

La Camera approva (ora si attende il Senato) la Legge europea 2019-2020. Un'altra occasione persa: l'articolo 8, che modifica il Codice dei contratti, di «comunitario» ha ben poco! Cosa cambia? Nulla!

Il titolo delle presenti note dice già tutto.

Ma anche la rubrica dell'articolo 8 del disegno di legge dice tutto: si pretende di contrabbandare il testo come la risposta o il superamento della Procedura di infrazione n. 2018/2273, quando quest'ultima chiedeva ben tre interventi di adeguamento ma ne è stato superato solo uno, ovvero quello dell'obbligo di indicare tre subappaltatori in fase di gara, obbligo soppresso sia per gli appalti (con l'abrogazione del comma 6 dell'articolo 105 del Codice) che per le concessioni (con la soppressione del terzo periodo del comma 2 all'articolo 174 [1]: nulla cambia anche qui dal momento che le norme di cui si prevede la soppressione (auspicata da anni) erano comunque sospese fino al 31 dicembre 2021 [2]).

Non si è avuto il coraggio di affrontare il nodo principale, ovvero il limite quantitativo (o meglio, il divieto di porre un limite quantitativo) al subappalto [3], per cui dal 30 giugno 2021 tale limite tornerà al 30 per cento (come previsto in origine dal Codice) dal 40 per cento introdotto in via transitoria dall'articolo 1, comma 18, della legge n. 55 del 2019.

Riportando il testo, almeno nella versione approvata dalla Camera e trasmessa al Senato, del dell'articolo 8 del disegno di legge, si rinviando i commenti alla fine, a corredo del testo del Codice dei contratti come verrà modificato dalla Legge europea se entrerà in vigore senza modifiche.

¹ *Norma già di per sé cervellotica che pretendeva di conoscere in fase di gara ipotetici subappaltatori in anticipo in appalti con durata pluriennale e vieppiù in concessioni anche trentennali, dove l'intervento del subappaltatore era molto posticipato nel tempo, incompatibile con l'attuale mercato caratterizzato da un'elevatissima mobilità imprenditoriale (fallimenti, fusioni, trasformazioni, spin-off, affitti e cessioni di aziende o rami d'azienda, costituzione o scioglimento di consorzi, recesso o ammissione di consorziati)*

² *Ai sensi dell'art. 1, comma 18, secondo periodo, della legge n. 55 del 2019 e poi dell'art. 13, comma 2, lettera c), della legge n. 21 del 2021. Si tratta dunque della stabilizzazione di una norma transitoria già in vigore; cosa non da poco ma nemmeno una rivoluzione.*

³ *Divieto ormai consolidato da una univoca giurisprudenza comunitaria, giustamente accolta dal giudice nazionale (almeno per gli appalti di importo superiore alle soglie comunitarie e almeno dal giudice di secondo grado; più controversa la questione per gli appalti di importo inferiore alle soglie comunitarie e tra i collegi territoriali di primo grado). Questione destinata a protrarsi nel tempo anche se la disapplicazione del limite nazionale (del 30 o del 40 per cento poco importa) almeno per gli appalti di importo superiore alle soglie comunitarie non pare possa più essere messo in dubbio.*

Tuttavia, almeno due osservazioni “fuori contesto” si possono anticipare:

- 1) i nuovi commi da 1-bis a 1-septies, aggiunti al martoriato articolo 113-bis del Codice [4] che disciplinano con tale pignoleria una prassi che non ha mai creato problemi, fino ad imporre al RUP dettagli comportamentali (dalle mie parti si direbbe «*fino a volergli contare i peli sul c*lo*»), al punto da volersi sostituire ad esso [5], in una semplice materia regolamentare della quale dei parlamentari eletti dovrebbero sentirsi umiliati ad occuparsene;
- 2) il comma 4 sull'entrata in vigore della legge europea, che meriterebbe due possibili risposte: la prima del tipo «*... e vorrei ben vedere!*» la seconda del tipo «*ti confido un segreto: il macellaio vende la carne!*», per sottolineare quanto tale comma sia scontato e banale. [6]

Si riporta il testo dell'articolo 8 del disegno di legge.

