

Il subappalto dopo l'entrata in vigore della legge n. 180 del 2011.

1. Premessa

L'articolo 13, comma 2, lettera a), della legge n. 180 del 2011 recita: « ... *al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese, la pubblica amministrazione e le autorità competenti... provvedono a: ... suddividere ... gli appalti in lotti o lavorazioni ed evidenziare le possibilità di subappalto, garantendo la corresponsione diretta dei pagamenti da effettuare tramite bonifico bancario, riportando sullo stesso le motivazioni del pagamento, da parte della stazione appaltante nei vari stati di avanzamento*».

Si è posto dunque il problema se con tale norma sia stato imposto l'obbligo del pagamento diretto dei subappaltatori da parte della Stazione appaltante, superando implicitamente l'articolo 118, comma 3, del decreto legislativo n. 163 del 2006, nella parte che offre alla Stazione appaltante l'opzione tra il pagamento diretto dei subappaltatori e il pagamento all'appaltatore.

Tale norma, come noto, per quanto qui interessa, recita: «*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. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. Nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento*».

In via preliminare appare difficile sostenere l'abrogazione parziale dell'articolo 118, comma 3, trattandosi di norma avente natura antimafia (come già l'analogo articolo 18 della legge n. 55 del 1990), ma la risposta al quesito potrebbe trovarsi nella stessa legge n. 180 del 2011 e, per la precisione, all'articolo 15, che recita: «*La disposizione prevista dall'articolo 118, comma 3, secondo periodo, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, si applica anche alle somme dovute agli esecutori in subcontratto di forniture con posa in opera le cui prestazioni sono pagate in base allo stato di avanzamento lavori ovvero stato di avanzamento forniture*». Peraltro non è stato soppresso nemmeno l'articolo 37, comma 11, ultimo periodo, del decreto legislativo n. 163 del 2006, che recita: «*In caso di subappalto la stazione appaltante provvede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto; si applica l'articolo 118, comma 3, ultimo periodo*»; tale ultima norma, affermando l'obbligo di pagamento diretto per i subappalti (come noto limitati al 30%) delle opere superspecializzate (di importo superiore al 15% del totale), conferma che lo stesso obbligo non sussiste in via ordinaria.

Fatte queste premesse si possono ipotizzare due soluzioni.

2. La soluzione restrittiva

L'articolo 13, se interpretato restrittivamente, è rivolto alle micro, piccole e medie imprese (PMI) per cui, un supposto obbligo di pagamento diretto dei subappaltatori sarebbe limitato al caso in cui i

Supporto tecnico alle pubbliche amministrazioni in materia di edilizia, urbanistica, appalti, contratti e lavori pubblici - Servizi tecnici integrati
- Promozione finanza di progetto - Contratti atipici - Advisor e management per investimenti in infrastrutture

Via O. Fallaci, 38 (SP 235) - 25030 Castel Mella (Brescia) - Tel. 030.2586064 - 030.2586065 Fax. 030.2588105

Internet: <http://www.bosettiegatti.it> e-mail: srl@bosettiegatti.com info@bosettiegatti.it posta certificata: bgpartners@pec.it
codice fiscale e partita IVA: 03181580980 - Reg. Imprese CCAA Brescia n. 03181580980 - REA: BS-512270 - cap. soc. 10.000 euro (int. vers.)

subappaltatori fossero PMI, con il risultato che la Stazione appaltante avrebbe davanti sempre le due opzioni:

- 1) pagamento diretto dei subappaltatori; in tal caso *«gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore ... con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento»* (articolo 118, comma 3, terzo periodo);
- 2) pagamento all'appaltatore anche delle prestazioni dei subappaltatori e, in tal caso *«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»* (articolo 118, comma 3, periodi primo e secondo); con eccezione di quando ricorre una delle due condizioni che seguono, una oggettiva e una soggettiva, per le quali è imposto il pagamento diretto, cioè:
 - 2.a) quando il subappalto riguarda le lavorazioni di cui all'articolo 37, comma 11, del decreto legislativo n. 163 del 2006, a prescindere dall'organizzazione del subappaltatore;
 - 2.b) quando il subappaltatore è una PMI a prescindere dalla tipologia di opere subappaltate.

