

**Disposizioni per l'adempimento degli obblighi
derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione
europea - Legge europea 2019-2020**

DDL n. 2169/S

Audizione dell'Ance

Presso la 14^a Commissione permanente (Politiche dell'Unione europea)

4 maggio 2021

LE MISURE DI INTERESSE PER IL SETTORE

Le modifiche in materia di subappalto

Le modifiche
agli articoli 80 e
105 del Codice

L'articolo 8 del DDL in esame dispone alcune modifiche al Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 50/2016) in materia di subappalto, nell'ottica di superare i rilievi sollevati in materia dalla Commissione Europea

In particolare, con riferimento a tale istituto, vengono meno i seguenti vincoli:

- l'esclusione dell'operatore economico per carenze dei requisiti del subappaltatore (Art. 80, commi 1 e 5);
- l'obbligo per il concorrente di dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione. (Art. 105, comma 4 lett. d);
- l'indicazione della terna dei subappaltatori nonché l'obbligo, per gli appalti sotto soglia, di prevedere nei bandi o avvisi le modalità per la verifica delle condizioni di esclusione prima della stipula del contratto per l'appaltatore ed i subappaltatori nonché l'indicazione dei mezzi di prova richiesti per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali (Art. 105, comma 6).

VALUTAZIONE
ANCE

Tali modifiche, senz'altro condivisibili, tuttavia non superano tutte le censure che, ripetutamente, gli organi europei hanno indirizzato all'istituto del subappalto come normato a livello nazionale.

No ad
un'eccessiva
restrizione alla
facoltà di
subappaltare

Occorrerebbe, pertanto, rendere **maggiormente coerente la disciplina nazionale sul subappalto con la normativa comunitaria, che non prevede limitazione alla possibilità di eseguire le lavorazioni anche in via indiretta**, come recentemente sancito anche dalle recenti sentenze della Corte di Giustizia Europea (*sentenze nn. C-395/18 del 30 gennaio 2020, C- 402/18 del 27 novembre 2019, C-63/18 del 26 settembre 2019 e C-406/14 del 14 luglio 2016*), oltretutto confermato nelle previsioni delle Direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014.

A conferma di ciò, la Commissione Europea, nel mese di gennaio, ha aperto la procedura di Infrazione n. 2018/2273 avverso lo Stato Italiano per violazione delle direttive UE 2014, nn. 23, 24 e 25, ritenendo non conforme alla legislazione comunitaria, inter alia, i principali limiti previsti dalla normativa nazionale (D.lgs. 50/2016) in materia di subappalto, ossia:

1. il divieto di subappalto oltre il 30 per cento dell'importo totale di un contratto pubblico (art. 105, comma 2, terza frase, D.lgs. 50/2016);
2. il divieto di subappalto oltre il 30 per cento dell'importo delle categorie cd SIOS (art. 105, comma 5, D.lgs. 50/2016);
3. il divieto di subappalto "a cascata" generalizzato (art. 105, comma 19, D.lgs. 50/2016);
4. nonché, il divieto per l'offerente di divenire subappaltatore di altro offerente della medesima gara (art. 105, comma 4, lett. a), D.lgs. 50/2016).

A ciò si aggiungano le cennate contestazioni della Corte di giustizia dell'Unione Europea (su cui in particolare, tra le altre, vedi sentenza del 26 settembre 2019, causa C 63/18, Vitali SPA contro Autostrade per l'Italia SpA).

Più specificamente, quest'ultima ha ritenuto che *"anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a*

**La proposta
dell'ANCE**

contrastare siffatto fenomeno [dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici], una restrizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo".

Sul punto, la Corte ricorda che "la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore" (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C 298/15, EU:C:2017:266, punti 54 e 55)".

Pertanto, **una restrizione al ricorso del subappalto** come quella di cui trattasi nel procedimento principale, conclude la Corte, non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24.

Ciò premesso, al fine di rispondere alle indicazioni UE, in un'ottica di equo contemperamento di tutti gli interessi in gioco, si propone di:

