

I sub-contratti negli appalti di lavori pubblici: definizioni e prassi distorsive di Consiglia Sadile

SOMMARIO: 1. Inquadramento generale. 2. L'appalto. 3. Il subappalto. 4. I sub-contratti diversi dal subappalto. 5. I sub-contratti cd. similari al subappalto. 6. Conclusioni.

1. Inquadramento generale

I sub-contratti¹ negli appalti pubblici sono quelli di cui al D. Lgs. 163/2006 (art. 118 comma 11, 1° periodo)², che testualmente recita: *“Ai fini del presente articolo è considerato subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare”*.

La norma appena citata si limita ad enunciarli, senza fornirne alcuna definizione; perciò, per un loro corretto inquadramento si ritiene opportuno prendere le mosse dalla preliminare definizione civilistica³ del contratto d'appalto a cui essi sono collegati geneticamente⁴, costituendone una diretta derivazione.

2. L'appalto

E' il contratto con il quale un soggetto assume la gestione a proprio rischio - dell'esecuzione appunto dei lavori, che secondo la definizione normativa⁵ consistono in *“...costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione ...”*.

¹ Sulla categoria dei sub-contratti in generale si rinvia a C. Massimo Bianca “Diritto Civile” Milano- Dott. A. Giuffrè e a F. Gazzoni “Manuale di diritto privato”- Edizioni scientifiche italiane. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a G. Chinè- G. Miliano “Il subcontratto fra teoria generale ed ipotesi tipiche” in Giust. Civ., 1993, 575.

² La norma in esame, pur ponendosi in perfetta continuità normativa con l'abrogato art. 18 della L.55/90 che disciplinava il subappalto solo nell'ambito degli appalti di lavori pubblici, ne ha esteso la portata agli appalti di servizi e forniture.

³ Art.1655: *“L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro”*.

⁴ In realtà il collegamento negoziale in senso tecnico *“viene inteso come un fenomeno d'interdipendenza funzionale tra più contratti, tutti necessari per realizzare un programma unitario”* - Gazzoni citato. Tuttavia, per alcuni (Chinè- Miliano citati) almeno nel caso del subappalto si tratterebbe, comunque, di collegamento in senso tecnico, sebbene di tipo unilaterale, perciò *“logica vuole che sia assegnato carattere assorbente alle sole vicende che afferiscono al contratto base, mentre irrilevanti sulla sorte di questo si rivelano quelle inerenti al subcontratto”*.

⁵ Art.3 - VIII comma - del D. Lgs.163/06 che, entrato in vigore dal 01/07/06, ha, come noto, recepito, fra l'altro, la

A tale scopo organizza manodopera, mezzi d'opera e materiali (cd. fattori della produzione).

La manodopera, che è un elemento imprescindibile dell'organizzazione aziendale, è garantita dal personale (a tempo determinato o indeterminato), alle dirette dipendenze⁶ dell'appaltatrice (e come si vedrà delle relative imprese sub-affidatarie, a vario titolo, di parte delle prestazioni oggetto dell'appalto) in quanto su tale presupposto⁷ la cd. normativa "sociale"- inserita nel *corpus* delle leggi sui lavori pubblici ed obbligatoriamente richiamata dalle stazioni appaltanti nei propri capitolati speciali d'appalto - tutela in maniera piena ed incondizionata il personale stesso mediante la facoltà (disciplinata dalla legge) di corrispondere direttamente ai lavoratori dipendenti stessi le retribuzioni arretrate e la cd. ritenuta di garanzia (0,50%) sui pagamenti contrattuali a garanzia degli obblighi previdenziali ed assistenziali⁸.

I mezzi d'opera sono gli automezzi e le attrezzature di cui l'appaltatore (e come si vedrà il subappaltatore) dispongono in proprietà o ad altro titolo idoneo quale leasing o nolo cd. a freddo, quindi senza l'utilizzo del relativo operatore. Si tratta di mezzi che, a qualsiasi titolo sono detenuti, rientrano nell'organizzazione stabile dell'impresa.

I materiali sono tutto quanto (manufatti e materia grezza) l'appaltatore deve acquistare e trasformare per eseguire la prestazione cd. di fare, che costituisce l'oggetto dell'obbligazione principale assunta con il contratto d'appalto. Di norma, la fornitura degli stessi è a suo carico (e come si vedrà del subappaltatore), senza che essa costituisca perciò contenuto "*di un'autonoma prestazione di dare aggiunta a quella di fare e a questa collegata..*". Ragionando diversamente dovrebbe ipotizzarsi una vendita di materiali mista ad un appalto di lavori, che snaturerebbe la causa tipica del contratto di appalto/subappalto. La fornitura in esame costituisce, invece, una conseguenza legale di entrambi i contratti: l'appaltatore ed il subappaltatore sono, infatti, entrambi tenuti a produrre un risultato per il quale si rende necessaria l'utilizzazione di determinati materiali. La fornitura dei materiali" *costituisce, in altri termini, un elemento del risultato dedotto in contratto...*"⁹

L.109/94 così come più volte riformulata e l'art. 18 della L.55/90 citata. Perciò, la giurisprudenza che si passerà in rassegna, sebbene maturata prevalentemente con riferimento all'abrogato quadro normativo, si deve ritenere tuttora attuale.

⁶ Come prescriveva l'art.13 del D.M. 145/00, confluito ora nell'art.5 del D.P.R. 207 del 05/10/10 (in vigore dallo 08/06/11), che, in generale, richiama anche in altri contesti sistematici il medesimo concetto (artt. 8 - comma 2- lett. m), 66- comma 2 - 79- comma 11, 90- comma 1 lett. a) , 148- comma 4- lett. a).

⁷ Sul presupposto cioè di dipendenza in senso tecnico, che si articola nel duplice aspetto che connota il contratto di lavoro dipendente: contabile- fiscale (retributivo, assicurativo e previdenziale) e dispositivo- organizzativo (sottoposizione al potere direttivo, di controllo e disciplinare dell'impresa di appartenenza). Come si vedrà nelle note successive la giurisprudenza, al fine di discriminare il subappalto dal nolo a caldo, approfondisce quest'ultimo profilo per accertare l'autonomia o meno dell'ingerenza del terzo nell'esecuzione dei lavori.

⁸ La *ratio* della normativa sociale risiede nella considerazione che l'acquisizione da parte della committenza del risultato dedotto nell'appalto e come si vedrà nel subappalto è reso possibile da soggetti che dal lavoro a tale scopo necessario traggono il sostentamento personale e familiare.

⁹ A. Cianflone, "L'appalto di opere pubbliche" X Edizione, pag.10, Giuffrè Editore.

3. Il subappalto

Dalla definizione dell'appalto è agevole ricavare quella del **subappalto**, che è il contratto con il quale un soggetto assume, nei confronti dell'appaltatore¹⁰ (che diventa subappaltante), l'obbligazione¹¹ di eseguire a proprio rischio- organizzando anch'egli manodopera, mezzi d'opera e materiali - parte dei lavori (che non possono non essere che quelli di cui all'art.3 citato).

Affinchè il subappaltatore possa effettivamente sostituirsi all'appaltatore stesso nella realizzazione di un segmento dell'opera, occorre l'autorizzazione¹² della stazione appaltante, al ricorrere dei

¹⁰ La stazione committente, dunque, resta terzo, tanto è vero che il rapporto base rimane invariato e l'appaltatore originario continua ad essere responsabile esclusivo dell'esecuzione dei lavori (Cass. Civ. dell'11/08/90 n. 8202 - Consiglio di Stato Sez V del 13/05/95 n.7611 e del 20/05/03 n.2755).

