

SPUNTI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI APPALTO, SUBAPPALTO E SUBFORNITURA.

di GIOACCHINO LA ROCCA

SOMMARIO: **1.1** Il limite al subappalto negli appalti pubblici: Corte di Giustizia 26 settembre 2019, C-63/18. - **1.2** Le conseguenze nel diritto interno della sentenza della Corte di Giustizia. - **2.1** Appalto e subfornitura: Trib. Bari 13 luglio 2006. - **2.2** Il criterio distintivo basato sulla dipendenza tecnica del subfornitore: Cass. 25 agosto 2014, n. 18186. - **2.3** La “realtà socio economica” della subfornitura e le sue conseguenze giuridiche. **3** –Appalto, subappalto e subfornitura: Cons Stato 30 novembre 2018 n. 6822.

1.1 – Il limite al subappalto negli appalti pubblici.

Il contratto di subappalto, che trova i suoi caposaldi normativi innanzi tutto negli artt. 1656 c.c. e 105, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nuovo codice degli appalti pubblici, di seguito anche CAP (¹), è tema vivace e controverso nel diritto italiano.

Tiene innanzi tutto il campo il persistente contrasto tra disciplina interna e disciplina europea: da un lato, i commi 2 e 5, art. 105 CAP impongono il limite del 30 per cento per i lavori suscettibili di subappalto; dall’altro lato l’art. 71, dir. 2014/24, non pone alcun limite in materia di subappalto, sul presupposto – ribadito, pur nel silenzio della direttiva, dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia UE – che il ricorso al subappalto sia funzionale all’accesso delle piccole e medie

¹) Alle disposizioni citate nel testo dovrebbe, per la verità, aggiungersi quanto meno l’art. 71, dir. 2014/24/UE.

imprese agli appalti pubblici, nonché a favorire la trasparenza e la concorrenza.

I motivi alla base dei limiti imposti dalla disciplina interna sono diversi a seconda che si faccia riferimento al comma 2 o al comma 5 dell'art. 105 cit.

Il comma 2 contiene sia una definizione legislativa del subappalto (*“il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto”*), sia una presunzione *ex lege* di subappalto (*“costituisce, comunque, 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”*). Il limite del 30 per cento da esso posto è un limite di carattere generale ed indiscriminato, esteso ad ogni tipo di appalto.

La disposizione ha subito una singolare modifica nel 2019, nel senso che il limite è stato elevato al 40 per cento dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 32/2019, convertito nella legge n. 55/2019. La singolarità della modifica consiste nel fatto che è “a tempo”, ossia la vigenza della nuova norma è stata circoscritta al 31 dicembre 2020: trascorsa tale data, dunque, il limite del 30 per cento *sarebbe stato* destinato a essere ristabilito, ma, come si vedrà, è andata diversamente.

Il comma 5, dal canto suo, si configura come norma speciale: esso limita il ricorso al subappalto nelle c.d. “opere superspecialistiche”, vale a dire *“opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali”* (così il comma 11 dell'art. 89 CAP, che ha ad oggetto il ricorso all'avvalimento ed è richiamato dall'art. 105, comma 5, cit.).

I motivi alla base dei limiti al subappalto posti in via generale dal comma 2 sono ben noti: il subappalto ha da sempre polarizzato intenti criminosi. Il limite quantitativo generale ex art. 105² CAP contribuirebbe – secondo il legislatore italiano –

a disincentivare l'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici e sarebbe pertanto funzionale al contrasto della criminalità organizzata.

Fine diverso è attribuito al limite imposto dal comma 5 dell'art. 105 CAP. Qui il contrasto alla mafia è assente. Piuttosto, il legislatore intende garantire alla stazione appaltante che i lavori caratterizzati da alti livelli di sapienza tecnologica e di specializzazione siano eseguiti in larga parte direttamente dall'affidatario.

Sui limiti italiani al subappalto è intervenuta la Corte di Giustizia UE, che con sentenza del 26 settembre 2019, causa C-63/18 ⁽²⁾, ha stabilito che è contrario alla dir. 2014/24/UE il limite generale del 30 per cento previsto dal secondo comma dell'art. 105 CAP.

È utile sottolineare che la Corte di Giustizia non è stata insensibile agli argomenti di ordine pubblico addotti a giustificazione del limite generale al subappalto.