Tuttavia tale conclusione non appare comunque soddisfacente, anche perché la qualifica di PMI abbraccia pressoché l'universo delle imprese di costruzione (fino a 250 dipendenti o 50 milioni di euro di fatturato annuo).

3. La soluzione meno invadente

E' possibile una diversa lettura logico-sistematica dell'articolo 13, comma 2, lettera a), della legge n. 180 del 2011, che sembra dettare alle stazioni appaltanti alcune disposizioni tra loro autonome:

- la possibilità di suddividere gli appalti in lotti o lavorazioni;
- la necessità di evidenziare le possibilità di subappalto;
- la garanzia della corresponsione diretta dei pagamenti da effettuare tramite bonifico bancario.

Si potrebbe agevolmente sostenere che la garanzia della corresponsione diretta dei pagamenti non sia affatto legata alla possibilità di subappalto, bensì alla necessità che sia fatta mediante bonifico bancario (in relazione con l'articolo 3 della legge n. 136 del 2010 in materia di tracciabilità dei pagamenti). Aldilà delle prime due disposizioni (suddivisione degli appalti, in contrasto con tutti i principi comunitari peraltro inopinatamente richiamati, e evidenziare le possibilità di subappalto, come se non fosse già chiaramente disciplinato come e quando è possibile il subappalto) la terza disposizione non fa altro che ribadire per le PMI quanto già stabilito in via generale dalla legge n. 136 del 2010.

Si potrebbe obiettare che allora si tratta di una disposizione inutile; ebbene, non c'è da stupirsi, non è la prima volta né sarà l'ultima che il legislatore opera delle ridondanze ai limiti del grottesco. Si vedano i commi 3 e 5 dello stesso articolo 13 della legge n. 180 del 2011, dove nelle gare pubbliche si permette alle PMI di presentare dichiarazioni sostitutive e si vietano requisiti sproporzionati! Forse che le stesse disposizioni non sono già operative da alcuni anni per tutte le imprese e non solo per le PMI?

Si è accennato prima all'articolo 15 della legge n. 180 del 2011; questa norma impone che la disposizione di cui all'articolo 118, comma 3, secondo periodo, del decreto legislativo n. 163 del 2006 si applichi anche alle somme dovute agli esecutori in subcontratto di forniture con posa in opera le cui prestazioni sono pagate in base allo stato di avanzamento lavori. Cioè si applichi anche a tali subcontraenti (sostanzialmente quelli del comma 11 del citato articolo 118); ma se si dice **“anche”** significa che vi sono

ambiti nei quali tale disposizione era applicata e continua ad essere applicata; tali ambiti non possono che essere i normali contratti di subappalto.

Ma l'articolo 118, comma 3, secondo periodo «*Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanziate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari*» è indissolubilmente legato ai pagamenti all'appaltatore, alternativi al pagamento diretto del subappaltatore. Infatti in caso di pagamento diretto non c'è la trasmissione delle fatture quietanziate (secondo periodo del comma 3), bensì l'obbligo per gli affidatari di comunicare alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento (terzo periodo del comma 3).

Ma se anche il legislatore del 2011 ha lasciato sopravvivere la trasmissione delle fatture quietanziate (estendendone l'obbligo ai subcontratti di fornitura e posa in opera) significa che ha lasciato sopravvivere il pagamento all'appaltatore delle prestazioni subappaltate.

Se si opta per questa soluzione, che appare più razionale, nulla è cambiato rispetto all'ordinaria applicazione dell'articolo 118 del decreto legislativo n. 163 del 2006.