

I SUBAFFIDAMENTI E LA NUOVA LEGGE ANTIMAFIA

*Dr. Antonio Triolo – Dirigente Ispettorato Lavoro – Ragusa**
*Ispettore Giorgio Brafa Misicoro – UOB 2[^]-Ispettorato Lavoro- Ragusa**

** Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero degli autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'amministrazione pubblica di appartenenza*

1.Premessa

Nel settore delle opere pubbliche tutta la normativa si è impegnata ad impedire che, con il metodo del subappalto, alle imprese appaltatrici “pulite” succedano imprese non identificabili, né controllabili.

Il legislatore ha fissato dei limiti alle prestazioni subappaltabili ed ha preteso che i subappalti fossero autorizzati, e ciò soprattutto per fornire garanzie a tutela della legalità, rilevandosi peraltro che i subappalti e l'eccessiva frammentazione delle opere, spesso sono stati causa dell'aumento degli infortuni sul lavoro.

La legge 13 settembre 1982, n.646, la c.d. Rognoni-La Torre, che ha istituito la commissione parlamentare sul fenomeno della mafia, rappresenta il punto di svolta nella evoluzione normativa, imperniata soprattutto su misure sanzionatorie volte a colpire non le persone, ma i loro patrimoni.

E già sin dall'approvazione della Rognoni-La Torre, il Ministero del Lavoro ha impartito direttive agli uffici periferici, in particolare agli ispettori del lavoro, al fine di segnalare all'autorità giudiziaria i casi in cui l'appaltatore di opere pubbliche ha subappaltato lavori inerenti le opere appaltate, senza la preventiva autorizzazione della competente autorità amministrativa.

2. Il subappalto

La normativa non fornisce una definizione diretta del “*contratto di subappalto*”, che peraltro si ricava indirettamente dall'art.1656 del codice civile (*L'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente*).

E' pacifico in dottrina e in giurisprudenza che si tratti di un contratto derivato, o sub-contratto. Tale ipotesi ricorre nel caso in cui da un determinato contratto ne derivi un altro, caratterizzato per il fatto di avere lo stesso o analogo contenuto economico ed il medesimo tipo di causa di quello principale.

Con il subappalto, l'appaltatore affida ad un terzo (subappaltatore), in tutto o in parte, l'esecuzione del lavoro ad esso appaltato.

A seguito della sua stipulazione vengono a coesistere due contratti di appalto dei quali il secondo è accessorio al primo, nel senso che il contratto di subappalto presuppone quello di appalto come ineliminabile presupposto e condizione di esistenza.

La disciplina relativa al subappalto nel settore dei lavori pubblici è stata per la prima volta introdotta dall'art. 339 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. F, sulla falsariga di quella disposta dal codice civile.

Secondo tale normativa il subappalto era consentito soltanto in presenza di espressa approvazione da parte del committente che aveva natura di autorizzazione.

La violazione del divieto implicava semplicemente la possibilità per l'amministrazione di procedere alla risoluzione del contratto.

Una prima accentuazione del divieto si è avuta con la legge 10 febbraio 1962, n. 57, relativa alla istituzione dell'albo nazionale dei costruttori, che prescriveva l'obbligo della relativa iscrizione per tutti gli esecutori di lavori pubblici.

Una ulteriore limitazione è stata introdotta con l'art. 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646 che, ribadendo il divieto del subappalto non autorizzato, ha previsto una sanzione penale per la sua violazione.

La stessa norma ha previsto inoltre la necessità che anche per il subappaltatore occorresse verificare la sussistenza dei requisiti di idoneità tecnica e di quelli richiesti dalla legislazione del controllo antimafia di cui alla legge 31 maggio 1965, n. 575.

L'istituto ha subito successivamente ulteriori modificazioni, con l'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55 che, tra l'altro, ha previsto un limite quantitativo delle opere subappaltabili, ed ha equiparato al subappalto i noli a caldo ed i contratti simili con impiego di manodopera.