¹¹ Si tratta di un'obbligazione di risultato, come precisato anche dalla Cass. Civ. con la sentenza della Sez. II del 13/02/09 n.3659.

¹² Si tratta di un obbligo sancito dalla normativa sui lavori pubblici già dalla fine dell'ottocento (L. 20/03/1865 n.2248-art. 339 All.F). Circa la natura giuridica dell'autorizzazione sembra ormai assolutamente prevalente la tesi dell'atto amministrativo e non di semplice atto di gestione dell'appalto. Nell'ambito del filone prevalente, si coglie un orientamento interpretativo della giurisprudenza particolarmente interessante ai fini della presente trattazione: l'autorizzazione in esame, a prescindere dalla sua natura discrezionale o vincolata, è una chiara espressione "*di poteri pubblicistici di natura autoritativa, a fronte dei quali la posizione del privato contraente ha consistenza di interesse legittimo*" (si vedano per esempio le sentenze del Consiglio di Stato Sez. IV n.1713 e n.1721 del 2010 basate sulla medesima motivazione, riportata nei passaggi principali, di cui quello essenziale è evidenziato, da chi scrive, in grassetto: "*Ed invero, non può essere condiviso l'avviso del giudice di primo grado (si tratta rispettivamente del T.A.R. del Lazio Sez. III n.34 e 776 del 2010) che considera detta autorizzazione una species di quella prevista dall'art. 1656 c.c. in materia di appalti privati, riconducendola esclusivamente ad espressione di autonomia negoziale. Infatti, mentre la ratio della previsione di cui al citato art. 1656 c.c. - come correttamente evidenziato dallo stesso T.A.R. - si collega alla natura fiduciaria del contratto d'appalto, di tal che il committente è chiamato a valutare unicamente (e liberamente) la compatibilità del subappalto con il proprio interesse a veder realizzata l'opera appaltata a regola d'arte, l'autorizzazione ex art. 118 è istituito manifestamente preordinato anche al perseguimento di interessi pubblici ulteriori.....è lo stesso art. 118 a ricondurre la valutazione della stazione appaltante, da un lato, all'insussistenza dei divieti di subappalto stabiliti dalla legge (che la stessa disposizione mantiene fermi), e per altro verso all'accertamento della sussistenza delle condizioni cui la stessa norma subordina l'ammissibilità del subappalto medesimola disposizione è palesemente intesa a conferire all'Amministrazione un potere di controllo avente finalità di ordine pubblico ed inteso a prevenire il rischio di infiltrazioni criminali nelle commesse pubbliche: e tanto basterebbe a far concludere nel senso del carattere eminentemente pubblicistico della valutazione. Ma v'è di più... la posizione della stazione appaltante, lungi dall'essere totalmente assimilabile a quella di un committente privato, risulta condizionata da esigenze pubblicistiche, connesse alla ratio stessa della previsione normativa delle procedure di gara... l'esigenza di fondo cui detta previsione è funzionale è quella di "procedimentalizzare" la fase che precede la stipula dei contratti delle amministrazioni pubbliche, allo scopo di rendere trasparente e imparziale la scelta del contraente, in modo da evitare il rischio di abusi e distorsioni in conseguenza della particolare posizione del soggetto pubblico e al tempo stesso garantire che la scelta medesima sia la più rispondente al criterio del miglior impiego possibile delle risorse pubbliche per il soddisfacimento dei bisogni della collettività... ne consegue che questo peculiare interesse pubblico non è solo immanente alla fase della procedura selettiva, ma può emergere anche nella successiva fase di esecuzione del contratto, condizionandone alcuni momenti... sono proprio le esigenze testé richiamate a giustificare le particolari cautele cui il legislatore assoggetta ogni ipotesi di mutamento soggettivo del contraente nella fase successiva all'aggiudicazione e alla stipula del contratto ... dunque, anche le precitate condizioni per l'ammissibilità del subappalto, di cui all'art. 118 del d.lgs. nr. 163 del 2006, non appaiono affatto intese unicamente a tutelare l'interesse dell'amministrazione committente all'immutabilità dell'affidatario (interesse che in sé considerato, come sostenuto dal primo giudice, sarebbe sostanzialmente omologo a quello privato tutelato dall'art. 1656 c.c.), ma tendono invece a evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto d'interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato... ha scarsa rilevanza la questione se,*

presupposti/condizioni ed entro i termini¹³ di cui all'art. 118 citato; altrimenti, a carico di entrambe le parti del contratto di subappalto (appaltatore e subappaltatore)¹⁴ si configura l'ipotesi di reato contravvenzionale di cui all'art. 21 della L. 646/1982 e s.m.i.¹⁵. Sul piano civilistico, la violazione di siffatta norma penale determina la nullità del contratto di subappalto per contrarietà a norme imperative (art. 1418 c.c.)¹⁶ e legittima, per sua espressa previsione, la stazione appaltante a chiedere la risoluzione del contratto d'appalto¹⁷.

Ottenuta, per il tramite dell'appaltatore, la necessaria autorizzazione e perfezionatasi così la sostituzione nel processo esecutivo dei lavori appaltati, il subappaltatore ha diritto di godere, nella persona dei propri dipendenti, della medesima tutela sul piano retributivo e previdenziale/assicurativo prevista per l'appaltatore medesimo.

Sia il contratto principale che quello derivato condividono, dunque, la stessa natura di contratto di appalto (caratterizzato dalla prevalenza della cd. prestazione di fare)¹⁸ e quindi lo stesso contenuto negoziale: sicchè se l'appalto implica l'organizzazione di manodopera, mezzi d'opera e materiali anche il subappalto rifletterà necessariamente gli stessi elementi; se invece presuppone solo l'impiego di manodopera e di mezzi (come nel caso di lavori di demolizione o di materiali forniti dalla committenza pubblica, la sola che può riservarsi tale facoltà) anche il subappalto rifletterà i medesimi elementi.

nel rilasciare o meno l'autorizzazione, l'Amministrazione goda di discrezionalità valutativa o debba limitarsi a un mero accertamento della sussistenza delle condizioni o dei divieti di legge: ciò che conta è che tale attività è chiaramente espressione di poteri pubblicistici di natura autoritativa, a fronte dei quali la posizione del privato contraente ha consistenza di interesse legittimo".

¹³ Nel caso in cui l'importo del subappalto sia superiore al 2% del contratto di appalto o a € 100.000,00, il termine per il rilascio dell'autorizzazione è fissato dalla legge in 30 giorni. Nel caso invece in cui l'importo del subappalto sia inferiore al 2% del contratto di appalto o a € 100.000,00, il termine per il rilascio dell'autorizzazione è ridotto a 15 giorni. In mancanza di un'espressa autorizzazione, allo scadere di tali termini, si forma il silenzio-assenso che, equivalendo ad ogni effetto al provvedimento richiesto, legittima il subappaltatore ad eseguire le proprie lavorazioni rispettivamente dal 31° o dal 16° giorno decorrente dal numero di protocollo generale della domanda di subappalto, fermo restando i poteri di riesame in capo all'Amministrazione committente che può confermare o annullare il silenzio-assenso stesso.

¹⁴ Pacificamente l'Amministrazione appaltante rimane soggetto terzo anche dopo il rilascio della prescritta autorizzazione.

