

LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI INTRODOTTE DAL CORRETTIVO • PRIME VALUTAZIONI

7 Aprile 2025 | Auditorium “Egidio Ghezzi”, Monza

Le modifiche alla partecipazione degli
operatori economici nell’ambito degli
istituti del consorzio subappalto ed
avvalimento



Novità in materia di requisiti dei consorzi

- **I requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei consorzi tra cooperative, tra imprese artigiane e stabili sono disciplinate dall'allegato II.12.**
- **Abrogato il riferimento ad un emanando regolamento**

LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI INTRODOTTE DAL CORRETTIVO • PRIME VALUTAZIONI

7 Aprile 2025 | Auditorium “Egidio Ghezzi”, Monza

I consorzi stabili



L’Adunanza plenaria 5/2021

- Distinzione tra consorzio ordinario con attività esterna e consorzio stabile
 - Il primo “pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l’assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente **un’impresa collettiva**, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, ma si limita a disciplinare e coordinare, attraverso un’organizzazione comune, le azioni degli imprenditori riuniti”. “Ne discende che, ai fini della disciplina in materia di contratti pubblici, il consorzio ordinario è considerato **un soggetto con identità plurisoggettiva**, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine”
 - Il secondo da vita ad una **stabile struttura di impresa collettiva**, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è **strutturata, quale azienda consortile**, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l’ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto

La nuova disciplina dei consorzi stabili

- a) per gli appalti di servizi e forniture, sono computati **cumulativamente** in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;
- b) per gli appalti di lavori che il consorzio esegua esclusivamente con la propria struttura, senza designare le imprese esecutrici, i requisiti posseduti in proprio sono computati **cumulativamente** con quelli posseduti dalle imprese consorziate;
- c) per gli appalti di lavori che il consorzio esegua tramite le consorziate indicate in sede di gara, i requisiti sono posseduti e comprovati da queste ultime **in proprio**, ovvero mediante avalimento ai sensi dell'articolo 104

LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI INTRODOTTE DAL CORRETTIVO • PRIME VALUTAZIONI

7 Aprile 2025 | Auditorium “Egidio Ghezzi”, Monza

- **RT** Il comma 1, lettera b), modifica l’articolo 67, comma 2, del Codice, intervenendo, al punto 1), sull’alinea, **per evidenti esigenze di coordinamento conseguenti all’introduzione del nuovo articolo 226-bis** nonché, nonché, al punto 2), sulla lettera b) al fine precisare che per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei consorzi stabili devono essere posseduti e comprovati dagli stessi sulla base dei requisiti posseduti in proprio dal consorzio e dei requisiti posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l’esecuzione delle prestazioni, nonché mediante avalimento ai sensi dell’articolo 104, utilizzando i requisiti posseduti delle singole imprese consorziate non designate per l’esecuzione del contratto.

LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI INTRODOTTE DAL CORRETTIVO • PRIME VALUTAZIONI

7 Aprile 2025 | Auditorium “Egidio Ghezzi”, Monza

- **RI** All'interno dei dieci temi prioritari rientra anche la disciplina dei consorzi, atteso il gran numero di contributi presentati dagli *stakeholders* che, in sede di consultazione, hanno evidenziato diverse criticità interpretative applicative dell'istituto.
- Nel dettaglio, così come emerso dalla consultazione, sono stati richiesti dei **chiarimenti in merito al c.d. “cumulo alla rinfusa”**, quale criterio di possesso e comprova dei requisiti previsti per l'ammissione alle procedure di affidamento da parte dei consorzi stabili, nonché **sono stati evidenziati dei disallineamenti e delle incertezze riguardo l'applicazione dell'articolo 67** circa la attestazione dei requisiti generali e speciali da parte di consorzi e consorziate, anche in sede di presentazione delle offerte, con specifico riguardo **ai consorzi di cooperative e di artigiani**.

LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI INTRODOTTE DAL CORRETTIVO • PRIME VALUTAZIONI

7 Aprile 2025 | Auditorium “Egidio Ghezzi”, Monza

- In particolare, in adesione alla prevalente giurisprudenza in argomento (*ex multis*, Cons. di Stato, sez. V, 29 /09/2023, n. 8592), si è previsto che **i consorzi stabili possano avvalersi dei requisiti maturati dalle singole consorziate**, esecutrici e non, al fine di partecipare alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture e di conseguire l’attestazione di qualificazione.
- Al fine di introdurre una ulteriore tutela a favore delle stazioni appaltanti, è stato inoltre chiarito che **il possesso dei requisiti di qualificazione tramite quanto posseduto dall’impresa non designata per l’esecuzione, debba comunque essere “procedimentalizzato” e concretamente comprovato e, dunque, avvenire tramite avalimento ex art. 104.**

LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI INTRODOTTE DAL CORRETTIVO • PRIME VALUTAZIONI

7 Aprile 2025 | Auditorium “Egidio Ghezzi”, Monza

- **Parere CdS** [il correttivo interviene] al fine di risolvere, relativamente all’affidamento degli appalti di lavori, **le plurime incertezze indotte da una imperfetta definizione dei termini e dei limiti del c.d. cumulo alla rinfusa** che connota le modalità di qualificazione dei consorzi stabili, di cui all’articolo 65, comma 2, lettera *d*), tra l’altro affidata ad una confusa norma ad un tempo transitoria e di interpretazione autentica, introdotta con l’articolo 225, comma 13.
- Si evita, in tal modo, la possibilità – che, nella prassi operativa, ha tratto alimento dalla ambiguità della disciplina vigente – che, attraverso il ***prestito generalizzato, indifferenziato e cumulativo dei requisiti***, possano risultare, in concreto, designate per l’esecuzione imprese che non siano nell’effettivo possesso delle qualità professionali necessarie ad una adeguata esecuzione delle prestazioni contrattuali.

LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI INTRODOTTE DAL CORRETTIVO • PRIME VALUTAZIONI

7 Aprile 2025 | Auditorium "Egidio Ghezzi", Monza

Parere CDS

- Se questo è l'obiettivo perseguito dall'intervento, importa tuttavia osservare che **la disciplina introdotta appare, verisimilmente, troppo rigida, laddove postula la necessità di ricorso all'avvalimento ordinario**, in luogo del meccanismo automatico di cumulo, anche nella ipotesi in cui le imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto *posseggano effettivamente i requisiti di qualificazione*. **Tale soluzione finirebbe per eliminare del tutto il meccanismo di qualificazione cumulativa**, per gli appalti aventi ad oggetto lavori, anche nei casi in cui **la stessa si rivela giustificata, secondo il meccanismo dell'avvalimento ex lege**. Per contro, **il ricorso all'avvalimento ordinario ex articolo 104 si prospetta come indefettibile** (nella prospettiva di superare il lassismo sul punto della prassi operativa) solo allorché, come è ben possibile, **siano designate per l'esecuzione imprese consorziate prive di requisiti: nel qual caso deve ritenersi bensì necessaria (ma anche sufficiente) l'acquisizione in via ausiliaria, sia a carico del consorzio** (ma solo per i requisiti maturati in proprio: cfr., infatti, l'articolo 67, comma 7, anche alla luce della riformulazione proposta con lo schema di decreto), **sia a carico di altre imprese consorziate**.

Divieto di partecipazione a più consorzi stabili

- **Art. 67 co. 7** È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile
- **RI** Sul punto, si evidenzia che la partecipazione a un consorzio stabile presuppone **l'intenzione delle imprese consorziate di operare stabilmente in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici** per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa. Appare quindi difficile concepire che tale vincolo (stabile, continuativo e afferente alla totalità delle risorse umane e strumentali dell'impresa), possa essere istituito in favore di più entità, senza che ciò ne pregiudichi l'effettività. Occorre considerare, del resto, che le risorse messe a disposizione del consorzio possono essere contestualmente utilizzate dalle imprese consorziate anche per partecipare alle gare in forma singola. Se a ciò si aggiungesse la possibilità, per le consorziate, di partecipare stabilmente a più di un consorzio, ne deriverebbe **un aumento delle occasioni di contemporanea spendita dei medesimi requisiti di partecipazione e di qualificazione da parte di più soggetti, con grave pregiudizio per l'effettiva capacità esecutiva.**

**LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
INTRODOTTE DAL CORRETTIVO • PRIME VALUTAZIONI**

7 Aprile 2025 | Auditorium "Egidio Ghezzi", Monza

I consorzi di cooperative e artigiani



I requisiti dei consorzi di cooperative e artigiane

- **RI** Inoltre, è stato esteso ai consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi fra imprese artigiane, l'obbligo di indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre, **in stretta aderenza con l'orientamento dell'ANAC** manifestato nella Relazione illustrativa del Bando tipo n. 1/2023.
- Infine, è stato specificato, sempre alla luce della costante giurisprudenza in materia, che **l'utilizzo dei requisiti in sede di gara deve essere sempre effettivo e realmente corrispondente ad una concreta disponibilità di mezzi, attrezzature e organico.**

Cosa sosteneva l'ANAC?

- In relazione alla disciplina sulla partecipazione e sulla dimostrazione dei requisiti da parte dei consorzi, sono emersi alcuni **dubbi interpretativi**. In particolare, con riferimento ad alcune previsioni, **il codice sembra introdurre un regime parzialmente differenziato per i consorzi stabili e i consorzi di cooperative e artigiani e sembra introdurre un regime più restrittivo in materia di dimostrazione dei requisiti**. Ci si riferisce, in particolare, **all'obbligo di indicare le consorziate per le quali il consorzio partecipa alla gara, anche in caso di “consorzio a cascata” (limitato ai soli consorzi stabili) e al regime delle cause di esclusione previsto dall'articolo 97, comma 3 (escluso per i consorzi artigiani) e, ancora, alla previsione della possibilità di cumulare i requisiti delle consorziate in capo al consorzio solo con riferimento ai mezzi**.

Cosa sosteneva l'ANAC?/2

Estensione anche ai consorzi di cooperative e artigiani, l'obbligo di indicare per quali consorziate il consorzio concorre

- «giustificata dalla necessità di mettere le stazioni appaltanti in condizione di verificare il possesso dei requisiti generali in capo alle imprese esecutrici, scongiurando la possibilità che l'aggregazione di imprese sia utilizzata come strumento per eludere l'applicazione delle cause di esclusione a carico dei singoli partecipanti»
- Anche nell'ipotesi di "consorzio a cascata" «cioè nel caso in cui un consorzio indichi, quale impresa esecutrice, un altro consorzio. Anche in questo caso, il consorzio indicato come esecutore dovrà individuare le imprese che saranno chiamate ad eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto».

Cosa sosteneva l'ANAC?/3

Estensione a tutti i consorzi, della possibilità prevista dall'articolo 97, comma 3, che consente agli stessi di evitare l'esclusione dalla gara al verificarsi di particolari condizioni

Art. 97 comma 3: estensione ai consorzi della possibilità di individuare altra impresa esecutrice in caso di perdita dei requisiti di partecipazione prevista per i raggruppamenti

Cosa sosteneva l'ANAC?/4

- si evidenzia che l'articolo 67, comma 5, prevede la possibilità di cumulo dei “mezzi” nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono
- l'Autorità ha ritenuto di poter accedere ad **una definizione ampia di “mezzi”** che ricomprensca, oltre ai mezzi d'opera, anche le attrezzature e l'organico medio. Diversamente opinando, infatti, **si comprometterebbe ingiustificatamente la finalità mutualistica del consorzio**, senza peraltro che di tale volontà sia fatta menzione alcuna nella Relazione illustrativa che, invece, al contrario richiama sul punto l'orientamento giurisprudenziale affermatosi in vigenza del vecchio codice. A sostegno di tale ricostruzione, si evidenzia che la norma fa riferimento al generico concetto di mezzi, senza riprendere la locuzione utilizzata nella precedente norma che si riferiva ai mezzi d'opera. **Può quindi ragionevolmente concludersi per la possibilità di cumulare in capo al consorzio le attrezzature, i mezzi d'opera e l'organico medio annuo, con obbligo per i consorzi di cui all'articolo 65, lettere c) e d) di possedere in proprio gli altri requisiti, quali ad esempio, i requisiti di idoneità professionale.**

Le modifiche del correttivo (art. 67 co. 5)

Vigente

5. I consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane possono partecipare alla procedura di gara, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95 e del comma 3 del presente articolo, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere **i mezzi d'opera, le attrezzature e l'organico medio** nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono

Previgente

5. I consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane possono partecipare alla procedura di gara, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere **i mezzi** nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono.

LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI INTRODOTTE DAL CORRETTIVO • PRIME VALUTAZIONI

7 Aprile 2025 | Auditorium “Egidio Ghezzi”, Monza

Novità in tema di avvalimento



L'avvalimento per i consorzi (art. 67 co. 7)

Vigente

7. Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio in proprio e di tali requisiti è fornita specifica indicazione nell'attestazione di qualificazione SOA.

Previgente

7. Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio.

Parere CDS: È utile chiarire, sul punto, che **il consorzio ben può operare quale ausiliario**, relativamente ai requisiti maturati in proprio, anche a favore delle consorziate designate per l'esecuzione, che in concreto ne siano prive, in conformità alla suggerita riformulazione.

LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI INTRODOTTE DAL CORRETTIVO • PRIME VALUTAZIONI

7 Aprile 2025 | Auditorium "Egidio Ghezzi", Monza

Parere CDS

- Se questo è l'obiettivo perseguito dall'intervento, importa tuttavia osservare che **la disciplina introdotta appare, verisimilmente, troppo rigida, laddove postula la necessità di ricorso all'avvalimento ordinario**, in luogo del meccanismo automatico di cumulo, anche nella ipotesi in cui le imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto *posseggano effettivamente i requisiti di qualificazione*. **Tale soluzione finirebbe per eliminare del tutto il meccanismo di qualificazione cumulativa**, per gli appalti aventi ad oggetto lavori, anche nei casi in cui la stessa si rivela giustificata, secondo il meccanismo dell'avvalimento *ex lege*. Per contro, il ricorso all'avvalimento ordinario *ex articolo 104* si prospetta come **indefettibile** (nella prospettiva di superare il lassismo sul punto della prassi operativa) solo allorché, come è ben possibile, **siano designate per l'esecuzione imprese consorziate prive di requisiti: nel qual caso deve ritenersi bensì necessaria (ma anche sufficiente) l'acquisizione in via ausiliaria, sia a carico del consorzio** (ma solo per i requisiti maturati in proprio: cfr., infatti, l'articolo 67, comma 7, anche alla luce della riformulazione proposta con lo schema di decreto), **sia a carico di altre imprese consorziate**.

L'avvalimento premiale (art. 104 co. 12)

Vigente

Nei soli casi in cui **l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta**, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione, salvo che la prima non dimostri in concreto e con adeguato supporto documentale, in sede di presentazione della propria domanda, che **non sussistono collegamenti tali da ricondurre entrambe le imprese ad uno stesso centro decisionale**. La stazione appaltante può comunque chiedere ad entrambe le imprese chiarimenti o integrazioni documentali, assegnando a tal fine un congruo termine non prorogabile

Previgente

- Nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, **non è consentito che partecipino alla medesima gara** l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione.

LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI INTRODOTTE DAL CORRETTIVO • PRIME VALUTAZIONI

7 Aprile 2025 | Auditorium “Egidio Ghezzi”, Monza

- è stata notificata dalla Commissione europea una procedura d’infrazione (INFR (2018)2273

RI Questo divieto incondizionato appare – a giudizio della Commissione - incompatibile con il principio di proporzionalità e di concorrenza, come sancito nelle Direttive in materia di appalti e nella giurisprudenza della CGUE, secondo cui a un operatore economico dovrebbe essere **sempre consentito di provare che, in concreto, la relazione esistente con un altro partecipante alla medesima gara non risulti distorsiva della concorrenza.**