Al termine il testo del Codice dei contratti modificato all'entrata in vigore della legge europea 2019-2020 qualora approvata.

⁴ *Introdotta dall'articolo 77 del decreto legislativo n. 56 del 1997, poi sostituito dall'articolo 5 della legge n. 37 del 2017, poi modificato dall'articolo 1, comma 586, della legge n. 205 del 2017, fino al 31 dicembre 2021 derogato parzialmente dall'articolo 8 della legge n. 120 del 2020, senza contare l'impatto su tale norma dell'articolo 17-bis del decreto legislativo n. 241 del 1997, introdotto dall'articolo 4 del decreto-legge n. 124 del 2019, convertito dalla legge n. 157 del 2019).*

⁵ *Vizio già in auge da parte di ANAC.*

⁶ *In realtà forse potrebbe non essere tanto scontato, vista la «caciara» sull'individuazione del momento dell'entrata in vigore, sorta in altre occasioni quali l'articolo 1, commi 21, 22 e 23, del decreto-legge n. 32 del 2019, convertito dalla legge n. 55 del 2019 (in materia di ricorsi) o il comma 1 degli articoli 1 e 2 e il comma 6 dell'articolo 8 della legge n. 120 del 2020 (sull'avvio della procedura di gara).*



DISEGNO DI LEGGE

presentato dal Ministro per gli affari europei (AMENDOLA)

**di concerto con il Ministro degli affari esteri
e della cooperazione internazionale (DI MAIO)**

con il Ministro della giustizia (BONAFEDE)

con il Ministro dell'economia e delle finanze (GUALTIERI)

con il Ministro della salute (SPERANZA)

con il Ministro dell'interno (LAMORGESE)

con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali (CATALFO)

con il Ministro dell'istruzione (AZZOLINA)

con il Ministro dell'università e della ricerca (MANFREDI)

con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (COSTA)

con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (DE MICHELI)

con il Ministro della difesa (GUERINI)

e con il Ministro dello sviluppo economico (PATUANELLI)

(V. Stampato Camera n. 2670)

approvato dalla Camera dei deputati il 1° aprile 2021

*Trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza
il 2 aprile 2021*

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

Art. 8.

(Disposizioni in materia di contratti pubblici. Procedura di infrazione n. 2018/2273)

1. Al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 46:

1) al comma 1:

1.1) dopo la lettera *d*) è inserita la seguente:

«*d-bis*) altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura »;

1.2) alla lettera *e*), le parole: « di cui alle lettere da *a*) a *d*) » sono sostituite dalle seguenti: « di cui alle lettere da *a*) a *d-bis*) »;

2) il comma 2 è sostituito dal seguente:

« 2. Per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di cui al comma 1, il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dal bando di gara può essere documentato anche con riferimento ai requisiti dei soci, per le società costituite nella forma di società di persone o di società cooperative, e ai requisiti dei direttori tecnici ovvero dei professionisti dipendenti con rapporto a tempo indeterminato, per le società di capitali e i soggetti di cui alla lettera *d-bis*) »;

b) all'articolo 80:

1) al comma 1, alinea, le parole:

«,anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, » sono soppresse;

2) al comma 5, alinea, le parole: « , anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6 » sono soppresse;

3) al comma 7, le parole: « , o un subappaltatore, » sono soppresse;

c) all'articolo 105:

1) al comma 4:

1.1) alla lettera *b*) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: « e non sussistono a suo carico i motivi di esclusione di cui all'articolo 80 »;

1.2) la lettera *d*) è abrogata;

2) il comma 6 è abrogato;

d) all'articolo 113-*bis*, dopo il comma 1 sono inseriti i seguenti:

« *1-bis*. Fermi restando i compiti del direttore dei lavori, l'esecutore può comunicare alla stazione appaltante il raggiungimento delle condizioni contrattuali per l'adozione dello stato di avanzamento dei lavori.

1-ter. Ai sensi del comma 3 il direttore dei lavori accerta senza indugio il raggiungimento delle condizioni contrattuali e adotta lo stato di avanzamento dei lavori contestualmente all'esito positivo del suddetto accertamento ovvero contestualmente al ricevimento della comunicazione di cui al comma 1-*bis*, salvo quanto previsto dal comma 1-*quater*.