¹⁵ Circa la compatibilità del reato in esame- introdotto nel 1982 per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico- con la L.109/1994- recepita, come si è detto, nelle sue varie riformulazioni dal D.Lgs. 163/06 citato, si rinvia alle sentenze della **Cass. Pen. - Sez. II - del 15/11/99 n.6261 e Sez. III del 17/12/96 n.1602**. Sul momento consumativo del reato medesimo (che presuppone la natura pubblica dell'ente committente come precisato dalla **Cass. Pen. Sez. III del 23/09/05 n.41674**) si rinvia alle sentenze della **Cass. Pen. - Sez. I - del 06/10/95 n.11862 e del 10/11/95 n. 562 e Sez. III del 25/06/96 n.7665 e dell'01/12/10 n.1551**. Per la giurisprudenza di merito si rinvia, invece, alle sentenze del **Trib. Di Nocera Inferiore del 05/11/97 e della Pretura di Taranto 24/04/89**.

¹⁶ Per la giurisprudenza di legittimità si rinvia alle sentenze della **Cass. Civ. Sez. II del 18/02/08 n.3950 e del 12/11/97 n.11450 e Sez. I, del 16/07/03 n.11131**; per quella di merito si rinvia invece alle sentenze dei **Tribunali di Bari- Sez. II, 30/03/11 n.1135, di Teramo 13/12/10 n.1221, di Chieti 30/01/09 n.68, di Napoli 08/06/04, di Nocera Inferiore 05/11/97 citata**. Alcune di queste sentenze precisano anche che il subappaltatore non ha titolo per promuovere l'azione di indebito arricchimento.

¹⁷ La facoltà in esame è la conferma che il contratto-base non risente automaticamente delle vicende del contratto derivato; come si è detto, invece, ciò accade nell'ipotesi opposta. Questo è il motivo per il quale gli autori citati ritengono che fra i contratti di appalto e subappalto sussista un collegamento di tipo unilaterale.

¹⁸ A parere di chi scrive, la prevalenza di tale prestazione è coerente con l'elevato grado di rilevanza che il legislatore ha inteso attribuire al cd. fattore umano, visto che dal lavoro delle maestranze scaturisce il risultato dedotto nell'appalto/subappalto.

Non essendo ipotizzabile, in base alla definizione civilistica, un appalto di sola manodopera¹⁹ ne discende l'inammissibilità del subappalto di sola manodopera, indipendentemente dalla sussistenza di un espresso divieto in tal senso, che peraltro appare tuttora controversa. Nella pratica è evidente che il tentativo di avvalersi comunque di tale tipo di "subappalto" è finalizzato allo scopo di potenziare all'occorrenza l'organico dell'appaltatore, trascurando di considerare che la commistione di maestranze, che ne discende inevitabilmente, annulla la necessaria autonomia, che deve connotare la prestazione eseguita da ciascuno e di fatto confonde le relative responsabilità riferite tanto alla buona esecuzione quanto alla gestione (anche sul piano della sicurezza) delle maestranze stesse. Benchè in teoria l'Amministrazione appaltante sia indifferente allo sviluppo di tali vicende in quanto del risultato finale rimane, come si è detto, responsabile sempre e comunque l'appaltatore, è innegabile che la litigiosità in cantiere senz'altro non giova al buon andamento dei lavori. Anche in considerazione dei risvolti pratici appena descritti, si ritiene opportuno e necessario intervenire su tale prassi, per quanto possibile in via generale e preventiva²⁰.

Nella pratica ricorre spesso anche l'inserimento nel contratto di subappalto della clausola con la quale le parti riservano all'appaltatore la fornitura dei materiali che, invece, deve essere a carico del subappaltatore quale conseguenza legale del relativo contratto.

Non sembra accettabile quindi che l'appaltatore - analogamente a quanto in via eccezionale l'Amministrazione committente potrebbe decidere di fare nei suoi confronti - possa riservare a sé la fornitura dei materiali da scorporare dall'importo del subappalto medesimo²¹, non solo perché esso, condivide la stessa natura giuridica dell'appalto ma anche per i seguenti motivi:

- verrebbero scomposti artificialmente²² in fase di esecuzione, i prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, che devono per legge (art. 118 – comma 4-D. Lgs.163/06) essere ribassati in misura non superiore al 20%, al fine di garantire al subappaltatore un utile sufficiente;
- si aggirerebbe di fatto la suddetta norma limitativa dell'autonomia negoziale in quanto proprio la fornitura dei materiali consente di produrre il maggior utile per il subappaltatore;
- verrebbe pregiudicato l'equilibrio economico della gara²³ in quanto nel caso di subappalto nell'ambito di una categoria prevalente il valore dei materiali, determinando una disponibilità da impiegare per altri subappalti, farebbe superare il limite di legge del 30%.

¹⁹ L'introduzione dell'istituto del cottimo a cura dell'art. 170- VI comma - del D.P.R. 207/10 citato, che testualmente recita: "Il cottimo di cui all'articolo 118 del codice consiste nell'affidamento della sola lavorazione relativa alla categoria subappaltabile ad impresa subappaltatrice in possesso dell'attestazione dei requisiti di qualificazione necessari in relazione all'importo totale dei lavori affidati e non all'importo del contratto, che può risultare inferiore per effetto della eventuale fornitura diretta, in tutto o in parte, di materiali, apparecchiature e mezzi d'opera da parte dell'esecutore" conferma, ad avviso di chi scrive, il divieto del subappalto fondato sulla sola manodopera.

²⁰ Solo con riferimento all'installazione dei ponteggi si può ipotizzare l'unico caso di subappalto di sola manodopera non in quanto eccezione alle regole suddette ma quale logica conseguenza dell'inquadramento dei ponteggi stessi come lavori (All. 1 del D.Lgs. 163/06 citato), alla duplice condizione che i manufatti devono essere di proprietà dell'appaltatore e che il subappaltatore deve ingerirsi con la propria impresa qualificata nella realizzazione dei lavori.

²¹ Conferme in tal senso si ricavano dall'introduzione del cottimo di cui alla nota 18.

²² Esprime una diversa opinione la sentenza del **TAR Lazio Sez. III del 07/09/10 n.32134**.

²³ E' proprio ciò che, fra l'altro, le sentenze n. 1713 e 1723 citate vorrebbero scongiurare.

Tenuto conto da un lato della rigidità del costo del lavoro che è determinato in base alle leggi e ai contratti collettivi e dall'altro del ribasso da pattuire (non superiore, come si è detto, al 20%) si comprende agevolmente quanto la fornitura dei materiali possa incidere sull'accordo economico appaltatore/subappaltatore e quindi sul contesto della gara.

In definitiva, non si ritengono ammissibili subappalti impostati sulla fornitura dei materiali a carico dell'appaltatore: solo l'Amministrazione committente può, come si è detto, riservare a sé tale facoltà in quanto il relativo esercizio non modifica l'equilibrio della gara, trattandosi, per definizione, di una scelta che interviene a monte della gara medesima.