Alla luce degli impegni assunti in sede di discussione della procedura d’infrazione menzionata, è emersa la necessità di apportare una modifica al comma 12 dell’articolo 104, volta a fugare ogni dubbio circa la presenza di un “divieto incondizionato” e aprioristico, mediante un chiarimento espresso volto a definire come **l’eventuale “conflitto di interessi” debba essere provato “in concreto” volta per volta da parte della stazione appaltante.**

- L'opzione può essere condivisa, con le osservazioni che seguono.
- La cautela che circonda, relativamente alla partecipazione congiunta, l'avvalimento (meramente) premiale (che, di per sé, può essere riguardato come una **modalità cooperativa non necessaria**, in quanto finalizzata esclusivamente all'**incremento di competitività dell'offerta**, e non alla integrazione dei requisiti *di partecipazione dei concorrenti*) legittima – a differenza della vicenda inerente la causa di esclusione non automatica di cui all'articolo 95, comma 1, lettera *d*) del Codice, che muove da un accertamento in concreto, indiziario e *a posteriori* della occasionale unicità del centro decisionale – la presunzione *ex ante* di elaborazione congiuntiva, in base agli accordi intercorsi tra le parti, delle offerte in competizione.
- Si giustifica, perciò, **l'inversione dell'ordinario onere probatorio**, paradigmaticamente modulato agli articoli 67, comma 4, e 68, comma 14, del Codice, **nel senso della rimessione all'operatore economico della prova della assenza**, in concreto, delle condizioni di integrazione della causa escludente, in difetto della quale non è abilitato alla dimostrazione, in chiave esimente, della concreta ininfluenza sulle modalità e sugli esiti della gara.
- Occorre, tuttavia prevedere che l'assolvimento dell'onere della prova in questione (che è correttamente **fatto gravare sulla impresa ausiliaria, ben potendo essere l'ausiliata del tutto ignara della autonoma decisione di formalizzare una propria e distinta offerta competitiva**) sia **contestuale alla formalizzazione dell'offerta**, proprio in ragione della sua chiarita operatività *ex ante*, che esclude la necessità di un accertamento della stazione appaltante, salva, quando ne ricorrano in presupposti, la richiesta di ulteriori chiarimenti o integrazioni documentali.

LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI INTRODOTTE DAL CORRETTIVO • PRIME VALUTAZIONI

7 Aprile 2025 | Auditorium "Egidio Ghezzi", Monza

Il subappalto



Cons. Stato, IV, n. 648/2025

7 Aprile 2025 | Auditorium "Egidio Ghezzi" Monza

Trattasi, peraltro, di pronuncia in linea con il costante orientamento della Corte di giustizia, la quale ha mostrato, in più occasioni, **una contrarietà di fondo all'operare nella materia in esame di automatismi preclusivi e alla mancata previsione di una valutazione caso per caso**. Ricorda, più in generale, il Collegio che l'esigenza di **adeguamento della disciplina in materia di subappalto ai rilievi contenuti nella procedura d'infrazione n. 2018/2773** e ai principi affermati nelle sentenze della CGUE Vitali e Ferrari ha, infine, ispirato la formulazione dell'art. 119 del nuovo codice degli appalti, che, come noto, ha eliminato il limite quantitativo rigido di ammissibilità del subappalto e il divieto del subappalto a cascata.

Anche dalla rinnovata disciplina del subappalto emerge come **uno dei criteri ispiratori del nuovo codice sia ravvisabile nel ripudio, anche alla luce del primato riconosciuto al principio del risultato, di interpretazioni formalistiche in favore di soluzioni più elastiche e meglio adattabili alla varietà delle situazioni concrete, oltre che preferibili per raggiungere in tempi brevi i risultati desiderati**. Trattasi di un'impostazione assolutamente in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, come visto, contrasta l'operatività, nella materia in esame, di automatismi, mostrandosi favorevole alla valorizzazione di scelte discrezionali proporzionali all'obiettivo da raggiungere al fine di garantire la massima concorrenza e l'accesso delle piccole e medie imprese alle commesse pubbliche.