1-quater. In caso di difformità tra le valutazioni del direttore dei lavori e quelle dell'esecutore in merito al raggiungimento delle

condizioni contrattuali, il direttore dei lavori, a seguito di tempestivo accertamento in contraddittorio con l'esecutore, procede all'archiviazione della comunicazione di cui al comma 1-bis ovvero all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori.

1-quinquies. Il direttore dei lavori trasmette immediatamente lo stato di avanzamento dei lavori al RUP, il quale, ai sensi del comma 1, secondo periodo, emette il certificato di pagamento contestualmente all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori e, comunque, non oltre sette giorni dalla data della sua adozione, previa verifica della regolarità contributiva dell'esecutore e dei subappaltatori. Il RUP invia il certificato di pagamento alla stazione appaltante, la quale procede al pagamento ai sensi del comma 1, primo periodo.

1-sexies. L'esecutore può emettere fattura al momento dell'adozione dello stato di avanzamento dei lavori. L'emissione della fattura da parte dell'esecutore non è subordinata al rilascio del certificato di pagamento da parte del RUP.

1-septies. Ogni certificato di pagamento emesso dal RUP è annotato nel registro di contabilità »;

e) all'articolo 174:

1) al comma 2, il terzo periodo è soppresso;

2) il comma 3 è sostituito dal seguente:

« 3. L'affidatario provvede a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali un'apposita verifica, svolta dalla stazione appaltante, abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 ».

2. Il secondo periodo del comma 18 dell'articolo 1 del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, è soppresso.

3. Il comma 2 dell'articolo 14 del regolamento di cui al decreto del Ministro degli

affari esteri e della cooperazione internazionale 2 novembre 2017, n. 192, è abrogato.

4. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi.

Testo del Codice dei contratti modificato all'entrata in vigore

della legge europea 2019-2020 qualora approvata.

(testo soppresso in caratteri barrati, testo di nuova introduzione in grassetto)

Art. 46.

(Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria)

1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria:
 - a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura: i professionisti singoli, associati, le società tra professionisti di cui alla lettera b), le società di ingegneria di cui alla lettera c), i consorzi, i GEIE, i raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa; gli archeologi professionisti, singoli e associati, e le società da essi costituite;
 - b) le società di professionisti: le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperativa di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile, che svolgono per committenti privati e pubblici servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale;
 - c) società di ingegneria: le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile, ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi;
 - d) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura identificati con i codici CPV da 74200000-1 a 74276400-8 e da 74310000-5 a 74323100-0 e 74874000-6 stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;
 - d-bis) altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura;**
 - e) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a **d-bis)**;
 - f) i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria ed architettura.

2. Ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di cui al comma 1, le società, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato, qualora costituite nella forma di società di capitali.

2. Per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di cui al comma 1, il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dal bando di gara può essere documentato anche con riferimento ai requisiti dei soci, per le società costituite nella forma di società di persone o di società cooperative, e ai requisiti dei direttori tecnici ovvero dei professionisti dipendenti con rapporto a tempo indeterminato, per le società di capitali e i soggetti di cui alla lettera d-bis).

Al comma 1, la lettera a), dopo aver incluso gli archeologi tra gli operatori economici che concorrono per i servizi tecnici (art. 1, comma 20, lettera i), legge n. 55 del 2019), mette in difficoltà il sistema (come già avveniva per i restauratori): come faranno a dimostrare il possesso dei requisiti di idoneità professionale ex articolo 83, comma 1, lettera a) e comma 2, non essendo previsti per tali soggetti Ordini, Albi o iscrizioni camerali? A meno dell'escamotage di iscrizioni camerali come artigiani, ma siamo nel campo della distopia.

Le lettere b) e c) continuano a non tener conto dell'articolo 10 della legge n. 183 del 2011 e del conseguente d.m. n. 34 del 2013, che hanno introdotto la fattispecie delle società «tra» professionisti, che ben possono non coincidere con le società «di» professionisti di cui alla lettera b) né con le società di ingegneria di cui alla lettera c), con obblighi diversi.

