

La semplificazione sul binario morto del subappalto della ragione

Sembra proprio, data la formulazione dell'art. 49 del decreto-legge, che nel caso del subappalto non si applichi il principio *tempus regit actum* per cui tale articolo (con le sue scansioni temporali 1° giugno-31 ottobre e dal 1° novembre) troverà applicazione a prescindere dalla data di avvio del procedimento di gara (mandando a farsi benedire il noto principio: si applicano le regole vigenti al momento della pubblicazione del bando, anche se nel frattempo sono superate, abrogate o cambiate).

Questo porta all'inutilità della previsione della norma transitoria (1° giugno-31 ottobre) che sarà comunque travolta dal regime successivo.

La locuzione «... *la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti delle prestazioni ...*» è un'evidente idiozia, non esiste appalto dove vi sia un "complesso di categorie prevalenti" essendo universalmente noto che in ogni appalto vi è solo una categoria prevalente e non si conoscono trinità diverse da quelle divine (per i credenti).

Ma un'altra questione incombe nel periodo transitorio: «... *fino al 31 ottobre 2021, in deroga all'articolo 105, commi 2 e 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il subappalto non può superare la quota del 50 per cento **dell'importo complessivo del contratto** ...*».

In deroga ai commi 2 e 5: la deroga al comma 2 è chiara, dal 30% (in realtà 40%) al 50% non pone dubbi, se non per quanto si dirà nel seguito a proposito del comma 1, ma la deroga al comma 5 significa che il 30% del comma 5 transita al 50% (mantenendo la sua "originalità"), ovvero sussistono due limiti distinti al subappalto, uno del 50% del totale e un secondo limite "Interno" per le SIOS (per ciascuna SIOS) che continua ad applicarsi ancorché nella nuova misura del 50% (in deroga al precedente 30%), visto che il comma 5 sopravvive integralmente e sarà abrogato solo dal 1° novembre?

Oppure il subappalto travolge anche le SIOS e il limite del 50% è unico e si applica indifferentemente dalla tipologia delle categorie?

La prima lettura risponde al canone interpretativo secondo il quale nessuna norma può essere "*inutiliter data*" ma deve essere interpretata nel senso che abbia un ... senso e un suo ambito di applicazione. Se è così il comma 5, sopravvive (fino al 31 ottobre) con la sola sostituzione del limite del 30% con quello del 50%; ma ecco che allora si contraddice la prima affermazione circa la quota del 50 per cento **dell'importo complessivo del contratto!** Per cui appare possibile (e forse preferibile) la seconda lettura.

Con un'ulteriore complicazione, tradotta in un semplice esempio:

Appalto da 3.000.000 di euro con OG1 prevalente da 2.000.000 di euro e OG11 scorporabile SIOS da 1.000.000 euro (SIOS 33% del totale, quindi superiore al 10% ex art. 89, comma 11 e art. 105, comma 5).

CASO A:

Applicando il comma 5 (rivisitato, ovvero col 50% applicabile alla SIOS) l'Offerente potrebbe qualificarsi in OG1 per 2.500.000 e in OG11 per 500.000 (o associare una mandante in OG11 qualificata per 500.000 euro), obbligandosi a subappaltare la parte di OG11 (i restanti 500.000 euro) per la quale si qualifica nella prevalente;

oltre a tale subappalto necessario o qualificante avrebbe ancora la possibilità di un subappalto facoltativo della sola OG1 per euro $(3.000.000 \times 50\%) = 1.500.000$ (*)

(*) l'esempio è fatto applicando l'idiozia dell'art. 1, comma 2, secondo periodo, del d.m. n. 248 del 2016 «*Il limite di cui al presente comma non è computato ai fini del raggiungimento del limite di cui all'articolo 105, comma 2 del Codice.*» totalmente illegittimo dal momento che l'art. 89, comma 11, delegava il ministro a individuare le categorie SIOS non oggetto di avvalimento e non conteneva alcuna delega sulla disciplina del subappalto, per cui, in realtà la questione dovrebbe porsi così:

l'Offerente potrebbe qualificarsi in OG1 per 2.500.000 di euro e associare una mandante in OG11 qualificata per 500.000 euro, obbligandosi a subappaltare la parte di OG11 (i restanti 500.000 euro) per la quale si qualifica nella prevalente; oltre a tale subappalto necessario o qualificante avrebbe ancora la possibilità di un subappalto facoltativo della sola OG1 per euro $(3.000.000 - 500.000) \times 50\% = 1.250.000$ euro.

