

## Codice dei Contatti - Proposte FINCO – Senato Audizione 21.10.21

Presupposto imprescindibile per la semplificazione del sistema degli appalti, già sottesa a tutta l'architettura del DLgs 50/16, è la **qualificazione delle stazioni appaltanti** che è, e rimane, il **punto nodale** per la programmazione, la progettazione, la stesura del bando, lo svolgimento della gara e la gestione della fase esecutiva degli appalti.

Premesso questo, il contributo di proposte che segue è così articolato:

1. Parti del Codice dei Contratti Pubblici che, ad avviso di FINCO, non debbono essere in alcun modo modificate in quanto presidi di garanzia per la correttezza del sistema;
2. Proposte specifiche in tema di Subappalto;
3. Altre proposte ritenute rilevanti.

### 1. **PARTI DEL VIGENTE CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI CHE SI CHIEDE NON SIANO OGGETTO DI MODIFICA, MA SOLO DI ALCUNI POSSIBILI AGGIUSTAMENTI**

- L'obbligo di **scorporare le lavorazioni c.d. superspecialistiche** che superano il 10% del valore complessivo dell'opera (art. 89, c.11 del Codice dei Contratti).
- L'obbligo, nel caso di lavori afferenti i **Beni Culturali, di scorporare tutte le lavorazioni** di cui alle categorie OS 2-A, OS 2-B, OS 24-B e OS 25 a prescindere dalla loro incidenza percentuale sul valore degli appalti (art. 148, c. 2 del Codice dei Contratti).
- L'obbligo di **attribuire** attraverso i CEL (Certificati Esecuzione Lavori) i **lavori solo a chi li ha realmente eseguiti** (art. 105, c. 22 e art. 146, c. 2 del Codice dei Contratti).  
La possibilità per l'appaltatore di qualificarsi anche attraverso i lavori affidati in subappalto [*cosa contraria oltre che alla citata lettera del Codice dei Contatti anche*

allo spirito dei Considerando 78 (1), 89 (2) e 92 (3), nonché all'art. 67 (4) della Direttiva 2014/24/UE] non farebbe altro che indurre le imprese a concorrere al numero massimo possibile di gare per ottenere le qualificazioni SOA e ad aumentare i ribassi ai fini dell'aggiudicazione. Con la conseguenza, in breve tempo, di rendere la maggioranza degli operatori economici completamente privi delle reali capacità operative.

- Il **divieto di subappalto a catena** (art. 105, comma 19 del Codice dei Contratti). Questa regola generale, che si condivide completamente, è già temperata dalle eccezioni esplicitamente previste all'Art. 170, c, 2 del DPR 207/10 [ *Nello specifico si tratta della fase di montaggio nelle lavorazioni di cui alle categorie OS13, OS18-A, OS 18-B e OS32 caratterizzate dalla produzione in stabilimento industriale, fornitura e posa in opera dei relativi prodotti e ulteriore sub affidamento nei casi di lavorazioni impiantistiche di cui alle categorie OS 4 e OS 5* ].

Per quanto concerne le citate eccezioni al divieto di subappalto a catena, anch'esse pienamente condivise da FINCO dal momento che non si tratta di un modo per aggirare le regole, ma di rispondere a delle oggettive necessità tecnico organizzative di alcuni limitati e specifici settori, si ritiene che le stesse debbano essere inserite anche nel nuovo Regolamento Unico, anche per consentire all'Italia di dare soluzione ad una delle criticità evidenziate nell'avvio di procedura di infrazione comunitaria n. 2018/2273 del 24 Gennaio 2019.

---

1 Direttiva 2014/24/UE - Considerando 78: **favorire la concorrenza e la crescita delle PMI e delle imprese minori** sia incoraggiando le amministrazioni aggiudicatrici a suddividere i grandi appalti in lotti o sulla base quantitativa o su base qualitativa, in conformità alle categorie e specializzazioni, sia prevedendo meccanismi per il pagamento diretto dei subappaltatori.

2 Si veda Nota n. 1

3 Direttiva 2014/24/UE - Considerando 92: *“Nel valutare il miglior rapporto qualità/prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero determinare i **criteri** economici e **qualitativi** connessi all'oggetto dell'appalto che applicheranno a tal fine.”*

4 Direttiva 2014/24/UE – Articolo 67, comma 2, lettera b) - Criteri di aggiudicazione dell'appalto – in caso di OEPV tra i criteri di valutazione possono rientrare...: *“**organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto**, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto”*.

