

Articolo 8 *(Disposizioni in materia di contratti pubblici – Procedura di infrazione n. 2018/2273)*

L'articolo 8 novella alcuni articoli del **Codice dei contratti pubblici** (D.Lgs. 50/2016), al fine di conformarsi a quanto indicato nella **procedura di infrazione europea 2018/2273**.

In primo luogo, viene modificato l'articolo 80, commi 1 e 5, del Codice, in materia di **motivi di esclusione** dalla partecipazione di un operatore economico ad una procedura per l'assegnazione di un appalto pubblico, al fine di eliminare la possibilità che un operatore economico possa essere escluso da una procedura di gara, quando la causa di esclusione riguardi non già l'operatore medesimo, bensì un suo **subappaltatore**, nei casi di obbligo di indicare la terna di subappaltatori in sede di offerta o, indipendentemente dall'importo a base di gara, che riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa.

In secondo luogo, con le modifiche all'articolo 105, commi 4 e 6, del Codice, il concorrente non è più obbligato ad indicare la **terna di subappaltatori in sede di offerta**, per **appalti di lavori, servizi e forniture** di importo pari o superiore alle soglie UE, o, indipendentemente dall'importo a base di gara, per le attività maggiormente esposte a **rischio di infiltrazione mafiosa**. Viene inoltre stabilito che, a dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione, sia il medesimo subappaltatore e non già il concorrente che subappalta le attività.

Per quanto riguarda la disciplina del subappalto nei **contratti di concessione** previsti dal Codice, con le modifiche all'articolo 174, commi 2 e 3 del Codice, i "grandi" operatori economici non sono più obbligati ad indicare, in sede di offerta, la **terna di nominativi di subappaltatori**.

Conseguentemente, per effetto delle modifiche introdotte nel Codice dall'articolo in esame, si dispone la soppressione di parte della disciplina transitoria relativa al subappalto, recata dall'articolo 1, comma 18 del D.L. 32/2019 che, nelle more di una complessiva revisione del Codice, ha previsto, in sostanza, l'applicazione temporanea fino al 31 dicembre 2020 di norme identiche/analoghe a quelle introdotte dalla norma in esame, con conseguente sospensione contestuale dell'efficacia delle vigenti disposizioni in materia.

Si stabilisce poi, con una modifica al D.M. 192/2017 che disciplina le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, la possibilità per gli eventuali **subappalti di superare** complessivamente il **trenta per cento** dell'importo complessivo del contratto.

Si prevede, inoltre, che le modifiche introdotte al Codice trovino applicazione alle procedure dei bandi o degli avvisi di gara 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.

La procedura di infrazione europea

Il 24 gennaio 2019, la Commissione europea ha inviato una lettera di costituzione in mora nell'ambito della **procedura di infrazione n. 2018/2273**, con la quale ha contestato all'Italia l'incompatibilità di alcune disposizioni dell'ordinamento interno in materia di contratti pubblici rispetto a quanto disposto dalle direttive europee relative alle **concessioni** (direttiva 2014/23), agli **appalti pubblici** nei settori ordinari (direttiva 2014/24) e agli appalti pubblici nei **settori speciali** (direttiva 2014/25). A seguito della valutazione della risposta del Governo, la Commissione europea ha indirizzato all'Esecutivo una lettera di costituzione in mora **complementare** del 27 novembre 2019, rilevando i problemi di conformità sollevati in precedenza **non ancora risolti** e individuando **ulteriori disposizioni** della legislazione italiana **non conformi** alle citate direttive.

Il Governo italiano avrebbe comunicato l'intenzione di apportare modificazioni alla legislazione vigente, al fine di adeguare la disciplina nazionale a quella europea, e avrebbe fornito elementi di informazione e di chiarimento rispetto a taluni profili di incompatibilità, che non necessiterebbero di ulteriori interventi normativi.

La Commissione ha eccepito la **mancata previsione di escludere un operatore economico** (dalla partecipazione a una procedura di appalto o di concessione) che ha **violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione** possa essere adeguatamente **dimostrata**, pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo, nonché l'obbligo di indicazione di una **terna di subappaltatori** nei contratti di appalto e di concessione.