In seguito altre normative si sono succedute (art. 34, D. Lgs n.406/1991; legge n.109/1994; legge n.415/ 1998;) contenenti una nozione allargata del subappalto, e da ultimo è stato emanato il “*Codice degli Appalti*” (D. Lgs 12 aprile 2006 , n. 163 smi) che ha razionalizzato l'intera materia degli appalti pubblici, sostituendo le precedenti norme.

Nel “Codice” sono state riprodotte all'art. 118 la normativa “antimafia” e la disciplina del subappalto.

Il comma 11 di detta norma ha previsto che tutte le prestazioni sono subappaltabili, a qualsiasi categoria esse appartengano, senza che abbia rilevanza il luogo in cui la prestazione venga espletata.

Il subappalto è caratterizzato dall'impiego di manodopera, comprese anche le forniture e posa in opere ed i noli a caldo, se la prestazione è superiore al 2% dell'importo dell'appalto ovvero sia comunque di importo superiore a € 100.000,00. Oltre a detti requisiti, si ritiene sussistere un contratto di subappalto, anche nel caso in cui la manodopera incide per un importo superiore al 50% del contratto da affidare.

La legge, pertanto, indica due criteri da valutare per considerare comunque in essere un contratto di subappalto (che deve in ogni caso essere autorizzato dalla Stazione appaltante): uno, per così dire, esterno al contratto stesso, e cioè con riferimento al contratto di appalto principale (*percentuale dell'importo : superiore al 2% ; valore dell'importo : superiore a 100.000 euro*) ed uno, per così dire, interno con riferimento cioè ai valori delle prestazioni (*manodopera per un importo superiore al 50%*) che compongono il valore del contratto di subappalto.

Il comma 2 del citato art. 118 del “Codice” prevede che nel bando di gara la stazione appaltante deve indicare la “*categoria prevalente*” con il relativo importo in quanto i lavori inerenti tale categoria sono subappaltabili solo fino al 30% del loro valore.

Va comunque osservato che mentre sussiste il limite del 30% di subappaltabilità per le sole opere ricadenti nell'ambito della “*categoria prevalente*”, non sussistono limiti per tutte le altre opere che ricadono in categorie diverse dalla prevalente.

Il comma 12 dell'art. 118 del D. Lgs. 163/2006, precisa inoltre che, non si configurano come subappalti *l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi e la subfornitura a catalogo di prodotti informatici*.

Nel primo caso è la tipologia dell'esecutore che esclude il subappalto, mentre nel secondo è la tipologia del bene fornito.

Tale norma nell'escludere dalla definizione di subappalto “*l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi*”, pone una questione interpretativa per la cui risoluzione occorre fare riferimento alla distinzione tra attività di impresa e attività di lavoro autonomo.

L'attività di impresa, corrispondente alla nozione di imprenditore di cui all'art. 2082 cod.civ., è soggetta al subappalto se ricorrono le condizioni di cui al citato art. 118, comma 11.

Invece, l'attività di lavoro autonomo, si configura quando un soggetto si obbliga a rendere in prima persona prestazioni d'opera o servizi "senza vincolo di subordinazione" (art. 2222 c.c.). Tale categoria, esclusa dall'ambito di applicazione del subappalto dovrebbe intendersi riferita esclusivamente alle prestazioni d'opera intellettuali, quali consulenze professionali e intellettuali, assoggettate al generale divieto di subappalto nell'ambito degli incarichi di progettazione.

3. Il subappalto "a cascata"

Il subappalto di opere ricevute in subappalto (il cosiddetto "*subappalto a cascata*") è vietato, salvo che per la fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali; in tali casi il fornitore o subappaltatore, per la posa in opera o il montaggio, può avvalersi di imprese di propria fiducia.

In tale ambito è opportuno ricordare che la facoltà del subappaltatore di rivolgersi ad imprese di propria fiducia non può portare alla violazione del divieto di somministrazione irregolare o fraudolenta di manodopera stabilito dal D. Lgs. N. 276/2003 (legge Biagi), agli articoli 27 e 28.