Principali novità correttivo

- Riserva del 20% in favore di PMI
- Clausole di revisione prezzi obbligatorie
- Trattamento economico e normativo CCNL
- Estensione tutele anche a subappaltatori a cascata
- Facoltà di scomputo prestazioni subappaltabili al fine delle certificazioni

Riserva del 20% in favore di PMI

PROVINCIA MONZA E BRIANZA - AFOL - PROMOPA

Parere Cons. Stato:

- Si tratta di una *nuova ed autonoma ipotesi di riserva*, che non si pone, ad una valutazione *prima facie*, in contrasto con le direttive europee e che, con ogni evidenza, è ispirata al *favor* per l'accesso al mercato delle micro, piccole e medie imprese
- Sebbene nella prima parte della relazione illustrativa si specifichi che sarebbero stati fatti *“salvi comunque i casi in cui la stazione appaltante accerti l'impossibilità di applicazione di tale soglia per ragioni legate all'oggetto o alle caratteristiche delle prestazioni o al mercato di riferimento, da motivare nella delibera a contrarre”*, tuttavia di tale facoltà della *stazione appaltante* non vi è traccia nello schema di modifica, mentre nell'ultimo periodo (aggiunto cioè come sesto del comma 2) si prevede quanto segue: *“Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta una diversa soglia di affidamento delle prestazioni subappaltabili alle piccole e medie imprese per ragioni legate all'oggetto o alle caratteristiche delle prestazioni o al mercato di riferimento”*. Ne consegue che la deroga è affidata all'appaltatore (anziché alla stazione appaltante) in sede di presentazione dell'offerta.

Riserva del 20% in favore di PMI

Comma 2 I contratti di subappalto sono stipulati, in misura non inferiore al 20 per cento **delle prestazioni subappaltabili**, con piccole e medie imprese, come definite dall'articolo 1, comma 1, lettera o) dell'allegato I.1. Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta una diversa soglia di affidamento delle prestazioni che si intende subappaltare alle piccole e medie imprese per ragioni legate all'oggetto o alle caratteristiche delle prestazioni o al mercato di riferimento.

- **Parere CdS:** La formulazione della disposizione presenta **profili di criticità**, non essendo chiaro, ed essendo anzi fuorviante, il riferimento alle prestazioni "subappaltabili", piuttosto che a quelle che **l'operatore economico intende in concreto subappaltare**. Invero, soltanto rispetto a queste ultime appare coerente la previsione di una percentuale da riservare a PMI, non potendosi certo comprimere la libertà di iniziativa economica e di organizzazione imprenditoriale dell'operatore economico che intenda eseguire integralmente in proprio le prestazioni. Si rende, perciò, necessario sostituire, nel periodo in questione, l'inciso "*prestazioni subappaltabili*" con "*prestazioni che si intende subappaltare*".
- **Relazione illustrativa:** Inoltre, si è intervenuti in materia di subappalto prevedendo che nei contratti di subappalto si debba prevedere una quota riservata, pari al 20 per cento delle prestazioni, alle PMI. A tale previsione si può derogare solo nei casi in cui la stazione appaltante accerti l'impossibilità di applicazione di tali soglie per ragioni legate all'oggetto o alle caratteristiche delle prestazioni o al mercato di riferimento, da motivare nella delibera a contrarre

LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI INTRODOTTE DAL CORRETTIVO • PRIME VALUTAZIONI

7 Aprile 2025 | Auditorium "Egidio Ghezzi", Monza

Relazione illustrativa

Al riguardo, si evidenzia che tale previsione **non reintroduce un limite generalizzato al ricorso all'istituto del subappalto**, il quale, già previsto dal decreto legislativo n. 50 del 2016, è stato rimosso dal decreto-legge n. 77 del 2021, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 26 settembre 2019 (causa C-63/18), che ha qualificato come eccessivo ed inadeguato il limite generalizzato del 30% per il raggiungimento di obiettivi di contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici. Piuttosto, **la novella in commento pone una soglia minima nell'ambito della quale è obbligatorio stipulare contratti di subappalto con le piccole e medie imprese**, ferma restando l'assenza di un limite apriori, generale e astratto, al subappalto rispetto all'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

E' stata inoltre prevista la possibilità di derogare alla predetta soglia del 20% di subappalto riservato alle PMI nelle ipotesi in cui la natura o l'oggetto del contratto ovvero la struttura del mercato di riferimento non ne consentano il rispetto. Tale possibilità viene affidata all'appaltatore (anziché alla SA) in sede di presentazione dell'offerta. Per incentivare il rispetto della soglia ordinaria del 20%, si prevede tuttavia che il livello di ricorso al subappalto riservato alle PMI sia incluso tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta.