Tuttavia, la Corte di Giustizia ha intravisto l'inidoneità dell'art. 105, comma 2, cit., a superare il sindacato di compatibilità con la disciplina europea nel carattere generale ed astratto della disciplina italiana, che appare totalmente scollegata dal settore economico di volta in volta interessato dal subappalto, dalla natura dei lavori e dalla identità dei subappaltatori. In sostanza, la Corte sembra rimproverare al legislatore italiano l'assenza di proporzionalità, che si sostanzia nella fissazione di un limite generalizzato, senza alcuna flessibilità in rapporto ai profili oggettivi e soggettivi delle singole vicende. Assume, poi, valore assorbente nella motivazione della decisione della Corte di Giustizia il rilievo secondo il quale *“il governo italiano non ha affatto dimostrato, nell'ambito della presente causa, che le diverse disposizioni previste all'articolo 71 della direttiva 2014/24, con le quali gli Stati membri possono limitare il ricorso al subappalto, nonché i possibili motivi di esclusione dei subappaltanti ai sensi dell'articolo 57 di tale direttiva, e ai quali fa riferimento l'articolo 71, paragrafo 6, lettera b), di quest'ultima, non*

²⁾ La sentenza è stata pressoché riprodotta nella successiva 27 novembre 2019, causa C-402/18, avente ad oggetto l'analoga questione dei limiti al subappalto posti dalla previgente disciplina italiana e della loro compatibilità con la previgente disciplina europea.

possano essere attuate in modo tale da raggiungere l'obiettivo perseguito dalla normativa nazionale di cui al procedimento principale”.

1.2 – Le conseguenze nel diritto interno della sentenza della Corte di Giustizia.

Le ricadute nel diritto interno della sentenza del 26 settembre 2019 non sono certamente né di poco conto, né lineari.

Il presupposto dal quale muovere è la condivisibile osservazione di chi ha ricordato che nella specie non può prescindersi da quella giurisprudenza di cui è espressione Cons. Stato, Ad. Plen, 9 giugno 2016, n. 11. In tale decisione il Consiglio di Stato ha ribadito che *“la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale ... oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto (in tal senso è costante la giurisprudenza comunitaria: cfr. Corte Giust., 3 febbraio 1977, in causa C-52/76, Benedetti c. Munari F.lli sas, in Racc. 1977, 163 e 5 marzo 1986, in causa 69/85, Wünsche Handelgesellschaft GmbH & Co. c. Repubblica Federale della Germania, in Racc., 1986, 947)”*, dal momento che *“la sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di Giustizia è ... equiparabile ad una sopravvenienza normativa”*.

Fin qui tutto sembrerebbe chiaro. Le acque si increspano quando si tenti di applicare tale premessa al mosaico esistente in materia nella legislazione italiana, che peraltro non ha subito (le universalmente auspiccate) modifiche con il c.d. “decreto semplificazioni” (d.l. n. 76/2020, convertito con modifiche dalla legge n. 120/2020) ⁽³⁾, malgrado questo non solo abbia largamente rimaneggiato il codice degli appalti, ma abbia altresì dettato una particolare normativa *“a latere”* sull'appalto, tanto che qualcuno ha dubitato che esista ancora un “codice” dell'appalto.

Le difficoltà incontrate nell'adattare la disciplina italiana alla sentenza della Corte di Giustizia sta nel fatto che almeno fino al 31 dicembre 2020 si sono contese il campo almeno tre

³) Queste modifiche sembrerebbero essere presenti nel disegno di legge europea 2019/2020.

disposizioni in materia di limiti del subappalto. Non è inutile richiamarle ancora una volta: l'art. 102, comma 2, CAP, che pone il limite generale del 30 per cento; l'art. 1, comma 18, d.l. n. 32/2019, che ha provvisoriamente innalzato tale limite al 40 per cento fino al 31 dicembre 2020; l'art. 102, comma 5, CAP, che prevede il limite del 30 per cento per le c.d. "opere superspecialistiche".

Orbene, è opinione condivisa e condivisibile che solo il comma 2 dell'art. 105 CAP sia stato oggetto specifico del giudizio della Corte di Giustizia, con la conseguenza che – come si è già ripetutamente espresso il Consiglio di Stato - a far tempo dal 1° gennaio 2021 non vi è alcun limite al subappalto nella disciplina dei contratti pubblici. Di contro, continuano ad avere effetto le altre disposizioni sopra richiamate, anche se, ovviamente, il limite del 40 per cento di cui all'art. 1, comma 18, d.l. n. 32/2019, ha cessato in ogni caso di governare gli appalti pubblici con il 1° gennaio 2021.