Per evitare l'illegittimo recupero dei costi²⁴, è fondamentale lo scrupoloso controllo della congruità dei prezzi del subappalto sia in sede di predisposizione della prescritta autorizzazione che di controllo delle fatture quietanzate di cui all'art. 118 citato - III comma I periodo²⁵ (queste ultime devono essere verificate tenendo conto dei riscontri contabili e di cantiere), facendo presente che in tal modo non potranno insorgere dubbi - in sede di rilascio, a cura del Responsabile del Procedimento, del certificato di buona esecuzione ai fini della qualificazione o del relativo incremento - sull'importo dei lavori eseguiti, senz'altro remunerativo di tutti i fattori della produzione impiegati nel singolo appalto (materiali, mezzi d'opera e manodopera ovvero mezzi d'opera e manodopera nel caso sopra descritto di riserva di fornitura dei materiali in capo all'Amministrazione committente).

Tali dubbi invece potrebbero insorgere in sede di rilascio dell'autorizzazione di subappalti di lavori inferiori alla soglia (€ 150.000,00) per i quali, essendo sufficiente²⁶ la dimostrazione dell'importo dei lavori eseguiti nell'ultimo quinquennio (che deve essere inferiore all'importo del contratto di subappalto) anche mediante la produzione degli attestati di buona esecuzione emessi dai committenti privati, non si può escludere che essi formalmente ricomprendano anche il valore dei materiali in realtà forniti dall'appaltatore. La qualificazione del subappaltatore "sotto-soglia" in tale eventualità - per nulla remota, visto che negli appalti privati questa prassi sembra che si stia sempre più consolidando - subirebbe profonde alterazioni.

Nella pratica ricorre in generale anche l'utilizzo del distacco, di cui all'art. 30 del D. Lgs. n.276/03, di operai di un'altra impresa. Talvolta tale utilizzo è ancora più illegittimo se si considera che esso può riguardare gli operai di un'impresa subappaltatrice magari priva dei requisiti di legge necessari per ottenere la prescritta autorizzazione, che configura, a tutti gli effetti, un'ipotesi di subappalto di fatto. A prescindere dalla considerazione che ovviamente si tratta di una prassi *contra legem* in quanto finalizzata ad aggirare una normativa di ordine pubblico (art.118 in esame), perciò inderogabile, come conferma la sua collocazione nel contesto antimafia e la previsione del reato di

²⁴ Questa finalità è chiaramente desumibile dalle sentenze di cui alla nota precedente.

²⁵ "Nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate".

²⁶ Ai sensi dell'art.28 del D.P.R.34/00, che benchè confluito nell'art.90 del D.P.R. 207/10 citato, è tuttora in vigore (come alcune altre norme) in esecuzione degli artt. 357 (comma 16) del D.P.R. 207/10 stesso e 1 (comma 1) del D.L. 73 del 06/06/12.

cui si è detto, si ritiene utile qualche precisazione sul distacco in generale. Si tratta, ai sensi di legge, della messa a disposizione di operai da un'impresa ad un'altra al ricorrere, fra le altre, della condizione del soddisfacimento temporaneo dell'interesse del distaccante, che non può essere di tipo direttamente economico.

L'esempio tipico è quello di un'impresa incorporante che, per condividere il proprio *Know-how*, con l'impresa incorporata distacca il proprio personale e perciò mantiene inalterati gli obblighi retributivi, previdenziali ed assicurativi nei suoi confronti. Se non vi fosse questo interesse diretto e qualificato non si spiegherebbe la ragione per la quale l'impresa distaccante dovrebbe mantenere, a proprio carico, oltre agli obblighi di cui si è appena detto, anche il potere direttivo sui soggetti distaccati²⁷.

Come si vede, si tratta di un istituto peculiare del diritto del lavoro, che non ha alcuna vocazione naturale ad adattarsi ad altri ambiti del diritto, se non previa verifica di compatibilità, almeno, con i principi generali, che governano, nel nostro caso, lo specifico settore normativo dei lavori pubblici.

Tali principi si sono consolidati, da oltre quaranta anni, nella normativa sociale di cui si è detto, che si è sviluppata sul rapporto di lavoro dipendente (a tempo determinato o indeterminato), che è, come si è detto, il presupposto per rendere effettiva la tutela di cui a siffatta normativa. Se è vero, come è vero, quindi, che tale normativa è incentrata sul principio della tutela piena ed incondizionata dei lavoratori dipendenti nella doppia accezione contabile e dispositivo-organizzativo dell'appaltatrice e degli eventuali subappaltatori rafforzata dalla responsabilità solidale dell'appaltatore e della stazione appaltante²⁸ sebbene al ricorrere di presupposti e limiti diversi, si comprende, agevolmente, che l'istituto del distacco - in mancanza di norme di coordinamento che ne autorizzino espressamente l'estensione nell'ambito degli appalti pubblici, in via interpretativa, non sembra applicabile agli appalti stessi²⁹, proprio perché è connotato, fra l'altro, dall'insussistenza del vincolo di subordinazione³⁰ e dalla permanenza, in capo all'impresa distaccante, degli obblighi economici sopra descritti.

Non ha alcun pregio l'argomento dell'insussistenza di un espresso divieto *ad hoc* da qualcuno utilizzato per sostenere il contrario in quanto, ad avviso di chi scrive, essa si giustifica anche semplicemente in base alla considerazione che non vi è alcuna norma dedicata alle forme di lavoro che si possono impiegare nei cantieri pubblici.

²⁷ Tale condizione conferma che la normativa in esame non consente di dissociare gli aspetti tipici della gestione del contratto di lavoro dipendente: quello contabile- fiscale da una parte e quello dispositivo/organizzativo da quell'altra. Diversamente opinando si dovrebbe tollerare che, nel caso di omesso pagamento delle retribuzioni e contributi da parte dell'impresa distaccante e distaccataria, gli operai distaccati, pur versando in una situazione analoga a quella dei lavoratori dipendenti dell'appaltatrice/subappaltatrice rimarrebbero, a differenza di questi ultimi, privi di un'effettiva tutela anche da parte della stazione appaltante, che non ha autorizzato, ad alcun titolo, il loro ingresso in cantiere.

²⁸ La logica è chiara: l'appaltatore lucra ai danni degli operai che hanno contribuito al conseguimento del risultato, la stazione appaltante si avvantaggia del risultato stesso.

²⁹ Chi scrive, ritiene che il limite della circolare n. 3 del 15/01/2004 e dell'interpello n.58 del 10/07/09 del Ministero del Lavoro, risieda nel non aver affrontato e risolto, per motivi connessi alla competenza specialistica, la questione dei rapporti fra le due normative di cui si è detto.

³⁰ Si ritiene, invece, ammissibile la somministrazione di lavoro altrui, cd. ex contratto interinale proprio in quanto caratterizzata dal vincolo della subordinazione.

Ciò chiarito, in attesa del necessario intervento del legislatore, allo stato della normativa attuale, si ritiene che non si possa fare altro che attenersi allo scrupoloso rispetto della normativa sociale sopra descritta, allo scopo di tutelare, ai sensi di legge, gli interessi dei lavoratori dipendenti delle imprese esecutrici, a vario titolo, dei lavori pubblici.

4. I sub-contratti diversi dal subappalto

La **fornitura con posa in opera**, invece, è il contratto con il quale il soggetto produttore e/o commerciante di un manufatto o prodotto finito ne realizza l'installazione quale prestazione accessoria di lavori eseguiti dall'appaltatore; non implicando essa la trasformazione di materiali grezzi appare incentrata sulla prevalenza della cd. prestazione di dare, che la fa assomigliare ad un vero e proprio contratto di vendita. In altri termini, è come se la stazione appaltante acquistasse, per il tramite dell'appaltatore, l'uno o l'altro. Ne discende che anche se concorre al risultato finale il contributo di uno o più operai specializzati (cd. fattore umano), questo diventa irrilevante in termini quantitativi e qualitativi. Prevalendo la prestazione "del dare sul fare" i meri installatori non possono godere della tutela che la normativa sociale riserva agli operai degli appaltatori/subappaltatori.³¹

Essa costituisce oggetto di semplice comunicazione se, oltre a riflettere la definizione di cui si è appena detto, soddisfa le condizioni di legge: vale a dire reca un importo inferiore al 2% dell'appalto ed una incidenza della manodopera inferiore al 50% del valore del relativo sub-contratto.