Riserva criterio premiale?

- Relazione illustrativa: E' stata inoltre prevista la possibilità di derogare alla predetta soglia del 20% di subappalto riservato alle PMI nelle ipotesi in cui la natura o l'oggetto del contratto ovvero la struttura del mercato di riferimento non ne consentano il rispetto. Tale possibilità viene affidata all'appaltatore (anziché alla SA) in sede di presentazione dell'offerta. Per incentivare il rispetto della soglia ordinaria del 20%, si prevede tuttavia che il livello di ricorso al subappalto riservato alle PMI sia incluso tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta.
- Parere CdS: Inoltre, nella relazione si precisa che *“per incentivare il rispetto della soglia ordinaria del 20%, si prevede tuttavia che il livello di ricorso al subappalto riservato alle PMI sia incluso tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta”*. **Nondimeno l'indicazione non trova riscontro nel corpo dell'articolato.** Si può ritenere che tale contraddizione sia solo apparente e dovuta ad un errore di inquadramento della problematica nella relazione, poiché la previsione di incentivazione è un vincolo autoapplicativo automatico a carico dell'affidatario che intenda ricorrere al subappalto, con la sola eccezione della giustificazione preventiva, da inserire nella domanda di gara relativamente ad un percentuale inferiore di subappalto “riservato” (e senza perciò che entrino in gioco icriteri e dunque i punteggi di aggiudicazione della gara).



Estensione tutele anche a subappaltatori a cascata

Parere CDS

- Il comma 12 dell'articolo 119 è infatti una norma sostanzialmente riproduttiva del comma 14 del previgente articolo 105 del decreto legislativo n. 50 del 2016, che vietava il c.d. subappalto a cascata.
- A seguito della modifica prevista dall'articolo 33, lettera d), con la quale il detto secondo periodo è sostituito col seguente: *“Il subappaltatore è tenuto ad applicare il medesimo contratto collettivo di lavoro del contraente principale ovvero un differente contratto collettivo, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello applicato dall'appaltatore qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alla categoria prevalente e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale”*, non è più assicurata l'eccezionalità della disposizione, consideratala previsione generale del *“trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale”* di cui al primo periodo, ultima parte, dello stesso comma 12. Inoltre quest'ultima disposizione non appare ben coordinata con quella dell'articolo 102 (*Impegni dell'operatore economico*), laddove è previsto, al comma 1, lettera b), che gli operatori economici partecipanti alla gara si debbano impegnare, tra l'altro, a *“[...] garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare”*. Al fine di realizzare un migliore coordinamento con quest'ultima disposizione e di evitare duplicazioni nell'art.119, comma 12, si propongono le seguenti riformulazioni: a) nel primo periodo le parole *“e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale”* sono soppresse; b) il secondo periodo è sostituito dal seguente: *“Il subappaltatore è tenuto ad applicare il medesimo contratto collettivo di lavoro del contraente principale ovvero un differente contratto collettivo, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele economiche e normative di quello applicato dall'appaltatore”*.

**LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
INTRODOTTE DAL CORRETTIVO • PRIME VALUTAZIONI**

7 Aprile 2025 | Auditorium “Egidio Ghezzi”, Monza

Grazie

Prof.avv. Piergiorgio Novaro, Ph.D.

Professore associato di diritto amministrativo e pubblico

Nell’Alma Mater Studiorum Università di Bologna

Avvocato Amministrativista

@: piergiorgio.novaro@unibo.it avv.novaro@gmail.com

tel. 051232161