2.1 – Appalto e subfornitura: Trib. Bari 13 luglio 2006

La nota distintiva tra appalto e subfornitura e tra subappalto e subfornitura costituisce un tema assai dibattuto e risalente in giurisprudenza e dottrina, anche in considerazione delle sue ricadute applicative. In materia è opportuno circoscrivere il campo delle presenti osservazioni. Qui non si intende dedicare particolare attenzione questione di carattere generale relativa alla configurabilità della subfornitura quale tipo contrattuale a sé stante: in questa sede è sufficiente osservare che la subfornitura e più in generale l'outsourcing sono modalità organizzative dell'esercizio dell'impresa espressi da contratti. Questi ultimi si sono diffusi nell'organizzazione sociale, nel mercato a far tempo dagli ultimi decenni del secolo scorso. La legge 18 giugno 1998, n. 192 sembra, pertanto, configurabile quale "disciplina particolare" di un tipo contrattuale socialmente diffuso.

Qui, piuttosto, interessa brevemente indagare il delicato crinale su cui è possibile tracciare la distinzione tra appalto e subfornitura, nonché tra subappalto e subfornitura.

Entrambe queste distinzioni – come si è anticipato – hanno ricadute di carattere pratico. Ad esempio, se il contratto in concreto concluso è ricondotto nell'ambito della subfornitura, ad

esso si applicheranno gli stringenti limiti temporali per il pagamento del subfornitore previsti dall'art. 3, l. n. 192/1998; come pure ad esso sarà applicabile la particolare disciplina prevista dall'art. 2.

Un non più recente provvedimento del Tribunale di Bari ha ricostruito la differenza tra appalto e subfornitura sulla base di un criterio apparentemente condivisibile: *“l'appalto è caratterizzato dall'autonomia dell'appaltatore, in funzione della stessa obbligazione di quest'ultimo, che è di risultato e non di mezzi, e vi è compatibile il controllo e la sorveglianza esercitata dal committente al fine di assicurarsi che l'opera venga eseguita in conformità delle regole dell'arte. L'appaltatore, dovendo però perseguire il risultato dell'opera, non deve solo attenersi alle norme tecniche ed alle direttive dell'appaltante, ma deve opporre le eventuali necessarie obiezioni di ordine tecnico. La subfornitura è invece caratterizzata dal controllo diretto ed integrale sull'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa committente. Progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli e prototipi sono infatti forniti dall'impresa committente, la quale, dovendo il prodotto o servizio essere inserito nella produzione di un bene complesso, trasferisce al subfornitore il c.d. know how, nel senso dell'intero patrimonio conoscitivo sul come produrre un determinato bene o servizio. La dipendenza tecnologica e progettuale verso il committente risiede in questo integrale trasferimento da parte del committente medesimo al subfornitore delle nozioni sul come fare un determinato bene o servizio, al punto che il subfornitore, a differenza dell'appaltatore, è privo di autonoma capacità valutativa in ordine alla congruità delle prescrizioni”* ⁽⁴⁾.

Secondo quanto si è anticipato, ad una prima lettura queste affermazioni sembrano persuasive. Una lettura maggiormente attenta al dato normativo, che a sua volta sembra particolarmente aderente all'esperienza di mercato in materia di subfornitura e di *outsourcing*, giustifica alcune perplessità. Invero, a proposito delle differenze tra appalto e subfornitura il Tribunale di Bari sembra enfatizzare aspetti che – se esaminati alla stregua

⁴) Trib. Bari, ord., 13 luglio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2934.

dell'art. 2, comma 5, l. subf. – si rivelano non decisivi per la qualificazione giuridica della subfornitura.

Più precisamente, il Tribunale osserva che elemento distintivo dell'appalto sia la riconosciuta idoneità dell'appaltatore ad “*opporre le eventuali obiezioni di ordine tecnico*” alle richieste del committente. A tale caratteristica dell'appalto si contrapporrebbe, secondo il Tribunale, la posizione del subfornitore che “*a differenza dell'appaltatore [sarebbe] privo di autonoma capacità valutativa in ordine alla congruità delle prestazioni*” (5).

