

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

DELIBERAZIONE N. 35

Adunanza del 3 settembre 2008

23249/08

Oggetto: Attività concernenti la fornitura e posa in opera di conglomerati bituminosi

Esponente: Società Mannina Vito S.r.l. di Valderice (TP)

Rif. normativi: art. 21 L. 646/1982, art. 18 L. 55/1990, art. 118 D.Lgs. 163/2006, artt. 124 e segg. D.P.R. 554/1999

Dirigente: ing. Attilio Fralleone

Il Consiglio

Vista la relazione della Direzione generale della vigilanza lavori

Considerato in fatto

Tramite la Prefettura - Ufficio Territoriale del Governo di Trapani, è pervenuto all'attenzione dell'Autorità un quesito formulato dall'Amministratore giudiziario della Società Mannina Vito S.r.l. di Valderice (TP) riguardante l'applicazione della normativa vigente in materia di subappalto relativamente ad ipotesi di fornitura e posa in opera di conglomerati bituminosi nonché a pratiche di dubbia liceità, sempre più spesso riscontrabili, localmente, nel settore dei lavori stradali. In particolare, l'impresa appaltatrice acquista il conglomerato bituminoso presso la ditta di produzione, che provvede anche con i propri mezzi a trasportarlo in cantiere. Successivamente, l'impresa appaltatrice chiede alla ditta fornitrice del conglomerato il nolo a freddo della vibrofinitrice e dei rulli, nonché di tutti i mezzi accessori necessari alla posa in opera. Peraltro, essendo i mezzi d'opera particolarmente delicati e complessi nell'utilizzo, l'impresa appaltatrice chiede alla stessa ditta anche il "distacco funzionale e di dipendenza" dei conduttori dei mezzi d'opera.

In merito alle problematiche rappresentate dalla suddetta Società, il Sindacato delle Imprese edili e affini della provincia di Trapani (ANCE Trapani), ha fatto presente come sarebbe da considerarsi del tutto arbitrario, al di fuori dei parametri previsti dell'art. 18, comma 12 della legge n. 55/1990, voler ricondurre i contratti simili in questione alla osservanza delle disposizioni che regolamentano in maniera specifica l'istituto del subappalto. Viene segnalato, a tal proposito, un recente provvedimento assunto dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Termini Imerese, con il quale è stata richiesta l'archiviazione di un procedimento in ordine a presunte violazioni della normativa in materia di subappalto; nella fattispecie, si è ritenuto che le prestazioni afferenti il nolo a caldo, la fornitura e posa in opera di conglomerato bituminoso e la fornitura di calcestruzzo, non potessero essere qualificate come subappalto non autorizzato ma come contratti simili che, essendo inferiori alla soglia indicata dall'art. 18, comma 12 della legge sopra citata non erano soggetti ad autorizzazione.

Ritenuto in diritto

L'art.18, comma 12, della legge n. 55/1990 (la cui disciplina è ora contenuta nell'art. 118 del D.lgs. n. 163/2006) definisce il subappalto come quel *"contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori affidati o di importo superiore a 100.000 ECU e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare"*. L'ultima parte di detto comma stabilisce, inoltre, che *"...È fatto obbligo all'appaltatore di comunicare alla stazione appaltante, per tutti i sub-contratti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del subcontraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati"*.

Il comma 9 del medesimo art. 18, come modificato dall'art. 7, comma 3, della legge n. 166/2002, prevede altresì che *"...La stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione entro trenta giorni dalla relativa richiesta... Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per*

cento dell'importo dei lavori affidati o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà".

Al fine di chiarire alcune incertezze interpretative derivanti dalle norme sopra citate, l'Autorità è intervenuta in varie occasioni. In particolare, con la determinazione n. 6 del 27.2.2003, ha ribadito, in primo luogo, che il comma 12 riguarda i cosiddetti contratti similari (cioè quei subaffidamenti relativi a prestazioni che non sono lavori ma prevedono l'impiego di mano d'opera, come nel caso della fornitura con posa in opera e dei noli a caldo), in relazione ai quali vengono stabilite le soglie economiche per considerarli equiparati ai subappalti di lavori ed assoggettarli, conseguentemente, alla medesima disciplina; ha precisato, poi, che la nuova disciplina, contenuta nel comma 9, riguarda esclusivamente il subappalto o i cottimi relativi alle prestazioni da qualificarsi come lavori e, quindi, nessuna variazione è stata apportata alle disposizioni in materia dei cosiddetti contratti similari.

