

Quesiti Osservatorio - Subappalto

[Torna all'indice dei quesiti](#)

QUESITO-2009-022-2996Z

Oggetto: obbligo pagamento diretto subappaltatore

Il comma 11 dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006, come sostituito dal D.Lgs. n. 152 del 2008, prevede che: <>. Se la categoria prevalente è superspecialistica, ferma restando la facoltà di subappalto nel limite massimo del 30%, il pagamento delle opere subappaltate deve essere effettuato direttamente al subappaltatore? Oppure, in ragione del dettato letterale del sopra citato comma 11 (<>), è obbligatorio osservare tale fattispecie solo nel caso in cui le opere superspecialistiche siano non di categoria prevalente? Può, quindi, la Stazione appaltante scegliere nel bando di gara, in caso di opera prevalente superspecialistica, di pagare l'affidatario in alternativa al pagamento diretto del subappaltatore?

RISPOSTA

Il comma 11 dell'art. 37, come novellato dal D. Lgs. 152/2008, attiene esclusivamente alle lavorazioni superspecialistiche non prevalenti, aventi un'incidenza superiore al 15% dell'ammontare complessivo dell'appalto (cd scorporabili). Per dette lavorazioni scorporabili superspecialistiche la norma introduce la possibilità di subappalto nei limiti del 30%, nonché, in deroga alla disciplina generale, l'obbligo della Stazione Appaltante di corrispondere direttamente all'eventuale subappaltatore l'importo delle prestazioni eseguite.

Per tutte le altre tipologie di subappalto, tra cui le lavorazioni rientranti nella categoria prevalente, anche se superspecialistiche, il pagamento diretto da parte della stazione appaltante non costituisce un obbligo, ma una mera possibilità rimessa alla scelta della stazione appaltante, da indicarsi già in sede di bando di gara (art. 118, comma 3 del D. Lgs. 163/2006).

QUESITO-2009-019-2973Z

Oggetto: quesiti diversi su subappalto su affidamento in project financing

In data 26/11/2007 è stato pubblicato il bando di gara per l'affidamento mediante project financing, della progettazione, realizzazione e gestione di una struttura residenziale per anziani. tale bando indicava la categoria prevalente OG1 per l'importo di € 6.281.000,00 e le categorie scorporabili OG11 per l'importo di € 2.037.000,00 e OS30 per l'importo di € 1.620.000,00. L'appalto è stato aggiudicato ad una ATI composta da 3 soggetti qualificati rispettivamente per le categorie OG1, OG11 e OS30, oltre che da altri soggetti qualificati per la gestione della struttura. Successivamente all'aggiudicazione è stata costituita la società di progetto in forma di S.r.l.. La società di progetto chiede ora all'amministrazione appaltante di poter subappaltare le lavorazioni corrispondenti alle categorie OG11 e OS30. Si pongono i seguenti quesiti: 1) Nel caso in oggetto, trattandosi di categorie di importo superiore al 15% dell'investimento, sussiste il divieto di subappalto di cui all'art. 37, co. 11

del D.Lgs. 163/2006 oppure, trattandosi di una società di progetto i cui soci sono qualificati per l'esecuzione di detti lavori è possibile il subappalto? 2) Nel caso in cui sussista il divieto di subappalto, si considera il testo dell'art. 37, co. 11 vigente alla data di pubblicazione del bando oppure quello vigente alla data odierna a seguito della modifica apportata dal D.Lgs. 152/2008? 3) Nel caso in cui sia possibile il subappalto, le categorie OG11 e OS30 possono essere totalmente subappaltate oppure nel limite del 30% di ciascuna categoria (vedasi anche determinazione Autorità di Vigilanza n. 25 del 20/12/2001)?

RISPOSTA

Va premesso che nel project financing occorre distinguere la figura del concessionario esecutore materiale dei lavori, dal concessionario che si impegna ad affidare a terzi le opere, tramite procedura ad evidenza pubblica. Nel primo caso, che pare rispondere al caso di specie, i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società ed a garantire, nei limiti per i quali si sono qualificati, l'esecuzione delle opere ed il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo.

Ciò posto, il "socio esecutore" è tenuto ad eseguire i lavori di competenza, fatta salva la possibilità di subappalto nei limiti previsti dalla normativa vigente, che, nel caso di specie, in base al principio del tempus regit actum, risulta essere il D. Lgs. 163/06 nel testo vigente al momento della pubblicazione del bando di gara.

Peraltro con riferimento alla subappaltabilità delle lavorazioni scorporabili poste a base di gara, si fa presente che il divieto di subappalto, di cui all'art. 37. c.11 del D. Lgs. 163/2006, si riferisce alle sole strutture, impianti ed opere speciali, individuate dal regolamento (attualmente art. 72, c. 4 del dpr 554/99), tra le quali non è compresa la categoria generale OG11. Pertanto, ove detta categoria sia stata individuata dal progettista come categoria unitaria, per essa non opera il divieto di subappalto e la stessa può essere interamente subappaltata, se detta volontà è stata indicata in sede di gara.

Diversa questione riguarda la categoria OS30, rientrante nelle categorie superspecialistiche di cui al citato art. 72 c.4, per la quale vige il divieto di subappalto ai sensi del richiamato art. 37 c.11 del D. Lgs. 163/06, nella versione antecedente alle modifiche apportate dal D. Lgs. 152/2008. Per l'eventuale applicazione delle indicazioni dell'Autorità, di cui alla determina 25/2001, si consiglia di far riferimento a quanto previsto nel bando.

QUESITO-2009-016-2949Z

Oggetto: imposta di bollo su contratto di subappalto

Questo ente pubblico economico chiede il deposito del contratto di subappalto (art. 118, comma 2/2 d.lgs 163/2006) e pretende che sia in regola con l'imposta sul bollo, che risulta dovuta fin dall'origine (art. 2 della Tariffa all. al DPR 642/1972), tenuto conto dell'obbligo imposto ai pubblici ufficiali ai sensi dell'art. 19 del medesimo DPR. Molte Imprese obiettano che nessun ente pubblico pretende la bollatura dei contratti di subappalto, tenuto conto che si tratta di accordo fra privati, dove l'ente pubblico non è parte. Si prega valutare la correttezza del comportamento di questo ente.

RISPOSTA

La questione posta, che attiene alla materia delle imposte indirette, non rientra nella competenza di questo servizio. Si consiglia, vista la peculiarità dell'argomento e la molteplicità delle fonti normative correlate al DPR 642/1972, di sottoporre la questione ai competenti uffici dell'Agenzia delle Entrate.

QUESITO-2009-006-2914B

Oggetto: verifica negativa requisiti autocertificati

In esito ad un caso di specie accaduto nel corso di autorizzazione di un subappalto, con la presente si è a chiedere il Vostro contributo in merito alle azioni da svolgersi sul caso di seguito narrato. In particolare, dopo aver autorizzato un subappalto per l'importo complessivo di € 28.000,00.= su un importo dei lavori di € 486.863,20.= sulla base dei requisiti dimostrati e/o autocertificati dell'impresa subappaltatrice, a 41 giorni dalla richiesta a mezzo fax dall'Agenzia delle Entrate attestava la mancanza dei requisiti previsti dall'art. 38 comma 1° lett. g) del d.lgs. n. 163/2006 che la stessa ditta aveva autocertificato ai sensi dell'art. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000. Quest'ufficio ha pertanto immediatamente e formalmente disposto la revoca dell'autorizzazione del subappalto, la sospensione della ditta dal cantiere e richiesto, ancora formalmente, chiarimenti alle ditte appaltatrice e subappaltatrice. Alla luce di quanto sopra esposto si è a chiedere se vi siano altre azioni da intraprendere nei confronti delle ditte coinvolte.

RISPOSTA

La fattispecie prospettata nel quesito ricade in primo luogo, come indicato, nell'ambito di applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. g) dell'art. 38 del codice dei contratti, per cui non possono essere affidatari di subappalti, né possono stipulare i relativi contratti i soggetti che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti.

Ciò posto e fatti i debiti approfondimenti, per quanto riguarda le eventuali azioni da intraprendere nei confronti del subappaltatore in aggiunta al provvedimento di autotutela assunto dalla stazione appaltante, si ricorda che le false dichiarazioni rese in sede di partecipazione alle gare assumono rilevanza penale e inoltre costituiscono autonoma causa di esclusione dalla partecipazione a gare successive nei termini previsti dal medesimo art. 38, comma 1, lett. h).

In proposito, si richiama l'attenzione sulla necessità di verificare se sussistono i presupposti per adempiere agli obblighi di comunicazione all'Autorità di vigilanza ai fini dell'iscrizione nel Casellario informatico, alla luce delle indicazioni fornite nella determinazione n. 1 del 10 gennaio 2008.

QUESITO-2008-061-2796C

Oggetto: ATI, sottoscrizione contratto di subappalto

L'appaltatore, costituito da due imprese riunite in a.t.i. di tipo verticale, intende ricorrere al subappalto di lavorazioni afferenti alla categoria di lavoro scorporabile. Per l'appaltatore, il relativo contratto di subappalto deve essere firmato dalla ditta capogruppo o dalla mandante?

RISPOSTA

L'associazione temporanea di imprese si fonda sull'istituto civilistico del "mandato" di cui all'art. 1703 c. c., che è quel contratto con il quale una parte (mandataria) si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra (o delle altre) parte/i (mandante/).

I concorrenti riuniti in a. t. i. per partecipare ai pubblici appalti conferiscono con unico atto un mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, detta mandataria.

In forza dell'art. 37, c. 16 d. lgs. 163/2006, all'impresa mandataria spetta la rappresentanza esclusiva dei mandanti nei confronti della stazione appaltante "per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto...".

Pertanto è il mandatario a stipulare il contratto d'appalto con la stazione appaltante e a formulare l'istanza di autorizzazione al subappalto: conseguentemente sarà lo stesso mandatario a sottoscrivere il contratto di subappalto con l'impresa subappaltatrice.

QUESITO-2008-056-2785Z

Oggetto: nolo o subappalto?

Un'Impresa, aggiudicataria ed esecutrice dei lavori di manutenzione straordinaria di alcuni tratti di Strade Provinciali, acquista il conglomerato bituminoso da una Ditta di produzione la quale provvede a consegnarlo con i propri mezzi in cantiere (la stesa del suddetto materiale invece viene effettuata dall'Impresa appaltatrice). Con la presente chiedo cortesemente a codesto Servizio: 1) come deve essere configurata questa attività (nolo, sub-contratto)? 2) deve essere autorizzata dalla Stazione Appaltante, anche se l'importo dei lavori è inferiore alla soglia indicata dall'art. 18, comma 12 della Legge n. 55/1990?

RISPOSTA

Va premesso che l'attuale normativa di riferimento è l'art. 118 del D. Lgs. 163/2006, che riproduce sostanzialmente l'art. 18 della Legge 55/90. In base a detta normativa e secondo i più recenti orientamenti giurisprudenziali, occorre distinguere tra:

contratti di subappalto in senso stretto (intesi come contratti derivati con cui l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione, in tutto od in parte, dell'opera da esso assunta) sottoposti sempre all'obbligo autorizzativo;

altri subcontratti (sub forniture, forniture con posa in opera e noli a caldo) assoggettati alla medesima disciplina autorizzatoria del subappalto esclusivamente se ricorrono i presupposti del comma 11 del citato art. 118 (costo della manodopera incidente più del 50% e importo singolarmente superiore al 2% dell'importo contrattuale affidato o a 100.000 €).

Ciò premesso la fattispecie esposta nel quesito (in quanto limitata all'acquisto di conglomerato bituminoso presso la ditta di produzione, che provvede con propri mezzi a trasportarlo in cantiere) si configura come sub contratto di fornitura, non sottoposto ad autorizzazione, bensì al solo obbligo dell'appaltatore di comunicazione alla stazione appaltante ai sensi del c. 11, ult. periodo, del citato art. 118. Nel caso invece si fosse in presenza di fornitura con posa in opera di conglomerato bituminoso, gli orientamenti recenti propendono per far prevalere gli aspetti attinenti all'appalto di lavori pubblici,

facendo ricadere conseguentemente l'attività nell'ambito dei subappalti soggetti ad autorizzazione. (Vedasi deliberazione del Consiglio Autorità di Vigilanza n. 35/2008)

QUESITO-2008-051-2761B

Oggetto: installazione pareti in lego, subaffidamento e suappalto?

L'impresa appaltatrice dei lavori di costruzione di un edificio scolastico a basso impatto energetico ha comunicato che procederà alla installazione delle strutture in legno (nel caso specifico pareti) con il proprio personale, che però sarà coadiuvato da personale di altra ditta. Si presume che tale altra ditta fornisca solo prestazioni di manodopera. Si chiede se l'intervento di tale altra ditta sia da qualificarsi come subappalto o come subaffidamento (in questo ultimo caso sempre che sussistano i presupposti dell'importo del contratto inferiore al 2% e l'importo della manodopera non superiore al 50%). La ditta appaltatrice lo ritiene un subaffidamento ma noi nutriamo dei seri dubbi.

RISPOSTA

Per l'esatta qualificazione dei "subcontratti" affidati dall'appaltatore, occorre tenere conto dei seguenti criteri, desumibili dalla vigente legislazione in materia di appalti pubblici e di occupazione e mercato del lavoro.