Tale prospettiva non sembra completamente calzante. Intendiamoci: certamente nella subfornitura il committente ha un completo dominio tecnico sulle caratteristiche dell'opera, che almeno in linea teorica non è replicato nell'appalto, dove per definizione il soggetto professionalmente qualificato è l'appaltatore, che infatti realizza l'opera “con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio” (art. 1655 c.c.) e con il conseguente non lieve fardello di obblighi di diligenza ex art. 1176, secondo comma c.c., bene rappresentati da Cass. 15 giugno 2018, n. 15732, che si riporta quale esempio di una giurisprudenza assolutamente ferma ed univoca: “*l'obbligo di diligenza qualificata gravante sull'appaltatore, ai sensi dell'art. 1176, 2° comma, c.c., si estrinseca nell'adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili in relazione alla natura dell'attività esercitata, comprese le competenze tecniche funzionali al controllo ed alla correzione degli eventuali errori del progetto fornitogli dal committente, e tale obbligo è ancora più rigoroso qualora l'appaltatore svolga anche i compiti di ingegnere progettista e di direttore dei lavori, essendo in tal caso tenuto, in presenza di situazioni rivelatrici di possibili fattori di rischio, ad eseguire anche gli opportuni interventi per accertarne la causa e ad apprestare i necessari accorgimenti tecnici volti a garantire la realizzazione dell'opera priva di difetti costruttivi*”.

I contorni delle fattispecie, tuttavia, non sempre sono così netti come ipotizzato dal Tribunale, dal momento che attraverso

⁵) In questo senso v. anche Trib. Catania, ord., 9 luglio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 2813.

progettista e direttore dei lavori il committente ben può far sì che l'appaltatore si trovi in una situazione non dissimile da quella immaginata dal Tribunale di Bari a proposito del subfornitore, ossia può accadere che nell'appalto “progetti esecutivi, conoscenze tecniche, modelli e prototipi” siano forniti dal committente per il tramite dei professionisti da lui incaricati. In una situazione di questo genere – può aggiungersi – l'appaltatore non è automaticamente ridotto al rango di “nudus minister”. Anche in tale situazione l'appaltatore è presunto come soggetto professionalmente qualificato, dotato delle cognizioni indispensabili per sindacare – come sancito dalla giurisprudenza sopra ricordata – l'idoneità tecnica dei progetti, dei materiali ecc. forniti dal committente a realizzare l'opera contrattualmente convenuta “a regola d'arte” (v. infatti artt. 1660 e 1663 c.c.).

Se questo è lo scenario dell'appalto, che può essere modificato solo con un'attenta strutturazione del contratto ⁽⁶⁾, una situazione non lontana ben può replicarsi in capo al subfornitore.

La l. n. 192/1998 non autorizza, infatti, a ritenere sempre e comunque il subfornitore “privo di capacità valutativa” in ordine al contenuto tecnico e tecnologico dell'opera da realizzare. In proposito un'attenta lettura della lett. a), comma 5, art. 2, l. cit. contribuisce probabilmente in modo decisivo a correggere il tiro. Vi si legge, infatti, che “*nel contratto di subfornitura devono essere specificati: a) i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle **caratteristiche costruttive e funzionali**, o anche attraverso il richiamo a **norme tecniche** che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano **oggetto di norme di legge o regolamentari**, debbono essere allegate in copia*”.

L'attenzione va focalizzata sulle parole sopra riportate in grassetto. Esse evidenziano come “*le caratteristiche costruttive e funzionali*” dell'opera, come pure le “*norme tecniche*” necessarie per realizzarle, ben possono essere “*di uso comune per il subfornitore*” o addirittura “*oggetto di norme di legge e*

⁶) Ad esempio, con la previsione di apposite clausole di esonero dell'appaltatore da responsabilità per la documentazione tecnica e le attività, quali indagini geologiche ed altre analoghe, svolte dal committente o dai professionisti da lui incaricati.

regolamentari”: in entrambi i casi – ed è questo che qui conta – è presupposto un expertise del subfornitore che è giuridicamente rilevante, come si dirà, sotto molteplici aspetti.