Peraltro, la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. V, 21.11.2007, n. 5906) ha recentemente affermato, in relazione a un contratto di noleggio a caldo di mezzi per l'importo di 6000,00 euro (inferiore altresì al 2% del valore dell'appalto), che *"il subappalto di lavorazioni pubbliche, quale che ne sia l'importo, è soggetto ad autorizzazione; l'importo, nel sistema vigente, rileva infatti ai soli fini della durata massima del procedimento autorizzatorio (di trenta giorni per gli importi più elevati; di quindici giorni per gli altri). A tale conclusione conduce il tenore testuale dell'art. 18, comma 9, della l. 55/90 ... ed il semplice rilievo, dal punto di vista sistematico, che la rilevanza degli interessi pubblici coinvolti non può restare influenzata dall'importo delle lavorazioni da subappaltare, anche perché esentare da autorizzazione una fascia di subappalti renderebbe di difficile controllo il fenomeno dei frazionamenti abusivi (cfr. Autorità di vigilanza, 27.2.2003, n. 6)".*

Nelle more di un consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa e delle interpretazioni che saranno fornite dalla giurisprudenza penale a tali disposizioni, si ritiene opportuno, al momento, non modificare gli indirizzi precedentemente assunti da questa Autorità, in particolare con la citata determinazione n. 6 del 27.2.2003.

Ciò premesso, si rammenta che l'Autorità, con Atto di regolazione n. 5 del 31.1.2001, ha chiarito che la differenza tra il contratto d'appalto e quello di compravendita (che costituisce il presupposto della fornitura) si desume dalla prevalenza, non solo quantitativa, ma soprattutto funzionale, secondo l'intenzione dei contraenti, della fornitura della materia (vendita) ovvero della prestazione relativa al lavoro (appalto d'opera).

Con riferimento alla questione sollevata dall'esponente, si ritiene che sulla base dello stesso principio non possa prescindere, ai fini della qualificazione del contratto in termini di subappalto o meno, da una valutazione relativa alla fattispecie negoziale concreta, verificando se si tratti di attività riconducibili a quelle tipiche del contratto di fornitura con posa in opera o di nolo a caldo piuttosto che ad un contratto di appalto. Nel caso della fornitura con posa in opera dei conglomerati bituminosi che, oltre alla fornitura del materiale preconfezionato, comprende generalmente lavorazioni che richiedono l'impiego di macchine particolari e di maestranze specializzate (ad es. per la movimentazione, la stesa, la compattazione, l'addensamento etc.) sembra prevalere, funzionalmente, un profilo attinente all'appalto di lavori pubblici, essendo il bene finale (ad es. il tappeto bituminoso) il risultato di una serie di lavorazioni tutt'altro che accessorie o complementari rispetto al bene fornito.

D'altro canto, occorre tener presente che la disciplina dettata dall'art. 18 della legge n. 55/1990 ha sostanzialmente lo scopo di contrastare l'insinuarsi di soggetti criminali nell'esecuzione dei

lavori pubblici nonché di garantire la qualità della prestazione del subappaltatore. Finalità, quest'ultima, che non verrebbe in alcun modo raggiunta ove si permettesse di far eseguire a soggetti non adeguatamente qualificati l'insieme delle prestazioni suddette.

Occorre poi rammentare che l'art. 21 della legge n. 646/1982 ha sancito il divieto di subappalto o cottimo non autorizzato prevedendo sanzioni a carico dell'appaltatore, del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo, per l'ipotesi in cui il primo conceda, anche di fatto, in tutto o in parte, in subappalto o a cottimo le opere senza l'autorizzazione della pubblica amministrazione. La norma contempla, infatti, non solo l'ipotesi in cui sia stato instaurato un rapporto di subappalto o di cottimo senza procedere alla stipula del relativo contratto, ma anche il caso in cui sia stipulato un contratto diverso che simuli un rapporto che, a prescindere dalla veste puramente formale, sia configurabile in termini di subappalto o di cottimo.

Così, la giurisprudenza penale ha ritenuto configurabile la contravvenzione di cui al citato art. 21 nel caso di un contratto innominato come il nolo a caldo (caratterizzato da una prestazione principale, avente ad oggetto la locazione o il c.d. noleggio di un macchinario, e da una accessoria, rappresentata dall'attività del soggetto addetto), che realizza un risultato analogo (cfr. Cass. pen., sez. III, 12.1.2006, n. 792). Similmente, è stato affermato che quando le prestazioni oggetto del contratto sono specialistiche e non sono limitate al funzionamento della macchina si ha cottimo e non nolo (Cass. pen., sez. III 14.7.1997, n. 6923).