La lettera d) continua a non tener conto del Regolamento (CE) n. 213/2008 del 2007 che ha sostituito il Regolamento (CE) n. 2195 del 2002, per cui i CPV citati dalla norma non hanno più relazione con quelli applicabili. La medesima incoerenza ricorre anche all'articolo 3, comma 1, lettera tttt), e all'articolo 143.

La nuova lettera d-bis) non fa che recepire un'uniforme giurisprudenza comunitaria che non pone limiti alla definizione di operatore economico. Certo non si capisce allora perché la stessa lettera non sia stata introdotta anche nell'articolo 45 per i servizi o solo all'articolo 45 dove la specificità delle attività compatibili è presidiata comunque dall'articolo 83, commi 1 e 2. Tuttavia, anche questo mette in difficoltà il sistema per l'eterogeneità di Onlus, Ong, Terzo settore, ASD, Fondazioni ecc.

La lettera f) continua a non tener conto dell'articolo 12, comma 3, della legge n. 81 del 2017, secondo il quale ai consorzi stabili possono aderire anche professionisti singoli «a prescindere dalla forma giuridica rivestita» (più chiaro di così).

Il comma 2, in disparte l'inutile riposizionamento delle parole e la pleonastica aggiunta del riferimento alla lettera d)-bis) del comma 1, persevera nella mancata soluzione di tre questioni:

1) perché le società di persone (a differenza delle società di capitali) non possono "trascinare" i requisiti dei propri professionisti dipendenti con rapporto a tempo indeterminato;

2) *le società di capitali possono “trascinare” i requisiti dei soci, ma si dimentica di dire che deve trattarsi di soci “professionisti attivi” (come noto nelle società capitali sono presenti anche soci solo finanziari investitori, non professionisti o non attivi);*

3) *le società di persone o di capitali possono essere “multidisciplinari” e una società di ingegneria non può certo trascinare i requisiti del socio avvocato o viceversa.*

Complessivamente l'intero articolo (così come le Linee guida di ANAC che ne fanno applicazione) è permeato da un atteggiamento antistorico: l'ignoranza del principio comunitario del divieto di discriminazione tra Operatori economici in ragione della loro forma giuridica (articoli 54 e 101, comma 1, lettera d), del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea; articoli 18, paragrafo 1, e 19, paragrafo 1, della Direttiva 2014/24/UE del 2014) che obbligano alla disapplicazione delle norme interne in contrasto con detto principio.

Art. 80. (Motivi di esclusione)

1. Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, **anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6**, per uno dei seguenti reati:

a)... b)... b-bis)... c)... d)... e)... f)... g)... *(omissis)*

2... *(omissis)*

3. L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero, nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.

4... *(omissis)*

5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, **anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6**, qualora:

- a) la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice;
- b) ... *(omissis)*
- c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;
- c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;
- c-ter)... c-quater)... d)... e)... f)... f-bis)... f-ter)... g)... h)... i)... l)... m)... *(omissis)*
6. Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.
7. Un operatore economico, ~~o un subappaltatore,~~ che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.
- 8... 9... 10)... 10-bis) ... 11)... 12)... 13)... *(omissis)*
14. Non possono essere affidatari di subappalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti per i quali ricorrano i motivi di esclusione previsti dal presente articolo.

La modifica del comma 1 è la logica conseguenza dell'abrogazione del comma 6 dell'articolo 105. Peraltro, l'inciso soppresso era già stato depotenziato in seguito a Corte di Giustizia della U.E, 30 gennaio 2020, causa C-395/18.

Il comma 3 lascia irrisolte tre questioni:

- 1) quale trattamento o coinvolgimento del socio unico o del socio maggioritario che sia a sua volta una società e quale sia l'ambito di applicazione della qualifica di "persona fisica";***
- 2) il contrasto (decennale) con l'articolo 85, comma 3, del decreto legislativo n. 159 del 2011 che coinvolge in materia antimafia una platea ben più ampia di soggetti, con l'inconveniente di un operatore aggiudicatario che non potrà firmare il contratto perché inibito dall'articolo 85 del predetto decreto legislativo, pur avendo superato positivamente le verifiche ex articolo 80 del Codice;***
- 3) se i reati depenalizzati o dichiarati estinti, o per i quali è intervenuta la riabilitazione, le pene accessorie estinte o la revoca della condanna, non rientrando pacificamente tra le***

cause di esclusione, possano essere omissi dalle dichiarazioni o debbano essere comunque dichiarati, magari ai soli fini del comma 5, lettere a) o lettera c).