Ulteriori contestazioni della Commissione europea, confermate nella lettera di costituzione in mora complementare, riguardano le disposizioni italiane concernenti:

- il divieto di **subappaltare più del 30%** di un contratto pubblico;
- il divieto generale per i subappaltatori di fare **ricorso** a loro volta ad **altri subappaltatori** (subappalto a cascata);
- il divieto di **sub-avvalimento** (il soggetto delle cui capacità l'operatore intende avvalersi non può affidarsi a sua volta alle capacità di un altro soggetto);
- il divieto per diversi offerenti in una procedura di gara di **avvalersi dello stesso soggetto**, per il **soggetto** di cui un offerente intende avvalersi di presentare un'**offerta** nella **stessa procedura** di gara e per l'offerente in una

procedura di gara di essere **subappaltatore** di un **altro offerente** nella stessa procedura di gara;

- il divieto di avvalimento qualora il contratto pubblico comprenda **opere super specialistiche**, che secondo la Commissione europea sembra non consentire l'avvalimento in relazione all'intero oggetto del contratto e non solo in relazione alle opere super specialistiche in esso comprese;
- le **offerte anormalmente basse**, con particolare riguardo al numero di minimo di offerte ammesse oltre il quale si prevede l'applicazione dell'esclusione automatica nei contratti sotto soglia.

Con la citata messa in mora complementare, la Commissione europea ha individuato ulteriori profili di non conformità dell'ordinamento italiano al regime europeo in materia di appalti e concessioni concernenti:

- il regime dei contratti pubblici aggiudicati da **enti previdenziali privatizzati**, con particolare riguardo all'esenzione prevista per tali enti dall'obbligo di indire gare pubbliche per l'aggiudicazione di contratti di **gestione** dei loro **beni immobili**, anche nei casi in cui il valore di tali contratti non sia inferiore alla pertinente soglia;
- le categorie di operatori del settore cui è consentito partecipare alle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici relativi a **servizi di architettura e ingegneria**; secondo la Commissione, la normativa italiana non sembrerebbe consentire a un operatore economico, il quale presti tali servizi e abbia una forma giuridica diversa da una di quelle elencate nella disciplina nazionale, di partecipare alle gare per l'affidamento di contratti pubblici relativi a tali medesimi servizi.

Si segnala che l'art. 8 in esame affronta solo alcuni dei profili di incompatibilità con la normativa europea sollevati con la citata procedura di infrazione.

Violazione di norme riguardanti i motivi di esclusione (comma 1, lettera a)

La **lettera a) del comma 1 dell'art. 8** in esame modifica i **commi 1 e 5 dell'art. 80 del Codice**, che disciplinano i motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, rispettivamente, in caso di giudizio definitivo per determinati reati ovvero in caso di presenza di determinate situazioni.

La **modifica interviene** al fine di **limitare la verifica dei motivi di esclusione al solo operatore economico**, e **non anche in riferimento al suo subappaltatore**, nel caso di obbligo di indicazione della terna di subappaltatori proposti in sede di offerta, per i contratti di valore pari o superiore alle soglie UE, di cui all'articolo 105, comma 6, del Codice o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardanti le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa.

In sostanza, le modifiche in commento fanno venir meno la possibilità che un operatore economico possa essere escluso da una procedura di gara, quando la causa di esclusione riguardi non già l'operatore medesimo, bensì un suo subappaltatore proposto obbligatoriamente in sede di offerta.

Con tali interventi si intende coordinare l'articolo 80, commi 1 e 5, del Codice, con le novelle recate all'articolo 105 del Codice dal presente articolo, in materia di subappalto, a seguito dei rilievi recati dalla Commissione europea all'Italia, nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273 (vedi *infra* per il commento all'art. 105).

Violazione di norme riguardanti l'obbligo di indicare la terna di subappaltatori proposti (comma 1, lett. b) e c)

La **lettera b)** del **comma 1** dell'articolo 8 in esame modifica in più punti l'articolo 105 del Codice, che disciplina i casi per l'affidamento di attività in **subappalto**, per violazione di norme delle direttive europee sui contratti pubblici, indicate nella **procedura di infrazione 2018/2273**.

L'articolo 105 del Codice, che disciplina il subappalto, stabilisce che i soggetti affidatari dei contratti pubblici eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto, e prevede altresì le condizioni per le quali è ammesso il subappalto (comma 4) e gli obblighi previsti in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie UE o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa (comma 6).