Vale anche la pena di segnalare una pronuncia della giurisprudenza di merito (Tribunale di Nola, sez. II, 30.3.2005, n. 631) con la quale è stato affermato che il contratto di subappalto non autorizzato dalla p.a. è insanabilmente nullo ex art. 1418 c.c., in quanto contrario a norme imperative; peraltro, essendo stipulato in violazione di precetti penali, è anche contrario al buon costume e, di conseguenza, priva le parti non solo dell'azione contrattuale, ma anche dell'azione di arricchimento senza causa (nella specie, per mascherare il subappalto e/o il cottimo le società committenti avevano preteso di far risultare, ma solo apparentemente, assunti alle proprie dipendenze gli operai addetti alla conduzione delle macchine ed alla esecuzione dei lavori).

Pertanto, in relazione alle segnalate prassi distorsive, utilizzate per simulare rapporti conformi alla legge e non far emergere quelli dissimulati vietati, non può che richiamarsi la necessità che i competenti organi delle stazioni appaltanti esercitino appieno, durante la fase esecutiva dei lavori, i diritti-doveri conseguenti al loro ruolo. In particolare, la vigilanza in ordine al rispetto del divieto di affidare senza previa autorizzazione in subappalto, anche solo di fatto, lavorazioni comprese nell'appalto, spetta principalmente al direttore dei lavori e, ove nominato, al relativo assistente con funzioni di ispettore di cantiere. L'art. 124, c. 4, lett. a) D.P.R. n. 554/1999 attribuisce infatti 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, comma 2, lett. c), demanda all'ispettore di cantiere (ma se non nominato, allo stesso direttore dei lavori) il controllo sull'attività dei subappaltatori. Qualora rilevi, seppur incidentalmente, l'esistenza di subappalti non autorizzati, il direttore dei lavori è tenuto a segnalare il fatto, sia al responsabile unico del procedimento sia direttamente all'Autorità giudiziaria (quest'ultima segnalazione diviene obbligatoria se al direttore dei lavori si riconosce la qualifica di "pubblico ufficiale", tesi che trova riscontro in giurisprudenza).

Infine, si evidenzia che anche per i sub-affidamenti non qualificabili come subappalti ai sensi dell'art.18, comma 12 della legge n. 55/1990, pur in assenza di un obbligo di autorizzazione, deve comunque essere assicurato, da parte delle amministrazioni appaltanti, il rispetto dei principi generali che regolamentano la materia. Con la citata determinazione n. 6/2003, l'Autorità, nel

chiarire quali siano le facoltà di controllo che la stazione appaltante ha titolo ad esercitare in relazione ai sub-affidamenti non qualificabili come subappalti a norma di legge, ha precisato che:

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

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

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

In base a quanto sopra considerato,

il Consiglio

- ritiene opportuno, allo stato, ribadire gli indirizzi precedentemente assunti dall'Autorità, in particolare con la determinazione n. 6 del 27 febbraio 2003, in tema di sub affidamenti non qualificabili come subappalti, ai sensi dell'art. 18, comma 12, della legge 19 marzo 1990, n. 55, e sulle facoltà di controllo esercitabili dalle stazioni appaltanti;
- con riguardo alla fattispecie in argomento, ritiene assimilabile al subappalto qualunque contratto concernente la fornitura e posa in opera dei conglomerati bituminosi, in quanto comprensivo di una serie di lavorazioni, tutt'altro che accessorie e/o complementari rispetto al bene fornito, riconducibili a lavori e in relazione alle quali si pone l'esigenza che siano eseguite da soggetti, non solo in regola con la disciplina c.d. antimafia, ma anche in possesso di idonea qualificazione;
- ritiene non doversi escludersi la possibilità che, in relazione a particolari esigenze organizzative, per talune attività l'appaltatore possa avvalersi del c.d. nolo a caldo secondo quanto previsto dall'art. 18, comma 12 della legge n. 55/1990, fermo restando che, a prescindere dal *nomen juris* attribuito al rapporto negoziale dalle parti, deve considerarsi vietato ogni sub-contratto che nella sostanza, al fine di aggirare il divieto legislativo, miri a raggiungere lo stesso risultato che si realizza con il subappalto o con il cottimo, ossia l'esecuzione di tutti o parte dei lavori oggetto dell'appalto senza l'autorizzazione della stazione appaltante;
- manda alla Direzione generale della vigilanza di comunicare la presente, oltre che alla Prefettura - Ufficio Territoriale del Governo di Trapani, alla Società proponente il quesito e all'ANCE di Trapani nonché all'Assessorato ai lavori pubblici della Regione Siciliana e all'Osservatorio regionale, per doverosa conoscenza;
- attesa la rilevanza della questione, dispone la pubblicazione della presente sul sito Internet dell'Autorità.

il Consigliere Relatore

Piero Calandra

il Presidente

Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 settembre 2008

Il Segretario

Maria Esposito