stazione appaltante".

Considerato in fatto

Ad opera di diverse Amministrazioni sono pervenute a questa Autorita' numerose richieste di parere, incentrate sulla disciplina e sugli adempimenti che le stazioni appaltanti devono adottare in relazione agli affidamenti di sub-contratti che non possano classificarsi come subappalti, nell'accezione fornita dall'art. 18, comma 12, della legge 19 marzo 1990, n. 55 come modificato dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 e dalla legge 1 agosto 2002, n. 166.

Su tale aspetto anche l'ANCE il 14 febbraio 2003 ha inviato una nota. In particolare ha richiesto un chiarimento sull'ultimo periodo del punto N) della determinazione 16 ottobre 2002, n. 27 che a suo parere si presta ad una interpretazione errata. Puo', infatti, ritenersi che sono da considerarsi *contratti similari* anche quelli di importo inferiore al 2% del contratto o a 100.000 euro e cio' in contrasto con l'articolo 18, comma 12, della legge n. 55/90 e s. m.

Gli interrogativi prospettati concernono sostanzialmente le seguenti problematiche principali:

1) facolta' di controllo che possono e/o devono essere attribuite alla stazione appaltante in materia di sub-affidamenti non soggetti a regime autorizzatorio;

2) ricadute sulla gestione operativa dell'appalto (*ad esempio, in materia di piani di sicurezza e di rispetto degli obblighi previdenziali ed assistenziali*), conseguenti al ricorso - da parte dell'aggiudicatario - a ripetuti sub-contratti non qualificabili come subappalti.

Le incertezze rappresentate riguardano, ad esempio, l'esistenza di un limite numerico o economico nel ricorso a tali affidamenti, la documentazione che la stazione appaltante deve acquisire ed i controlli che deve operare, la necessita' di una precisa corrispondenza tra l'oggetto del sub-contratto e le lavorazioni riportate nel computo metrico, gli effetti delle possibili interferenze tra soggetti appartenenti a distinte realta' imprenditoriali (*non contemplate in sede di redazione del piano di sicurezza e coordinamento o del piano operativo presentato dall'aggiudicatario nei termini di cui all'art.31 della legge 14 febbraio 1994 e s. m.*).

Considerato che i quesiti prospettati concernono problematiche di carattere generale e che - in materia di subappalto - l'art.7, comma 3 della legge n. 166/02 ha variato l'art.18, comma 9 della legge n. 55/90 e s. m., si ritiene opportuno un intervento chiarificatore da parte di questa Autorita', richiamando peraltro alcuni dei precedenti avvisi contenuti nelle determinazioni del 22 maggio 2001 n. 12 e del 16 ottobre 2002 n. 27.

Considerato in diritto

Prima di esaminare la portata delle variazioni introdotte dalla legge n.166/02, appare opportuno richiamare il contenuto dell'art.18, comma 12, della legge n. 55/90 e s. m., laddove si chiarisce che *"ai fini del presente articolo e' considerato subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attivita' 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 dei lavori affidati o di importo superiore a 100.000 ECu e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare"*.

A questa disposizione si e' ricollegato l'art.141, comma 5, del d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, per precisare che *"le attivita' ovunque espletate ai sensi dell'articolo 18, comma 12, della legge 19 marzo 1990, n. 55, sono quelle poste in essere nel cantiere cui si riferisce l'appalto"*.

Il testo del suddetto comma 12 si e' tuttavia prestato alla seguente duplice interpretazione, per quanto concerne l'estensione dell'ambito applicativo:

1) **qualsiasi sub-affidamento** di valore contenuto entro le soglie (*percentuali o in valore assoluto*) indicate dalla legge n. 55/90 e s. m. non va considerato subappalto e non e' quindi sottoposto al regime di autorizzazione;

2) **i soli sub-affidamenti relativi a prestazioni non qualificabili come lavori** sono sottratti alla disciplina che regola il subappalto, purché di incidenza inferiore alle predette soglie.

Nella prima delle due interpretazioni - che e' risultata in questi anni ampiamente condivisa dalle stazioni appaltanti e dalle imprese appaltatrici - tutti i sub-contratti per i quali non sussisteva la concorrenza delle condizioni anzidette erano svincolati dalla disciplina autorizzatoria del subappalto,

descritta nell'art.18, commi 3, 4, 6, 7, 8 e 9 della legge n. 55/90 e s. m., risultando unicamente necessario l'obbligo di comunicazione alla stazione appaltante, ai sensi dell'ultimo periodo del comma 12 del predetto articolo.