In deroga al "divieto", il subappaltatore può a sua volta subappaltare solo la posa in opera di impianti, strutture e opere speciali (artt. 72, 4° comma, 74 e 141, comma 2, D.P.R. 554/1999) concernenti, gli impianti trasportatori, ascensori, scale mobili, di sollevamento e trasporto; gli impianti pneumatici e anti-intrusione; le strutture ed elementi prefabbricati prodotti anche industrialmente.

Tali subappalti "a cascata" sono soggetti alle medesime disposizioni autorizzative previste per i subappalti diretti.

4. Fornitura con posa in opera

I contratti similari al subappalto, definiti subaffidamenti o subcontratti, relativi a prestazioni che non sono lavori, riguardano la fornitura con posa in opera e il nolo a caldo.

Secondo la dottrina civilistica, la fornitura ed il nolo, sono "*contratti misti*", in quanto in essi concorrono elementi di più negozi tipici che si fondono in un'unica causa, e sono funzionalmente rivolti alla realizzazione di un risultato finale.

Il Codice dei contratti (D. Lgs n.163/2006, art.14 e 15), prevede che i contratti misti sono contratti pubblici ed hanno per oggetto: lavori e forniture; lavori e servizi; lavori, servizi e forniture; servizi e forniture.

La normativa pubblicistica prevede, inoltre, che l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto, deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto.

La fornitura con posa in opera non risulta codificata, ma si può configurare da una parte come cessione della proprietà di alcuni beni (art.1470 codice civile: contratto di vendita), dall'altra come prestazione di manodopera, rivolta all'inserimento di questi beni in un ben determinato ciclo produttivo.

Nella circ. n.477/UL del 9-3-1983, del Ministero dei Lavori pubblici viene così descritta: "*Nella fornitura il bene rientra nel ciclo produttivo e commerciale del fornitore il quale aggiunge alla prestazione tipica del venditore un'attività (la posa in opera), che solo lui è in grado di realizzare o solo lui vuole realizzare, sia per il possesso di specifiche attrezzature, sia per garantire la tutela di segreti o di privative industriali, sia per evitare danneggiamenti alle attrezzature medesime e per simili altre ragioni*".

E' fondamentale definire un criterio distintivo in base al quale stabilire se la prestazione del subaffidamento sia qualificabile come lavoro o come prestazione diversa, sottratta al regime del subappalto.

Le difficoltà maggiori sono date dalla “*fornitura con posa in opera*” di materiali per le quali si rende necessario stabilire quando *prevale l'elemento fornitura e quando invece la prestazione lavorativa*.

La prestazione va considerata “*fornitura*” quando il bene ha una precisa destinazione d'uso (pannelli prefabbricati, serramenti, corpi illuminanti, ecc.) e “*la posa in opera*” svolta in cantiere consiste in un'attività puramente accessoria e strumentale (montaggio, saldatura, incollatura, assemblaggio, ecc.) che non modifica in alcun modo il bene, ma è diretta solamente a consentirne l'utilizzo.

La prestazione va considerata “*lavoro*” (sempre soggetta a subappalto) quando l'attività lavorativa trasforma il bene in un'entità diversa, con destinazione d'uso e consistenza mutate rispetto a quelle originarie, come, ad es. nel caso della fornitura in opera di mattoni e travi di ferro che, mediante l'attività lavorativa, divengono murature e strutture di un edificio.

Il legislatore, con la legge quadro sui lavori pubblici, ha disciplinato i contratti misti (lavori/servizi; lavori/forniture) sancendo il *principio della prevalenza economica su quella funzionale* (art.14, comma 3, D. Lgs n.163/2006.), ovvero, in caso di contratti misti si deve aver esclusivamente riguardo al valore economico delle prestazioni.