In primo luogo, va chiarito che le somministrazioni di sola manodopera non ricadono nell'ambito di applicazione del regime vincolistico di cui all'art. 118 del D.Lgs. 163/2006. La normativa di riferimento è difatti rinvenibile nel D.Lgs. 276/2003 che pone tassativamente i requisiti soggettivi ed oggettivi per le mere prestazioni di manodopera; si rammenta in proposito che le prestazioni somministrate in assenza dei prescritti requisiti sono punite come reato.

Appare pertanto nella fattispecie necessario appurare l'esatto contenuto delle prestazioni oggetto del "subcontratto".

Quando i subcontratti includono, accanto a prestazioni di manodopera, prestazioni di altra natura, per identificare il regime normativo applicabile, occorre a sua volta distinguere tra:

subappalti e cottimi, per i quali l'autorizzazione è sempre necessaria, anche quando il loro valore è inferiore al 2% dell'importo dei lavori oggetto dell'appalto o inferiore a 100.000,00 euro e l'incidenza della manodopera è inferiore al 50%; a tale evenienza, difatti, l'art. 118, comma 8, ricollega la riduzione alla metà dei termini di rilascio dell'autorizzazione;

subcontratti "assimilati", per i quali l'autorizzazione è necessaria solo se ricorrono i presupposti indicati al punto precedente. In assenza delle predette condizioni, si applica la prescrizione dell'art. 118, comma 11, ultimo periodo, che pone a carico dell'appaltatore l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante il nome del sub-contraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati.

QUESITO-2008-044-2723M

Oggetto: fatture quietanzate di un sal non ancora incassato

In un contratto di subappalto i termini di pagamento al subappaltatore sono a 60 gg. Nel frattempo viene a maturarsi un ulteriore stato di avanzamento. Come previsto all'art. 118

comma 3 del D.lgs. n. 163/06 la stazione appaltante deve sospendere il successivo pagamento a favore degli affidatari se questi non trasmettono la fattura quietanziata, ma in base al contratto di subappalto l'appaltatore ha tempo 60gg per pagare il subappaltatore. Come può essere risolto il problema? Anche perché l'appaltatore vuole mantenere il termine di 60gg a garanzia dei lavori svolti considerato che l'impresa subappaltatrice non è obbligata a presentare alcuna polizza

RISPOSTA

La previsione normativa di cui all' art. 118, comma 3, D.lgs. 163/2006, secondo cui l'appaltatore deve trasmettere copia delle fatture quietanzate alla S.A. entro 20gg. dalla data di ciascun pagamento effettuato nei suoi confronti, ha come ratio quella di dare certezza alla S.A. dell'avvenuto pagamento in favore del subappaltatore. Considerato che il contratto di subappalto assegna all'appaltatore principale un termine di 60gg. per pagare il subappaltatore (termine conosciuto dalla S.A. e da essa acconsentito nel momento in cui ha autorizzato il subappalto), la mancata trasmissione delle fatture quietanzate nei termini di cui al D.lgs. 163/2006 non è di per sé indicatrice di un mancato pagamento: dal punto di vista pratico, si ritiene pertanto che la S.A., laddove necessario, possa rivalersi sull'appaltatore con la sospensione del pagamento al primo S.A.L. utile successivo allo scadere dei 60gg. (o eventualmente nella rata di saldo), dopo aver accertato che la mancata trasmissione delle fatture "non è frutto di un mero ritardo di trasmissione ma di un effettivo mancato pagamento nei confronti del subappaltatore" (cfr. Det. Aut. LL.PP. n. 7 del 28/04/2004). In tal caso si concretizzeranno gli estremi di un "grave inadempimento contrattuale" e la S.A. potrà anche, nella sua sfera di autonomia, ricorrere alla preventiva risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 136 del D.lgs. 163/2006 con escussione della garanzia fideiussoria di cui agli artt. 113, comma 2, del D.lgs. 163/2006 e 101 del D.P.R. n. 554/99.

QUESITO-2008-030-2638Z

Oggetto: quota parte subappaltabile della categoria prevalente

Ai sensi dell'art. 118 del d.lgs 163/2006, la quota parte subappaltabile della categoria prevalente è pari al trenta per cento. Si chiede se detta quota parte vada riferita al prezzo del contratto di subappalto, cioè al netto del ribasso praticato al subappaltatore ai sensi del comma 4, ovvero tenendo conto del valore delle lavorazioni subappaltate risultante dal Contratto d'appalto, senza considerare il suddetto ribasso.

RISPOSTA

La ratio dell'art. 118 c.2 del D. Lgs. 163/2006 è volta a limitare al 30% la "quota" massima di lavori rientranti nella categoria prevalente affidabili a terzi. Ai fini dell'individuazione di detto limite occorre valutare l'entità dei lavori oggetto di subappalto e non il prezzo pattuito con il subappaltatore, utilizzando un criterio di calcolo, basato su valori raffrontabili. L'esatta quantificazione può quindi essere effettuata sulla base dell'importo progettuale posto a base di gara o, in alternativa, sulla base dei prezzi del contratto principale, considerato che il comma 4 dell'art. 118 stabilisce che l'aggiudicatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, salvo poi consentire un ulteriore ribasso non superiore al del 20%.

Mai comunque l'ammontare delle lavorazioni subappaltabili può essere calcolato sulla base dei prezzi praticati dal subappaltatore, in quanto si verrebbe a confrontare un valore

lordo (importo di progetto o di aggiudicazione) con un valore netto (importo del subcontratto, al netto dell'ulteriore sconto praticato).

QUESITO-2008-017-2531Z

Oggetto: appalto di fornitura mobili

in un appalto di fornitura mobili, vista la particolarità, posso vietare il subappalto o lo devo consentire fino ad un massimo del 30% dell'importo complessivo della fornitura come previsto all'art. 118 del codice dei contratti?

RISPOSTA

Ai sensi del D. Lgs. 163/2006 il divieto di subappalto nell'ambito dei contratti pubblici volti all'acquisizione di lavori, servizi e forniture è consentito nelle sole casistiche previste dall'art. 27 (contratti esclusi), art. 37 c.11 (lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico di valore superiore al 15% del totale dell'appalto), art. 91 c.3 (incarichi di progettazione). Va però precisato che, ai sensi dell'art. 118, c. 11 del citato D. Lgs. 163/06 è considerato subappalto "qualsiasi contratto avente ad oggetto attività che richiedano manodopera quali la fornitura con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate in appalto ovvero di importo maggiore a € 100.000 e qualora l'incidenza della manodopera e di personale sia superiore al 50% del contratto da affidare".

Pertanto, con riferimento agli appalti di forniture, l'art.118 trova disciplina quando all'appaltatore è richiesta non solo la "consegna" di un bene, quanto un insieme di prestazioni (quali lavori e servizi) che, rispetto all'obbligazione principale del dare, acquistano uno specifico rilievo economico, rientranti nei parametri suindicati (2% del valore della prestazione e incidenza manodopera superiore al 50%).

Le altre forme di sub fornitura, non costituiscono subappalto e per le stesse è possibile avvalersi della collaborazione di Ditte specializzate, indipendentemente dalla previsione del bando, nelle forme previste dalla normativa, fatto salvo il divieto di cessione del contratto, previsto dall'art. 116 del D. Lgs. 163/2006.

QUESITO-2008-042-2695B

Oggetto: subappalto di sios

Impresa singola (s.r.l.) si aggiudica appalto pubblico (importo a base d'asta euro 981.870,32+49.129,68 sicur.) trattenendo adeguate qualificazioni – cat. prevalente OG2 e OS2, quest'ultima per un valore di euro 358.720,40. Nel bando di gara viene espressamente dichiarato che "strutture, impianti ed opere speciali" di importo superiore al 15% dell'importo totale dei lavori, non sono affidabili in subappalto e da eseguirsi a cura esclusivamente dei soggetti affidatari. Ditta in sede di gara dichiara che intende subappaltare tra le altre categorie anche OS2. Ad oggi, iniziati i lavori, ditta formula istanza di subappalto per cat. OS2 a impresa individuale per un importo presunto di euro 50.000,00. Visto art. 37, c. 11 del D.Lgs 163/2006 l'istanza di subappalto deve essere rigettata?

RISPOSTA

Per la risoluzione della questione posta, si richiama l'attenzione sull'interpretazione fornita dall'Autorità di vigilanza nella determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001, con riferimento all'ambito di applicazione del divieto di subappalto di cui all'art. 13, comma 7, L. 109/1994, riprodotto negli stessi termini nell'art. 37, comma 11, del D.Lgs. 163/2006.

Nello specifico, l'Autorità distingue tra fase di gara e fase di esecuzione, per cui in fase di esecuzione, se il concorrente singolo o associato possiede la qualificazione per l'esecuzione delle lavorazioni appartenenti alle categorie scorporabili superspecialistiche indicate nella disposizione in esame, può subappaltare a soggetti in possesso delle specifiche qualificazioni, fino al 30% dei loro singoli importi, le lavorazioni delle categorie scorporabili stesse per le quali vige il divieto di subappalto.

QUESITO-2007-076-2427C

Oggetto: autotidichiarazione della ditta subappaltatrice, attestante l'avvenuto pagamento delle prestazioni richiamando la fattura relativa

In un'opera riguardante lavori di manutenzione asfalti di strade comunali, è stato autorizzato un subappalto riguardante "noli a caldo mezzi meccanici. stesa conglomerato bituminoso e opere di finitura" per l'importo presunto di €. 40.000,00. La ditta appaltatrice ha presentato ora, in luogo delle copie delle fatture quietanzate previste per legge e richiamate nell'atto di autorizzazione al subappalto, autotidichiarazione a firma della ditta subappaltatrice, attestante l'avvenuto pagamento delle prestazioni richiamando la fattura relativa. Si può accettare tale documentazione?

RISPOSTA

Attesi i contenuti formali e sostanziali della fattura quale documento fiscale obbligatorio, si ritiene che l'acquisizione di copia della stessa non sia fungibile con l'acquisizione di una mera dichiarazione di avvenuto pagamento, come ipotizzato nel quesito.

Pertanto bene farà l'Ente a procedere alla richiesta della fattura in copia, non solo in adempimento a quanto prescritto ex lege ma anche a quanto disciplinato nell'atto autorizzativo del subappalto.

QUESITO-2007-074-2422B

Oggetto: percentuale subappaltabile

Si chiede se, nell'ambito di un lavoro di interesse regionale, sia possibile indicare nel disciplinare di gara una quota di lavori subappaltabile inferiore al 50%.

RISPOSTA

Per la risoluzione della questione prospettata, non si può prescindere dall'orientamento assunto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 401 del 23 novembre 2007, emessa in esito al ricorso promosso dalla Regione del Veneto contro il Codice dei contratti, anche con riguardo al divieto alle Regioni, posto dall'art. 4, comma 3, di dettare una disciplina difforme dallo stesso D.Lgs. 163/2006 in materia di subappalto.

La Consulta ha infatti chiarito che “Sebbene caratterizzato da elementi di sicura matrice pubblicistica, detto istituto conserva la sua natura privatistica e rientra nell’ambito materiale dell’ordinamento civile. Nondimeno, esso, per taluni profili non secondari, assolve anche ad una funzione di garanzia della concorrenzialità nel mercato e quindi, anche per questo aspetto, appartiene alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.”.

Dalla prevalenza della disposizione statale sulla normativa regionale nei termini in cui è stata affermata dalla Corte costituzionale consegue la necessità di disapplicare l’art. 38, comma 1, della L.R. 27/2003, laddove riconosce all’appaltatore la facoltà di subappaltare i lavori appartenenti alla categoria prevalente nella misura del 50%, in difformità da quanto stabilito dall’art. 118, comma 2, del D.Lgs. 163/2006.

Pertanto, anche per i lavori pubblici di interesse regionale, nel disciplinare di gara va riportata la percentuale indicata dalla citata normativa statale.

QUESITO-2007-057-2344Z

Oggetto: diritto di accesso agli atti

Nel corso dei lavori di integrazione tecnologica di uno degli impianti di depurazione cittadini, l'impresa appaltatrice ha rescisso il contratto con il subappaltatore delle opere civili, quindi ha richiesto ed ottenuto l'autorizzazione per un nuovo subappaltatore e stipulato il relativo contratto. Il primo subappaltatore, oggi, richiede all'Amministrazione di poter avere copia del registro di contabilità, ed specificamente delle riserve in esso iscritte dall'impresa appaltatrice. Si chiede se tale richiesta sia da considerare legittima e, in caso affermativo, se debbano essere rese note anche le riserve che sono state successivamente ritirate dall'impresa, oppure ci si debba limitare a quelle tuttora valide.