In primo luogo, la **lettera b)** del **comma 1** dell'art. 8 provvede ad **abrogare il comma 6 dell'art. 105** del Codice, che prevede, per gli appalti di valore pari o superiore alle soglie UE, nonché per gli appalti che, pur essendo di valore inferiore alle soglie UE, riguardano specifiche attività individuate dalla normativa italiana come particolarmente esposte al rischio d'infiltrazione mafiosa, l'obbligo per gli operatori di indicare nelle loro offerte una terna di subappaltatori.

In particolare, la Commissione ritiene che, sebbene l'articolo 71, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 preveda che le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere agli operatori di indicare nelle loro offerte "i subappaltatori proposti", una disposizione quale l'articolo 105, comma 6, del Codice, che obbliga gli offerenti ad indicare sempre tre subappaltatori, anche qualora all'offerente ne occorran meno di tre, viola il principio UE di proporzionalità di cui all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24.

La **lettera b)** del **comma 1 dell'art. 8** interviene, inoltre, sul **comma 4 dell'art. 105 del Codice**, che disciplina le condizioni generali per l'affidamento delle attività in subappalto, previa autorizzazione della stazione appaltante, in base alle quali: l'affidatario del subappalto non deve aver partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto; il subappaltatore deve essere qualificato nella relativa categoria; all'atto

dell'offerta devono essere indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare; il concorrente deve dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del Codice.

La riscrittura del comma 4 dell'art. 105 del Codice operata dalla norma in esame provvede ad introdurre tra le predette condizioni per l'affidamento delle attività in subappalto, l'insussistenza a carico del subappaltatore dei motivi di esclusione previsti dall'art. 80 del Codice, e, conseguentemente elimina l'onere imposto al concorrente di dimostrare l'assenza in capo al subappaltatore dei suddetti motivi di esclusione.

In sostanza, **si attribuisce al subappaltatore, e non già al concorrente, la dimostrazione della assenza dei motivi di esclusione** previsti all'articolo 80 del Codice.

Le modifiche introdotte per i contratti di appalto per lavori, servizi e forniture dalla lettera *b*) del comma 1 dell'art. 8 vengono altresì previste per i **contratti di concessioni** disciplinati dal Codice.

In particolare, la **lettera c)** del **comma 1 dell'art. 8** in esame **elimina l'obbligo**, previsto dall'art. 174, comma 2, terzo periodo, del Codice, posto in capo ai "grandi" operatori economici, di indicare, **in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori**.

Si ricorda che il testo vigente prevede tale obbligo in capo agli operatori economici che non siano microimprese, piccole e medie imprese, nell'ambito delle concessioni di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea di cui all'art. 35 del Codice. Tale obbligo, secondo la disposizione, non ha portata generale ma è previsto solo 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.

Si ricorda che l'art. 42 della direttiva europea sulle concessioni (direttiva n. 2014/23/UE) prevede che **l'indicazione sia, di norma, facoltativa e non obbligatoria**. Il comma 2 di tale articolo stabilisce infatti che "Nei documenti di gara, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore possono chiedere o possono essere obbligati da uno Stato membro a chiedere all'offerente o al candidato di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti della concessione che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti". L'obbligo di indicare una terna di subappaltatori è stato censurato dalla Commissione europea (**procedura di infrazione n. 2018/2273**).

La **modifica in commento** riscrive inoltre il testo del **comma 3 dell'art. 174** del Codice, al fine di **sopprimere** il riferimento all'**obbligo** posto in capo ai "grandi" operatori economici **di dimostrare l'assenza dei motivi di esclusione** previsti dall'art. 80 del Codice, per i casi contemplati dal comma

2 dell'art. 174, rimanendo, come per i contratti di lavori e forniture (art.105), l'obbligo per l'affidatario di provvedere a sostituire i subappaltatori, relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del Codice.

Soppressione della disciplina transitoria del subappalto (comma 2)

Il **comma 2 dell'art. 8** in esame provvede a **sopprimere una parte del comma 18 dell'art. 1 del D.L. 32/2019**, che detta una **disciplina transitoria del subappalto**, nelle more di una complessiva revisione del Codice, il cui termine di efficacia finale è fissato al 31 dicembre 2020.