L'Autorità di Vigilanza dei Lavori Pubblici (AVLP) con determinazione n.5/2001 del 31/1/2001 è intervenuta su questo argomento, individuando alcune situazioni nelle quali, di fronte ad un contratto misto, la disciplina normativa da applicarsi deve essere individuata mediante il “*principio della prevalenza funzionale*”.

L'Autorità è pervenuta a questa conclusione a seguito di pronunce giurisprudenziali, che nell'individuazione della disciplina da applicare ai contratti misti, impone di dare rilevanza alle intenzioni delle parti, sottolineando il valore del criterio funzionale rispetto alle proporzioni di valore economico acquisite di volta in volta dalle singole controprestazioni.

L'esecuzione dell'appalto non può vedersi come una moltitudine di attività tra loro autonome alle quali attribuire un valore economico, al contrario occorre dar rilevanza all'insieme delle attività poste in essere dalle parti.

Un caso particolare è dato dalle attività concernenti *la fornitura e posa in opera di conglomerati bituminosi*, che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, con deliberazione n. 35 del 3 settembre 2008, ha ritenuto assimilabile al subappalto, 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.

E deve considerarsi sempre soggetto al subappalto, anche nel caso in cui l'incidenza della manodopera sia inferiore al 50%, non avendo il bitume di per sé preconfezionato, una specifica destinazione d'uso indipendente dalla posa in opera, necessitando, infatti di essere steso e lavorato.

5. Il nolo a freddo

Con il termine nolo si identifica un contratto di noleggio tra due soggetti, pubblici o privati, avente ad oggetto l'utilizzo di un bene.

Il noleggio si può configurare come un “*contratto di locazione*”, in quanto con esso una parte si obbliga a far godere all'altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo (art.1571 cod.civ.).

Il nolo a freddo consiste nel fornire un bene senza alcun operatore addetto all'uso, ed è il tipico caso che si verifica nei cantieri.

La ditta A conclude un contratto di nolo a freddo con la ditta B, in forza del quale A fornisce a B un escavatore: sarà compito di B trovare qualcuno in grado di far funzionare l'escavatore.

Invece, il nolo a caldo, prevede la fornitura di un bene e del personale addetto al suo impiego e nel caso di specie avrà ad oggetto sia l'escavatore che l'escavatorista.

E' quindi, considerato "*nolo a freddo*", il noleggio di macchinario o impianto senza operaio addetto, per il quale la normativa non prevedeva alcun adempimento in termini di certificazione antimafia.

Esempio di "*elusione della norma*" è il caso in cui un operaio specializzato (ad es. escavatorista), con l'avvio del contratto di noleggio viene licenziato dalla ditta A, per essere contestualmente assunto dall'impresa aggiudicataria dei lavori (ditta B), realizzando in tal modo, nei fatti, un nolo a caldo, aggirando la normativa che prevede l'obbligo del rilascio dell'autorizzazione per il nolo a caldo, contrariamente a quanto previsto per il nolo a freddo.

6. Il nolo a caldo

L'art. 384 del codice della navigazione è l'unica definizione legislativa del "*nolo a caldo*", cioè quel "*contratto per il quale l'armatore, in corrispettivo del nolo pattuito, si obbliga a compiere con una nave determinata uno o più viaggi prestabiliti, ovvero entro il periodo di tempo convenuto i viaggi ordinati dal noleggiatore alle condizioni stabilite dal contratto o dagli usi*".

Il nolo a caldo è un contratto di locazione a cui si aggiunge una prestazione d'opera (*contratto misto*): insomma l'impresa che noleggi le macchine mette a disposizione anche il personale in grado di usarle, farle funzionare correttamente.

Qualora, il macchinario con il personale agisce sotto le direttive del direttore di cantiere dell'appaltatore, siamo in presenza di un nolo a caldo; viceversa, se abbiamo il noleggio, il personale ed anche l'obbligo di ottenere un certo risultato, siamo in presenza di subappalto.