RISPOSTA

Il diritto di accesso agli atti, disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., trova applicazione, secondo consolidati principi giurisdizionali, a tutta la documentazione inerente l'esecuzione di appalti pubblici, ivi compresa quella afferente i rapporti interni tra stazione appaltante e appaltatore, e può essere certamente esercitato anche dal subappaltatore (cf. Tar Veneto, sez. I, Sent. n. 1144/06). Resta fermo peraltro che detto diritto sussiste solo se è connesso alla tutela di un interesse personale e concreto, da manifestarsi nell'istanza di accesso. Ciò posto, è legittima la produzione al subappaltatore dei documenti contabili ove sono state iscritte le riserve, previa acquisizione di istanza motivata contenente gli elementi idonei a provare la presenza dell'interesse riferibile alla documentazione di cui viene chiesta l'estrazione. Spetta all'Amministrazione valutare quali parti documentali esibire in relazione alle finalità dichiarate dal subappaltatore, tenendo presente, in linea generale, che l'accesso richiesto per la cura o la difesa di propri interessi giuridici, deve prevalere rispetto all'esigenza di riservatezza dei terzi.

QUESITO-2007-031-2158Z

Oggetto: applicazione L.R. 27/2003

Si chiede se alla luce del D.Lgs. 12 aprile 2006 n° 163 e della L.R. 07 novembre 2003 n° 27 al fine del rilascio dell'autorizzazione al subappalto (importo dell'ordine di € 30.000,00) è sufficiente applicare solamente e letteralmente l'art. 38 della L.R. 27/03 oppure il

subappalto è comunque condizionato al rispetto delle condizioni (1-2-3-4)del 2° comma dell'art. 118 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n° 163 ?

RISPOSTA

Va premesso che l'art. 38 comma 1 della L.R. 27/2003, pur apportando alcune variazioni rispetto alla disciplina statale del subappalto di opere pubbliche (in particolare la percentuale di subappaltabilità dei lavori) fa salve le disposizioni di cui all'art. 18 della L. 19.3.1990 n. 55, ora confluite nell'art. 118 del D. Lgs. 163/2006.

Ne consegue che, al fine del rilascio dell'autorizzazione al subappalto, si applicano interamente le norme di cui ai punti 1, 2, 3 e 4 del comma 2 dell'art. 118 del citato D. Lgs. 163/2006-

QUESITO-2007-026-2140Z

Oggetto: appalto ad un Consorzio di cui all'art. 34 lett. a) e b) del D. Lgs. 163/2006

Nel caso di contratto di appalto stipulato da un consorzio fra cooperative o tra imprese artigiane o da un consorzio stabile, i quali abbiano indicato una o più consorziate quali esecutrici dei lavori, la richiesta di autorizzazione al subappalto va fatta dal consorzio o dalla consorziata esecutrice? e il contratto di subappalto va stipulato dal consorzio o dalla consorziata esecutrice? e di conseguenza il subappaltatore emette le fatture al consorzio o alle consorziate esecutrici ?

RISPOSTA

Nel caso di affidamento di un appalto ad un Consorzio di cui all'art. 34 lett. a) e b) del D. Lgs. 163/2006, la titolarità del contratto resta sempre in capo al Consorzio che si assume nei confronti dell'Amministrazione i conseguenti obblighi e responsabilità proprie dell'aggiudicatario. Pertanto, anche se l'esecuzione avviene per il tramite di una o più imprese consorziate indicate in sede di gara, tutti gli adempimenti connessi all'art. 118 spettano al Consorzio, che dovrà richiedere alla S.A. l'autorizzazione al subappalto e stipulare il contratto con il subappaltatore. Quest'ultimo emetterà conseguentemente le proprie fatture al Consorzio, che dovrà provvedere, per la loro liquidazione, nei modi previsti dall'art. 188 c.3 del D. Lgs. 163/06 e dal bando di gara.

QUESITO-2007-023-2117B

Oggetto: subappalto a lavoratore autonomo

Con riferimento al comma 12 dell'art. 118 si chiede in primo luogo la definizione di "lavoratore autonomo". Nel caso in cui la fornitura e posa di cordone stradali e/o porfidi sia effettuata da lavoratori autonomi, anche tale attività può non essere configurata come attività affidata in subappalto ai sensi dell'art. 118?

RISPOSTA

L'art. 118, comma 12, del D.lgs. 163/2006, nell'escludere dalla definizione di subappalto "l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi", pone una questione interpretativa per la cui risoluzione occorre fare riferimento ad argomenti di carattere sistematico.

Sotto questo profilo, come precisato nella risposta al quesito 2006-106-1986, occorre fare riferimento alla distinzione tra attività di impresa e attività di lavoro autonomo.

L'attività di impresa, corrispondente alla nozione di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c., è soggetta al subappalto se ricorrono le condizioni di cui all'art. 118, comma 11, del citato D. Lgs. 163/03.

L'attività di lavoro autonomo, si configura quando un soggetto si obbliga a rendere in prima persona prestazioni d'opera o servizi "senza vincolo di subordinazione" (art. 2222 c.c.). Tale categoria, esclusa dall'ambito di applicazione del subappalto ai sensi dell'art. 118, comma 12, lett. a), dovrebbe intendersi riferita esclusivamente alle prestazioni d'opera intellettuali, quali consulenze professionali e intellettuali, diverse da quelle enumerate all'articolo 91, comma 3, del Codice dei contratti, assoggettate al generale divieto di subappalto nell'ambito degli incarichi di progettazione.

Ne segue che, essendo l'attività di fornitura e posa in opera prospettata nel quesito riconducibile alla categoria "attività d'impresa", alla fattispecie si applicano le vigenti disposizioni in materia di subappalto, nella cui nozione sono testualmente ricomprese per l'appunto le "forniture con posa in opera" (art. 118, comma 11).

QUESITO-2007-015-2082Z

Oggetto: mancato pagamento del subappaltatore

Il sottoscritto, in qualità di Responsabile del Procedimento dei lavori di ristrutturazione della mensa universitaria ".....", avente un importo complessivo di € 5.499.000,00, ha ricevuto comunicazione da parte di un subappaltatore del mancato pagamento della sue prestazioni, riferite al 3° SAL, per un importo di € 14.000,00. L'appaltatore si è dichiarato disponibile a liquidarne 9.000,00, ma il subappaltatore non accetta tale riduzione. Ai sensi del 3° comma dell'art. 38 della l.r. n. 27/03, e conformemente al contratto sottoscritto, doveva essere sospeso il SAL n. 4 avente un importo di € 505.000,00. Veniva invece operata una trattenuta di € 50.000,00, pari a dieci volte la somma contesa, per non creare seri problemi economici all'appaltatore, considerata oggettivamente sproporzionata la sospensione dell'intero stato di avanzamento rispetto all'oggetto del contendere. Tutt'ora il problema non ha trovato soluzione e, nel frattempo, è stato liquidato il 5° SAL. Si chiede come procedere nel caso la disputa non sia risolta prima del pagamento dell'ultimo SAL, o prima del saldo finale.

RISPOSTA

Il comma 3, secondo periodo dell'articolo 38 della L.R. 27/2003, integrando la norma nazionale ex art. 18 c. 3 L. 55/90, ora art. 118 del D. Lgs. 163/2006, interviene nella materia dei pagamenti dovuti ai subappaltatori, statuendo, a tutela di quest'ultimi, nel caso di mancata trasmissione da parte dell'appaltatore delle fatture quietanzate del subappaltatore, l'automatica sospensione del pagamento del SAL successivo.

La Stazione Appaltante quindi, pur essendo "terza" rispetto al rapporto tra appaltatore e subappaltatore, a fronte del citato inadempimento, deve operare secondo quanto previsto dalla suddetta disposizione regionale, valutando inoltre, come sostenuto dall'Autorità con determina 7/2004, se si concretizzi anche il presupposto di "grave inadempimento" che concorra a motivare la risoluzione del contratto.

Ciò posto, nel caso prospettato, la liquidazione delle somme trattenute dalla Stazione Appaltante, peraltro in misura ridotta rispetto alla previsione normativa sulla base delle valutazioni esposte nel quesito, deve restare sospesa fino alla soluzione della questione.

Nel caso in cui l'opera si concluda prima della soluzione del contenzioso, il collaudatore ne dovrà tener conto ed il saldo della rata finale potrà avvenire solo dopo l'avvenuta dimostrazione dell'avvenuto pagamento al subappaltatore o di definizione della controversia tra le parti.

QUESITO-2006-106-1986Z

Oggetto: Esempi di attività che non costituiscono subappalto

si chiede di chiarire la portata dell'art. 118 comma 12 lettera a) del d. lgs. 163/2006, ove è stabilito che non costituisce subappalto l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi. Infatti, se per lavoratore autonomo si intende colui che compie un lavoro senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente (art. 2222 del C.C.) mi pare (art. 1656 del C.C.) che i subappaltatori in genere non abbiano vincoli di subordinazione nei confronti dei loro committenti, anche se l'appaltatore risponde solidalmente del risultato del loro lavoro. Gradirei qualche esempio pratico in proposito.

RISPOSTA

L'esclusione dalla configurabilità di subappalto di alcune categorie di servizi e forniture, "per le loro specificità" dettata dall'art. 118 comma 12 del D. Lgs. 163/06, costituisce una novità rispetto alle precedenti disposizioni di non facile interpretazione, dato il carattere generale della norma.

Relativamente alla casistica oggetto del quesito, contenuta nella lettera a) del citato c.12, riferita ad "attività specifiche svolte da lavoratori autonomi" occorre distinguere la tipologia di attività di impresa da quella di prestazione di lavoro autonomo.

L'attività di impresa, definita dal punto di vista normativo, attraverso la nozione di imprenditore (art. 2082 c.c.), è soggetta al subappalto se ricorrono le condizioni di cui all'art. 118 comma 11 del citato D. Lgs. 163/03.

L'attività di lavoro autonomo, si configura quando un soggetto si obbliga a rendere in prima persona prestazioni d'opera o servizi "senza vincolo di subordinazione" (art. 2222 c.c.). In tale ultima casistica paiono trovare collocazione le consulenze professionali, le prestazioni d'opera intellettuali.

Ciò posto occorre comunque coordinare l'ipotesi indicata nella lettera a) del comma 12 dell'art. 118 con la normativa in materia di somministrazione di manodopera di cui al D.Lgs. n.276/03 e con l'art. 91 c.3, del codice, che prevede il divieto all'affidatario di avvalersi del subappalto per le prestazioni di natura progettuale, fatta eccezione per le indagini geologiche, geotermiche, sismiche, sondaggi, rilievi etc.

Ne deriva che l'esclusione di configurabilità di subappalto pare riferita ad attività specifiche svolte da lavoratori autonomi, quali consulenze professionali, ed intellettuali, comunque diverse da quelle professionali di cui all'art.91 co.3

QUESITO-2006-095-1934B

Oggetto: Contrasto tra D.Lgs. 163/2006 e L.R. 27/2003

Questa Amministrazione Comunale chiede cortesemente di comprendere in quale misura una ditta aggiudicataria di un'opera pubblica di importo inferiore a 150.000 euro possa chiedere l'autorizzazione al subappalto. si prenda in considerazione la L.R. 27/2003, art. 38 (misura non superiore al 50%) oppure il D.Lgs. 163/2006, art. 118 (misura non superiore al 30%).

RISPOSTA

La questione dell'applicabilità della normativa regionale (L.R. 27/2003) dopo l'entrata in vigore, lo scorso 1° luglio del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, si pone esclusivamente con riguardo alle procedure che hanno avuto inizio, con riguardo alla pubblicazione del bando di gara, ovvero all'invio della lettera d'invito, successivamente a tale data.

Ad ogni buon conto, la Regione del Veneto, con atto di indirizzo formalizzato con D.G.R. 2155 del 4 luglio 2006, ai cui contenuti si rinvia, ha fornito alcune prime linee guida per il coordinamento della normativa regionale con il D.Lgs 163/2006, invitando le stazioni appaltanti che realizzano lavori pubblici di interesse regionale a continuare a fare applicazione della L.R. 27/2003, ivi comprese le disposizioni che contemplano l'istituto del subappalto.

Nel caso di specie, pertanto, sulla base delle predette indicazioni, la percentuale di lavori della categoria prevalente subappaltabile dovrebbe essere del 50%, vale a dire quella indicata dall'art. 38, comma 1, della legge regionale in materia di lavori pubblici.

QUESITO-2006-086-1910B

Oggetto: Riduzione importo subappalto a favore di un secondo subappalto

La nostra amministrazione, tramite un pubblico incanto del Gennaio 2006, ha affidato i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria ad una ditta che ha richiesto di subappaltare una parte dei lavori. Il Consiglio di amministrazione ha approvato tale richiesta in Febbraio 2006. Recentemente l'impresa appaltatrice, in accordo con la ditta subappaltatrice, ha avanzato una richiesta di riduzione dell'importo di subappalto in favore di un secondo subappalto ad una nuova ditta. Con la presente si chiede l'ammissibilità di tale richiesta avanzata considerando che non avviene nessuna variazione nella percentuale di subappalto. Distinti saluti.

RISPOSTA

Il presente quesito è sostanzialmente quello rappresentato al n.1884 e se ne riporta analoga risposta.

La valutazione dell'ammissibilità della richiesta di addivenire alla stipulazione di un secondo contratto di subappalto, previa riduzione dell'importo del contratto concluso con l'originario subappaltatore, presuppone la conoscenza di elementi che non risultano specificati nel quesito.