2.2 – Il criterio distintivo basato sulla dipendenza tecnica del subfornitore: Cass. 25 agosto 2014, n. 18186

Il problema della distinzione tra appalto e subfornitura è stato affrontato anche dalla Corte di cassazione con la sentenza 25 agosto 2014, n. 18186, che è spesso richiamata dalla giurisprudenza successiva anche amministrativa. La Corte si è specificamente chiesta se la dipendenza tecnica del fornitore dal committente, relativamente a specifiche costruttive e know how, costituisca oppure no una caratteristica distintiva della subfornitura.

La Corte ha risposto positivamente al quesito sulla base dell’art. 1, l. n. 192/1998, laddove si legge che “*con il contratto di subfornitura un’impresa si impegna a effettuare per conto di un’impresa committente lavorazioni ... in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche [ecc.] ... forniti dall’impresa committente*”. In particolare, da questa correlazione tra le “*lavorazioni*” oggetto della commessa e la fornitura, da parte dell’impresa committente, di “*conoscenze tecniche e tecnologiche*” è stata argomentata – al pari della decisione del Tribunale di Bari sopra ricordata – quella che potrebbe definirsi la minorità tecnologica del subfornitore.

È possibile dubitare che questo dato normativo offerto dall’art. 1, l. n. 194/1998 possieda la rilevanza decisiva che gli viene attribuita. Occorre, infatti, verificare la coerenza dell’art. 1 cit. con il testo complessivo della legge. Quando si proceda in tal senso, deve prendersi atto del dato dissonante presentato dall’art. 2, comma 5, della legge. Si è anticipato nel precedente paragrafo che questa disposizione assegna una precisa rilevanza giuridica alla circostanza che le “*caratteristiche costruttive e funzionali*” del “*bene o servizio richiesto dal committente*”, lungi dall’essere vincolate ad un privato *know how* di quest’ultimo (come sembrerebbe dall’art. 1), siano invece di “*di uso comune per il subfornitore*”, ossia siano ad esso ben note a prescindere dalla comunicazione del committente, oppure siano tanto di dominio pubblico da essere “*oggetto di legge o di regolamento*” (art. 2).

La non perfetta sintonia dell'art. 1 con l'art. 2 sembra innegabile: il primo sembra presupporre che i procedimenti tecnici funzionali alla realizzazione dell'opera siano elaborati dal committente e da questo "rivelati" al subfornitore; il secondo, invece, ammette esplicitamente che le "caratteristiche costruttive e funzionali" dell'opera possano non essere oggetto di una scienza esclusiva del committente.

L'interprete non può astenersi dal prendere posizione su questo evidente contrasto tra le due disposizioni e al riguardo deve essere consapevole che il criterio per decidere la questione non può prescindere dalla diversa portata normativa delle due disposizioni.

La rubrica dell'art. 1 rende palese la circostanza che esso reca la definizione del "contratto di subfornitura". La dottrina contemporanea – superata la tradizionale diffidenza verso le definizioni legislative ascrivibile ai tempi in cui il giurista rivendicava significativi margini di spazio politico, quale interprete non solo del diritto, ma anche e soprattutto dei bisogni della società, onde poter trasferire in una cultura giuridica di derivazione romanistica le soluzioni giuridiche imposte da una realtà profondamente mutata – avverte che di fronte ad una definizione è necessario chiedersi se con essa si intenda delineare una sommaria descrizione del fenomeno regolato, ovvero sintetizzare i tratti giuridici distintivi di una disciplina, aggiungendo che a tal fine sarà utile l'esame del contesto in cui è inserita la definizione stessa: per una definizione collocata in apertura del testo normativo sarà lecito – si aggiunge - ipotizzare che sia semplicemente descrittiva, anche se resta decisivo il contenuto normativo della disposizione recante la definizione, il quale deve essere comparato le altre disposizioni.

Queste indicazioni sembrano funzionali all'esame della legge n. 192/1998 e della portata del suo art. 1. È evidente che tale disposizione si limita a descrivere il fenomeno, la cui concreta disciplina è riservata agli articoli successivi.

Di qui la regressività delle indicazioni offerte dall'art. 1, rispetto a quelle rivenienti dall'art. 2, il quale, nel disciplinare gli elementi essenziali del contratto (accordo, forma, contenuto), entra nel merito del conflitto di interessi tra le parti del contratto. Precisamente, l'art. 2 segnala che a tale conflitto ben possono essere estranee le procedure tecniche di costruzione dell'opera

in quanto le stesse sono condivise in pari misura dalle parti per effetto dei rapporti pregressi o in forza di una autonoma conoscenza acquisita dal subfornitore. Ed ancora l'art. 2 segnala che le procedure tecniche necessarie per la realizzazione dell'opera sono ben note, non solo alle parti della singola vicenda contrattuale, ma sono addirittura diffuse nel mercato, con la conseguenza che non è necessaria una loro specificazione in contratto e tanto meno è necessario stabilire un obbligo del committente di fornirle al subfornitore.