- 1) **eliminare la percentuale massima di subappalto utilizzabile negli appalti, rispetto a quanto attualmente previsto dal nuovo Codice**, che la fissa, indistintamente per tutti i settori di attività (lavori, servizi e forniture), al 30 per cento dell'importo complessivo dell'appalto (e temporaneamente innalzata al 40 per cento con il decreto 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, nella legge 14 giugno 2019, n. 55, cd "Sblocca-cantieri");
- 2) al contempo, al fine di non incorrere nel divieto di – sostanziale - cessione del contratto, di cui all'art. 105, comma 1, **lasciare alla stazione appaltante la possibilità di fissare, di volta in volta, nel bando o nell'avviso di gara, un limite al subappalto, da apporre però unicamente alla categoria prevalente** (che racchiude senz'altro quelle "prestazioni essenziali" dell'appalto rispetto alle quali, secondo la normativa comunitaria la stazione appaltante può valutare l'esigenza di richiedere l'esecuzione diretta dell'appaltatore) e **dando la possibilità di fissare tale divieto al massimo fino alla metà dell'importo della categoria prevalente stessa**. Ciò, a condizione che la stazione appaltante **motivi in merito all'importanza delle lavorazioni oggetto della limitazione e alla necessità che le stesse siano eseguite direttamente dall'appaltatore**. In tal modo, il limite al subappalto, non sarebbe più "generale ed astratto", ma verrebbe rimesso alla scelta della stazione appaltante da esercitare nell'ambito di una "range" percentuale, in base alle caratteristiche dello specifico appalto. Inoltre, tale soluzione, imponendo, per converso, l'esecuzione diretta da parte dell'appaltatore di almeno la metà della categoria essenziale/prevalente consente di evitare che il subappalto sia completamente "libero", valorizzando in tal modo, le imprese dotate di mezzi e personale, oltreché del necessario "know-how".
- 3) **liberalizzare il subappalto per tutte le categorie di lavorazioni scorporabili** (SIOS e/o a qualificazione obbligatoria), fermo restando l'obbligo, in caso di subappalto, di esecuzione delle stesse attraverso operatore dotato di adeguata qualificazione;
- 4) **sopprimere la previsione che richiede la corresponsione al**

subappaltatore dei costi della manodopera.

Tale previsione, infatti, rischia di produrre difficoltà interpretative ed applicative, senza nulla aggiungere sul piano delle garanzie a tutela del personale impiegato nell'ambito del subappalto, già soddisfatte dalla previsione di cui al comma 9 della norma. In linea con quanto stabilito dall'ANAC negli ultimi bandi tipo, l'obbligo di corrispondere i costi della manodopera senza alcun ribasso, è finalizzato a garantire il rispetto dei minimi salariali del personale utilizzato nell'ambito del subappalto. Tale finalità, tuttavia, risulta già garantita dal comma 9 della norma, ai sensi della quale il subappaltatore, come anche l'appaltatore, è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e la zona in cui si eseguono le prestazioni. Peraltro, l'appaltatore è responsabile in solido con il subappaltatore di tale osservanza nei confronti dei propri dipendenti. Il divieto di ribasso della manodopera, invece, come attualmente formulato dalla norma, potrebbe essere interpretato, in sede applicativa, quale obbligo, per l'appaltatore, di pagare integralmente al subappaltatore il costo del personale da questo sostenuto, senza possibilità di applicare alcun ribasso, pur nel rispetto dei minimi salariali. Se così fosse, si creerebbe una situazione di ingiustificata disparità di trattamento, tra appaltatore e subappaltatore. Infatti, la previsione inserita nell'articolo 82, comma 3-bis del precedente Codice dei contratti, ai sensi della quale "Il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale" non è stata ripristinata all'interno del nuovo Codice. Pertanto, nell'ottica di garantire una piena equità di trattamento dei soggetti coinvolti nell'esecuzione dell'appalto ed una corretta strutturazione del sinallagma contrattuale, non essendo previsto "a monte" un divieto di ribasso della manodopera a favore dell'appaltatore, tale divieto non può essere imposto nemmeno "a valle" a favore del subappaltatore.

- 5) **recuperare il ruolo centrale dell'appaltatore nell'esecuzione dell'appalto, bilanciando la responsabilità di quest'ultimo nei confronti della stazione appaltante con una disposizione che consenta di utilizzare, ai fini della qualificazione dell'impresa aggiudicataria, le lavorazioni affidate in subappalto.** Ciò, in coerenza sia con la normativa comunitaria sia con la giurisprudenza della Corte, che considerano coerente con i principi comunitari l'esecuzione dell'opera attraverso un subappaltatore. Infatti, secondo tale ricostruzione, un operatore economico è ammesso a presentare un'offerta, laddove si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto (*ex multis*, C-234/14 del 14 gennaio 2016 e C-305/08 del 23 dicembre 2009). Tale principio deve essere letto nel senso che sussiste una netta differenza tra l'affidamento di un appalto a un raggruppamento di imprese e l'affidamento a un operatore singolo, poiché solo in quest'ultimo caso, l'impresa singola è affidataria dell'intera opera non di una sua parte. Ne consegue che quest'ultima affidataria dovrebbe poter utilizzare, per qualificarsi, parte dei lavori eseguiti, anche quelli non in via diretta;
- 6) chiarire, infine, che, nel caso dei contratti simili al subappalto, le attività ovunque espletate, per i lavori, devono essere solo quelle svolte nel cantiere cui si riferisce l'appalto.

Le misure in materia di ritardati pagamenti

Le modifiche
all'art. 113 bis
del Codice

Il DDL in esame prevede, all'art. 8, comma 1, lett. d) una modifica all'art. 113-bis del Codice appalti, volta ad incardinare una sorta di sub procedimento per l'emissione dei SAL ed il relativo pagamento.