Peraltro, in termini generali, pur non essendo previsto in norma un divieto generale a procedere in tal senso, nella fattispecie, occorre comunque verificare, tra l'altro, che l'operazione prospettata non si ponga in contrasto con la vigente normativa in materia di qualificazione e con il divieto di artificioso frazionamento del subappalto nel caso di strutture, impianti ed opere speciali, previsto dall'art. 13, comma 7, della L. 109/1994. Per la lavorazione affidata in subappalto, inoltre, non dovrebbe essere prescritta una certificazione di conformità, come quella prevista dalla L. 46/1990: in tal caso il nuovo

subappaltatore dovrebbe difatti farsi carico della responsabilità di attestare la conformità anche del lavoro realizzato dal precedente subappaltatore.

QUESITO-2006-083-1884B

Oggetto: Riduzione importo subappalto a favore di un secondo subappalto

La nostra amministrazione, tramite un pubblico incanto del Gennaio 2006, ha affidato i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria ad una ditta che ha richiesto di subappaltare una parte dei lavori. Il Consiglio di amministrazione ha approvato tale richiesta in Febbraio 2006. Recentemente l'impresa appaltatrice, in accordo con la ditta subappaltatrice, ha avanzato una richiesta di riduzione dell'importo contrattuale di subappalto in favore di un secondo subappalto ad una nuova ditta. Con la presente si chiede l'ammissibilità di tale richiesta avanzata.

RISPOSTA

La valutazione dell'ammissibilità della richiesta di addivenire alla stipulazione di un secondo contratto di subappalto, previa riduzione dell'importo del contratto concluso con l'originario subappaltatore, presuppone la conoscenza di elementi che non risultano specificati nel quesito.

Peraltro, in termini generali, pur non essendo previsto in norma un divieto generale a procedere in tal senso, nella fattispecie, occorre comunque verificare, tra l'altro, che l'operazione prospettata non si ponga in contrasto con la vigente normativa in materia di qualificazione e con il divieto di artificioso frazionamento del subappalto nel caso di strutture, impianti ed opere speciali, previsto dall'art. 13, comma 7, della L. 109/1994. Per la lavorazione affidata in subappalto, inoltre, non dovrebbe essere prescritta una certificazione di conformità, come quella prevista dalla L. 46/1990: in tal caso il nuovo subappaltatore dovrebbe difatti farsi carico della responsabilità di attestare la conformità anche del lavoro realizzato dal precedente subappaltatore.

QUESITO-2006-024-1670C

Oggetto: Pagamento diretto del subappaltatore

Questo Comune ha appaltato i lavori di un centro polifunzionale. Il bando di gara e il successivo relativo contratto di appalto prevedono che la stazione appaltante non paga direttamente i subappaltatori. I lavori realizzati ormai al 90% sono in fase di ultimazione. Tuttavia, a causa di problematiche relative al rapporto contrattuale tra l'impresa appaltatrice e il subappaltatore della fornitura e posa di serramenti, si paventa il rischio di non vedere completata l'opera entro i termini previsti. Allo scopo di risolvere la problematica e di realizzare l'obiettivo di ultimare positivamente e tempestivamente i lavori (in una logica di orientamento al risultato e nel rispetto dei principi generali di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa), l'Amministrazione comunale, su conforme proposta dell'impresa appaltatrice, sta valutando l'ipotesi di pagare direttamente il subappaltatore, in deroga alla disposizione del bando e del contratto. A tal fine, si richiede di esprimere un parere sulla problematica sopra descritta e sulle modalità da seguire.

RISPOSTA

Il pagamento diretto del subappaltatore è una delle ipotesi regolate dal comma 3 bis dell'art. 18, L. 55/90: in sua alternativa, è contemplato l'obbligo da parte dell'aggiudicatario del contratto (rectius, dell'appaltatore) di trasmettere le copie delle fatture quietanzate dei pagamenti da lui effettuati nei confronti del subappaltatore.

Secondo questa norma, quale che sia l'alternativa scelta dalla S.A., essa dev'essere previamente specificata in bando.

Dal testo del quesito si evince che la trasmissione delle fatture quietanzate non vi è stata.

Rispetto ad eventuali contestazioni tra appaltatore e subappaltatore il Committente appare non avere spazi di intervento, essendo "terzo" rispetto a detto rapporto.

E' quanto sostenuto anche dall'Autorità di Vigilanza LL.PP. con determinazione n. 7/2004, ("... nessun rapporto giuridico sorge, in virtù del contratto di subappalto o della sua autorizzazione, tra stazione appaltante e subappaltatore, posto che la suddetta autorizzazione comporta solo che il subappalto è consentito e null'altro ...") secondo cui l'inadempimento dell'obbligo previsto dall'art. 18 comma 3 bis della legge 55/1990, può concretizzare gli estremi di un grave inadempimento contrattuale da parte dell'appaltatore, qualora sia accertato che lo stesso non è frutto di un mero ritardo di trasmissione ma di un effettivo mancato pagamento nei confronti del subappaltatore.

In tal caso esso rappresenta un valido presupposto per la preventiva risoluzione del contratto, azionando il procedimento in contraddittorio ai sensi dell'art. 119 del DPR 554/99, che può arrivare fino alla successiva escussione della garanzia fideiussoria, di cui agli artt. 30 comma 2 della legge 109/94 e 101 del DPR n. 554/99.

QUESITO-2006-023-1664B

Oggetto: Subappalto a consorzio

Si chiede se sia autorizzabile il subappalto ad un Consorzio con attività esterna iscritto al Registro Imprese, il quale a sua volta affida l'esecuzione a due consorziate, una delle quali ha il titolare che è contemporaneamente amministratore unico del consorzio.

RISPOSTA

I soggetti esecutori di lavori pubblici sono individuati all'articolo 10 della L.109/1994, che annovera, al comma 1, lettera b), la figura dei consorzi stabili, definita al successivo articolo 12 della legge medesima.

La più generica categoria dei consorzi con attività esterna di cui agli articoli 2612 e ss. c.c., alla quale appartengono i consorzi stabili (come chiarito dall'Autorità di Vigilanza nella Determina n. 11/2004) non compare nell'elencazione dell'articolo 10 della legge quadro nazionale, sicché pare compatibile con siffatta normativa esclusivamente l'autorizzazione del subappalto ad un consorzio con attività esterna in possesso dei requisiti indicati all'art. 12 della L. 109/1994.

In merito agli altri aspetti considerati nel quesito non paiono sussistere questioni specifiche ostative all'autorizzazione del subappalto.

QUESITO-2006-004-1593ZVbis

Oggetto: Subappalto di manodopera

L'art. 85 del D.Lgs. 10.9.2003 n. 276 (attuazione delle deleghe in materia di mercato del lavoro di cui alla L. 30/2003) ha disposto l'abrogazione della legge 23.10.1960 n. 1369 "Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina della manodopera negli appalti di opere e di servizi". In seguito a tale abrogazione si

chiede se sia legittima la richiesta (ed eventuale autorizzazione) di subappalto di lavorazioni limitando le prestazioni del subappaltatore alla sola manodopera (sola posa in opera dei materiali) e riservandosi l'appaltatore la fornitura dei materiali, dei macchinari e delle attrezzature necessarie. Qualora fosse legittima tale forma di subappalto, poiché l'incidenza della manodopera raramente supera il 50% dell'importo dei lavori (limite consentito per il subappalto della categoria prevalente dalla legge regionale del Veneto sui lavori pubblici), potrebbe verificarsi che un'opera venga realizzata interamente dalle maestranze del subappaltatore, senza alcun intervento di dipendenti dell'appaltatore. Inoltre, qualora fosse consentita tale forma di subappalto, non si vede come potrebbe essere verificato il rispetto del comma 4 dell'art. 18 della L. 55/1990, che fissa in non più del 20% il ribasso dei prezzi delle lavorazioni in subappalto rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione, considerato che questi ultimi si riferiscono a lavorazioni complessive, comprendenti il costo della manodopera, mentre i prezzi dell'ipotizzata forma di subappalto si riferirebbero alla sola manodopera.

RISPOSTA

Nel D.Lgs. n.276/03, l'abrogazione del divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro non costituisce norma isolata, ma si inserisce in un generale riordino del mercato del lavoro e delle attività di somministrazione del lavoro.

L'abolizione del divieto predetto significa quindi che nell'ordinamento sono state introdotte delle attività di fornitura lecita di manodopera, non già che ogni fornitura di manodopera è di per sé consentita.

La somministrazione di manodopera è infatti possibile, ai sensi dell'art.20 del citato D. Lgs. 276/03, a condizione che sia esercitata da soggetti abilitati, identificati secondo precisi parametri (art. 4 e 5). Il successivo regime sanzionatorio introdotto dal D. Lgs 251/04, recante disposizioni correttive al D. Lgs. 276/03, individua come reato l'appalto di mere prestazioni di lavoro risultanti da somministrazione abusiva (art. 18 c.1) e da utilizzazione illecita (art. 18 c.2), con l'applicazione di sanzioni rigorose che colpiscono anche l'utilizzatore che si sia avvalso di soggetti non autorizzati.

In sede giurisprudenziale l'orientamento costante ritiene che la fattispecie di appalto di mere prestazioni di lavoro, di cui all'abrogato art.1 della Legge 1269/1960, ora qualificata come somministrazione di lavoro, continua ad avere rilevanza penale, se priva dei requisiti soggettivi ed oggettivi prescritti dalla nuova legge (Cassazione penale, sezione III, sentenze n. 2583 del 26.01.04, n. 25726 del 9.06.04, n. 3714 del 3.2.05)

Conclusivamente non appare possibile l'ipotesi di mero subappalto di manodopera prospettato nel quesito, in quanto al di fuori della fattispecie regolata dalle norme del D.lgs 276/03, e come tale da considerarsi a tutt'oggi quale mera interposizione illecita.

QUESITO-2005-150-1507C

Oggetto: Certificato di esecuzione

La ditta aggiudicataria di lavoro pubblico nel 2001 (quindi prima dell'entrata in vigore della LR 24/2003) ha chiesto, ed ottenuto, l'autorizzazione a subappaltare parte delle opere, nei limiti previsti dalla legge allora in vigore. Chiede ora il rilascio del certificato di esecuzione dei lavori. Lo scrivente ha richiesto l'invio di copia delle fatture quietanzate dei subappaltatori al fine della verifica dell'effettivo importo subappaltato e quindi per poter indicare l'effettivo importo del subappalto (fatture mai inviate). La ditta ora si rifiuta di inviare quanto richiesto. Lo scrivente può non rilasciare il richiesto certificato? Lo deve rilasciare comunque indicando l'importo max presunto indicato nei contratti di subappalto?

RISPOSTA

Il rilascio del certificato di esecuzione dei lavori (di cui all'allegato D al DPR 34/2000) alla ditta appaltatrice, su sua richiesta, è un atto dovuto.

Fino all'entrata in vigore il 10/01/04 della L. R. 27/03 (che però non è applicabile alla fattispecie di cui al quesito, che è relativa ad un bando pubblicato nel 2001) non vi era alcuna norma che sanzionasse il mancato invio - da parte dell'appaltatore - di copia delle fatture quietanzate del subappaltatore.

Pertanto, nel caso di specie, il rilascio del certificato di esecuzione all'appaltatore non può essere condizionato dal suo mancato invio delle citate fatture quietanzate.

Se l'appalto dovesse essere ancora in esecuzione (circostanza non chiarita nel testo del quesito) il mancato invio delle fatture quietanzate, sotto forma di inadempimento dell'obbligo di cui all'art. 18, c. 3 bis, L. 55/90, potrebbe astrattamente configurare il grave inadempimento per la risoluzione contrattuale ex artt. 119 e ss. DPR 554/99 (cfr. Autorità Vigilanza LL PP, Det. n. 7/2004).

Infine, alla stregua di quanto narrato nel quesito, si ritiene opportuno che il certificato vada rilasciato all'appaltatore, indicando - nel quadro C dell'Allegato D al DPR 34/2000 - l'importo tabellare dei subappalti autorizzati.

QUESITO-2005-146-1503C

Oggetto: Pagamenti subappaltatore

Si verte in tema di appalto di lavori di ristrutturazione di un immobile di proprietà di poste Italiane, sito in _____, il cui bando è stato pubblicato in data 14.08.03 ed il relativo contratto di affidamento dei lavori alla ditta aggiudicataria è stato stipulato nell'aprile 2004. Si chiede se sia applicabile, al citato contratto la L.R.V. n. 27 del 07.11.03 (BUR n. 106/03). Ci è stato chiesto, infatti, da parte di una ditta subappaltatrice, di sospendere i pagamenti nei confronti dell'aggiudicataria non avendo la stessa prodotto copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti nei confronti del subappaltatore (ai sensi dell'art. 32 L.R.V. n. 27/03. Ad ogni modo, indipendentemente dal problema relativo all'applicazione della legge regionale al caso di specie, si chiede se l'appaltante sia autorizzato a trattenere i pagamenti qualora l'appaltatore ritenga che nulla sia dovuto al subappaltatore cioè qualora l'esistenza di un debito tra appaltatore e subappaltatore sia oggetto di contestazione.

RISPOSTA

Il quesito prende avvio da un bando pubblicato prima del 10/01/04, data di entrata in vigore della LR 27/03, le cui norme pertanto non sono applicabili alla fattispecie (cfr. art. 72, c. 1, LR 27).