Le indicazioni offerte dall'art. 2, univoche nell'escludere che il *know how* relativo all'opera sia patrimonio esclusivo del committente, sono confermate dall'art. 5, l. n. 192/1998, sulla responsabilità del subfornitore: quest'ultimo, proprio perché è postulato in grado sia di conoscere che di applicare professionalmente le regole tecniche che presiedono alla sua attività, è tenuto a norme e responsabilità non lontane da quelle proprie dell'appaltatore in termini di risultato e di sindacato sulla idoneità delle istruzioni e dei materiali forniti dal committente.

Il testo dell'5 cit. non sembra lasciare dubbi in proposito: esso, per un verso, pone a carico del subfornitore la "responsabilità" che l'opera da lui realizzata abbia le "qualità" necessarie per essere "a regola d'arte", secondo uno schema in tutto analogo a quello dell'appaltatore. Per altro verso, l'art. 5 cit. pone a carico del subfornitore un preciso onere di sindacato sui materiali, sugli attrezzi e sulle procedure forniti dal committente, con correlato onere di denuncia dei relativi vizi. Sotto questo aspetto è inequivocabile il secondo comma dell'art. 5, che esonera da responsabilità il subfornitore dalla responsabilità per difetti di materiali o attrezzi fornitigli dal committente "*purché li abbia tempestivamente segnalati*". Come si vede, la legge non avalla l'affermazione del Tribunale di Bari sulla deresponsabilizzazione professionale del subfornitore, in contrapposizione con la posizione dell'appaltatore. In particolare, non ha riscontro l'affermazione del Tribunale secondo la quale solo l'appaltatore sarebbe tenuto a "*opporre le eventuali necessarie obiezioni di ordine tecnico*": in proposito, non è inutile ribadire ancora una volta che l'art. 5, l. n. 192/1998 dispone esattamente il contrario, nella parte in cui prescrive che il subfornitore può e deve tempestivamente denunciare i vizi dei materiali e delle istruzioni ricevuti dal committente.

2.3 – La “*realtà socio economica*” della subfornitura e le sue conseguenze giuridiche

Tutto ciò non significa che la sentenza della cassazione, da cui traggono spunto le precedenti osservazioni, non contenga aspetti meritevoli di attenzione. Infatti, essa non manca di cogliere dati di estremo rilievo a proposito della subfornitura. Nella motivazione di Cass. 16186/2014 si accenna alla “*realtà socioeconomica*” della subfornitura, che si caratterizza per uno “*stato di sudditanza economica*” del subfornitore verso il committente. Questo rilievo non può non essere condiviso. Come pure, è condivisibile, sia pure con le precisazioni che si diranno, l’accento al fatto che il subfornitore sia di necessità inserito nel ciclo produttivo del committente, con la conseguenza che – aggiunge la Cassazione - egli deve adeguare la propria produzione e organizzazione alle “*direttive e specifiche tecniche*” indicate dal committente.

Su questo aspetto sono necessarie talune precisazioni. Non vi sono dubbi che le “*direttive e specifiche tecniche*” del committente, e più in generale le sue esigenze tecnico-organizzative, incidano fortemente sull’organizzazione imprenditoriale del subfornitore, ma ciò non significa né che quest’ultimo sia privo sempre e necessariamente di qualsiasi autonomia valutativa in ordine alle modalità tecniche di realizzazione dell’opera, né che il subfornitore sia privato di autonomia valutativa in ordine delle direttive tecniche e ai materiali eventualmente forniti dal committente, né infine che sia esonerato da responsabilità professionale in ordine alla qualità dell’opera realizzata.

In altre parole, il subfornitore è un imprenditore, che assai spesso è un navigato conoscitore del mercato in cui opera e delle procedure tecniche necessarie alla realizzazione dell’opera richiestagli e che è tenuto ad un’obbligazione di risultato, con i conseguenti corollari in tema di responsabilità.