Riferendosi invece alla seconda interpretazione, va richiamato qui quanto già affermato da questa Autorità nella determinazione n. 12/2001, laddove si specificava che mentre i commi da uno ad undici ed i commi tredici e quattordici dell'art.18 della legge n. 55/90 e s. m. *"contengono le disposizioni da applicarsi per il **subappalto delle prestazioni che sono qualificate come lavori**"* , il comma dodici *"opera una definizione legale del subappalto"*, estendendo le garanzie previste per i lavori a quei *"**sub-contratti relativi a prestazioni che non sono lavori ma prevedono l'impiego di mano d'opera, come quelli di fornitura con posa in opera e di nolo a caldo**"* , nel caso in cui tali sub-contratti avessero assunto un'incidenza percentuale superiore a quella precisata nella norma ed un costo della mano d'opera, espletata in cantiere, superiore al 50% dell'importo del sub-contratto.

Come appare evidente, fra le due interpretazioni possibili della norma in questione vi era spazio per una divergenza sostanziale, concernente l'estensione (*o meno*) della disciplina autorizzatoria al singolo subappalto di lavori, se di importo complessivo non superiore alle soglie percentuali indicate dalla legge.

A fronte di questo possibile duplice quadro interpretativo, con l'entrata in vigore della legge n. 166/02 - pubblicata sul supplemento ordinario alla G.u. n.181 del 3 agosto 2002 - e' intervenuta una significativa innovazione nella suddetta materia, stante il tenore dell'art.7, comma 3, che introduce una variazione all'art.18, comma 9 della legge n. 55/90 e s. m., sotto forma di aggiunta del seguente periodo: *"Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo dei lavori affidato o di importo inferiore a 100.00 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà"*.

Va inoltre aggiunto che tale variazione non e' stata accompagnata da alcuna modifica del successivo comma 12 del medesimo art.18, il quale sottrae alla definizione stessa di subappalto (e quindi al regime di autorizzazione) *"qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo"* , purché di incidenza non superiore al 2 % dell'importo dei lavori affidati o - in valore assoluto - a 100.000 euro, oppure, qualora di incidenza superiore a tali soglie, il peso della mano d'opera sia non superiore al 50% dell'importo totale del contratto.

Prescindendo dal congetturare eventuali antitesi contenute nel testo di legge o dall'invocare l'implicita abrogazione di una norma precedente, resa incompatibile per effetto di quella sopravvenuta, deve invece trarsi dalle considerazioni esposte un convincimento rafforzato circa la validità di quanto ritenuto nella citata determinazione n. 12/2001, che e' stato poi ulteriormente ribadito al punto N) della recente determinazione n. 27/2002, recante *"Prime indicazioni sulla applicazione della legge 1 agosto 2002 n.166"*.

In quest'ultima pronuncia - rispondendo ad un quesito circa il rapporto fra i commi 9 e 12 della legge n. 55/90 e s. m., per effetto della disposizione inserita dall'art.7, comma 3, della legge n. 166/02 - e' stato ribadito che il comma 12 riguarda i cosiddetti *contratti similari (cioè quei sub-affidamenti relativi a prestazioni che non sono lavori ma prevedono l'impiego di mano d'opera, come nel caso della fornitura con posa in opera e dei noli a caldo)* , in relazione ai quali vengono stabilite le soglie economiche per considerarli equiparati ai subappalti di lavori ed assoggettarli - conseguentemente - alla medesima disciplina.

Si e' affermato perciò che *"la nuova disciplina riguarda esclusivamente il subappalto o i cottimi relativi alle prestazioni da qualificarsi come lavori e, quindi, nessuna variazione e' stata apportata alle disposizioni in materia dei cosiddetti **contratti similari**"* .

In definitiva, per effetto dell'innovazione introdotta dal legislatore, l'unica interpretazione logica della norma in questione porta a ritenere - oltre ogni ragionevole dubbio - che devono essere soggetti al regime di autorizzazione tutti i subappalti di lavori, senza alcun discrimine in ordine all'entità percentuale dell'importo o della manodopera, se non inteso come circoscritto all'abbreviazione dei tempi connessi agli adempimenti di competenza della stazione appaltante.