Si ricorda che il primo periodo del comma 18 dell'art. 1 del D.L. 32/2019 prevede che il subappalto deve essere indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture, in deroga alla disciplina dettata dall'art. 105, comma 2, del Codice, che fissa tale quota al 30% dell'importo complessivo del contratto.

Nel disporre la deroga indicata, si fa comunque salvo quanto previsto dal comma 5 del medesimo art. 105 del Codice, che dispone, per le opere che richiedono lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali (di cui all'art. 89, comma 11, del Codice), un limite quantitativo del subappalto non superiore al 30% dell'importo delle opere medesime, che, inoltre, non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.

Il limite quantitativo è stato innalzato dal 30% al 40% dal D.L. 32/2019, verosimilmente con l'intento di superare i problemi avanzati dall'Unione europea con l'apertura della procedura di infrazione n. 2018/2273, per cui tali restrizioni quantitative al subappalto fissate in maniera astratta in una determinata percentuale dell'appalto risulterebbero incompatibili con il dettato europeo in materia di contratti pubblici.

Il **secondo periodo del comma 18 dell'art. 1 del D.L. 32/2019, soppresso dalla norma in esame**, prevede, fino al 31 dicembre 2020, la sospensione della applicazione:

- del comma 6 dell'articolo 105 del Codice (di cui viene prevista l'abrogazione dalla lettera b), del comma 1 dell'art. in esame, vedi *supra*);
- del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174 del Codice (di cui viene prevista la soppressione dalla lettera c) del comma 1 dell'art. in esame, vedi *supra*);
- delle verifiche in sede di gara previste a carico dell'operatore economico, riferite al suo subappaltatore, dall'art. 80 del Codice

(modificato dalla lettera a) del comma 1 dell'art. in esame, vedi *supra*).

In sostanza l'intervento normativo in esame, che sopprime una parte dell'art. 1, comma 18, del D.L. 32/2019, è conseguente alle modifiche operate dalla norma in esame alle richiamate disposizioni del Codice (modifiche la cui applicazione è già vigente per effetto della sospensione prevista fino al 31 dicembre 2020).

Di rilievo appare, per un esame della disciplina del subappalto, alla luce anche delle previsioni introdotte dall'art. 1, comma 18 del D.L. 32/2019, la [segnalazione n. 8/2019](#), approvata con delibera ANAC n. 1035 del 13 novembre 2019.

Con la citata segnalazione l'Autorità raccomanda l'adozione di un intervento legislativo organico nella materia del subappalto "mediante una opportuna 'compensazione' tra i diritti di libertà riconosciuti a livello europeo e le esigenze nazionali di sostenibilità sociale, ordine e sicurezza pubblica, che sono sempre stati alla base della limitazione all'utilizzo dell'istituto".

Per approfondire, inoltre, gli interventi recati dal D.L. 32/2019 al Codice, si rinvia al tema web sui [Contratti pubblici](#) ed al relativo [dossier](#).

Subappalto nei contratti da svolgersi all'estero (comma 3)

Il **comma 3** abroga il comma 2 dell'articolo 14 del decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale 2 novembre 2017, n. 1929, che disciplina il **subappalto nei contratti da svolgersi all'estero**.

Con la modifica in esame, gli eventuali subappalti possono complessivamente **superare il trenta per cento** dell'importo complessivo del contratto.

L'art. 14 del D.M. 192/2017 stabilisce in materia di subappalto che nell'invito o nel bando e nel conseguente contratto devono essere specificati determinati obblighi a carico del contraente principale, dell'appaltatore e del subappaltatore (comma 1) e che gli eventuali subappalti non possono complessivamente superare il trenta per cento dell'importo complessivo del contratto (comma 2).

Applicazione delle norme introdotte nel Codice (comma 4)

Il **comma 4** prevede l'applicazione delle nuove disposizioni introdotte dall'articolo in esame alle procedure i cui **bandi o avvisi di gara sono**

⁹ Il regolamento definisce la disciplina delle procedure per l'affidamento e la gestione dei contratti da eseguire all'estero tenuto conto dei principi fondamentali del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle procedure applicate dall'Unione europea e dalle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte.

pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore della legge europea in esame, 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.