Peraltro, ancorchè esuli dalle richieste, sorgono dubbi anche sulla possibilità di qualificare come di interesse regionale ex art. 2, LR 27, un lavoro pubblico riguardante immobili di proprietà di un Concessionario dello Stato, quale Poste S.p.A.

Per venire allo specifico problema posto dal quesito (i rapporti tra Stazione Appaltante e subappaltatore, nel caso in cui quest'ultimo abbia contestazioni in corso con l'appaltatore) non si può che condividere quanto argomenta l'Autorità di Vigilanza LL PP in Det. 28 aprile 2004, n. 7.

Nessun rapporto giuridico sorge fra S. A. e subappaltatore, in virtù dell'autorizzazione al subappalto, mentre l'obbligo di inviare le fatture quietanzate alla S.A. discende dall'art. 18, c. 3 bis, L. 55/90, che nulla dice riguardo ad eventuali conseguenze sanzionatorie del mancato invio.

L'assunto che se ne trae è che la norma di cui al citato art. 18, c. 3 bis, configura comunque un'obbligazione contrattuale dell'appaltatore nei confronti della S.A.: sull'inadempimento di tale obbligazione si potrebbe legittimamente fondare il procedimento di risoluzione contrattuale ex artt. 119 e ss. DPR 554/99.

La sintesi finale dell'Autorità è, pertanto, che se le modalità con cui si verifica l'omesso tempestivo adempimento (circa l'obbligo contrattuale ex art. 18, c. 3, L. 55/90) concretizzassero quel grave inadempimento che è il presupposto per la risoluzione contrattuale in danno dell'appaltatore, si potrà arrivare fino all'escussione della cauzione definitiva in danno dell'appaltatore, attraverso la particolare procedura prevista dagli artt. 119 e ss. DPR 554/99.

QUESITO-2005-143-1486C

Oggetto: Subappalto inferiore 2%, controlli

Ai sensi dell'art. 18, comma 12, della legge 19 marzo 1990 n. 55 e successive modificazioni, non sono soggetti al regime del subappalto quei sub-affidamenti relativi a prestazioni diverse dai lavori che prevedono l'impiego della manodopera, come nel caso della fornitura con posa in opera e dei noli a caldo, "purché di incidenza non superiore al 2% dell'importo dei lavori affidati o a 100.000,00 Euro, oppure, nel caso di incidenza superiore a tali soglie, qualora il peso della mano d'opera sia non superiore al 50% dell'importo totale del contratto". L'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici con determinazioni n. 6 del 26 febbraio 2003 e n. 7 del 13 marzo 2003 ha chiarito che l'appaltatore, quando ricorrono le predette condizioni, può affidare a terzi dette attività, semplicemente comunicando alla stazione appaltante il nome del sub - contraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Ciò premesso, si evidenzia quanto segue. A volte, nell'ambito del medesimo contratto d'appalto ed in particolare nell'ambito di appalti relativi alla realizzazione di opere pubbliche di notevole complessità e/o rilevanza economica, l'appaltatore si avvale reiteratamente della procedura in oggetto. Ai fini della corretta applicazione della succitata normativa e nel silenzio della stessa sul punto, si pone il problema della configurabilità di limiti oltre i quali non sia più possibile ricorrere a tale procedura, non sembrando rispettoso della ratio della legge l'avvalersi della procedura medesima sempre e comunque ogni qualvolta sussistano le condizioni sopra indicate. Credo infatti che l'importo complessivo dei subaffidamenti in questione, nell'ambito del medesimo appalto, debba rimanere per così dire "proporzionato" rispetto al valore complessivo del contratto. Si chiede di conoscere il Vostro parere a riguardo e qualche indicazione in ordine agli eventuali parametri di giudizio sul punto.

RISPOSTA

Rispetto al problema sotteso al quesito, mancando un'apposita disciplina che ne indichi i parametri di applicabilità, ci si rifà ad altri strumenti che l'ordinamento comunque offre, oltre che a criteri empirici per l'analisi delle singole fattispecie.

Mai come in questa materia infatti si valuterà caso per caso e, per evitare l'utilizzo reiterato dei subcontratti finalizzato al surrettizio aggiramento delle stringenti norme sul subappalto, appare condivisibile quanto richiama l'Autorità, in Det. 6/2003: la responsabilità del RUP e del DL alla verifica della "...effettiva ed oggettiva necessità" di ricorrere a detti subaffidamenti, alla luce dei principi generali che disciplinano l'esecuzione dell'opera pubblica.

Si ribadisce cioè il principio di doverosa ingerenza dell'Amministrazione nell'esecuzione dell'opera, che trova la sua massima esplicazione proprio nel ruolo, nelle competenze e

nelle responsabilità del DL, che ben può spingersi fino a chiedere motivate spiegazioni rispetto a ogni condotta dell'appaltatore.

Ma è necessario altresì ricostruire esegeticamente le figure dei subcontratti, mancando una loro definizione giuridica, al fine di verificarne la loro invocabilità o meno.

Se relativamente pochi problemi si pongono per i noli a caldo, desta maggiori confusioni la fornitura con posa in opera.

In sintesi si avrà fornitura nei casi di un bene prodotto in serie che già in sé possiede la propria funzionalità anche se non inserito in un particolare contesto, a prescindere dalla posa stessa. La posa cioè risulterà meramente accessoria, non implicando la trasformazione in un bene diverso.

Non sarà considerata invece fornitura (ma subappalto) una serie di prestazioni divisibili (ad es. gli impianti tecnologici di un edificio) pur se effettivamente costituite da singole forniture con posa in opera.

QUESITO-2005-100-1356Tbis

Oggetto: Abbandono del cantiere da parte del subappaltatore

Il comune di appalta i lavori "SISTEMAZIONE MARCIAPIEDI VIA" alla srl che viene autorizzata a subappaltare dei lavori alla ditta Srl. L'impresa Subappal. realizza parte delle opere poi nasce un contenzioso fra questa e impresa appaltatrice. Quando il subappal. lascia il cantiere il resp. proced. fa redigere alla DL uno stato di consistenza dei lavori fino a quel momento eseguiti. L'importo accertato da DL è 56.532,20€, importo diverso da quanto quantificato dal subappal. (70'000€) e dalla ditta appaltatrice (17'000€). L'impresa appaltatrice a quanto risulta non ha pagato nulla all'impresa subappal. e a quanto sembra sarà un tribunale che stabilirà il quantum fra loro. A quanto mi è dato sapere il contratto di subappalto è contratto di natura privatistica, inoltre già l'autorità LLPP con determina n.7/2004 si era espressa in merito al pagamento del subappaltatore. La LR Veneto n.27 art. 38 comma 3 prevede invece in caso di mancata trasmissione delle fatture quietanziate, di sospendere il successivo pagamento a favore dell'appaltatore. Vero è che la norma regionale prevede obbligo della trasmissione fatture quietanziate a seguito del pagamento però non prevede obbligo del pagamento. Se non c'è pagamento del subappaltatore sembra non scattare obbligo della trasmissione delle fatture quietanziate. Viceversa sembra che lo spirito della L.R. Veneto sia quello di tutelare il subappaltatore in caso di mancato pagamento della ditta appaltatrice prevedendo l'azione della Stazione Appaltante: blocco successivo pagamento. Nell'ottica di questa interpretazione nascono contraddizioni e implicazioni "infernali": -che importo devo bloccare? Ad esempio il SAL è di 200.000 € e i lavori in subappalto sono di 15.000€, li blocco tutti..oppure? Non è che l'impresa poi chiede i danni!; -chi determina l'esatta consistenza dei lavori effettuati dal subappaltatore? Con la presente si chiede interpretazione art. 38 comma 3 L.R. Veneto n. 27/2003

RISPOSTA

Sembra di capire che l'abbandono del cantiere da parte del subappaltatore (regolarmente autorizzato dalla Stazione committente) sia avvenuto prima che fosse maturato il 1° SAL riguardante il rapporto principale d'appalto.

A fronte di tale "abbandono" la Stazione committente non dispone di alcun particolare potere d'intervento, dovendosi limitare a sollecitare l'impresa appaltatrice affinché i lavori procedano regolarmente, eventualmente sostituendo il subappaltatore originario con altro (previa specifica autorizzazione), ovvero provvedendo direttamente alle lavorazioni (se munita della necessaria qualificazione).

La redazione di uno “stato di consistenza”, volto a quantificare i lavori eseguiti dal subappaltatore, non è imposta da alcuna norma di legge o di regolamento.

Una volta maturato il 1° SAL, entro 20 gg. dal pagamento all'appaltatore principale questi dovrà esibire la fattura quietanzata del relativo subappaltatore, con riferimento ai lavori inseriti nel SAL e materialmente eseguiti dal subappaltatore.

Qualora ciò non avvenga, l'art. 38, c. 3, L.R. 27/03, stabilisce che “la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore dell'appaltatore”.

La disposizione non limita il “blocco” al solo importo corrispondente al credito vantato dal subappaltatore, ma parla genericamente di “successivo pagamento”.

Naturalmente, l'esistenza e l'ammontare di quest'ultimo dovranno risultare dagli atti contabili, applicando alle quantità accertate dalla DL i prezzi esposti nel contratto di subappalto.

Eventuali contestazioni tra appaltatore e subappaltatore dovranno essere prudentemente apprezzate dalla Stazione appaltante, cui dovranno essere portate a conoscenza dall'appaltatore, analogamente a quanto prevede l'art. 13 del DM 145/00 per il caso del pagamento dei dipendenti dell'appaltatore.

QUESITO-2005-068-1270TZrid

Oggetto: Subappalto categoria OG11

Questo Ente dovrà indire una gara che prevede oltre alla categoria prevalente (OG1), anche la categoria OG11 di importo superiore al 15% dell'importo totale dei lavori. In tale caso è possibile - secondo l'orientamento regionale - non prevedere il divieto di subappalto delle opere ascrivibili a detta categoria ex art. 13, c. 7 della LL. 109/94, in quanto nessuna delle categorie specializzate assorbite nella OG11, singolarmente considerate, supera il 15% dell'importo totale dei lavori (Consiglio di Stato Sez. VI, 19.8.2003 N.4671).

RISPOSTA

Si conferma l'adesione della Regione Veneto alla linea interpretativa enunciata dal CdS nella sentenza 4671/03, fatta propria anche nelle Note esplicative ai Bandi di gara.

Tale pronuncia afferma che

1. Deve negarsi la riferibilità del divieto di subappalto alla categoria OG11, intesa come non assorbente e non fungibile rispetto alle categorie speciali, con conseguente libertà del ricorso al subappalto ed inapplicabilità del divieto di cui all'art13 c.7 della legge n109/94 alle categorie generali.

2. Le amministrazioni possono, nei bandi, contemplare la possibilità di subappalto, costruendo la categoria generale come non assorbente e verificando l'operatività del divieto in relazione alla singola categoria di opera speciale compresa nella categoria generale scorporata. Ad es. se è vero che OG11 è una sommatoria delle opere di cui all'art72 c.4 lett. b, d, e ecc. è in relazione a queste singole opere speciali definite dall'art72 c.4 che andrà effettuata la verifica del superamento della soglia del 15 % dell'importo dei lavori prevista dall'art13 c.7 della L.109/94.”

Lo stesso CdS (19.10.04, n6701) ha precisato che tale assunto non confligge con la del. dell'Autorità n31/02 (che ha ritenuto che il divieto di subapp. riguardi anche le cat. generali, avendo le stesse un contenuto tecnologico di rilevante complessità tecnica, identica a quella delle cat. speciali) ove la stessa venga interpretata nei termini, che il Collegio condivide, esplicitati dalla decisione n4671/03 VI Sezione. Detta decisione ha, infatti ritenuto che, anche ammettendo che il divieto si applichi alle cat. generali, esso sia applicabile in forza del loro essere cat. caratterizzate dalla medesima specializzazione

delle cat. speciali e, quindi, una sommatoria di op. speciali che rilevano, a questi fini, singolarmente al fine di verificare l'applicabilità del divieto. Ha, invece, escluso l'operatività del divieto per le cat. generali senza altra specificazione.

QUESITO-2005-062-1261VC

Oggetto: Nolo a caldo

Per la realizzazione di un'opera dell'importo complessivo di € 397.000 la ditta appaltatrice comunica (ai sensi del comma 12, art. 18, Legge 55/90) l'affidamento di un sub-contratto ad una ditta individuale per nolo a caldo di escavatore per l'importo di € 7.500. Si tratta di sub affidamento non soggetto ad autorizzazione ma solo a comunicazione oppure di subappalto vero e proprio?

RISPOSTA

Il contratto di nolo a caldo – consistente nel noleggio di un macchinario con la messa a disposizione del relativo operatore – è figura nettamente diversa dal contratto di subappalto. Nella normativa sui lavori pubblici esso viene tuttavia assoggettato (art. 18, c. 12, L. 55/90) alla medesima disciplina autorizzatoria del subappalto quando ricorrano entrambi i seguenti presupposti:

- il contratto sia di importo superiore al 2% dell'importo dell'appalto o a 100.000 euro;
- l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare.

Laddove, come nel caso di specie, queste condizioni non sussistano, trova applicazione l'ultimo periodo del citato art. 18, c. 12, che impone all'appaltatore un obbligo di mera comunicazione alla stazione appaltante di tutti i subcontratti stipulati, con il nome del subcontraente, l'oggetto del lavoro servizio o fornitura, nonché l'importo contrattuale.