In pratica, non è sempre agevole distinguere la fornitura con posa in opera dal subappalto in quanto l'attività in entrambi i sub-contratti è formalmente simile, come per esempio la fornitura con posa in opera di controsoffitti. *Prima facie*, la loro linea di confine potrebbe apparire davvero molto labile. Ecco il motivo per il quale occorre procedere, di volta in volta, ad una specifica valutazione tecnica ispirata all'inserimento o meno dell'attività dedotta nel sub-affidamento nel processo esecutivo dei lavori principali³², verificando se vi sia o meno una vera e propria sostituzione³³ di soggetti nella realizzazione di un segmento dell'opera, che perciò in caso positivo impone una idonea qualificazione per eseguire il segmento stesso e quindi una serie di verifiche tecniche ed economiche di cui dare atto in un'apposita autorizzazione (ci si sta chiaramente riferendo alla ricorrenza di un'ipotesi di subappalto); in caso negativo - dunque di insussistenza di siffatta

³¹ E' l'esatto contrario di quanto illustrato nella nota 8 . In altri termini, visto che il committente in sostanza acquista, per il tramite dell'appaltatore, un prodotto finito, l'apporto degli operai è, per definizione, così marginale da non giustificare nella logica sopra descritta alcun tipo di tutela dei dipendenti.

³² Questo è l'unico strumento interpretativo che, ricavato dalla sentenza del **Consiglio di Stato- Sez. V del 19/02/97 n.178**, consente di discriminare, anche se riferita specificamente ad una fattispecie di nolo a caldo, il subappalto dagli altri sub-contratti di cui alla norma in esame: " *Il subappalto, che ricorre quando nell'appalto interviene un imprenditore diverso dall'impresa aggiudicataria nell'esecuzione dell'appalto, ancorchè sotto la responsabilità di quest'ultima, non può essere confuso con il cd. nolo a caldo (possibilità per l'impresa aggiudicataria di utilizzare, nell'esecuzione dell'appalto, dei mezzi fornite da altra impresa concorrente), perchè, in quest'ultimo, mezzi e personale fanno direttamente capo al soggetto che li ha noleggiati, tranne che attrezzature ed il personale messi a disposizione da un terzo all'aggiudicataria assumano, ai fini dell'espletamento del servizio appaltato, carattere preponderante o, comunque, tale da far ritenere che sia l'impresa noleggiatrice a svolgere direttamente detto servizio...*"

³³ E' interessante rilevare che la giurisprudenza utilizza quale indice rivelatore di siffatta sostituzione l'autonomia o meno della ditta del noleggio del mezzo.

sostituzione - non ritiene, invece, necessaria la qualificazione medesima sull'ulteriore presupposto implicito che si tratta di una prestazione complementare/accessoria rispetto ai lavori principali eseguiti dall'appaltatore e perciò di una fornitura con posa in opera, oggetto di liberalizzazione da parte della legge (sempre che essa non debba essere assimilata al c.d. contratto simile di cui si dirà al paragrafo successivo). Sul piano giuridico gli esiti della suddetta valutazione potrebbero tradursi nel senso che se il terzo concorre all'esecuzione dell'obbligazione principale cd. di fare è un subappaltatore, se invece realizza una prestazione funzionalmente collegata a quella principale o nel senso che è al servizio di questa (perciò può dirsi accessoria) o nel senso che la completa (perciò può dirsi complementare) allora è un fornitore/posatore in opera.

La difficoltà di discernere nella pratica fra i due diversi tipi di sub-contratti passati in rassegna potrebbe, anche solo in linea teorica, indurre l'appaltatore, a seconda dell'esigenza da soddisfare, a presentare all'Amministrazione appaltante una fattispecie quale subappalto e non quale fornitura, come sarebbe in realtà (inducendo così il Responsabile del Procedimento a rilasciare al fornitore il certificato di buona esecuzione che potrebbe concorrere alla sua qualificazione di esecutore di lavori pubblici) e viceversa quale fornitura ciò che in realtà è un subappalto, che, così, verrebbe eseguito senza la necessaria autorizzazione. Proprio per scongiurare simili alterazioni del mercato dei lavori pubblici è opportuno e necessario, in sede istruttoria, effettuare la suddetta valutazione tecnica che, essendo fondata su un criterio oggettivo, elimina ogni dubbio in proposito.

Il **nolo a caldo**, in generale, è il contratto con il quale un soggetto sostanzialmente mette a disposizione dell'appaltatore - per il tempo strettamente necessario all'espletamento dell'attività dedotta nel sub-affidamento - un mezzo d'opera con il relativo operatore specializzato indispensabile per l'esecuzione dei lavori.

Non implicando, come la fornitura con posa in opera, la trasformazione di materiali grezzi appare incentrato sulla commistione di una locazione e di una prestazione d'opera professionale³⁴, che costituiscono oggetto di semplice comunicazione se, oltre a riflettere la definizione di cui si è appena detto, soddisfa le condizioni di legge: vale a dire reca un importo inferiore al 2% dell'appalto ed una incidenza della manodopera inferiore al 50% del valore del relativo sub-contratto.

Solo per inciso si fa rilevare che proprio la previsione della seconda soglia economica, di cui si è appena detto, fondata sul calcolo dell'incidenza della manodopera rispetto al valore del relativo

³⁴Almeno questa è l'opinione della dottrina citata (A. Cianflone X Ed. pag. 598) e dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (Determinazione n. 6 del 27 febbraio 2003). Tale opinione sembra sostanzialmente recepita dalla giurisprudenza, come dimostrano per esempio le sentenze della **Cass. Pen. Sez. III n.792 del 29/11/05 e n. 6923 del 13/06/97** (da quest'ultima è stata estrapolata la seguente definizione : *"nolo a caldo" si configura come un contratto innominato 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 dell'operatore di tale macchinario...* Al fine di approfondire, sotto un altro profilo, il nolo caldo, si segnala la sentenza del **T.A.R del Lazio- Roma Sez. I n.10059 del 12/11/08**, che, richiamando espressamente la definizione di nolo a caldo di cui alla **sentenza n. 6923/97** appena citata, precisa, fra l'altro, *"nell'ipotesi in cui il cd. nolo a caldo non sia equiparato al subappalto...mezzi e personale fanno direttamente capo al soggetto che li ha noleggiati (cfr. Cons. Stato, V, 19 febbraio 1997, n.178)."* Quest'ultima sentenza è la stessa citata alla nota precedente. Anche se concorre al risultato finale il contributo di un operatore specializzato (cd. fattore umano) questo come nel caso del precedente subcontratto esaminato diviene irrilevante anche se per un motivo diverso: il mezzo stesso rileva in quanto tale, essendo (unitamente al relativo operatore) nella disponibilità e nel potere direttivo e di controllo dell'appaltatore.