Anche le modifiche del comma 5 e del comma 7 sono la logica conseguenza dell'abrogazione del comma 6 dell'articolo 105.

Il comma 14 è diventato perfettamente inutile dopo la modifica dell'articolo 105, comma 4, lettera b).

Art. 105. (Subappalto)

1... *(omissis)*

2. 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. 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. Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. E' altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato nonché siano variati i requisiti di cui al comma 7.
3. Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto:
 - a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;
 - b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
 - c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ovvero ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla G.U. della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448;
 - c-bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

4. I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché:
 - a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;
 - b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria **e non sussistano a suo carico i motivi di esclusione di cui all'articolo 80;**
 - c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;
 - d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.
5. Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.
6. È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, per gli appalti sotto le soglie di cui all'articolo 35: le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80 prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori; l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo 80.
- 7... *(omissis)*
8. Il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Nelle ipotesi di cui al comma 13, lettere a) e c), l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al primo periodo.
- 9... 10... 11... 12...13... *(omissis)*
14. L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.
- 15... 16... 17... 18... *(omissis)*
19. L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto.
- 20... 21... 22... *(omissis)*

Del limite al subappalto si è già trattato all'inizio delle presenti note. In deroga al comma 2 (che fissa il limite al 30 per cento) il limite era stato portato al 40 per cento fino al 30 giugno 2021, ai sensi dell'articolo 1, comma 18, primo periodo, della legge n. 55 del 2019 e dell'articolo 13, comma 2, lettera c), legge n. 21 del 2021.

Il limite così imposto in via generale, almeno per i contratti di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35, deve essere disapplicato in seguito a plurime pronunce della Corte di Giustizia della U.E; si dubita della sopravvivenza del limite per i contratti di importo inferiore alle predette soglie o senza interesse transfrontaliero.

Resta irrisolta (e controversa) l'applicazione del secondo periodo per l'individuazione delle prestazioni che non costituiscono subappalto (da leggere a contrariis) ampiamente utilizzato in modo arbitrario per sfuggire alla disciplina del subappalto.

Al comma 3 non si è mai compresa l'eccezione della lettera b) al trattamento dei prodotti informatici che, se deve essere eccezione, dovrebbe estendersi a tutte le subforniture (articolo 1 della legge n. 192 del 1998) o almeno alle forniture senza posa in opera.

Al comma 4 il divieto di cui alla lettera a) resta sotto osservazione della Commissione europea per sospetto contrasto con il diritto comunitario; la sostituzione della lettera d) con l'integrazione della lettera b), risponde a un banale coordinamento.

Anche dell'abrogazione del comma 6 si è già trattato all'inizio delle presenti note.

Al comma 8, terzo periodo, il riferimento alla «responsabilità solidale di cui al primo periodo» appare errato, dovrebbe essere alla «responsabilità solidale di cui al secondo periodo».

Il comma 14 presenta più di un problema:

1) al primo periodo, l'obbligo per l'appaltatore, di praticare per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento:

- da un lato è stato censurato da Corte di Giustizia della U.E., 27 novembre 2019, causa C-402/18, quindi prossimo obiettivo di procedura di infrazione;*
- dall'altro è impossibile da provare data l'eterogeneità sussistente tra i due contratti (magari uno a corpo e l'altro a misura o viceversa, la diversità dei contenuti delle singole voci che non riflettono esattamente gli stessi prezzi unitari);*

2) al primo periodo, se l'obbligo per l'appaltatore, di corrispondere i costi della sicurezza e della manodopera alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso è comprensibile, anche se non controllabile, l'obbligo della stazione appaltante di verificare l'effettiva applicazione di tale disposizione si rivela diabolico, a meno di una pattuglia mista di polizia locale e di consulenti e ispettori del lavoro presente perennemente nel luogo dove sono eseguiti i lavori o sono svolti i servizi (ciao core!).