Il contratto di nolo a caldo è figura nettamente diversa dal contratto di subappalto, e nella normativa sui lavori pubblici esso viene tuttavia assoggettato alla medesima disciplina autorizzatoria del subappalto quando ricorrano due presupposti:

- il contratto sia di importo superiore al 2% dell'importo dell'appalto o a 100.000 euro;
- l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare.

Laddove queste condizioni non sussistano, trova applicazione l'ultimo periodo dell'art.118, c. 11, che impone all'appaltatore l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante il nome del subcontraente, l'oggetto del lavoro servizio o fornitura, nonché l'importo contrattuale.

7. Il cottimo

Il cottimo è conosciuto come un sistema di retribuzione del lavoro manuale fondato sul prezzo o tariffa applicato ad ogni unità di prodotto: "*il cottimista*" riceve un prezzo per la propria opera in base al lavoro effettivamente realizzato (metri quadrati di opera realizzati).

È un istituto tuttora presente a cui si aggiunge la figura del “*cottimo fiduciario*” che ha avuto applicazione soprattutto nel settore delle opere pubbliche per le opere di manutenzione.

Il termine “cottimo fiduciario” evoca il rapporto contrattuale con un’impresa di fiducia dell’amministrazione pubblica cui è affidata l’esecuzione di lavori che organizza e controlla strettamente.

Nel “*Codice*”, il cottimo è compreso nella disciplina degli affidamenti in economia prevista nell’art. 125 per i contratti di importo sotto soglia.

L’art. 118, dedicato al subappalto, si occupa di questa fattispecie con riferimento alla disciplina applicabile all’appaltatore, in corso di esecuzione, quando questi proceda all’affidamento di parte delle lavorazioni a terzi.

Il “*Codice*” prescrive espressamente che l’affidatario di lavori, servizi, forniture in “*cottimo fiduciario*” deve essere in possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente.

Le condizioni di ammissibilità del cottimo sono:

1) che i concorrenti all’atto dell’offerta o l’affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all’atto dell’affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo;

2) che non sussista, nei confronti dell’affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall’articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni (*Disposizioni contro la mafia*).

La stazione appaltante provvede al rilascio dell’autorizzazione entro trenta giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi; trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l’autorizzazione si intende concessa.

Per i cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell’importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell’autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà.

8. Obblighi del subappaltatore

Il subappaltatore è tenuto ad adempiere agli obblighi previsti a suo carico dalle vigenti normative, ed in particolare:

- ad applicare a favore dei lavoratori dipendenti il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni;
- a trasmettere alla stazione appaltante prima dell’inizio lavori, tramite l’appaltatore, la documentazione di avvenuta denuncia agli Enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e infortunistici;
- a trasmettere alla stazione appaltante, periodicamente copia dei versamenti contributivi, previdenziali e assicurativi a favore dei dipendenti impiegati nei lavori oggetto di subappalto;
- a trasmettere alla stazione appaltante, per il tramite dell’appaltatore, il DURC (documento unico di regolarità contributiva), nonché copia dei versamenti agli organismi paritetici previsti dalla contrattazione collettiva, ove dovuti;
- a trasmettere alla stazione appaltante, prima dell’inizio dei lavori, copia del piano operativo di sicurezza (art.131 D. Lgs n.164/2006,);
- attuare le misure di sicurezza previste e stabilite nel Piano di sicurezza e coordinamento (art.100, D.Lgs n.81/2008 smi);

- a rilasciare all'appaltatore fatture quietanzate dei pagamenti ricevuti per i lavori eseguiti in subappalto.

9. L'autorizzazione

Le disposizioni contenute nel “Codice” subordinano l'esecuzione di lavorazioni in subappalto alla preventiva autorizzazione dell'amministrazione committente, hanno come oggetto la tutela dell'interesse generale della collettività e sono finalizzate all'esecuzione di opere pubbliche.

La legge n.575/1965 ebbe il merito di indicare per la prima volta in modo palese, la sua finalità antimafia, rivolgendo l'attenzione alle infiltrazioni della mafia nella realtà economica con le prime norme sulle “certificazioni antimafia”.