Viceversa, stando all'interpretazione alternativa secondo cui - al di sotto di certi limiti economici - l'esecuzione di qualsivoglia subappalto viene sottratta alla preventiva autorizzazione, risulterebbero ancora più fondate quelle perplessità, frequentemente espresse in autorevoli commenti, circa il concreto rischio di elusione della norma, ottenuto attraverso il ricorso ad artificiosi frazionamenti.

In base alle suddette considerazioni l'ultimo periodo del punto N) della determinazione n. 27/2002 va interpretato nel senso che incidono sul 30% dell'importo della categoria prevalente subappaltabile i lavori ancorché di importo inferiore al 2% del contratto o a 100.000 euro nonché i sub-affidamenti definiti *contratti similari* , cioè quelli di fornitura e posa in opera e quelli di nolo a caldo di importo superiore al 2% o - in valore assoluto - a 100.000 euro, e per i quali il costo della mano d'opera, espletata in cantiere, sia superiore al 50% dell'importo del sub-affidamento.

Se quindi appare oramai indubbio che tutti i subappalti di lavori vadano preventivamente autorizzati, resta da chiarire quali siano le facoltà di controllo che la stazione appaltante ha titolo ad esercitare in relazione ai sub-affidamenti non qualificabili come subappalti a norma di legge.

Infatti, l'insussistenza dell'obbligo di autorizzazione preventiva non può ovviamente intendersi come assenza di qualsiasi regola e quindi di potestà di controllo da parte degli organi dell'amministrazione, poiché - pur mancando specifiche indicazioni normative - deve comunque essere assicurato il rispetto dei principi generali che regolamentano la materia, esistendo altresì specifici obblighi di legge in capo ai soggetti preposti alla conduzione dell'appalto, tali da configurare indirettamente dei limiti anche nel ricorso ai sub-contratti (*inerenti le forniture con posa in opera ed i noli a caldo*) non classificabili come subappalti.

In primo luogo, sebbene la legge vigente stabilisca che i singoli sub-affidamenti, purché di ammontare inferiore al 2% del contratto o a 100.000 euro o, qualora di importo superiore a tali soglie, il costo della mano d'opera espletata in cantiere sia inferiore al 50% dell'importo del sub-contratto, non sono equiparabili al subappalto (*e risultano quindi sottratti al regime di autorizzazione*), non è ammissibile che l'unico vincolo per l'impresa esecutrice resti ancorato a questi soli parametri e possa perciò tradursi in una frammentazione degli importi delle attività preventivate, con l'intento di mantenere sottosoglia i sub-contratti così frazionati ed eludere la configurazione dei medesimi obblighi normativi correlati al subappalto di lavori.

In secondo luogo, va considerato che sebbene l'imprenditore non sia obbligato al possesso di tutte le attrezzature necessarie per la realizzazione dell'opera a farsi, né possa essergli ordinariamente preclusa - ad esempio - la possibilità di avvalersi di un nolo a caldo (*anche nel caso in cui disponga del relativo mezzo d'opera, che però ritenga meno idoneo di altri ad eseguire la specifica lavorazione richiesta, ovvero nel caso in cui lo stesso mezzo sia utilizzato già in un altro cantiere*), sembra comunque legittimo riconoscere al responsabile del procedimento, ma soprattutto alla direzione dei lavori, nell'ambito delle funzioni ad essa assegnate dalla legge quadro e dal regolamento di attuazione (*vedasi, tra gli altri, gli artt. 123, 124, 125 e 126 del d.P.R. n. 554/1999*) il diritto di chiedere all'appaltatore le motivazioni - plausibili - del ricorso a tale procedura.

In particolare, qualora ci si avvalessimo più volte di un identico nolo a caldo nell'ambito dello stesso appalto e tale circostanza non fosse giustificata da fatti oggettivamente verificabili (*quali ad esempio la necessità di eseguire la relativa lavorazione in fasi temporali nettamente distinte - come da previsioni del cronoprogramma allegato al contratto - o l'intervenuta approvazione di una perizia di variante che reintroduce, in un momento diverso e non prevedibile all'atto della consegna dei lavori, le condizioni per l'ulteriore ricorso ad un nolo a caldo di cui l'appaltatore si sia già avvalso in precedenza*), , risulterebbe pienamente legittimo, se non addirittura doveroso, che l'amministrazione appaltante, attraverso i propri organi, richiedesse all'aggiudicatario di fornire adeguate motivazioni, accompagnate - se del caso - dalla produzione degli opportuni atti a corredo o dalla redazione di nuovi elaborati a modifica ed integrazione di quelli esistenti in precedenza.

