

**Forniture con posa in opera e noli a caldi:
una rivoluzione silenziosa¹**

di Massimo Gentile

Tra le tante novità introdotte dal D.lgs. n. 50/2016, in questa sede ci soffermeremo su quelle apportate alla disciplina dei c.d. “contratti simili” al subappalto.

Rispetto al passato l'impostazione della norma è cambiata in modo radicale. Nel Codice del 2006, la previsione contenuta all'articolo 118, comma 11 precisava le condizioni al ricorrere delle quali un contratto di fornitura con posa in opera o di nolo a caldo doveva considerarsi rientrante nel novero dei subappalti.

Le condizioni, come noto, erano due:

- importo del sub contratto superiore al 2% del contratto di appalto o a 100 mila euro;
- valore della manodopera e del personale superiore al 50% dell'importo da affidare.

In assenza anche di una sola delle due condizioni sopra riportate, il sub-contratto non poteva essere considerato subappalto.

Andiamo a vedere cosa è stato cambiato dal legislatore del corrente anno.

La formulazione non è più riportata in “positivo” (“è considerato subappalto”), bensì in negativo.

Più nel dettaglio, all'articolo 105 comma 2 del D.lgs. n. 50/2016 è precisato che “non costituiscono comunque subappalto”, oltre alle mere forniture, “*le forniture con posa in opera e i noli a caldo*” se “*singolarmente di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100,000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare*”.

La conseguenze insite nella introduzione di una siffatta previsione sono dirompenti.

¹ In corso di pubblicazione su Appalti e Contratti

Si osserva, infatti, che il passaggio da una formulazione “positiva” ad una “negativa” determina un sostanziale ampliamento del novero delle fattispecie rientranti nell’ambito del subappalto.

Ciò in quanto, se nel passato la mancanza di una delle due condizioni dettate dalla norma determinava l’esclusione del sub-contratto dalle regole del subappalto, oggi solo la contemporanea presenza delle due condizioni può determinare tale esclusione.

In buona sostanza, possono considerarsi escluse dal regime dei subappalti solo le forniture con posa in opera o i noli a caldo che abbiano tutte e due le seguenti condizioni:

- importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o a 100.000 euro;
- incidenza del costo della manodopera e del personale non superiore al 50 per cento dell'importo del sub-contratto da affidare.

In mancanza anche di una sola delle richiamate condizioni, il sub-contratto configura automaticamente un subappalto.

Ne consegue che una fornitura con posa in opera (o un nolo a caldo) di importo superiore al 2% dell’importo del contratto di appalto e a 100 mila euro andrà sempre collocata in termini di subappalto, a prescindere dall’effettiva incidenza della manodopera.

Parimenti, una fornitura con posa in opera (o un nolo a caldo) con un’incidenza della manodopera superiore al 50% dovrà ritenersi subappalto anche se il suo ammontare sia inferiore al 2% dell’ammontare del contratto di appalto (ovvero a 100 mila euro).

Infatti, giova ripetere, nella nuova formulazione, onde poter escludere la configurazione di un subappalto, debbono ricorrere entrambe le condizioni sancite nella norma.

Per rendere l’idea della diversità di trattamento rispetto al passato è sufficiente un’esemplificazione.

Ai sensi dell’articolo 118 comma 11 del D.lgs. n. 163/2006, un sub-contratto di fornitura con posa in opera di importo inferiore al 2% del contratto di appalto ed a 100 mila euro non era considerato subappalto, a prescindere dalla circostanza che l’incidenza della manodopera era superiore al 50%.

Oggi non è più così.

La strutturazione dell'articolo 105 comma 2 del D.lgs. n. 50/2016 con una formula "negativa", fa sì che la ricorrenza di entrambe le condizioni costituisca presupposto indispensabile per sottrarre la fornitura con posa in opera (o il nolo a caldo) dall'ambito del subappalto; pertanto, l'incidenza della manodopera superiore al 50% è sufficiente per considerare il sub-contratto quale contratto di subappalto, indipendentemente dalla sua rilevanza economica.

Trattasi dunque di un ulteriore limite al subappalto, atteso che l'estensione delle fattispecie da considerare subappalto ha quale naturale conseguenza l'assottigliarsi del margine concreto di affidamento di prestazione all'esterno da parte dell'appaltatore.

Un limite, peraltro, inserito "silenziosamente" dal legislatore, considerato che la versione sottoposta al parere del Consiglio di Stato riportava ancora la formulazione canonica del D.lgs. n. 163/2006 e la stessa relazione di accompagnamento al Codice continua a fare riferimento a detta formulazione.

Né tale introduzione può ritenersi frutto di indicazioni provenienti dal Consiglio di Stato, il quale sul punto non pare aver detto nulla.

Sembrerebbe dunque trattarsi di un inserimento dell'ultimo istante i cui effetti – invero non del tutto marginali – potrebbero non essere stati adeguatamente ponderati.