L'appaltatore, che intende avvalersi del subappalto, deve richiedere alla stazione appaltante il rilascio dell'autorizzazione, il cui procedimento amministrativo è sottoposto ai principi della legge n.241/1990 e s.m.i., per cui la stazione appaltante deve accertare l'esistenza dei requisiti del subappaltatore e le condizioni richieste dalla legge per il subappalto.

Se l'esito dell'accertamento è positivo la stazione appaltante ha l'obbligo di rilasciare l'autorizzazione entro trenta giorni dal ricevimento dell'istanza; in difetto, l'autorizzazione si intenderà concessa, essendo espressamente previsto il silenzio-assenso.

In questo ambito un ruolo centrale riveste quindi l'acquisizione della *Certificazione antimafia*, attestante la pendenza di procedimenti per l'applicazione della misura di prevenzione, nonché la sussistenza di provvedimenti di applicazione di una misura di prevenzione o di condanna ovvero di provvedimenti irrogativi di divieti, sospensioni e decadenze di cui all'art. 10 della legge n. 575/1965.

E' soggetto all'autorizzazione ogni contratto derivato e similari e le sanzioni comminate (art.10 quinquies, legge n.575/1965, smi) si applicano, sia nel caso di indebita autorizzazione al subappalto, sia in quello di indebita autorizzazione alle altre figure contrattuali assimilabili.

10. Le sanzioni

La violazione del divieto di affidare in subappalto l'esecuzione di opere senza l'autorizzazione dell'autorità competente comporta conseguenze penali e civili.

La sanzione penale

L'art.21 della L. 646/82 (la Rognoni-La Torre) ha introdotto “*un reato speciale*” in cui l'elemento essenziale è costituito dalla mancanza dell'autorizzazione, una figura di reato definibile come “*subappalto o cottimo non autorizzato di opera pubblica*” e persegue un obiettivo rivolto ad assicurare un più efficace controllo pubblico sul mercato degli appalti di opere pubbliche.

Con tale norma si è affermata la possibilità per la P.A. di autorizzare il subappalto, introducendo in tal modo *il concetto del subappalto autorizzato*.

In sostanza il legislatore in un'ottica sfavorevole nei confronti dell'istituto del subappalto ha previsto limiti rigorosi ai subaffidamenti.

La fattispecie contravvenzionale configura un *reato plurisoggettivo o a concorso necessario*, il cui punto centrale sarebbe la stipulazione del contratto, oltre che la consapevolezza della mancanza di autorizzazione da parte di entrambi i contraenti.

Insomma il reato sarebbe applicabile, solamente, a coloro i quali hanno manifestato la volontà dell'evento e la conoscenza delle azioni per la realizzazione del fatto.

La giurisprudenza e la dottrina sono orientati ad utilizzare la nozione di “*opere riguardanti la pubblica amministrazione*” nel senso più estensivo, ovvero, ogni qual volta si utilizza danaro pubblico per la realizzazione di opere dirette al perseguimento di finalità di interesse collettivo, prescindendo dal loro regime giuridico.

E' appena il caso di ricordare che la legge non solo prescrive i necessari controlli, ma punisce (art.10 quinquies) l'amministratore, il funzionario, il dipendente o il concessionario che permetta, attraverso una indebita autorizzazione, la concessione in subappalto a soggetti non idonei.

Per tali ragioni l'art.10 sexies L.575/65 obbliga l'amministrazione, competente al rilascio dell'autorizzazione, a richiedere il certificato antimafia.

La commissione del reato si verifica allorché, senza autorizzazione, si concedono, anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto in parte, le opere riguardanti la pubblica amministrazione.

Non è chiaro cosa si intende con l'espressione “*anche di fatto*”. Si è ritenuto da alcuni che il legislatore abbia voluto far riferimento alla realtà di fatto del rapporto, per evitare aggiramenti della norma, come nel caso di stipulazione di un contratto apparentemente diverso da quello di subappalto, come ad esempio, noleggio, o fornitura con posa in opera, mentre, in realtà, si intendeva nascondere un rapporto che è configurabile, di fatto, come subappalto o cottimo.