QUESITO-2005-031-1178T

Oggetto: Subappalto inferiore 2%, controlli

Si prega cortesemente di voler fornire il proprio avviso in ordine al seguente quesito, riguardante una situazione reale. Alcune imprese, alla richiesta di fornire indicazioni sui subappaltatori, "aggirano" la normale procedura del subappalto, sia dal punto di vista amministrativo, che da quello della sicurezza, citando il D.Lgs 406 del 19/12/1991 integrato dalla Legge 109/94, in base a cui il valore dell'assegnazione è inferiore al 2%, quindi non qualificato come subappalto. Nella determinazione 6/2003 del 27/02/03 dell'Aut. Vigilanza si sottolinea la necessità della procedura autorizzativa per tutti i subappalti di LAVORI, indipendentemente dall'importo, e, comunque, si dice che il RUP, il Direttore Lavori e il CSE, pur in assenza di obbligo di autorizzazione, hanno il "dovere di esercitare appieno il ruolo attribuito in forza di legge, con ciò potendo configurare delle limitazioni nel ricorso ai suddetti sub-affidamenti". Ma a chi compete far rispettare tale compito? Al RUP? Si ritiene che dal punto di vista del coordinatore per l'esecuzione, quando le imprese siano autorizzate ad entrare in cantiere (sia come subappalto, sia come sub-affidatario) ed abbiano prodotto la documentazione richiesta dal CSE stesso, nonché si attengano alle prescrizioni previste dalla normativa in materia di sicurezza, siano "autorizzate".

RISPOSTA

La determinazione dell'Autorità 6/2003 ha puntualizzato la portata dell'art. 18, c. 12, legge 55/90, chiarendo che le soglie economiche minime ivi indicate (100.000 euro, ovvero 2% del contratto principale, nonché incidenza del costo della manodopera superiore al 50% del valore del subcontratto) servono ad individuare i subcontratti "assimilati" al subappalto per quanto concerne la disciplina dettata dallo stesso art. 18, e non rilevano, invece, per identificare il subappalto in quanto tale ed il relativo assoggettamento alla citata disciplina. L'art. 18, c. 9, ultimo periodo, avendo dimezzato il termine per il perfezionamento "tacito" dell'autorizzazione dei subappalti d'importo inferiore al 2% dell'appalto principale o inferiori a euro 100.000 dimostra che detti limiti non operano in ordine al subappalto in senso stretto.

La vigilanza in ordine al rispetto del divieto di affidare senza previa autorizzazione in subappalto, anche solo di fatto, lavorazioni comprese nell'appalto, spetta essenzialmente al direttore dei lavori e, ove nominato, al relativo assistente con funzioni di ispettore di cantiere.

L'art. 124, c. 4, lett. a), DPR 554/99 attribuisce al direttore dei lavori il compito di verificare periodicamente la rispondenza tra i prestatori d'opera presenti in cantiere e le risultanze della documentazione obbligatoria in materia di lavoro dipendente, mentre l'art. 126, c. 2, lett. c), demanda all'ispettore di cantiere (ma se non nominato, allo stesso direttore dei lavori) il controllo sull'attività dei subappaltatori.

In caso di presenza in cantiere di subappaltatori non autorizzati il direttore dei lavori ne dovrà fare segnalazione al RUP per l'adozione dei provvedimenti necessari sia sul piano contrattuale, sia sotto il profilo della denuncia in sede penale.

Si conviene con quanto affermato nel quesito in ordine ai compiti del coordinatore per la sicurezza.

QUESITO-2005-029-1171Vbis

Oggetto: Diniego subappalto in OG11

Questa S.A. ha in corso di esecuzione il seguente appalto: bando datato 21.04.2004, importo totale lavorazioni: euro. 949.374,47 (100,00%), di cui OG1 prevalente per euro 617.798,77 classifica III (65,08%); OG11 scorporabile non sub appaltabile per euro 160.200,00 classifica I (16,87%) ed OS6 subappaltabili euro 171.375,70 classifica I (18,05%). La ditta aggiudicataria ha partecipato mediante A.T.I. verticale, in quanto la capogruppo è priva di qualificazione per la categoria OG11. La medesima capogruppo ha richiesto il sub appalto anche di parte della categoria OG11 verso altra impresa qualificata SOA e limitatamente al massimo del 10% della OG11 stessa. La S.A. in forza dei divieti di subappalto nel bando, dell'art. 13 comma VII L. 109/94 e ss.mm.ii., degli artt. 72, 73 e 74 del DPR 554/99 e ss.mm.ii. e del DM. 25 gennaio 2000 n. 34 nella specie la tabella delle categorie a qualificazione obbligatoria (OG11) ha negato il sub appalto. L'impresa diffida la S.A. chiedendo l'autorizzazione favorevole, sia in forza della sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 19 ottobre 2004 n. 6701 (conferma TAR Lazio, Roma sez. I-bis n. 7088 del 2002) (testo presso: <http://www.giustiziaamministrativa.it/webcds/frmRicercaSentenza.asp>), sia perché l'appalto in corso raggruppa nella OG11 categorie specialistiche non superiori al 15% dell'opera come qui dimostrato: OG11 euro 160.200,00 (16,87%) riconducibili cioè a: OS 3 euro 10.600,00 (1,1165%), OS 28 euro 86.400,00 (9,1007%) e OS 30 euro 63.200,00 (6,6570%). E' corretto il diniego oppure si deve procedere ad un assenso al sub

RISPOSTA

L'art. 13, c. 7, L. 109 prevede il divieto di subappalto per alcune specifiche lavorazioni, diverse dalla prevalente, comunemente definite "superpecializzate" ed individuate puntualmente dall'art. 72, c. 4, Reg. gen. Ratio del divieto è far sì che, per l'importanza di tali lavorazioni nell'appalto, esse siano assunte da un soggetto in possesso della specifica qualificazione. Per cui il concorrente qualificato per la prevalente (anche per l'intero importo dell'appalto), e non anche per le opere superspecializzate, potrà partecipare alla gara solo in ATI con impresa qualificata per quelle lavorazioni.

Ciò posto, si chiede se, assunto l'appalto da soggetto in possesso di qualificazione anche per le op. "superspecializzate", il divieto di subappalto continui ad operare impedendo per le lavorazioni di cui all'art. 72, c. 4 la possibilità dell'affidamento derivato.

Malgrado il tenore letterale della norma ("esse non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite direttamente dai soggetti affidatari"), la ricognizione della ratio della norma conferma quale fosse l'interesse primario del legislatore, mentre non è rinvenibile alcun intento preclusivo del subappalto nei confronti dell'assuntore qualificato, tanto più che tale preclusione si tradurrebbe in penalizzazione proprio per quella categoria di imprese che la norma si proponeva di tutelare. Appare allora più ragionevole pensare (cfr. Aut. Vig. Il.pp., det. n. 25/01) che anche queste lavorazioni possano formare oggetto di subappalto: "nel caso di a.t.i. verticali – indipendentemente se costituite per scelta del concorrente o perché conseguenza del divieto di subappalto – ogni mandante ... è da considerarsi assimilabile al soggetto che assume le lavorazioni della categoria prevalente. Non vi è dubbio, quindi, che sussiste la facoltà di subappaltare entro il limite del 30% le lavorazioni di ogni categoria."

QUESITO-2005-023-1165T

Oggetto: Mancato pagamento dipendenti e subappaltatore

- a seguito di gara sono stati affidati a ditta i lavori di "Realizzazione di nuovi loculi, ecc.";
- il credito è stato ceduto;
- il subappaltatore e i dipendenti non sono stati pagati ed hanno chiesto la sospensione del pagamento dei SAL dovuti, diffidando il Comune a procedere in tal senso, nonché chiesto il pagamento diretto delle competenze spettanti, di € 76.154,16 e di € 19.536,85;
- il Comune invitava l'appaltatore a provvedere e a fornire chiarimenti circa i mancati pagamenti, e quali soluzioni intendeva la stessa adottare nel merito;
- con la stessa nota era quindi comunicata la sospensione della liquidazione del 2° certificato di pagamento (relativo al 2° SAL) di € 55.058,29;
- l'appaltatore confermava il mancato pagamento degli stipendi; Il Comune ha quindi determinato: - la risoluzione del contratto/ la sospensione della liquidazione del 2° SAL/ l'escussione della cauzione definitiva. Dato che la ditta verbalmente ha comunicato che avvierà le procedure fallimentari con la presente si chiede:
 - Il Comune deve dare corso direttamente e in via prioritaria rispetto agli altri creditori alla liquidazione degli stipendi dei dipendenti e se sì come (chi verifica le buste paga?, ecc.);
 - La cessionaria ha diritto alla liquidazione del credito maturato (eventualmente depurato dall'importo spettante ai dipendenti - art. 115, DPR 554/99) o si deve aspettare la decisione del curatore fallimentare?;
 - La cauzione definitiva di € 27.337,96 serve a ristorare una delle parti creditrici (eventualmente anche il subappaltatore) e se sì come; o può essere usata per coprire il maggior costo derivante da affidamento residui lavori ad altra im-presa;
 - Il Comune può procedere all'escussione della cauzione prevista ai sensi dell'art. 35 LR 27/2003 anche se non procede all'affidamento dei residui lavori alla 2° classificata in sede di gara?.

RISPOSTA

Quanto al mancato pagamento dei dipendenti dell'appaltatore, è applicabile l'art. 13 del DM 145/2000 (Capitolato Generale d'appalto), che consente alla Stazione committente di utilizzare per il pagamento dei dipendenti dell'appaltatore le "somme dovute all'appaltatore in esecuzione del contratto" (quindi, fino alla concorrenza della retribuzioni arretrate, l'importo del 2° SAL).

La verifica delle buste paga (cioè la quantificazione puntuale del credito arretrato maturato dai lavoratori a titolo di retribuzioni) potrà essere fatta avvalendosi della collaborazione della Direzione provinciale del lavoro.

Quanto al mancato pagamento del subappaltatore, costituisce titolo per bloccare il pagamento del 2° SAL (art. 38, comma 3, LR 27/03) e può concorrere a motivare la risoluzione del contratto in danno dell'appaltatore.

Quanto al sopravvenuto fallimento dell'appaltatore, lo stesso non interferisce con il pagamento "in via sostitutiva" dei lavoratori, che esercitano un diritto loro riconosciuto nei confronti della Stazione committente dall'art. 13 del DM 145/2000.

Quanto ai diritti della cessionaria del credito relativo al prezzo dell'appalto, l'art. 115, comma 5, del DPR 554/99 afferma che "l'amministrazione ceduta può opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto di appalto", il che comporta che il residuo importo del 2° SAL (depurato di quanto corrisposto ai dipendenti dell'appaltatore) può divenire oggetto, in tutto o in parte, di compensazione per risarcimento dei maggiori oneri derivanti dalla risoluzione in danno.

Quanto alla cauzione definitiva, l'art. 101, comma 3, del DPR 554/99, la finalizza anche alla copertura della maggior spesa a fronte della risoluzione del contratto in danno, ma non può essere impiegata a soddisfacimento del subappaltatore.

Quanto all'ulteriore garanzia di cui all'art. 35 della L.R. 27/03, non può essere impiegata se manca l'affidamento dei lavori al 2° classificato.

QUESITO-2004-119-1001T

Oggetto: I subcontratti vanno autorizzati

L'appaltatore può affidare a terzi, senza che ciò costituisca subappalto, oltre ai noli a caldo e forniture in opera, anche sub-contratti di lavori se di importo sempre inferiore ai limiti del 2% del valore complessivo dell'appalto o 100.000,00 € e/o qualora l'incidenza della manodopera sia inferiore al 20%?

RISPOSTA

La risposta al quesito non può che essere negativa.

Infatti, la disposizione (art. 18, comma 12, legge 55/90) che fissa i concorrenti requisiti

a) del valore del sub-contratto superiore al 2% dell'importo dei lavori oggetto dell'appalto, oppure superiore a 100.000 euro;

b) dell'incidenza del costo della manodopera superiore al 50% dell'importo del sub-contratto riguarda i sub-contratti diversi dal vero e proprio subappalto, ma a questo assimilati quanto alla disciplina dettata dai commi che precedono la citata disposizione.

Ne è prova inconfutabile la regola contenuta nell'art. 18, comma 9, 5° periodo – introdotta dall'art. 7, comma 3, della legge 166/2002 – in virtù della quale il termine per la formazione del silenzio assenso, relativamente all'autorizzazione di subappalti o cottimi di importo inferiore al 2% del valore totale dell'appalto, ovvero d'importo inferiore a 100.000 euro, è dimezzata (15 giorni anziché 30).

La norma da ultimo citata, infatti, dimostra che l'autorizzazione del subappalto e del cottimo è sempre necessaria, a prescindere dal loro valore economico (assoluto e percentuale rispetto all'importo dell'appalto), e che le "soglie" minime indicate alle precedenti lett. a) e b) riguardano solo sub-contratti diversi dal subappalto e dal cottimo. Conformemente si è pronunciata l'Autorità per la Vigilanza, con la determinazione 27/2002.