Ciò premesso, le ragioni della sua “*debolezza*” vanno ricercate nel fatto che gli investimenti del subfornitore in beni strumentali e per la formazione del personale sono mirati al coordinamento della sua organizzazione imprenditoriale con quella del committente, con conseguente rigidità della prima, che solo a prezzo di ulteriori, elevati costi potrebbe riconvertirsi in modo da poter produrre altri prodotti e servizi e per altri

committenti. Di qui la strutturale posizione di forza del committente, che può riassumersi col dire che esso è fisiologicamente l'unico cliente possibile del subfornitore ⁽⁷⁾. Solo a costi particolarmente elevati il subfornitore potrebbe sottrarsi a tale sudditanza. Per questo motivo egli si trova in condizione di subire dal committente possibili abusi nel corso del rapporto, che la legge mira ad evitare.

A questo punto, il confine tra appalto e subfornitura è meglio delineato: l'appaltatore possiede (o dovrebbe possedere) un'organizzazione imprenditoriale assolutamente autonoma dal committente e dalla attività imprenditoriale da questi eventualmente svolta. Ne segue che solo una approfondita indagine istruttoria su tali elementi di fatto permette al giudice di decidere in ordine alla applicazione della disciplina della subfornitura ad un contratto di appalto, ovvero – forse meglio – di qualificare il contratto in concreto intercorso come subfornitura piuttosto che di appalto.

3 – Appalto, subappalto e subfornitura: Cons Stato 30 novembre 2018 n. 6822

Cons. Stato 30 novembre 2018 n. 6822 consente ulteriori precisazioni. Chiamato a stabilire se la concreta vicenda contrattuale sottoposta al suo esame dovesse qualificarsi come subappalto o come subfornitura, il Consiglio di Stato ha formulato taluni *obiter dicta*, sui quali mette conto soffermarsi tenuto conto che – come è stato detto – gli *obiter dicta* di oggi tendono a trasformarsi nelle *regulae juris* di domani.

⁷) Sono aspetti che emergono anche da Trib. Bologna 10 luglio 2018, in *Foro it*, Rep. 2019, voce *subfornitura*, n. 10, secondo cui “ *La dipendenza, sia economica che tecnica, del fornitore nei confronti del committente costituisce uno dei requisiti affinché trovino applicazione a favore del primo le disposizioni legislative che disciplinano la subfornitura; esse, pertanto, non sono richiamabili allorché l'impresa che le invochi – nella fattispecie per ottenere il riconoscimento degli interessi e delle penali nelle misure normativamente previste – risulti, dal punto di vista economico essere di dimensioni considerevoli, avere un certo numero di clienti e disporre di impianti e tecnologie in grado di soddisfare varie loro richieste e, da quello tecnico, aver gestito in totale autonomia il processo produttivo la cui esecuzione le era stata affidata, dalla progettazione sino alla realizzazione del bene, avvalendosi di un proprio know how, di cui il committente era invece del tutto privo*”,

In primo luogo, il Consiglio di Stato afferma che “*con il subappalto ... l'appaltatore trasferisce a terzi l'esecuzione direttamente a favore della stazione appaltante di una parte delle prestazioni negoziali*”.

Si fa francamente fatica a trovare riscontro a queste parole sia nell'art. 105, comma 2, CAP, sia nell'art. 1656 c.c., che pure sono espressamente richiamati a loro supporto nella sentenza in esame.

Si è anticipato che l'art. 105 cit. contiene una definizione del contratto di subappalto, che si è sopra riportata. In tale definizione, tuttavia, non si accenna minimamente ad un “trasferimento” dell'esecuzione dei lavori al subappaltatore “*direttamente a favore della stazione appaltante*”. Si stenta a comprendere l'esatto significato di queste parole presenti nella sentenza del Consiglio di Stato. Sembrerebbe che esse, coerentemente con il contesto della motivazione, mirerebbero ad avvalorare l'idea, secondo la quale il subappalto sarebbe “*un vero e proprio contratto derivato di carattere trilaterale*” (così la sentenza in esame a pag.7 della motivazione).