- La **divisione in lotti dell'appalto** (art. 51 del Codice dei Contratti) – peraltro già chiaramente disciplinata (con l'ottica di favorire l'accesso agli appalti delle piccole e medie imprese) dall'art. 13, c. 2, lettera a) della Legge 11 Novembre 2011, n. 180 recante <<Norme per la tutela della libertà di impresa. Statuto delle imprese >> - che dovrebbe essere ulteriormente rafforzata con l'obbligo di giustificare sempre la mancata divisione.

A questo proposito, andrebbe “codificato” il tipo di documentazione necessaria da produrre per giustificare la suddetta mancata suddivisione in lotti, così da evitare l'utilizzo dell'accorpamento indiscriminato sulla base di una semplice e generica frase del tipo “verificata l'impossibilità di attuare la suddivisione in lotti” o “....l'autonomia funzionale dei medesimi”, come è prassi abituale.

Di conseguenza, andrebbe anche meglio chiarita la differenza tra artato frazionamento (art. 105, c. 5 del Codice <<...l'eventuale subappalto .... Non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.>>) e “obbligo di suddivisione in lotti”.

- La centralità della **qualificazione seria ed effettiva delle imprese** sulla base di criteri oggettivi e specifici per ogni tipo di categoria (esperienza, attrezzature, personale qualificato), principalmente nel caso delle SIOS, quale strumento di selezione dei concorrenti per un mercato professionale e di qualità.

Si veda, a questo proposito, anche il citato comma 2, lettera b) dell'art. 67 della Direttiva 2014/24/UE [*anche se riferito ai criteri di aggiudicazione dell'appalto*].

- L'importanza di **ATI/RTI** nel sistema degli appalti, in particolare **nel caso di lavorazioni c.d. “superspecialistiche”**.

Anche al fine di soddisfare i citati Considerando 78, 89 e 92, nonché l'art. 67, c. 2. Lettera b) della summenzionata Direttiva, nel caso in cui l'impresa appaltatrice non sia in possesso delle relative qualifiche o, pur in possesso dei requisiti, non intenda intervenire con le proprie maestranze in un dato appalto, per lo svolgimento di attività specialistiche e super specialistiche, dovrebbe necessariamente associarsi in ATI/RTI.

Anche in questo caso è la normativa dianzi citata (L 180/2011) che, sempre all'art. 13, c. 2, lettera b) stabilisce di doversi privilegiare forme di aggregazione quali le Associazioni Temporanee di Impresa.

- Il **rispetto del costo minimo della manodopera** anche nelle attività affidate in subappalto (Art. 97, c. 6 del Codice dei Contratti) e la verifica **dell'anomalia dell'offerta anche con riferimento ai contratti di subappalto** che devono, in ogni caso, essere sottoposti alla stazione appaltante.

## 2. SUBAPPALTO

La Sentenza della Corte di Giustizia Europea del 26 settembre 2019 (Causa C-63/18), nonché quella del 27 novembre 2019 (Causa C-402/18) che FINCO non condivide né nelle argomentazioni né nelle conclusioni, hanno statuito l'illegittimità dei limiti percentuali astratti previsti dalla normativa italiana in tema di subappalto (Art. 105, comma 2 del Codice dei Contratti Pubblici) per gli appalti sopra la soglia comunitaria.

Da evidenziare come le pronunce, oltre a riguardare i soli appalti sopra soglia comunitaria, non abbiano avuto ad oggetto anche il comma 5 dell'art. 105, relativo al subappalto dei lavori o dei componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali (lavorazioni c.d. "superspecialistiche" – SIOS - ex art. 89, comma 11 del Codice dei Contratti): esse, quindi, formalmente non dovrebbero essere oggetto di alcun intervento "correttivo" da parte del Legislatore nazionale.

Quanto, però, previsto dall'art. 49 del DL 77/21 (e successiva Legge di conversione 108/21) non è andato in questa direzione, creando delle enormi storture.

Se è vero, infatti, che la Direttiva 2014/24/UE non contempla limitazioni quantitative al subappalto, essa tuttavia impone di perseguire **il miglior rapporto qualità/prezzo (5) che, evidentemente, non può essere raggiunto subappaltando indiscriminatamente la totalità delle opere.**

In quest'ottica, la proposta di modifica che segue è ipotizzabile solo nel caso in cui tutti gli articoli del Codice riportati come imprescindibili al punto 1 rimangano immutati (o

---

<sup>5</sup> Direttiva 2014/24/UE - Considerando 89: il criterio di aggiudicazione deve perseguire il "miglior rapporto qualità prezzo";

vengano modificati nei termini indicati) visto che solo nell'equilibrio complessivo delle previsioni è immaginabile una revisione compiuta dell'istituto; ogni altro intervento solo parziale rischierebbe, infatti, di creare gravi scompensi sul mercato degli appalti.