QUESITO-2004-114-973T

Oggetto: Quesiti diversi

Bando pubblicato prima del 01/10/04 (Entrata in vigore della L.R. 27/2003)

quesito 1) il 30% subappaltabile della categoria prevalente è da calcolarsi sull'importo indicato nel bando oppure sull'importo di aggiudicazione? (OG2 del bando € 159.586,29; OG2 di aggiudicazione € 155.976,03)

quesito 2) le lavorazioni che non superano il 10% e quindi rientranti nella categoria prevalente, concorrono tutte al calcolo del 30% (o 50% L.R. 27/2003)?

quesito 3) richiesta di subappalto dell'impianto elettrico (OS30 del bando € 27.936,27; OS30 di aggiudicazione € 27.926,68) rientrante nella categoria prevalente in quanto non superiore al 10% (non scorporabile ma subappaltabile). Importo minimo autorizzabile € 22.341,34 (€ 27.926,68 – 20%). Contratto di subappalto € 22.700,00. Il residuo ancora subappaltabile della categoria prevalente a quanto ammonta? 30% cat. prev. di aggiudicazione – subappalto (importo di aggiudicazione) oppure 30% cat. prev. di aggiudicazione – subappalto (importo di contratto subappalto)?

quesito 4) il contratto di subappalto non può prevedere la corresponsione di un compenso minore dell'importo di aggiudicazione ribassato del 20%, ma può prevedere il pagamento di un compenso maggiore di quello di aggiudicazione? (aggiudicazione € 5000; minimo autorizzabile € 4000; contratto di subappalto € 6500).

RISPOSTA

1) La percentuale massima della categoria prevalente subappaltabile va computata con lo stesso criterio di calcolo utilizzato per quantificare l'importo complessivo dei lavori oggetto dell'appalto. A parità di criterio, infatti, l'entità <fisica> dei lavori oggetto di subappalto è la medesima.

2) Le lavorazioni indicate nel bando ai soli fini del subappalto, ancorché inferiori al 10% del totale dell'appalto, non concorrono nella percentuale massima subappaltabile della categoria prevalente.

3) Se le lavorazioni di OS30 sono indicate nel bando come subappaltabili, il relativo valore non concorre nell'aliquota subappaltabile della categoria prevalente. Il valore percentuale delle lavorazioni subappaltabili dev'essere calcolato con lo stesso criterio impiegato per quantificare il valore delle lavorazioni che ne rappresentano la base 100 (il primo, quindi, non potrà mai essere calcolato al prezzo del contratto di subappalto).

4) Nulla vieta che tra l'appaltatore ed il subappaltatore si convenuto un prezzo per le lavorazioni oggetto del subappalto superiore al valore attribuito alle stesse lavorazioni dal contratto di appalto. In ogni caso, per calcolare l'incidenza percentuale di tali lavorazioni rispetto all'intero appalto, dovrà impiegarsi per entrambi gli elementi in confronto il medesimo criterio di calcolo (lordo su lordo, calcolato ai valore a base d'asta, oppure netto su netto, calcolato alle quotazioni del contratto d'appalto).

QUESITO-2004-111-956T

Oggetto: Controllo autodichiarazioni

Come si possono rispettare i tempi previsti dall'art. 18 - comma 9 - della legge 55/1990 per rilasciare l'autorizzazione al subappalto se per il controllo delle autodichiarazioni sul possesso dei requisiti di ordine generale gli enti preposti rispondono ben oltre i termini?

RISPOSTA

L'art. 18, c. 9, della legge 55/1990, stabilisce che "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".

L'Autorità, con la determinazione 6/2003, ha affermato che "... dovrà essere rivolta particolare attenzione al rispetto dei termini ... , nella consapevolezza che il mancato rilascio entro la scadenza prevista dalla legge darà luogo al silenzio-assenso ...".

In dottrina (M. Zoppolato "Subappalto", in La legge quadro sui lavori pubblici, 2003, pag. 923), la c.d. proroga del termine viene correlata alla richiesta "(per non più di una volta) di documentazione integrativa, con nuova decorrenza del termine dalla presentazione di tale documentazione ulteriore".

Qualora la Stazione appaltante abbia attivato sollecitamente le procedure di controllo delle autodichiarazioni acquisite a corredo dell'istanza di autorizzazione del subappalto, l'eventuale ritardo nei riscontri di competenza delle Amministrazioni detentrici delle informazioni oggetto di verifica non sembra configurare i presupposti per il ricorso al meccanismo della "proroga" del termine di 30 gg. per la formazione dell'autorizzazione "tacita" del subappalto.

Residua, in ogni caso, il potere di revoca o di annullamento dell'autorizzazione tacita, quale estrinsecazione del potere generale di autotutela.

QUESITO-2004-91-892T

Oggetto: Mancato pagamento subappaltatore

La questione riguarda un contratto d'appalto di lavori stipulato prima dell'entrata in vigore della l.r. n.27/2003 (e il bando di gara prevedeva che i pagamenti ai subappaltatori fossero eseguiti dall'appaltatore). Il subappaltatore non è mai stato pagato dall'appaltatore, come l'ente appaltante non ha mai pagato l'appaltatore a causa della mancata maturazione dell'importo minimo di acconto stabilito; anzi il contratto d'appalto è stato risolto per inadempimento. Il subappaltatore potrebbe ottenere ristoro chiedendo il pignoramento del credito vantato dall'appaltatore prima che l'ente appaltante lo incameri a titolo di penale (per scadenze intermedie fissata dal capitolato speciale) e di risarcimento danni? Diversamente quale forma di tutela potrebbe attivare? E, nel caso di pignoramento del credito dell'appaltatore, l'ente appaltante può escutere la cauzione definitiva per l'importo pari alla penale maturata dall'appaltatore e al danno subito per effetto dell'inadempimento contrattuale?

RISPOSTA

L'eventuale richiesta, avanzata dal subappaltatore, di pignoramento del credito vantato dall'appaltatore nei confronti della Stazione appaltante:

1) è subordinata all'adesione della S.A. (art. 351 L. 2248/1865)

2) il suo oggetto (credito dell'appaltatore verso la S.A.) non dev'essere già stato estinto per compensazione operata dalla S.A. (nel conto finale o nel collaudo delle opere eseguite prima della risoluzione).

Poiché:

a) l'adesione della S.A. non è necessaria solo nel caso di pignoramento di somme dovute all'appaltatore e risultanti dal collaudo (art. 351 cit.)

b) non sono opponibili al pignorante le estinzioni del credito pignorato avvenute successivamente al pignoramento (art. 2917 c.c.) è opportuno che la S.A. non aderisca al pignoramento confidando nella sola escussione della cauzione definitiva (qualora costituita mediante fideiussione bancaria od assicurativa).

Infatti, il fideiussore potrebbe eccepire la lesività nei suoi confronti dell'adesione al pignoramento, in quanto rende inopponibile al subappaltatore la successiva compensazione tra il credito dell'appaltatore per i lavori contabilizzati ed il debito per la penale e per il risarcimento dei danni cagionati alla S.A., costringendo quest'ultima all'escussione della cauzione.

Alla luce di quanto argomentato dall'Autorità nella determinazione 7/2004, non si ravvisano ulteriori forme di tutela attivabili dal subappaltatore nei confronti della S.A.

QUESITO-2004-79-863T

Oggetto: Lavorazioni rientranti nel regime del subappalto

Può la ditta aggiudicatrice dell'appalto (es. di un edificio) ordinare ad un'altra ditta qualsiasi tipo di fornitura? (Esempio materiali tipo serramenti, mattoni, calcestruzzi). Può la ditta stessa richiedere la fornitura e posa di qualsiasi lavoro ad un'altra ditta o è necessario attenersi ai lavori descritti dalla L. n. 55-90 con il limite di spesa massimo che è quello che deriva dal contratto d'appalto?

RISPOSTA

La risposta al quesito si fonda sull'art. 18, c. 12, L 55/90 e sull'art. 141, c. 5, DPR 554/99.

In base alla 1^a disposizione, sono assoggettati alla disciplina del subappalto (autorizzazione della Stazione committente, divieto di subappalto a cascata, riscontro del pagamento dei subappaltatori previa esibizione delle relative fatture quietanzate, responsabilità solidale dell'appaltatore circa l'osservanza da parte del subappaltatore del trattamento economico e normativo stabilito dal ccnl verso i propri dipendenti, ecc.) anche i sub-contratti che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa ed i noli a caldo, qualora ricorrano entrambe le seguenti condizioni:

1) ciascun sub-contratto dev'essere d'importo superiore al 2% dell'appalto principale, oppure d'importo superiore a 100.000 euro

2) l'incidenza del costo della manodopera inerente il sub-contratto dev'essere superiore al 50% dell'importo totale del sub-contratto.

In base alla 2^a disposizione la manodopera è quella che presta la propria attività nel cantiere cui si riferisce l'appalto.

Alcune delle prestazioni indicate nel quesito (mattoni, calcestruzzi), in quanto semplici forniture, sono sottratte al regime dell'art. 18, c. 12, L 55/90.

Per i serramenti, la relativa fornitura e posa, pur riconducibile alla cat. OS 6 DPR 34/2000, sarà assoggettata al predetto regime solo qualora si riscontrino le condizioni di cui ai precedenti punti 1) e 2).

QUESITO-2004-76-849V

Oggetto: Contratto di subappalto

Al fine di valutare un'autorizzazione al subappalto è legittimo chiedere alla ditta, preordinatamente all'autorizzazione da parte dell'Ente, e contestualmente con gli altri documenti, copia originale del contratto di subappalto firmato dalle parti?

RISPOSTA

Ai sensi dell'art. 18, c. 3, n. 2, della L. n. 55/90 una delle condizioni per l'affidamento in subappalto è rappresentata dal deposito presso la stazione appaltante del contratto di subappalto almeno 20 giorni prima dell'inizio delle relative lavorazioni.

E' pertanto legittima la richiesta all'appaltatore di produrre, tra gli altri documenti, il contratto di subappalto sottoscritto dalle parti. Tuttavia, poiché comunque il subappalto è soggetto all'autorizzazione della stazione appaltante, è opportuno che il contratto stesso contenga al proprio interno la condizione del futuro ottenimento dell'autorizzazione, in quanto un contratto non condizionato sarebbe sottoposto al rischio di incorrere nel reato di subappalto non autorizzato di cui all'art. 21 della L. n. 646/82 (se si segue la tesi – sostenuta da parte della giurisprudenza - che identifica il momento consumativo del reato nel momento della stipulazione del contratto, cioè dell'incontro delle volontà, indipendentemente dal fatto che il contratto stesso abbia avuto o meno un inizio di esecuzione).

QUESITO-2004-58-814V

Oggetto: Prezzi unitari delle lavorazioni subappaltate

Alla luce dell'art. 18 comma 4 della legge n.55/90, chiedo se l'ente appaltante possa pretendere che nel contratto di subappalto le parti concordino che i prezzi praticati dal subappaltatore sono quelli di aggiudicazione diminuiti in misura non superiore al 20%. Ciò soprattutto nel caso in cui il contratto di subappalto non indichi i prezzi unitari delle lavorazioni subappaltate o comunque essi non siano di agevole determinazione da parte dell'ente appaltante.

RISPOSTA

La legge (art. 18, c. 4, L. n. 55/90) impone all'appaltatore l'obbligo di praticare, per i lavori affidati in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione con ribasso non superiore al 20%. Pertanto è opportuno che la stazione appaltante richiami espressamente tale norma nei propri capitolati e contratti, imponendo all'appaltatore di indicare nel contratto i prezzi unitari delle lavorazioni subaffidate. Diverso è il problema della difficoltà della verifica del rispetto di tale obbligo, specie nei casi in cui la prestazione subaffidata non abbia autonoma previsione all'interno dell'elenco prezzi. Tuttavia anche in questi casi

l'amministrazione – con gli elementi a propria disposizione e quelli che potrà richiedere all'appaltatore – sarà comunque in grado (sia pure con una certa difficoltà) di ricostruire un raffronto tra i prezzi originari e quelli praticati dall'appaltatore al subappaltatore, che le consentirà di accertare, ancorché senza precisione assoluta, l'adempimento della prescrizione normativa.

QUESITO-2004-57-811V

Oggetto: Subappaltabilità OG11

Lavori di restauro e ristrutturazione Barchessa di Villa Tessier a destinazione residenziale. (pubblico incanto) Importo lavori: € 972.018,02 oneri sicurezza € 40.000,00 Cat. prevalente: OG2 importo: € 588.173,99 Altre cat. OG11 importo: 235.663,19 OS6 importo: € 188.180,94 Si chiede chiarimenti in merito alla subappaltabilità o meno della cat. OG11 da parte di imprese concorrenti non in possesso della relativa qualificazione e non costituite in ATI verticale

ALLEGATO

OGGETTO: lavori di restauro e ristrutturazione della Barchessa di Villa Tessier ed adiacenze a fini residenziali.

Subappaltabilità della categoria OG11.

Si chiede a questo Osservatorio di esprimersi cortesemente in ordine ad un quesito sorto durante l'espletamento del pubblico incanto per l'affidamento dei lavori in oggetto e relativo alla subappaltabilità delle opere di categoria OG11 da parte di imprese non in possesso della relativa qualificazione.

