

Inasprimento sanzionatorio per il Subappalto non autorizzato

Lo scorso 3 dicembre 2018 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n.281 la Legge 1 dicembre 2018, n. 132 recante *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate”* (cd. Decreto Sicurezza).

Il decreto, fortemente voluto dal Ministro Salvini, si occupa di una moltitudine di tematiche che vanno dall’immigrazione alla sicurezza urbana, dalla lotta al terrorismo alla lotta alla mafia.

Proprio con riferimento a quest’ultima problematica il decreto sicurezza introduce una norma che incide, in modo rilevante, sul tema degli **appalti pubblici**.

L’art. 25 del decreto sicurezza, al fine di scongiurare l’eventualità che le organizzazioni mafiose utilizzino lo strumento del subappalto per inserirsi illecitamente nelle procedure ad evidenza pubblica, prevede l’**inasprimento del trattamento sanzionatorio per le condotte degli appaltatori che facciano ricorso al subappalto in mancanza dell’autorizzazione** (previsto all’art. 21, co.1, della L. 646/1982).

Dal punto di vista giuridico l’aspetto più rilevante, determinato dalle modifiche introdotte, non riguarda tanto l’inasprimento della pena quanto la diretta conseguenza di tale inasprimento che comporta una **diversa rubricazione della fattispecie di reato che si trasforma da contravvenzione a delitto**.

Al netto degli emendamenti previsti dal decreto sicurezza, l’art. 21, comma 1, della L.646/1982, oggi recita: *“Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte le opere stesse, senza l’autorizzazione dell’autorità competente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell’opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell’opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell’affidatario del cottimo si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa*

pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto”.

La novella portata dal decreto di certo non sorprende i più attenti operatori di settore. La disciplina contenuta all'art. 21, sin dalla sua introduzione, è stata infatti oggetto di numerose critiche che lamentavano l'insufficienza della sanzione ivi prevista (“l'arresto da sei mesi ad un anno” e “l'ammenda”) per l'efficace contenimento del rischio di infiltrazioni mafiose.

Piuttosto suscita alcune perplessità lo scarso – se non inesistente – coordinamento con il vigente impianto normativo antimafia, anch'esso direttamente impattante sul settore degli appalti pubblici.

La previsione contenuta nel Decreto Sicurezza, oltre a non essere stata adeguatamente pubblicizzata, risulta infatti carente di un adeguato dibattito parlamentare che, se posto in essere, avrebbe certamente messo in luce tanto la necessità di un coordinamento con la normativa di settore, quanto le ripercussioni operative che la stessa avrebbe potuto avere nella fase esecutiva dell'appalto.

Dal punto di vista del **coordinamento con le disposizioni in tema di antimafia** un'analisi attenta della normativa avrebbe certamente suggerito di optare per un trattamento sanzionatorio meno severo di quello previsto dal decreto Sicurezza, alla luce del fatto che attualmente ci si trova dinanzi al **paradosso per cui il massimo della cornice edittale (5 anni) previsto per il caso di un subappalto non autorizzato supera quello previsto – dal Codice antimafia – per il caso in cui un funzionario pubblico permetta la conclusione di contratti in favore di soggetti mafiosi (4 anni).**

Poc'anzi si faceva altresì riferimento a **possibili criticità operative** connesse alla nuova disciplina (nello specifico la possibile dilatazione temporale del procedimento autorizzativo), questo perché se si analizza la modifica introdotta sotto il profilo penale non può non segnalarsi che la trasformazione della fattispecie criminosa da contravvenzione a delitto determina un diverso approccio sia dal punto di vista degli strumenti utilizzabili in sede di indagine sia dal punto di vista dei soggetti coinvolti.

Con riguardo agli **strumenti utilizzabili in sede di indagine**, alla luce dell'inasprimento della pena ed in considerazione del fatto che il ricorso al subappalto in assenza di autorizzazione è da classificare come un delitto contro la pubblica amministrazione, sarà possibile utilizzare lo strumento delle **intercettazioni**, ciò in forza dell'art. 266, co.1, del Codice di procedura Penale:



“L'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati: (...).delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni “.

Ancora, per l'**individuazione dei soggetti** potenzialmente destinatari delle sanzioni la novellata previsione dovrà essere letta in combinato disposto con le recenti Linee guida in tema di direzione dei lavori e dell'esecuzione (D.M. n. 49/2018).

Le linee guida di cui sopra prevedono espressamente che il direttore dei lavori, gli ispettori di cantiere nonché i direttori operativi debbano controllare *“la presenza in cantiere delle imprese subappaltatrici autorizzate”* (art. 7), ciò rende tali soggetti potenziali destinatari delle sanzioni previste per il subappalto illecito a titolo di concorso di persone (ex art. 110 c.p.).

Concludendo la novella legislativa introdotta dal Decreto sicurezza, al contrario delle condivisibili finalità per le quali è stata introdotta, rischia di rappresentare un ostacolo piuttosto che un supporto per imprese e stazioni appaltanti, andando a cumularsi alle molteplici criticità – ad oggi ancora irrisolte – relative alla disciplina dell'istituto del subappalto contenuta nel Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016).