

Breve sfogo sull'ennesima norma (forse) sul subappalto.

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 302 del 29 dicembre 2017 è stata pubblicata la **legge 27 dicembre 2017, n. 205**, all'**art. 1 comma 1102** è così previsto:

“Al fine di assicurare la trasparenza in materia di appalti, la pubblicità delle gare in caso di subappalto è assicurata attraverso i quotidiani cartacei più diffusi sul territorio nazionale e dai siti web, così come previsto dalla normativa vigente.”

Di primo acchito ho pensato che il comma fosse certamente correlato al precedente o al successivo comma.

Così ho verificato.

Con mio sommo rammarico constato che la norma non si ricollega al comma precedente (sulle vendite giudiziarie immobiliari) o ai commi successivi (modifiche al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).

Rileggo allora pazientemente l'art. 12 delle preleggi: “Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello **fatto palese dal significato proprio delle parole** secondo la connessione di esse, e dalla **intenzione del legislatore**”.

L'intenzione del legislatore è evidente: il fine palesato è quello di assicurare la “trasparenza in materia di appalti”.

Finalità già propria dell'art. 29 d.lgs. 50/2016 che impone la pubblicazione di tutti gli atti della procedura di gara sul sito web della stazione appaltante e sulle piattaforme digitali attivate e attivande sui siti del Ministero delle infrastrutture dei trasporti e dell'ANAC oltre che sugli osservatori regionali. Si tratta di **tutti** i documenti riguardanti l'appalto e cioè: gli avvisi di preinformazione, la documentazione di gara (bandi, capitolati etc.), i curricula dei componenti della commissione giudicatrice, il provvedimento di indizione della gara, il provvedimento di aggiudicazione, il provvedimento di nomina della commissione giudicatrice, il provvedimento di ammissione dei concorrenti all'esito dell'apertura della busta A, il resoconto della gestione finanziaria al termine di esecuzione del contratto e in generale di tutti i documenti pertinenti la gara. Pubblicazione che si ripete, a tenore dell'art. 29 d.lgs. 50/2016, almeno su tre siti web.

Finalità già propria anche del d.lgs. 33/2013, che prevede la pubblicazione:

- dei pagamenti nel corso di esecuzione dell'appalto (art. 4-bis);

- dei provvedimenti di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fermo restando quanto previsto dall'articolo 9-bis (art. 23);
- dei dati previsti dall'articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (art. 37 lett.a);
- degli atti e le informazioni oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (art. 37 lett.b).

Finalità già propria del d.m. 2.12.2016 in attuazione degli artt. 72 e 73 d.lgs. n.50/2016 che prescrive nel dettaglio gli obblighi di pubblicazione relativamente ai bandi di gara e agli esiti di aggiudicazione.

In particolare il **d.m. 2.12.2016** precisa “Il presente decreto, in attuazione dell'art. 73, comma 4 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, definisce gli indirizzi generali di pubblicazione al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e **adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità**, anche con l'utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata.”

La pubblicità viene quindi assicurata dal decreto ministeriale richiamato ancora una volta attraverso i siti web istituzionali (ANAC, Ministero delle Infrastrutture e trasporti e Stazione Appaltante) e la carta stampata (Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana e quotidiani a maggiore diffusione).

Le finalità del comma 1102 sembrano quindi essere già state oggetto di ripetute riflessioni del legislatore.

Ma allora – mi chiedo - qual è il *quid novi* introdotto dalla nuova legge di bilancio?

Forse l'esistenza del “subappalto”?

Potrebbe.

In effetti, la disciplina del “subappalto” non conosce tregua. A volte confido che qualcuno ne annunci un fermo biologico come per i ricci di mare o i tonni. Potrebbe essere: “divieto di modificare la normativa sul subappalto per tutta la stagione invernale”!

Il subappalto non piace come l'avvalimento.

La soluzione fino ad ora applicata è quindi di ammetterli ma opporre svariati divieti e condizioni che si intersecano in rovi così aggrovigliati che la trasparenza tanto agognata per forza si disperde e la logica interpretativa è messa a dura prova.

Ne consegue quindi che, ad esempio, secondo il nuovo Bando Tipo n.1 l'omessa indicazione della terna, o di una terna completa, dei subappaltatori non potrà più essere oggetto di soccorso istruttorio, peraltro non più soggetto a sanzione, ma comporterà "semplicemente" l'impossibilità per l'aggiudicatario – divenuto appaltatore - di effettuare il subappalto in sede esecutiva.

L'Anac ha ritenuto, infatti, che permettere l'integrazione in sede di soccorso istruttorio avrebbe aperto le porte all'esclusione dell'operatore in caso di omessa integrazione mentre così gli sarà possibile partecipare alla gara e aggiudicarsi anche l'appalto.

Non si è valutato però che così – forse -si sposta solo il problema in fase esecutiva.

Infatti, il subappalto non è sempre una facoltà ma quasi sempre una necessità organizzativa dell'impresa. Si pensi, ad esempio, al noleggio a caldo di una gru necessaria per l'esecuzione dell'appalto. Cosa farà l'aggiudicatario senza possibilità di avvalersi del subappalto? Un distacco di dipendenti? Un noleggio di gru e un'assunzione a chiamata? Comprerà una gru?

Forse, l'esclusione di un appaltatore che non risponde a un soccorso istruttorio per la indicazione della terna rappresenta una tutela maggiore per la stazione appaltante che in sede esecutiva non si troverà un appaltatore in evidente difficoltà. Ma altresì sarà tutelato (e contento) l'appaltatore di poter rimediare al suo errore.

Forse l'aver imposto a tutti i partecipanti a una gara di indicare una terna nominativa di subappaltatori è un onere eccessivo rispetto alla finalità da conseguire. E' evidente, infatti, che non si tratta semplicemente di indicare un nome, ma occorre richiedere ad un operatore economico, anzi ad almeno tre operatori economici, di dare il loro "tempo" ad un imprenditore per la predisposizione di un DGUE e – in alcuni casi – anche per la profilazione del PASSOE.

Si spera che il subappaltatore lo farà solo per amicizia. Potrebbe anche non essere chiamato a eseguire alcunchè.

Si deve trattare inoltre di tre operatori moralmente corretti, perché se a insaputa dell'appaltatore un soggetto indicato quale subappaltatore si trova in una causa di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016 sarà escluso anche l'appaltatore.

Diversamente, dall'avvalimento in cui può essere chiesto dalla stazione appaltante la sostituzione dell'impresa ausiliaria quando quest'ultima versi in una causa di esclusione o non soddisfi i pertinenti criteri di selezione.

Ecco quindi che nel caso di avvalimento l'appaltatore potrà contare sulla possibilità di un termine per sostituire l'impresa ausiliaria mentre nel subappalto un nome sbagliato contamina irrimediabilmente la posizione dell'appaltatore, che verrà escluso dalla gara.

E' questa logica che definitivamente disorienta l'operatore che non individua più i punti cardinali: prevarrà la forma della domanda sulla sostanza dell'offerta? il subappaltatore è un vero partecipante della gara? Più o meno rispetto all'impresa ausiliaria? Etc...

E in questo caos che si innesta anche la norma in commento perché se il *quid novi* poteva essere rappresentato dalla presenza di subappalti dichiarati nel corso della gara tale elemento di novità non è focalizzato in un'attività nuova o ulteriore perché si innesta nella "normativa vigente" e non dà ulteriori *input*.

Lasciandoci così ... con una sensazione di assoluta insipienza, che sicuramente l'Anac saprà colmare con una nuova Linea Guida o circolare interpretativa o un comunicato o

Avv. Silena Ciriesi