Senonché, né l'art. 105 CAP, né l'art. 1656 c.c. lasciano intravedere un “trasferimento” delle prestazioni dell'appaltatore al subappaltatore, o – men che mai – un contratto trilaterale tra committente, appaltatore e subappaltatore. Con riguardo al primo aspetto, è agevole osservare che l'art. 105 CAP non sembra conciliabile con un “trasferimento” di prestazioni dall'appaltatore al subappaltatore “*direttamente a favore della stazione appaltante*”, dal momento che stabilisce che il “contratto [di appalto] non può essere ceduto a pena di nullità” (comma 1), aggiungendo che “è ammesso il subappalto” sull'evidente presupposto che quest'ultimo non realizzi un risultato economico-giuridico, un assetto di interessi analogo alla cessione del contratto, ossia al “trasferimento” cui sembra accennare il Consiglio di Stato. Inoltre, ad escludere l'istituzione di un qualche rapporto tra subappaltatore e stazione appaltante (a parte i casi previsti dal comma 13, art. 105 cit., i quali comunque non hanno ad oggetto la prestazione del subappaltatore, ma la prestazione della stazione appaltante), sta il comma 8 dell'art. 105 CAP, che stabilisce che “il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante”.

Come si vede, l'art. 105 CAP sembra univoco nel suo complesso nell'escludere l'idea, in qualche modo avvallata dal Consiglio di Stato, di un subappalto idoneo a far subentrare il subappaltatore nel rapporto con la stazione appaltante committente.

Conclusioni analoghe si traggono dall'art. 1656 c.c., parimenti richiamato dal Consiglio di Stato. È assolutamente pacifico nella dottrina civilistica e nella giurisprudenza formatasi sull'art. 1656 c.c. che il subappalto non crei alcun rapporto diretto tra subappaltatore e committente. E ciò neppure nei casi cui questi abbia autorizzato il subappalto.

L'art. 1670 c.c. reca un ulteriore tassello utile ad escludere un rapporto diretto tra subappaltatore e committente, ovvero – per usare le parole del Consiglio di Stato – ad ipotizzare un “*contratto derivato di carattere trilaterale*”, del quale sarebbe inevitabile corollario un qualche rapporto diretto tra subappaltatore e committente. In particolare, l'art. 1670 c.c. contribuisce ad escludere una opzione di questo genere perché prescrive che, in caso di subappalto, il committente possa far valere la responsabilità contrattuale esclusivamente nei confronti dell'appaltatore, che ha l'onere di comunicare la denuncia dei vizi ricevuta dal committente al subappaltatore se vuole riservarsi l'eventuale rivalsa nei confronti di quest'ultimo. In altre parole, il committente non ha azione contrattuale verso il subappaltatore, ma solo verso l'appaltatore. È significativo che l'unica azione attribuita al committente contro il subappaltatore è ascritta all'art. 2043 c.c.

In conclusione, occorre ammettere che la configurazione del subappalto operata dal Consiglio di Stato presenta consistenti margini di opinabilità, con la conseguenza che risulta inevitabilmente non puntuale la differenza tra subappalto e subfornitura, che secondo il Consiglio di Stato si articolerebbe sull'estraneità della stazione appaltante al rapporto tra committente e subfornitore. Le osservazioni fin qui formulate sono ampiamente sufficienti a dimostrare la scarsa efficacia di tale elemento differenziale, atteso che nel subappalto si determina la stessa situazione di estraneità del subcontraente rispetto al rapporto principale, che il Consiglio di Stato pretende di circoscrivere alla subfornitura quale elemento caratterizzante della stessa.

A questo punto i rapporti tra i due contratti devono essere ripensati in una prospettiva ricostruttiva. Da un canto, occorre prendere atto che essi presentano una nota comune: sono entrambi contratti aventi ad oggetto l'organizzazione e la razionalizzazione dell'attività produttiva tra due imprese. Di contro, il tratto distintivo tra le due situazioni deve essere individuato nel fatto che il subfornitore, per i motivi ricordati nei precedenti paragrafi, è stabilmente inserito nel ciclo produttivo del committente. Quando una tale situazione di fatto sussista e sia verificata anche alla luce della continuità temporale della collaborazione tra le imprese interessate, al rapporto si dovrà applicare la disciplina della subfornitura. Come pure negli appalti pubblici, anche ai fini previsti dall'art. 105, comma 2, CAP, il titolare di un subcontratto dovrebbe essere annoverato tra i subfornitori (e non, dunque, tra i subappaltatori) solo qualora sia provato il suo inserimento continuativo – e non occasionale - nel ciclo produttivo dell'aggiudicatario.