Il divieto di cui al comma 19 resta sotto osservazione della Commissione europea per sospetto contrasto con il diritto comunitario.

Art. 113-bis. (Termini di pagamento. Clausole penali)

1. I pagamenti relativi agli acconti del corrispettivo di appalto sono effettuati nel termine di trenta giorni decorrenti dall'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori, salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine, comunque non superiore a sessanta giorni e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche. I certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto sono emessi contestualmente all'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori e comunque entro un termine non superiore a sette giorni dall'adozione degli stessi.
- 1-bis. Fermi restando i compiti del direttore dei lavori, l'esecutore può comunicare alla stazione appaltante il raggiungimento delle condizioni contrattuali per l'adozione dello stato di avanzamento dei lavori.**
- 1-ter. Ai sensi del comma 3 il direttore dei lavori accerta senza indugio il raggiungimento delle condizioni contrattuali e adotta lo stato di avanzamento dei lavori contestualmente all'esito positivo del suddetto accertamento ovvero contestualmente al ricevimento della comunicazione di cui al comma 1-bis, salvo quanto previsto dal comma 1-quater.**
- 1-quater. In caso di difformità tra le valutazioni del direttore dei lavori e quelle dell'esecutore in merito al raggiungimento delle condizioni contrattuali, il direttore dei lavori, a seguito di tempestivo accertamento in contraddittorio con l'esecutore, procede all'archiviazione della comunicazione di cui al comma 1-bis ovvero all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori.**
- 1-quinquies. Il direttore dei lavori trasmette immediatamente lo stato di avanzamento dei lavori al RUP, il quale, ai sensi del comma 1, secondo periodo, emette il certificato di pagamento contestualmente all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori e, comunque, non oltre sette giorni dalla data della sua adozione, previa verifica della regolarità contributiva dell'esecutore e dei subappaltatori. Il RUP invia il certificato di pagamento alla stazione appaltante, la quale procede al pagamento ai sensi del comma 1, primo periodo.**
- 1-sexies. L'esecutore può emettere fattura al momento dell'adozione dello stato di avanzamento dei lavori. L'emissione della fattura da parte dell'esecutore non è subordinata al rilascio del certificato di pagamento da parte del RUP.**
- 1-septies. Ogni certificato di pagamento emesso dal RUP è annotato nel registro di contabilità.**

2... 3... 4... (omissis)

Dell'articolo 113-bis si è già trattato all'inizio delle presenti note. Fino al 31 dicembre 2021 si deve tener presente l'applicabilità dell'art. 8, comma 4, della legge n. 120 del 2020.

Art. 174. (Subappalto)

1. Ferma restando la disciplina di cui all'articolo 30, alle concessioni in materia di subappalto si applica il presente articolo.
2. Gli operatori economici indicano in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi. Non si considerano come terzi le imprese che si sono raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate; se il concessionario ha costituito una società di progetto, in conformità all'articolo 184, non si considerano terzi i soci, alle condizioni di cui al comma 2 del citato articolo 184. **In sede di**

offerta gli operatori economici, che non siano microimprese, piccole e medie imprese, per le concessioni di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a), indicano una terna di nominativi di sub-appaltatori nei seguenti casi:

- a) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione;
- b) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali risulti possibile reperire sul mercato una terna di nominativi di subappaltatori da indicare, atteso l'elevato numero di operatori che svolgono dette prestazioni.

~~3. L'offerente ha l'obbligo di dimostrare, nei casi di cui al comma 2, l'assenza, in capo ai subappaltatori indicati, di motivi di esclusione e provvede a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato l'esistenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80.~~

3. L'affidatario provvede a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali un'apposita verifica, svolta dalla stazione appaltante, abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.

La modifica al comma 2 rende omogenea la disciplina delle concessioni a quella degli appalti. Lo stesso vale per la sostituzione del comma 3, reso simile al comma 12 dell'articolo 105.