Resterebbe in ambedue le ipotesi il problema di come può un'impresa qualificata in OG1 eseguire il 50% dei lavori della OG11 (problema che sussisteva anche prima, anche se solo per il 30% nel senso che era obbligatoria la qualificazione in OG11 anche solo per il 70% subappaltando il resto).

Con un altro ulteriore problema: dovrà essere rilasciato un CEL con OG11 da 500.000 e OG1 da 2.500.000 oppure un CEL con OG11 da 1.000.000 e OG1 da 2.000.000, e alla mandataria che ha eseguito OG11 per 500.000 euro è rilasciato un CEL nella OG11 o nella OG1 che ne aveva assorbito il 50%?

CASO B:

Applicando il comma 2 (rivisitato, ovvero con il 50% applicabile all'importo complessivo) l'Offerente potrebbe qualificarsi nella sola OG1 per 3.000.000 e partecipare obbligandosi a subappaltare l'intera OG11 (di 1.000.000 di euro) per la quale si qualifica nella prevalente; oltre a tale subappalto necessario o qualificante avrebbe ancora la possibilità di un subappalto facoltativo della sola OG1 per euro $(3.000.000 \times 50\% - 1.000.000) = 500.000$ euro e avrebbe risolto il suo problema subappaltando l'intera scorporabile SIOS mantenendosi all'interno del 50% dell'importo complessivo dell'appalto.

A prima vista sembra più corretto il **caso B**, che raggiunge due piccioni con una fava: da una parte consente la massima partecipazione (anche a chi è qualificato nella sola prevalente) secondo il principio consolidato nell'art. 92, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010 e nell'art. 12, comma 2, lettera a), del decreto-legge n. 47 del 2014, convertito dalla legge n. 80 del 2014, dall'altra garantisce che l'esecutore sia qualificato nella categoria specifica SIOS ancorché sia un subappaltatore.

Fortunatamente (si fa per dire) dal 1° novembre tutto cambia: tutto è subappaltabile, salvo le eccezioni specificate *“previa adeguata **motivazione nella determina a contrarre**, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti (te le raccomando!), indicano nei documenti di gara **le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario** in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11, dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di*

garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell' articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n.229."

Quindi non saranno subappaltabili solo i lavori o le parti di lavori la cui esecuzione, con adeguata motivazione in termini qualitativi e quantitativi, è riservata obbligatoriamente dall'appaltatore: una vera olimpiade dell'ipocrisia, conclusa con «*salvo che i subappaltatori siano iscritti nella white list o nell'anagrafe antimafia prevista per gli aventi sismici in Italia centrale nel 2016.*»

Fateci capire, al comma 1 è vietata la cessione integrale del contratto (pacifico) e non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente (qui usiamo il singolare per carità di patria), però non ci sono limiti al subappalto, la Stazione appaltante paga direttamente i subappaltatori e questi ora sono responsabili in solido con l'appaltatore, devono applicarne il contratto di lavoro e garantire l'esecuzione ... ma allora non sono più subappaltatori, sono appaltatori veri e propri, designati dall'appaltatore senza transitare da una procedura pubblica.

Ma anche l'impianto complessivo non sta in piedi: non si può negare il subappalto se il subappaltatore è iscritto alla white list (così si legge in italiano), ma in fase di gara se uno partecipa con il subappalto qualificante o necessario deve essere ammesso, anche se non si sa ancora se poi potrà subappaltare perché al momento dell'ammissione non è possibile sapere se il futuro subappaltatore sarà o meno iscritto alla white list?

E ancora, la Stazione appaltante potrebbe (con adeguata motivazione) imporre all'appaltatore di eseguire direttamente una certa lavorazione, ma poi se questo ne chiede il subappalto a favore di un'impresa subappaltatrice iscritta alla white list lo dovrà concedere comunque (così si legge in italiano)?

L'unica cosa certa dal 1° novembre è che ai fini della qualificazione e del subappalto non ci sarà più ragione di distinguere tra categorie a qualificazione obbligatoria (>150.000 o >10%) e SIOS (>10%), mentre una distinzione resterà ai soli fini dell'avvalimento, ammesso per le prime e vietato per le seconde (fino all'inevitabile travolgimento del divieto ad opera della Corte di Giustizia U.E. che non tollera limiti all'avvalimento come non li tollerava al subappalto)

Ciliegina sulla torta: come si concilia il sistema così delineato con l'art. 83, comma 8, terzo periodo, del Codice, secondo il quale «***La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria***»? Ebbene, eseguire non significa far eseguire a un subappaltatore! A meno di ritenere che tale periodo sia implicitamente abrogato per incompatibilità con il diritto sopravvenuto.