contratto, dimostra, come si è già anticipato, che anche nei sub-contratti oggetto della presente analisi (oltre che nell'appalto e nel subappalto) la manodopera è un elemento imprescindibile dell'organizzazione aziendale dei singoli operatori economici, che induce perciò a ritenere inammissibili appalti, subappalti, forniture con posa in opera e noli a caldo in capo ad un soggetto che si avvale di un altro soggetto per l'esecuzione della relativa prestazione.³⁵

Di norma, si tratta di un **mezzo d'opera speciale** (nel quale è insito il concetto di eccezionalità, da valutare in relazione all'organizzazione tarata in base all'attività, oggetto dell'obbligazione principale, ordinariamente espletata da un appaltatore), che, in quanto tale, necessita di essere manovrato da un operatore specializzato³⁶ che, pur concorrendo alla realizzazione di parte della prestazione dedotta nell'obbligazione principale (cd. di fare), non si sostituisce all'appaltatore nel segmento dell'opera; l'eccezionalità del mezzo evoca in qualche modo anche il concetto di estemporaneità dell'intervento nel senso che il manovratore non dispiega una vera e propria organizzazione stabile come il subappaltatore, tanto è vero che l'appaltatore esercita un potere dispositivo, direttivo e di controllo sull'operatore messo a disposizione da un terzo³⁷. Concettualmente la linea di confine fra il nolo ed il subappalto appare ben demarcata.

Senonchè, non potendo precludere all'appaltatore la facoltà di avvalersi anche del **nolo a caldo di mezzi ordinari** (nei casi in cui, per esempio, quello posseduto sia ritenuto meno idoneo di altri ad eseguire la specifica lavorazione richiesta ovvero lo stesso mezzo sia utilizzato già in un altro cantiere), sebbene alla condizione che ne siano accertate, a cura degli organi preposti alla gestione ed ai controlli di cantiere, le motivazioni oggettive (quali la sottoposizione a riparazioni, adeguatamente documentata dall'officina) e le effettive modalità esecutive, accade che anche l'istituto in esame nella pratica offre esempi di prassi distorsive³⁸, le uniche peraltro desumibili dalla giurisprudenza passata in rassegna.

Tenuto conto che, a ben vedere, il nolo a caldo di mezzi d'opera ordinari, cioè di quelli che l'appaltatore deve stabilmente detenere, a qualsiasi titolo (in proprietà, in leasing, in noleggio..), non riflette la definizione di nolo a caldo in senso tecnico e che in concreto potrebbe sembrare solo un espediente per sopperire ad una carenza organizzativa dell'appaltatore stesso ed in qualche caso addirittura per eludere la normativa del subappalto, è tanto opportuno quanto necessario in sede istruttoria, effettuare, anche in questa circostanza, la suddetta valutazione tecnica, verificando l'inserimento o meno nel processo esecutivo dei lavori principali dell'attività dedotta nel sub-

³⁵ Come raccomandato dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici con la propria deliberazione n. 35 del 03/09/2008, è fondamentale che gli organi tecnici responsabili della gestione dei lavori esercitino i necessari controlli di cantiere, allo scopo di accertare, mediante le verifiche periodiche prescritte dall'art. 124-comma 4- lett. a) del D.P.R. 554/99, confluito ora nell'art. 148- comma 4- lett. a) del D.P.R. 207/10 citato l'effettiva appartenenza delle maestranze impiegate ai relativi operatori economici a qualsiasi titolo presenti in cantiere (appaltatori, subappaltatori, fornitori/posatori, noleggiatori a caldo).

³⁶ La prestazione deve essere finalizzata esclusivamente al funzionamento della macchina, altrimenti se è specialistica, a parere della **Cassazione Penale Sez. III (sentenza n. 6923/1997 citata** alla nota precedente di cui si riporta uno stralcio, evidenziando in grassetto il punto principale) si avrebbe cottimo e non nolo: "*Orbene l'impugnata sentenza individua le attività svolte sotto la direzione dei lavori del titolare di una delle ditte, che effettuavano il subappalto, l'esecuzione di perforazioni con una trivella e l'installazione di micropali per sostenere le pareti. Tali operazioni, "tutte altamente specialistiche", comportavano non solo "la sistemazione in sito" dei micropali, ma anche l'immissione del cemento liquido in essi e, quindi, non si limitavano al funzionamento di attrezzature speciali, ma anche alla messa in opera a regola d'arte dei micropali, sicché si configura un contratto di cottimo e non un nolo a caldo*".

³⁷ Si rammenta che la Cassazione Penale laddove ha accertato l'autonomia della ditta proprietaria del mezzo ha ravvisato un'ipotesi di subappalto, che ha sanzionato ai sensi dell'art. 21 sopra esaminato.

³⁸ Deliberazione dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici n. 35/08 citata.

affidamento, alla luce della motivazione, delle effettive modalità esecutive e della finalità ultima a cui, in concreto, il nolo stesso è preordinata.

Mentre nel precedente sub-contratto l'inserimento o meno nel processo esecutivo dei lavori principali (che rappresenta il minimo comune denominatore) si desume dalla natura della prestazione da eseguire (principale o complementare/accessoria), in quello in esame si desume, invece, dai vari elementi di cui si è appena detto. Le conclusioni logiche sono le stesse in entrambi i casi: se nella realtà di cantiere il terzo realizza un segmento dell'attività principale vuol dire che si inserisce nel processo esecutivo e quindi è un subappaltatore, che necessita di apposita autorizzazione. Se, invece, il terzo, pur concorrendo alla realizzazione di parte della prestazione principale, non si sostituisce all'appaltatore, in quanto ne accetta le direttive, è un mero noleggiatore a caldo di un mezzo, anche ordinario³⁹.

La realizzazione, per esempio, di uno scavo per l'interramento di una cabina elettrica di trasformazione nell'ambito di una nuova edificazione o semplicemente di una ristrutturazione si può ritenere, in base alla valutazione del caso concreto, un'ipotesi di nolo a caldo, in quanto, pur concorrendo all'esecuzione della prestazione principale, non la investe in pieno. La realizzazione, invece, dello sbancamento del terreno per consentire all'appaltatore la realizzazione delle fondazioni di un nuovo edificio, a prescindere dal come viene comunicato (sotto forma, per esempio, di nolo a caldo di escavatore con o senza il trasporto alle discariche autorizzate) configura un'ipotesi di subappalto di scavi e movimenti di terra, che deve essere completato dal conferimento alle discariche autorizzate. Non solo non è legittimo in tali casi il nolo a caldo, in generale, di mezzi d'opera ma non è nemmeno legittimo il frazionamento, che talvolta ricorre nella pratica, di un'attività,⁴⁰ che deve essere valutata unitariamente; perciò non è pensabile che un appaltatore faccia ricorso per esempio al "nolo a caldo di escavatore" ed al "nolo a caldo di autocarro"⁴¹ per

³⁹ La dissociazione che ricorre in questa fattispecie degli aspetti contabile- fiscale e dispositivo- organizzativo è coerente con la prevalenza che il legislatore ha inteso riconoscere all'uso del mezzo in quanto tale da parte dell'appaltatore. In questa prevalenza si scorge la differenza con la dissociazione che ricorre nell'ipotesi di distacco di operai da un'impresa ad un'altra di cui si è detto alla nota 27.