Con riferimento al *momento consumativo del reato*, si è discusso in dottrina ed in giurisprudenza se sia sufficiente la mera stipulazione del contratto di subappalto o di cottimo ovvero se occorra anche un inizio di attività di esecuzione del contratto stesso.

Secondo un recente orientamento, la norma indica nella concreta esecuzione dei lavori senza autorizzazione il momento iniziale del comportamento penalmente sanzionato, mentre la stipula del contratto rappresenterebbe una fase che precede la condotta materiale, non punibile a titolo di tentativo, trattandosi di contravvenzione.

Si discute in dottrina in ordine alla circostanza se le sanzioni previste dall'art.21 siano applicabili alle sole ipotesi di subappalto e del cottimo o se, invece, questa fattispecie criminosa si estenda anche ad altre forme negoziali, quali contratti di fornitura con posa in opera e di nolo a caldo.

Si è osservato come si sia operata una equiparazione sostanziale tra i contratti di subappalto e di cottimo con “i noli a caldo ed i contratti di fornitura con posa in opera del materiale fornito, quando il valore di quest'ultimo sia inferiore rispetto a quello dell'impiego della manodopera”.

Inoltre, la dottrina e la giurisprudenza hanno osservato come il reato in esame sia di tipo “*formale*”, ovvero, che per la sua integrazione è sufficiente accertare, la mera circostanza, che la concessione in subappalto o cottimo sia avvenuta in mancanza della prescritta autorizzazione.

Sono quindi previste due sanzioni di cui, una per l'appaltatore che consiste nell'arresto da 6 mesi ad 1 anno e dell'ammenda non inferiore ad 1/3 del valore dell'opera affidata in subappalto o a cottimo e non superiore ad 1/3 del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto; ed un'altra per il subappaltatore o il cottimista consistente nella pena dell'arresto da 6 mesi ad 1 anno e con l'ammenda pari ad 1/3 del valore dell'opera ricevuta in subappalto o cottimo (art.21 legge n.646/1982 s.m.i.).

La sanzione civile

Il medesimo art.21 in questione conferisce, inoltre, la facoltà alla stazione appaltante di richiedere la risoluzione del contratto principale, che si traduce in una sanzione civile.

Occorre precisare che il contratto di subappalto non autorizzato è nullo ex-art.1418 cod.civ., per violazione della norma imperativa, costituita appunto dal citato art.21.

Dalla nullità del contratto discende poi la possibilità, per l'amministrazione committente, di risolvere il contratto in danno dell'appaltatore.

L'Autorità per la Vigilanza dei contratti pubblici con determina n.20 del 5 aprile 2000, ha riconosciuto che, in caso di subappalto senza autorizzazione, l'amministrazione ha l'obbligo di denunciare il fatto al magistrato penale, e può decidere di avvalersi della facoltà della risoluzione del contratto, agendo in giudizio per ottenere una sentenza in tal senso.

11. La nuova legge antimafia

E' stata recentemente emanata la legge 13 Agosto 2010, n. 136 (modificata dal D.L. 12/11/2010, n.187), recante "*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*" con l'obiettivo di prevenire infiltrazioni criminali negli appalti, nei subappalti e nelle filiere delle imprese, che siano a qualsiasi titolo interessati a lavori, servizi e forniture pubblici.

Tracciabilità dei flussi finanziari

Il provvedimento regola la *tracciabilità dei flussi finanziari* (art. 3), che, per essere garantita i soggetti interessati devono utilizzare "*conti correnti dedicati*" (accesi presso banche o Poste italiane).