## **PROPOSTE SU REVISIONE SUBAPPALTO**

**Il subappalto dovrebbe essere declinato e diversamente regolamentato a seconda che si tratti di:**

- A. Appalti sopra soglia comunitaria;
- B. Appalti sotto soglia comunitaria e senza interesse transfrontaliero;

### **A. Appalti sopra soglia comunitaria**

Applicazione del subappalto "libero/in chiave europea" solo agli appalti sopra soglia comunitaria, ma con una serie di accorgimenti "correttivi" ed, in ogni caso, previa autorizzazione al subappalto, per individuate categorie di attività, nel bando di gara da parte della stazione appaltante.

La nuova norma dovrebbe prevedere, infatti, una valutazione circa l'importanza, nell'economia complessiva del contratto, dei lavori che superino il 10% dell'importo globale dello stesso, in modo da poter statuire:

- per le "opere senza obbligo di qualificazione" la libertà di subappaltarle, anche integralmente, o di eseguirle anche in assenza di specifica qualificazione;
- per le "opere con obbligo di qualificazione" la libertà di subappaltarle, anche integralmente, ma solo a soggetti qualificati;
- per le "opere di particolare specializzazione" (SIOS) la necessità di valutare l'impatto che le stesse possono avere sulla corretta esecuzione e sulla qualità successiva dell'opera, con particolare attenzione al ciclo di vita dell'opera ed alle implicazioni relative alla sicurezza delle persone, alla tutela dell'ambiente e dei Beni Culturali, per loro natura irripetibili.

In quest'ultimo caso (SIOS):

- ✓ qualora il progettista, nella propria relazione, non valuti particolari criticità, le opere potranno essere subappaltate, anche integralmente, a soggetti qualificati individuati dopo l'aggiudicazione;

- ✓ nel caso il progettista, nella propria relazione, valuti l'esistenza di criticità non significative, le opere potranno essere subappaltate integralmente al soggetto qualificato individuato al momento dell'offerta;
- ✓ nel caso il progettista, nella propria relazione, valuti l'esistenza di criticità significative, le opere dovranno essere eseguite direttamente dal soggetto concorrente, il quale, laddove non sia qualificato, dovrà costituirsi in ATI/RTI.

Nel caso di lavori nel settore dei **Beni Culturali** afferenti alle categorie OS2-A, OS2-B, OS24-B e OS 25, vista la specificità del settore, che non rientra nei principi generali di "normalizzazione" e serialità dei moderni processi di organizzazione delle lavorazioni tipici di altri settori dei lavori pubblici, e visto il superiore interesse della Tutela come prevista dalla stessa Costituzione (art. 9) deve essere **sempre garantito che, sia in fase di partecipazione alla gara che di esecuzione, l'operatore economico, appaltatore quanto subappaltatore, sia debitamente qualificato a prescindere dall'incidenza percentuale delle lavorazioni sul valore complessivo dell'appalto.** Nell'ottica della Tutela, infatti, il valore dei lavori non coincide con l'importanza dell'opera, in misura anche rilevante.

#### **B. Sotto soglia comunitaria e senza interesse transfrontaliero**

Applicazione nel sotto soglia per gli appalti che non abbiano un interesse transfrontaliero, del medesimo regime vigente ex art. 105, c. 2 (ma anche ex art. 105, c. 5) del DLgs 50/16 prima delle modifiche apportate dal DL 77/21 o in alternativa – ferma restando la non subappaltabilità integrale delle SIOS - di quanto previsto per il subappalto fino al 31 ottobre 2021 (art. 49, comma 1, lettera a) del DL 77/21)

### **3. ALTRE PROPOSTE**

#### **3.1**

Ai fini **dell'autorizzazione del subappalto**, la stazione appaltante - anche in ragione del preciso obbligo di vigilanza connesso al suo ruolo per il quale potrebbe essere chiamata a rispondere

giudizialmente, dal momento che, pur permanendo il contratto di diritto privato tra appaltatore e subappaltatore, esso viene “attratto” dal sistema pubblicistico ai fini della responsabilità del committente per *culpa in vigilando* - dovrebbe sempre **valutare** non solo la praticabilità dello stesso **da un punto di vista “legale”**, ma anche la sua **“convenienza” dal punto di vista del migliore soddisfacimento dell’interesse pubblico** sotteso alla gara e non consentirlo laddove non si consegua un reale valore aggiunto.

Resta, ovviamente, possibile per l’appaltatore sopperire con altri meccanismi tipo ATI/RTI nel caso di impossibilità di esecuzione diretta.