⁴⁰ **Cass. Pen., Sez. III, 29/11/05, n. 792.**

⁴¹ Non rientra nella previsione di cui all'art. 118 –comma 11 citato in quanto non vi nè la locazione mista alla prestazione d'opera professionale, ritenuta dalla dottrina sopra indicata la causa negoziale del nolo a caldo, nè la "dazione" di un mezzo d'opera (si tratta infatti di un mezzo di trasporto) con relativo operatore specializzato, nè la strumentalità rispetto al fine dell'opera appaltata; in realtà il terzo esegue (con organizzazione autonoma di mezzi e persone e con assunzione di ogni rischio) una prestazione oggetto di un'obbligazione secondaria e complementare, che esclude la necessaria derivazione dal contratto principale. Si tratta più propriamente della sovrapposizione di un diverso e separato affidamento che si colloca su un piano parallelo rispetto al contratto principale tanto che è remunerata nel corrispettivo d'appalto nell'ambito di specifici prezzi unitari di progetto. L'onnicomprendività di tali prezzi preclude peraltro la possibilità di effettuare la necessaria analisi economica volta ad escludere la ricorrenza di un'ipotesi di cd. contratto similare di cui si è detto. La finalità ovviamente è quella di sopperire ad una carenza organizzativa dell'appaltatrice, con modalità che, ad avviso di chi scrive, non sono consentite dall'ordinamento giuridico, anche perchè scaricano i costi fissi dell'organizzazione aziendale su un altro soggetto, modificando l'equilibrio economico della gara. In questo contesto si ritiene molto interessante la sentenza della **Cass. Pen. Sez. III n.1602 del 17/12/96**, di cui si riporta uno stralcio, evidenziando in grassetto il punto principale: "... i contratti siano classificabili "trasporto" e "noli a caldo" è solo il risultato di un'arbitraria segmentazione delle modalità esecutive dei lavori non effettuati direttamente dall'appaltatore. Ora i lavori di edificazione della nuova opera non potevano essere eseguiti se non previa demolizione delle costruzioni esistenti e sgombrò dell'area interessata. La materiale, e globale, esecuzione di tali categorie di interventi ed i lavori di scavi non è stata posta in essere dal vincitore della gara, bensì commessa alla impresa di C.S.; essa ha provveduto alla eliminazione del preesistente, compreso il trasporto del materiale di risulta, ed agli scavi utilizzando propri macchinari ed operando senza intrattenere rapporti di lavoro subordinato con

sottrarre il sub-contratto alla disciplina del subappalto o semplicemente per ridurre al minimo i tempi di istruttoria della pratica.

In generale, dunque, per ogni tipologia di sub-contratto esaminata (compreso il subappalto), soprattutto laddove ricorrano casi dubbi e/o anomali (quale ad esempio il "nolo a caldo di escavatore" e simili e/o il "nolo a caldo di autocarri" e simili di cui si è detto), la Direzione dei Lavori deve sempre procedere ad una valutazione del caso concreto, al fine di consentirne lo inquadramento giuridico e la corretta procedura da adottare, in modo da eliminare ogni dubbio circa l'eventuale rilevanza penale della fattispecie concreta⁴². Anche allorquando tale valutazione

L'appaltatore. In tale situazione non è lecito conferire autonomia ontologica ad ognuna delle fasi operative, che, solo, se avulse dall'intero contesto, possono in astratto configurare i contratti, di nolo a caldo e trasporto, evidenziati dai ricorrenti. In realtà il subaffidamento, nel caso in oggetto, riveste, secondo i parametri evidenziati dalla giurisprudenza di legittimità, le caratteristiche del subappalto; la materiale esecuzione dell'opera oggetto di appalto è stata effettuata, sia pure in parte, non direttamente dall'appaltatore e dalla sua organizzazione d'impresa, ma per mezzo di altro soggetto che lavorava in piena autonomia operativa e gestionale (Cass. Sez. 1, 15.1.94, Vacca).

⁴² Circa l'estensione o meno ai contratti derivati diversi dal subappalto della fattispecie di reato di cui all'art. 21 sopra esaminato la giurisprudenza di legittimità appare divisa: per eventuali approfondimenti dei contrapposti orientamenti si rinvia, alla sentenza della **Cass. Pen. Sez. III n.792/05 citata**, anche se riferita nello specifico al nolo al caldo "...qualsiasi forma d'ingerenza nell'esecuzione dei lavori da parte di soggetti estranei al contratto di appalto è considerata con particolare sfavore dal legislatore che vede nei contratti derivati uno strumento di possibili infiltrazioni mafiose nelle imprese sane. Nella prassi giurisprudenziale si è sovente constatato che contratti di subappalto o cottimo siano stati surrettiziamente mascherati sotto la veste di noli a caldo. Per nolo a caldo si intende un contratto di locazione cui accede una prestazione d'operai lavori vengono eseguiti con macchine prese a nolo ed utilizzate da personale messo a disposizione dal noleggiatore. La differenza con il contratto di appalto o subappalto è alquanto sottile e va valutata caso per caso, in relazione alla natura dei lavori eseguiti ed all'autonomia del noleggiatore... il legislatore, parlando di affidamento anche di fatto di tutto o parte dei lavori in subappalto o a cottimo, non ha inteso riferirsi solo a tali contratti tipici, ma anche a quelle forme contrattuali atipiche o derivate con cui sotto diverso nome si realizza lo stesso risultato del subappalto o del cottimo. Insomma ai fini della qualificazione del contratto non si deve avere riguardo al nomen iuris attribuito dalle parti, ma alla funzione economico-sociale che l'atto è destinato a realizzare, posto che lo scopo della norma è quello di vietare l'infiltrazione di associazioni mafiose o comunque criminose nell'esecuzione delle opere pubbliche. Con il contratto di "nolo a caldo" stipulato dai prevenuti si è realizzato lo stesso risultato del subappalto ossia l'affidamento di parte dei lavori al cosiddetto noleggiatore, il quale ha agito autonomamente. Invero, il noleggiatore ossia il M. non si è limitato a concedere l'uso dei propri macchinari, ma ha fornito anche gli operatori specializzati per l'uso di quelle macchine, **i quali operatori hanno operato alle sue dipendenze e non alle dipendenze del C., provvedendo ad eliminare tutto il vecchio asfalto**. Parte del lavoro appaltato è stato quindi espletato dal M. con propri mezzi e con propri dipendenti ed in maniera autonoma, realizzando in tal modo lo stesso risultato che si sarebbe conseguito stipulando un formale contratto di subappalto. Il fatto configura gli estremi del reato contestato perchè si è utilizzata una forma contrattuale la quale, ancorchè non espressamente vietata dall'articolo 21 della legge n. 646 del 1982, ha tuttavia violato il precetto normativo per il risultato raggiunto.Pertinente è invece la citazione della **sentenza n. 3458 del 1996** la quale però, conferma in definitiva la tesi qui sostenuta ossia la necessità di qualificare il contratto in base al suo contenuto ed alla sua funzione e non in relazione al nome attribuito dalle parti.....Invero, nella fattispecie esaminata da questa Corte con la decisione dianzi citata, verificatasi anch'essa nel distretto della Corte d'Appello di Palermo, il soggetto estraneo al contratto di appalto aveva stipulato con l'appaltatore un contratto di noleggio di automezzi con autisti per il trasporto di materiali di scavo. Il noleggiatore, con mezzi e personale propri, aveva svolto le operazioni di scavo e trasporto del materiale di risulta che costituivano parte dell'oggetto del contratto d'appalto. I giudici del merito avevano escluso che nella fattispecie anzidetta fosse configurabile un contratto di nolo a caldo e tanto meno a freddo, come sostenuto dagli imputati, ed avevano qualificato il rapporto come subappalto. Siffatta qualificazione è stata confermata da questa Corte. **In fondo il problema che si pone nella fattispecie - e che si è posto in casi simili - non è quello del divieto di applicazione analogica della norma che è ovvio, ma quello dell'individuazione del contenuto del precetto penale al fine di non avallare la stipulazione di negozi in frode alla legge. Per tale ragione come già detto si devono ritenere vietati non soli i contratti che assumono la qualifica formale del subappalto o del cottimo, ma anche quelli che, sotto altro nome, al fine di aggirare il divieto legislativo, mirano comunque a raggiungere lo stesso risultato che si realizza con**

confermasse la natura di sub-contratto diverso dal subappalto, occorre precisare che *“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”*⁴³.