In data 09.03.2004 si è riunita presso la casa di riposo la Commissione Giudicatrice per l'affidamento dei lavori citati in premessa, il cui importo complessivo è pari a € 1.012.018,02, di cui € 972.018,02 per lavori e € 40.000,00 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d'asta.

Il bando di Gara, redatto secondo lo schema tipo della Regione Veneto, prevedeva le seguenti lavorazioni:

4a) Categoria prevalente: OG2, importo: € 588.173,99, classifica III;

4b) Parti, appartenenti a categorie generali o specializzate diverse dalla categoria prevalente, di cui si compone l'opera o il lavoro e che sono, a scelta del concorrente, subappaltabili o affidabili a cottimo, e comunque scorporabili, in quanto singolarmente d'importo superiore al 10% dell'importo complessivo dell'opera, ovvero singolarmente d'importo eccedente i 150.000 Euro:

- Impianti tecnologici, categoria: OG11, importo dei lavori € 235.663,19, classifica I;
- Finiture di opere generali in materiali lignei, categoria: OS6, importo dei lavori: € 188.180,94 classifica I;

In sede di apertura delle buste una impresa concorrente ha verbalmente diffidato la Commissione dall'ammettere alla gara le imprese concorrenti non in possesso della qualificazione per l'esecuzione delle opere di categoria generale OG11 e non costituite in ATI verticale, minacciando ricorso al TAR in caso contrario.

La Commissione ha sospeso la gara e ha chiesto un parere al legale dell'Ente, il quale, in linea con le indicazioni dell'Autorità di Vigilanza (parere n. 31/2002) e con una certa recente giurisprudenza, sostiene la non subappaltabilità della categoria OG11 e conseguentemente consiglia di revocare la gara o di escludere le imprese non qualificate per la categoria OG11 e non costituite in ATI verticale.

La Commissione Aggiudicatrice, conferma invece l'impianto originario del Bando, richiamando l'art. 13 c. 7 della L. 109/94 e gli artt. 72 c.4 e 74 c.2 del DPR 554/99, nonché le note esplicative fornite dall'Osservatorio sugli Appalti della Regione Veneto e approvate con DGRV n. 1163 del 10.05.2002. E dunque ritiene le lavorazioni comprese nel bando e appartenenti alla categoria di opere generali OG11 subappaltabili e scorporabili.

La Commissione scrive:

“L'art. 74 comma 2 del DPR 554/99 stabilisce che le “lavorazioni relative a opere generali e a strutture, impianti ed opere speciali” non possono essere eseguite direttamente dalle imprese qualificate per la sola categoria prevalente, se prive delle adeguate qualificazioni: esse sono comunque subappaltabili, fatto salvo quanto stabilito all'art. 13 comma 7 della L. 109/94. Detto articolo 13 prevede il divieto di subappalto per lavorazioni di “notevole contenuto tecnologico o rilevante complessità tecnica”, quali strutture, impianti ed opere

speciali, se l'importo delle stesse supera il 15% dell'importo dell'appalto. Il limite dell'art. 13 comma 7 si riferisce pertanto testualmente a sole categorie di opere specializzate e non a categorie di opere generali. Se ne deduce che la categoria OG 11 non rientra nel campo di applicazione dell'art. 13 della L. 109/94 con conseguente libertà di ricorso al subappalto.

La Regione Veneto con DGRV n. 1163 del 10.05.2002 conferma questa linea predisponendo in questo senso gli schemi tipo di Bando e specificando di non condividere l'indicazione formulata dall'Autorità di Vigilanza secondo la quale il divieto di subappalto e l'obbligo per le imprese sprovviste della relativa qualificazione di costituire ATI di tipo verticale non riguarderebbe soltanto le 'strutture, impianti e opere speciali' di importo superiore al 15% dell'ammontare complessivo dell'appalto, ma anche tutte le opere generali superiori alla predetta percentuale.

Il Consiglio di Amministrazione dello scrivente Ente si trova ora nella necessità di decidere riguardo al proseguimento della gara in esame, avendo agli atti pareri contrastanti da parte del legale e della Commissione di gara.

RISPOSTA

La formulazione del bando di gara e le valutazioni fornite dalla Commissione di gara appaiono corrette. Il tenore letterale della legge non lascia infatti dubbi sul fatto che la categoria OG11 non rientra tra quelle per le quali l'art. 13, c.7, L. 109/94 stabilisce il divieto di subappalto. Tali categorie sono infatti individuate dall'art. 72, c.4, Reg. gen., che espressamente menziona categorie di opere specializzate e una sola categoria di opere generali (la OG12).

Né può darsi rilievo alla circostanza che l'Autorità per la vigilanza – con interpretazione che non trova alcun fondamento nel dato normativo – abbia esteso il divieto di subappalto ex art. 13 anche a tutte le categorie di opere generali.

Come noto, sul punto la Regione Veneto si è dichiaratamente discostata dall'avviso dell'Autorità e tale orientamento è stato canonizzato nelle Note esplicative agli schemi di bando (da ultimo approvate con D.G.R. n. 1163/2002).

Conseguentemente si conferma la legittimità della partecipazione alla gara e dell'ammissione di soggetti attestati nella categoria prevalente OG2, ma sprovvisti della qualificazione in OG11 (e non associati con imprese qualificate in OG11), purché essi abbiano indicato tra le opere da subappaltare quelle appartenenti a tale categoria. In difetto di tale indicazione, si dovrà invece disporre la loro esclusione dalla gara.

QUESITO-2004-52-798V

Oggetto: Subappalto lavorazioni a corpo

Un opera pubblica prevede tra le lavorazioni anche la realizzazione di un impianto di illuminazione pubblica.

L'importo di tale lavorazione è computato a corpo ed indicato nel bando di gara come tipologia di lavorazione per cui è obbligatoria la qualificazione L.46/90. L'impresa aggiudicataria, non qualificata, è obbligata a subappaltare.

In questo caso è obbligata a subappaltare l'intera voce a corpo relativa all'illuminazione pubblica o può chiedere il subappalto escludendo le opere ad esempio di scavo, posa plinti ecc., preordinate alle lavorazioni prettamente elettriche?

RISPOSTA

Nel caso prospettato, al di là del fatto che vi sia una voce a corpo riguardante l'illuminazione pubblica, se dal bando, dal capitolato o dal progetto siano rinvenibili, all'interno di quella voce, lavorazioni attribuibili a categorie diverse dalla OG10 (quali quelle citate nel quesito), il subappalto potrà essere circoscritto alle sole opere propriamente impiantistiche se l'appaltatore sia qualificato per le altre o potrà essere ripartito tra subaffidatari in possesso di diverse specializzazioni.

Occorre altresì ricordare che, come precisato dall'Autorità per la Vigilanza sui Ilpp (delib. n. 108 del 17/04/2002), l'abilitazione prevista dalla L. n. 46/90 non costituisce requisito di partecipazione alle gare d'appalto, ma requisito da dimostrare in fase esecutiva. Pertanto l'assuntore dell'appalto che non fosse in possesso della specifica qualificazione richiesta dovrà accertare il possesso dell'abilitazione ex L. n. 46/90 solo da parte dell'esecutore delle lavorazioni prettamente impiantistiche.

QUESITO-2004-23-721T

Oggetto: Indicazioni nel bando di gara

E' corretto in riferimento all'art. 38 comma 4 della L.R. 27/2003 inserire nel bando e nel capitolato la seguente dicitura: - è vietato il subappalto dei lavori costituenti categorie di opere generali, strutture, impianti e opere speciali, di cui all'articolo 13, comma 7, della legge n. 109 del 1994, indicati dal bando di gara e qualora tali lavori siano superiori a € 150.000 e superiori al 15% dell'importo totale dei lavori in appalto, così come previsto dall'art. 38 comma 4 della L.R.V. n. 27/2003.

RISPOSTA

Nel caso di lavori d'importo pari o superiore a 150.000 €, l'aggiornamento dei bandi tipo approvati con deliberazione della Giunta regionale n. 1163/2002 dovrà comportare:

1) Nel Bando (punto 4.c), la soppressione del termine "ciascuna", che accompagnava l'espressione "strutture, impianti ed opere speciali".

2) Nel Disciplinare (punto 4.c), oltre alla modifica testé indicata, la sostituzione dell'espressione "non possono essere affidati in subappalto" - riferita alle citate "strutture, impianti ed opere speciali" - con l'espressione "sono eseguiti esclusivamente dai soggetti affidatari, salvo quanto indicato al successivo punto 11. e)".

Nel punto 11. e), adeguandosi a quanto indicato dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con la determinazione 25/01, dev'essere ricordato che qualora siano presenti nell'appalto "strutture, impianti ed opere speciali" di cui all'art. 72, c. 4, DPR 554/99, "il relativo subappalto può essere autorizzato nel limite massimo del 30% del relativo importo".

In ogni caso, confermando quanto già indicato nei Bandi tipo regionali, si ritiene corretto limitare la disciplina dell'art. 13, c. 7, della legge 109/94 alle sole "strutture, impianti ed opere speciali" di cui all'art. 72, c. 4, DPR 554/99, non condividendo l'indicazione dell'Autorità che, con le determinazioni 25/01 e 31/02, ha esteso analogo regime anche al caso di categorie generali diverse dalla prevalente, qualora d'importo superiore al 15% del valore totale dell'appalto.

QUESITO-2004-15-699T

Oggetto: Regime transitorio di entrata in vigore della L.R. 27/2003

In un lavoro affidato prima dell'entrata in vigore della legge Regionale 27/2003 è possibile aumentare il limite del subappalto dal 30% al 50% secondo quanto disposto dall'art. 72 " le

disposizioni di cui alla presente legge trovano applicazione anche per i lavori pubblici di interesse regionale il cui bando di gara è pubblicato o le cui procedure di affidamento dei lavori o dei servizi sono avviate successivamente alla data di entrata in vigore della stessa".

RISPOSTA

Il "regime transitorio" della L.R. 07.11.2003, n. 27 – laddove non ricorrano gli specifici profili normati dagli artt. 70 (espropriazione) e 71 (Organi consultivi) – è delineato dall'art. 72, ed in particolare dal relativo comma 1.

Se si eccettua l'errato utilizzo della congiunzione "anche" - che letteralmente finisce per privare di ogni significato la citata disposizione, in quanto assoggetterebbe alla L.R. 27/03 sia i lavori pubblici con bando pubblicato a partire dal 10.01.2004, sia quelli con bando pubblicato precedentemente – l'intento del legislatore appare evidente e viene correttamente esplicitato nella Relazione al Consiglio Regionale.

Le nuove disposizioni - con la sola eccezione di quelle rimesse ad una successiva definizione mediante strumenti attuativi (quali regolamenti, provvedimenti amministrativi, documenti tecnici, ecc.), oppure riconducibili al "regime transitorio" speciale dei citati artt. 70 e 71 – trovano applicazione ai soli lavori pubblici da affidarsi con bando pubblicato a partire dal 10.01.2004.

Ne consegue che, nel caso di un contratto di appalto stipulato a seguito di una procedura di affidamento avviata con bando pubblicato prima del 10.01.2004, il limite quantitativo alla subappaltabilità dei lavori della categoria prevalente resta fissato nel 30%, trovando esclusiva applicazione l'art. 18, comma 3, terzo periodo, della legge 19.03.1990, n. 55 (e non, invece, l'art. 38, comma 1, della L.R. 27/03).

QUESITO-2004-3-669T

Oggetto: Regime transitorio di entrata in vigore della L.R. 27/2003

In un lavoro appaltato prima dell'entrata in vigore della L.R. 27/2003 il cui contratto deve essere ancora sottoscritto, la percentuale di lavori della categoria prevalente subappaltabile è del 30%, in quanto prevista dalla normativa nazionale o del 50% come prevede la normativa regionale?

RISPOSTA

Nel caso di lavori pubblici di interesse regionale appaltati prima del 10 gennaio 2004, la disposizione dell'art. 38, comma 1, della citata L.R. 27/03 – per cui "la percentuale di lavori della categoria prevalente subappaltabile è stabilita nella misura del cinquanta per cento dell'importo della categoria" – va letta unitamente a quella riportata nell'art. 72, comma 1, che recita "le disposizioni di cui alla presente legge trovano applicazione anche per i lavori pubblici di interesse regionale il cui bando di gara è pubblicato o le cui procedure di affidamento ... sono avviate successivamente alla data di entrata in vigore della stessa".

La portata della disposizione è chiarita dalla Relazione al PDL 231 (anch'essa sul BUR 106/03), dove si precisa che "l'articolo si apre con l'enunciazione del termine iniziale di applicazione della presente legge ..., chiarendo che esso corrisponde alla pubblicazione del relativo bando di gara che sia stata posta in essere, appunto, dopo l'entrata in vigore della legge".

Si tratta, del resto, della riproposizione del consolidato criterio di disciplina del diritto transitorio (si veda, ad esempio, l'art. 231, commi 2 e 3, del DPR 554/99 e, nella specifica materia del subappalto, l'art. 18, comma 14, della legge 55/90).

Ne consegue che, nella fattispecie oggetto del quesito, la percentuale massima subappaltabile della categoria prevalente resta il 30%, ex art. 18, comma 3, della legge 55/90.