### 3.2

Per quanto riguarda l’obbligo per l’affidatario di praticare per le prestazioni affidate in subappalto gli stessi prezzi unitari risultanti dall’aggiudicazione con un **ribasso non superiore al 20%** (art. 105 comma 14 del Codice dei Contratti messo in discussione dalla pronuncia della Corte di Giustizia del 27 Novembre 2019 e completamente stravolto dall’art. 49, comma 1, lettera b) punto 2) del DL 77/21, vista l’importanza che finora ha rivestito nel sistema degli appalti nazionali, si ritiene che il principio debba essere salvaguardato prevedendo – al posto della percentuale fissa definita a monte – non già ipotetiche quanto inapplicabili soluzioni legate ai CCNL applicati – ma soluzioni alternative quali quelle qui di seguito riportate:

Art. 105, comma 14, il primo periodo è sostituito dal seguente: <<L’affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall’aggiudicazione, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti dal contratto di appalto; allorquando l’affidatario applichi un ribasso superiore al 10% rispetto al prezzo di affidamento, il RUP procede alla verifica della congruità del prezzo applicato al subappaltatore, in contraddittorio con l’appaltatore ed il subappaltatore>>.

#### **OPPURE**

Art. 105, comma 14, il primo periodo è sostituito dal seguente: << Per le opere specialistiche che potranno essere affidate in subappalto la stazione appaltante attraverso le indicazioni del progettista validate dal RUP, al fine di garantire la qualità dell’intervento, è tenuta a definire il limite inferiore del ribasso complessivo inteso come somma dei ribassi che l’impresa effettuerà in sede di gara e di quelli che la stessa applicherà al subappaltatore o ai subappaltatori>>.

Non è, infatti, immaginabile né oltremodo consentibile, che il subappaltatore (che non ha potuto partecipare alla formulazione dell'offerta) subisca e debba "assorbire" i ribassi, a volte insostenibili, che l'appaltatore ha fatto per aggiudicarsi l'appalto. La stortura del sistema non risiede, infatti, solo nei minimi contrattuali applicati ai lavoratori (elemento questo che sembra essere stata oggetto di prevalente preoccupazione del Legislatore nella stesura dell'art. 49 del DL77/21 citato) ma anche nella remuneratività stessa del subappalto che porterebbe i subappaltatori a non poter sostenere i costi complessivi dello stesso.

**Ciò è in frontale contrasto**, peraltro, con lo spirito del più volte richiamato articolo 13 della Legge 180/2011.

### **3.3**

Urgente necessità di formalizzazione/previsione di un **contratto tipo di subappalto con rilievo pubblicistico** che impedisca inserimenti di clausole, prescrizioni, obblighi, vincoli, fidejussioni e garanzie difformi rispetto a quelli previsti nel contratto tra appaltatore e stazione appaltante. Vista la funzionalità del subappalto alla buona riuscita dell'opera ed i notevoli punti di contatto tra stazione appaltante e subappaltatore (dall'autorizzazione del subappalto, ai controlli sul subappaltatore, al pagamento diretto ove previsto, al pagamento di contributi e retribuzioni in caso di inadempienza da parte del subappaltatore nei confronti dei suoi dipendenti), si ritiene che anche il contratto stipulato tra appaltatore e subappaltatore debba avere rilievo pubblicistico ed essere verificato dalla stazione appaltante.

### **3.4**

Obbligo di **pagamento diretto e generalizzato al subappaltatore – ivi incluso il fornitore con posa in opera ed il noleggiante a caldo** - con facoltà di chiedere il pagamento direttamente all'appaltatore nei casi in cui - a fronte di piccoli lavori - non si voglia/sia penalizzante aspettare i tempi dell'avanzamento dei lavori e le relative chiusure contabili da parte della stazione appaltante.

**Il pagamento diretto dovrebbe altresì essere previsto per i partecipanti ai Raggruppamenti Temporanei di Impresa e per i subappaltatori dei soci di un Consorzio.**

In entrambi questi casi, infatti, la particolare disciplina prevista in tali situazioni rende, di fatto, impossibile ricevere il pagamento da parte della stazione appaltante anche nei casi in cui la mandataria o l'impresa consorziata non provveda al versamento di quanto dovuto.

Più in generale, il pagamento diretto dovrebbe essere previsto anche per il prestatore di servizi, il fornitore di beni o lavori, il noleggiante a caldo, oltre che, come sopra detto, per le mandanti nei Raggruppamenti Temporanei di Impresa ed i subappaltatori delle consorziate.

Durante l'iter di conversione del DL 77/21, altri specifici emendamenti erano poi stati presentati – senza successo - alle Commissioni I e VIII della Camera dei Deputati al fine di tutelare almeno le lavorazioni c.d. Superspecialistiche e non aggravare eccessivamente la posizione dei subappaltatori.

Si allegano per conoscenza a chiarimento della posizione della Federazione e si chiede che l'intero articolo 49 del DL 77/21 venga rimesso in discussione ed approfondito.

*Roma 21 Ottobre 2021*