5. I sub-contratti cd. simili al subappalto

Si tratta dei sub-contratti che l'art. 118 in esame, presupponendo le definizioni sopra riferite, intende davvero disciplinare⁴⁴, vale a dire di quelle forniture con posa in opera e /o di quei noli a caldo che, il legislatore ha ritenuto, sulla scorta dei parametri economici ivi indicati, di rilevanza tale da giustificare l'assoggettamento dei relativi contratti allo stesso regime autorizzatorio previsto per il subappalto.

In altri termini, il legislatore ha ritenuto che per essi, fermo restando la loro natura rispettivamente di contratti di vendita e di locazione mista a prestazione d'opera di cui si è detto, fosse necessaria l'autorizzazione come se si trattasse di subappalti: ecco il motivo per il quale vengono definiti simili.

La norma, invece, in base ai criteri che ispirano l'interpretazione della legge, non può essere utilizzata anche allo scopo di affermare che i subappalti inferiori alle suddette soglie economiche, non devono essere autorizzati⁴⁵, in quanto per essi è prevista solo la riduzione a 15 giorni (D.Lgs. 163/2006 art.118- comma 8) del termine fissato (30 giorni) per il rilascio della prescritta autorizzazione.

6. Conclusioni

Pur essendo i sub-affidamenti in esame accomunati dall'appartenenza alla medesima categoria dogmatica dei sub-contratti in realtà, si presentano, sotto il profilo della natura giuridica, del tutto

il subappalto o con il cottimo ossia l'esecuzione di tutti o parte dei lavori oggetto dell'appalto senza l'autorizzazione della stazione appaltante, trattandosi di contratti che, per essere stipulati al fine di eludere un divieto legislativo, sono comunque nulli anche dal punto di vista civilistico (art. 1344 c.c.).

⁴³ Deliberazione dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici n.35/08 citata, che sul punto richiama la Determinazione dell'Autorità medesima n.6 del 27/02/03.

⁴⁴ Determinazioni della suddetta Autorità n.12/01 e n.6/03 citata.

⁴⁵ In questo senso: Determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici e fra tutte, sentenza del **Consiglio di Stato- Sez. V - n.5906 del 21/11/2007** (espressamente richiamata dalla Sez. IV del Consiglio di Stato medesimo con le **sentenze n.1713 e 1721 del 2010 citate**): *“Il subappalto di lavorazioni pubbliche, quale che ne sia l'importo, è soggetto ad autorizzazione; l'importo... rileva infatti solo ai fini della durata massima del procedimento autorizzatorio (di trenta giorni per gli importi più elevati; di quindici per gli altri)...La rilevanza degli interessi pubblici coinvolti non può restare influenzata dall'importo delle lavorazioni da subappaltare, anche perchè 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)”.* Sembra così definitivamente chiusa la questione interpretativa insorta sulla norma in esame, che ha avuto riflessi anche in sede penale (si veda per esempio la sentenza della **Cass. Pen.- Sez. VI- del 17/01/05 n. 39913**: *“In conclusione, tenuto conto della ratio legis della norma incriminatrice, il legislatore ha voluto escludere dall'ambito della sua operatività quelle attività che, pur astrattamente rientrando nel novero del subappalto o del cottimo, siano così marginali e trascurabili rispetto all'intero appalto da escludere qualsiasi rischio di interessamento da parte di consorterie criminali).* Eppure da punto di vista del fatto era chiaro che si trattasse di lavori di scavo del terreno realizzati mediante la stipula di un contratto di nolo a caldo di escavatrice.

differenti fra di loro e rispetto al contratto principale (con la sola eccezione del subappalto) di cui sono una diretta derivazione.

Ad una prima riflessione sembra contraddittorio che la stessa fonte contrattuale (l'appalto) possa generare diversi sub-contratti. In realtà, a prescindere dalla considerazione che i sub-contratti non costituiscono una categoria dogmatica, così non è se si ragiona dal punto di vista dell'effettiva derivazione dall'obbligazione principale (cd. prestazione di fare) che consiste nel produrre un certo risultato finale.

In altri termini, allorché si tratti proprio del sub-affidamento di parte di siffatta obbligazione, che ricorre nel caso di subappalto, che, a differenza degli altri sub-contratti, implica l'assunzione da parte del soggetto terzo dell'esecuzione a proprio rischio, con organizzazione della manodopera e mezzi d'opera di parte dei lavori (quindi in totale autonomia) vi è una condivisione piena di natura e di effetti giuridici: la diversità consiste solo nella misura della prestazione che nell'appalto coincide con la totalità della prestazione e nel subappalto con un segmento di essa. Allorché invece si tratti del sub-affidamento di una prestazione strumentale (nolo a caldo) o complementare/accessoria (fornitura con posa in opera) di quella principale si giustifica la diversità di natura e di effetti giuridici.

Si ritiene che, su questi presupposti, il legislatore abbia imposto l'autorizzazione del subappalto e liberalizzato gli altri sub-contratti, sempre che questi ultimi però siano contenuti nelle soglie economiche di cui si è detto, altrimenti, pur conservando la loro diversa natura giuridica devono essere autorizzati come se si trattasse di un subappalto.

Ciò che sul piano teorico può apparire più o meno chiaro e logico, nella pratica diventa spesso molto controverso, soprattutto nel nolo a caldo per i motivi di cui si è detto. Tenuto conto che l'art. 118- comma 11, passato in rassegna si muove nell'ambito della legislazione antimafia e perciò viene inteso quale norma eccezionale, di stretta interpretazione rispetto al principio generale che l'appalto deve essere eseguito dall'appaltatore qualificato in sede di gara e quindi in possesso di manodopera, materiali e mezzi propri, ne consegue che solo i sub-contratti davvero rispettosi della forma e della sostanza che si ricava dall'art. 118 citato possono legittimamente derogare a questo principio. Diversamente, si rischia addirittura di compromettere l'equilibrio della gara in quanto attraverso l'uso illegittimo ed improprio degli istituti esaminati in realtà l'appaltatore tende a recuperare, nelle maniere più disparate, i costi generali su cui aveva fondato la propria offerta economica.

Anche nella consapevolezza che la condivisione amministrativa/tolleranza delle scelte gestionali dell'impresa appaltatrice potrebbe concorrere alla violazione di siffatto principio e di quello alla leale concorrenza, si comprende la necessità di condurre con coerente rigore teorico-pratico l'istruttoria relativa alle singole fattispecie concrete, tenendo presente che, come si è detto, l'art. 21 della L. 646/1982 citata è stato ritenuto applicabile anche al caso di stipula di un sub-contratto che, benché formalmente diverso dal subappalto, ne rifletteva il contenuto sostanziale.