VALUTAZIONE
ANCE

Al riguardo occorre rilevare che la normativa nazionale in materia di pagamenti non prevede alcun autonomo momento di verifica successivo alla contabilizzazione dei lavori da parte del DL. Vigge, infatti, il principio di costante progressione della contabilità, a tenore del quale *"Le attività di accertamento dei fatti producenti spesa devono essere eseguite contemporaneamente al loro accadere e, quindi, devono procedere di pari passo con l'esecuzione"* (art. 13 del DECRETO 7 marzo 2018 , n. 49).

Contrastare i
ritardi nei
pagamenti
senza
appesantimenti
procedurali

La contabilizzazione dei lavori è, quindi, una operazione che già presuppone una attività di verifica da parte del Direttore prodromica all'iscrizione dei lavori stessi in contabilità.

Conseguentemente, l'adozione dello stato di avanzamento dei lavori, da parte del direttore dei lavori, dovrebbe avvenire contestualmente al momento in cui il registro di contabilità raggiunge l'importo previsto per l'emissione del SAL (cd maturazione) e, da questo momento, dovrebbe decorrere automaticamente il termine di 30 giorni per il pagamento.

Vincolare, invece, il decorso dei 30 giorni ad una verifica della PA rappresenta un ulteriore passaggio, non solo non previsto dalla normativa nazionale, ma che potrebbe costituire uno "strumento" per rallentare il processo di pagamento, vanificando così l'obiettivo della norma comunitaria, che è quello di procedere al pagamento entro 30 giorni complessivi, decorrenti dalla maturazione del diritto dell'appaltatore.

Sotto tale profilo, anche le innovazioni introdotte dalla legge europea 2018 rispetto all'art. 113-bis del Codice, non sono state sufficienti a rispondere ai rilievi formulati dalla Commissione europea nell'ambito della procedura di infrazione 2017/2090.

Del resto, la legge di conversione del decreto "Sblocca-cantieri" ha conferito all'Autorità e al MIT, nelle more dell'entrata in vigore del nuovo regolamento, il compito precipuo di modificare i provvedimenti attuativi del Codice dei contratti, ai fini dell'archiviazione della procedura di infrazione sopracitata.

Garantire
pagamenti in
30 giorni dalla
maturazione
del SAL

Medio tempore, ne ha consentito la sopravvivenza solo in quanto compatibili con la medesima procedura.

Occorre, quindi, in tale sede, al fine di superare le criticità riscontrate dalla procedura infrazione e rendere la normativa nazionale compatibile con le previsioni comunitarie, prevedere che l'obbligo per le amministrazioni di procedere al pagamento entro 30 giorni complessivi decorre dalla maturazione del diritto dell'appaltatore.

ULTERIORI PROPOSTE

MODIFICHE ALLE REGOLE DI ESCLUSIONE DALLE GARE IN PRESENZA DI IRREGOLARITÀ FISCALI

L'art.8, co.5, lett.b, del "Decreto Semplificazioni"- DL 76/2020 (convertito con modifiche nella legge 120/2020), ha introdotto un'ulteriore causa di esclusione dalle gare pubbliche d'appalto, in base alla quale il concorrente può essere escluso anche in presenza di un atto d'accertamento non ancora definitivo, esponendo così le imprese ad una penalizzazione del tutto sproporzionata rispetto ad una violazione che ancora è considerata "provvisoria".

In particolare, la norma ammette la possibilità per la stazione appaltante di escludere un operatore economico, nel caso in cui venga a conoscenza e sia in grado di dimostrare che lo stesso non abbia ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse non definitivamente accertati, qualora tale mancato pagamento costituisca una "grave violazione", considerando tale l'inadempimento di ammontare superiore a 5.000 euro.

Tale ulteriore ipotesi di esclusione facoltativa si aggiunge a quella già operante in via obbligatoria, in presenza di "grave violazione" fiscale definitivamente accertata, considerandosi grave quella di importo superiore a 5.000 euro.

Alla luce dell'impossibilità di ottenere l'abrogazione di quest'ultima disposizione, anche perché si tratta della risposta del Governo alla procedura di infrazione in itinere, si ritiene necessario intervenire normativamente sul concetto di "gravità della violazione" ai fini fiscali, allo scopo ultimo di modificare l'attuale norma:

- eliminando il riferimento alla soglia del tutto esigua dei 5.000 euro per le violazioni non definitivamente accertate (l'importo minimo dei 5.000 euro continuerebbe, quindi, ad operare per la sola causa di esclusione obbligatoria, legata agli accertamenti definitivi);
- rinviando, contemporaneamente, ad un successivo provvedimento normativo la determinazione di una nuova soglia più congrua e le modalità operative della nuova causa di esclusione facoltativa, in assenza del quale quest'ultima non opera. In questo modo, il decreto in questione definirà anche le condizioni alle quali dovranno attenersi le Stazioni appaltanti per applicare la disposizione, assicurando così una uniformità di comportamento da parte degli enti committenti e, allo stesso tempo, fornendo elementi di certezza agli operatori economici. In ogni caso, l'entità della violazione deve essere commisurata all'importo dell'appalto e, comunque, d'ammontare non inferiore a 50.000 euro. Quindi, la nuova causa di esclusione si intende sospesa fino all'emanazione del citato decreto.