In particolare, per quanto riguarda i rapporti di lavoro, viene previsto che:

- i pagamenti destinati ai dipendenti, ai consulenti, ai fornitori di beni e servizi e quelli destinati all'acquisto di immobilizzazioni devono essere eseguiti tramite conto corrente dedicato per il totale dovuto (detto sistema va utilizzato anche se il pagamento non è riferibile in via esclusiva alla realizzazione dell'appalto);
- i pagamenti a favore degli enti previdenziali, assicurativi e istituzionali, nonché quelli a favore di gestori e fornitori di pubblici servizi, ovvero quelli riguardanti i tributi, possono essere eseguiti anche con strumenti diversi dal bonifico bancario o postale (fermo restando l'obbligo di documentare la spesa).
- il bonifico bancario o postale, nelle commesse pubbliche, deve riportare anche il codice unico di progetto (CUP), rilasciato dalla stazione appaltante.
- gli estremi dei conti correnti dedicati devono essere comunicati alla stazione appaltante entro un mese dalla loro accensione.

Identificazione dei lavoratori

L'art. 5 della legge n.136/2010, provvede anche a rettificare il contenuto della tessera di riconoscimento degli addetti occupati nelle attività in regime di appalto e subappalto (competenze del datore di lavoro e del dirigente) prevista dall'art. 18, c. 1, lettera u), del D. Lgs. 81/2008 (T.U. sicurezza).

Detta norma obbliga il datore di lavoro (o il dirigente), nello svolgimento di attività in regime di appalto e subappalto (in tutti gli appalti pubblici e privati), di munire i lavoratori di apposita tessera di riconoscimento contenente, dal 7.9.2010 (data di entrata in vigore della Legge n.136/2010), i seguenti dati: fotografia del lavoratore; generalità del lavoratore; generalità del datore di lavoro; la data di assunzione, *nuovo dato*; l'autorizzazione al subappalto (ovviamente, negli appalti diretti, tale dato non sarà presente), *nuovo dato*.

L'art. 20 del T.U. sicurezza stabilisce altresì che i lavoratori interessati devono obbligatoriamente esporre la citata tessera di riconoscimento.

L'obbligo grava anche in capo ai lavoratori autonomi (art. 21, T.U. sicurezza) che esercitano direttamente la propria attività nel luogo di lavoro oggetto dell'appalto e/o subappalto (vi devono provvedere per proprio conto). A seguito della modifica disposta dalla nuova legge antimafia detta tessera dei lavoratori autonomi deve contenere, oltre alla fotografia e alle proprie generalità, anche l'indicazione del committente.

All'interno della legge n.136/2010, non sono previste sanzioni direttamente collegate ed espressamente indicate per la mancata istituzione del tesserino, per cui probabilmente va applicata la sanzione prevista dall'art.55 del D. Lgs n.81/2008 smi.

La modifica disposta dall'art. 5 sembrerebbe quindi essere riferita agli addetti occupati nelle attività in regime di appalto e subappalto, in genere, con esclusione dei cantieri edili (nonostante il titolo dato all'articolo 5), in quanto la norma specifica riferita ai cantieri edili non è stata modificata.

La finalità della norma e il riferimento alla generalità degli appalti di cui alla lettera u) dell'art. 18 del T.U. sicurezza fanno comunque propendere per l'obbligo di applicabilità della stessa anche ai cantieri edili.

Identificazione dei mezzi di trasporto nei cantieri

La nuova legge antimafia, al fine di rendere facilmente individuabile la proprietà degli automezzi adibiti al trasporto di materiali per l'attività dei cantieri (art.4, legge n.136/2010), impone di indicare nella bolla di consegna del materiale anche il numero di targa e il nominativo del proprietario degli automezzi utilizzati. In mancanza, la norma non prevede specifiche sanzioni e, probabilmente, si applicheranno quelle già previste per l'incompletezza dei documenti di trasporto.

La norma fa riferimento ai cantieri edili e non solo ai lavori pubblici, per cui dovrà essere applicata anche nei cantieri privati.

Tale obbligo, prescinde dalla natura dell'attività d'impresa esercitata dal proprietario dell'automezzo, che potrebbe non essere un'impresa edile, bensì, un'impresa di trasporto o di altro genere.