Con riferimento alle altre questioni di *dettaglio operativo* prospettate nella richieste pervenute, risultano ugualmente calzanti le precedenti riflessioni in ordine alle responsabilità che la vigente normativa pone in capo alle amministrazioni appaltanti e, per esse, ai soggetti preposti alla conduzione dell'appalto, nei suoi molteplici aspetti.

Non è infatti ipotizzabile la fattispecie di un ufficio di direzione dei lavori impossibilitato ad esercitare i numerosi controlli che la legge gli assegna in ordine alla corretta esecuzione - quantitativa e qualitativa - dei lavori, al rispetto dei tempi preventivati, all'aggiornamento del cronoprogramma generale e particolareggiato, alla regolarità della documentazione che testimonia il rispetto degli obblighi nei confronti dei lavoratori presenti in cantiere.

Analogamente a quanto argomentato per la *direzione dei lavori*, non è pensabile la figura di un *coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione* che sia di fatto limitato nell'esercizio del delicato ruolo disegnato dal d.Lgs. 14 agosto 1996 n.494 e s.m., a causa della presenza di operatori diversi - per numero e per qualifica - da quelli previsti nel piano di sicurezza e coordinamento, il quale ultimo potrebbe a sua volta risentire, in misura variabile, dei mutamenti generati per effetto di scelte totalmente 'autonome' compiute dall'aggiudicatario.

Dalle considerazioni svolte segue che:

1) l'innovazione legislativa introdotta dall'art.7, comma 3, della legge 1 agosto 2002, n. 166, sotto forma del periodo aggiunto all'art.18, comma 9, della legge 19 marzo 1990, n. 55/90 e s. m., non comporta variazioni in materia di *contratti similari* i , riguardando esclusivamente i subappalti o i cottimi - relativi alle prestazioni da qualificarsi come lavori - di entità economica inferiore al 2% all'importo dei lavori affidati o, in assoluto, di importo inferiore a 100.000 euro;

2) per gli anzidetti subappalti o cottimi è previsto lo snellimento dell'attuale procedura di rilascio dell'autorizzazione, i cui tempi sono ridotti della metà; pertanto, al fine di assicurare il corretto esercizio del potere di controllo cautelare di cui le stazioni appaltanti sono investite, dovrà essere

rivolta particolare attenzione al rispetto dei termini suindicati, nella consapevolezza che il mancato rilascio entro la scadenza prevista dalla legge darà luogo al silenzio-assenso e che a ciò, in caso di mancanza dei requisiti da parte del sub-contraente e di dimostrata inerzia dell'amministrazione, corrisponderanno delle precise responsabilità soggettive, espressamente sanzionate dalla legge;

3) relativamente alle procedure d'appalto in corso di esecuzione, si deve ritenere, alla luce del costante orientamento giurisprudenziale, che il nuovo regime normativo trovi applicazione in tutti i casi per i quali non sia intervenuto il perfezionamento del contratto di subappalto, né si sia dato corso all'esecuzione delle relative opere.

4) per tutti i sub-affidamenti che non sono qualificabili subappalti ai sensi dell'art.18, comma 12, della legge 19 marzo 1990, n. 55 e s. m. (*cioè per i contratti similari, aventi ad oggetto prestazioni di fornitura con posa in opera e noli a caldo, qualora non superino le soglie del 2% del contratto o a 100.000 euro o, qualora superiore a tali soglie, il costo delle mano d'opera espletata in cantiere sia inferiore al 50% dell'importo del subcontratto*), pur in assenza di un obbligo di autorizzazione, deve comunque essere assicurato il rispetto dei principi generali che regolamentano la materia. Pertanto, va riconosciuto ai soggetti preposti alla conduzione dell'appalto (*responsabile unico del procedimento, direttore dei lavori, coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione*) il diritto-dovere di esercitare appieno il ruolo attribuito in forza di legge, con ciò potendo configurare - indirettamente - delle limitazioni nel ricorso agli anzidetti sub-affidamenti.