Codice dei contratti: le novità introdotte dalla legge europea 2019-20

21 Gennaio 2022

Sulla Gazzetta ufficiale, Serie Generale, n. 12 del 17 gennaio 2022, è stata pubblicata la **legge 23 dicembre 2021, n. 238,** recante" *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea* – ***Legge europea 2019-2020***".

Tale provvedimento entrerà in vigore il quindicesimo giorno successivo a quello della sua pubblicazione sulla G.U.R.I., ossia il 1° febbraio 2022.

Al riguardo, anzitutto va ricordato che la legge europea rappresenta uno strumento volto a garantire l'adeguamento dell'ordinamento nazionale all'ordinamento europeo, con particolare riguardo ai casi di non corretto recepimento della normativa europea, sollevati nell'ambito di procedure di infrazione o di procedure di pre-infrazione (avviate tramite il sistema di comunicazione c.d. "EU Pilot").

Ciò premesso, per quanto di interesse del settore dei lavori pubblici, l'articolo 10 del provvedimento in commento, rubricato "*disposizioni in materia di contratti pubblici. Procedura di infrazione n. 2018/2273"*, interviene sul Codice di settore (D.lgs. 50/2016),

con l'obiettivo di rispondere alla procedura di infrazione 2018/2273. Di seguito, una sintesi dei suoi principali contenuti.

- **Le novità in tema di requisiti generali**

L'articolo 10 dispone, alla lettera c), alcune modifiche in tema di requisiti generali *ex* articolo 80 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 50/2016).

In linea con le novità in tema di subappalto, di cui al paragrafo successivo, viene anzitutto **abrogata la previsione che disponeva l'esclusione dell'operatore economico per carenze dei requisiti del subappaltatore**, con riferimento alle ipotesi contenute sia nel comma 1, che nel comma 5, del menzionato articolo 80.

Sempre coerentemente con l'abrogazione dell'obbligo di indicazione in gara della terna dei subappaltatori, viene meno la disposizione che consentiva allo stesso subappaltatore di ricorrere all'istituto del *self-cleaning* (art. 80, comma 7), ove avesse commesso uno dei reati di cui al citato comma 1 del medesimo articolo.

In tema di irregolarità fiscali e contributive, le modifiche intervengono sul quinto periodo del comma 4 dell'articolo 80, che, com'è noto, regola le ipotesi di esclusione del concorrente dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali.

Al riguardo, la novella precisa i seguenti passaggi:

1. per gravi violazioni non definitivamente accertate in materia contributiva e previdenziale s'intendono quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale;
2. costituiscono, invece, gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale, quelle stabilite da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore delle disposizioni in commento, recante limiti e condizioni per l'operatività della causa di esclusione relativa a violazioni non definitivamente accertate che, in ogni caso, devono essere correlate al valore dell'appalto e comunque di importo non inferiore a 35.000 euro (**sul punto, vedi NEWS ANCE ID N 209718 del 18 gennaio 2022**).

- **Le novità in materia di subappalto**

Quanto alla disciplina del subappalto, di cui all'articolo 105 del D.lgs. 50/2016, il cennato articolo 10 interviene nell'ottica di superare i rilievi sollevati in materia dalla Commissione Europea (vedi sul punto procedura di infrazione n. 2018/2273).

In particolare, viene anzitutto disposta **la soppressione del divieto** – previsto al comma 4 – **di affidare il subappalto ad altro concorrente che abbia partecipato alla medesima gara**.

Inoltre, come in precedenza accennato, viene **abrogato l'obbligo** – peraltro, già sospeso dal DL 32/2019, come modificato dal dl 77/2021 – **di indicazione in gara della terna dei subappaltatori nei casi previsti**.

Con riferimento agli appalti sotto-soglia, viene soppresso anche l'obbligo di prevedere nei bandi o

avvisi le modalità per la verifica delle condizioni di esclusione, da esercitare prima della stipula del contratto, nonché l'indicazione dei mezzi di prova richiesti per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali (art. 105 comma 6).

Tale obbligo viene abrogato anche con riferimento alle concessioni (art. 174, comma 2, terzo periodo, D.lgs. 50/2016), venendo altresì meno l'onere per l'offerente di dimostrare in gara l'assenza, in capo ai medesimi subappaltatori, dei motivi di esclusione. Viene, invece, consentito all'affidatario di 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 del Codice, in fase esecutiva.

- **Le novità in materia di pagamenti**

Il provvedimento in commento interviene, infine, a modificare l'art. 113-bis del Codice 50/2016, in tema di pagamenti, introducendo i commi 1-*bis*, 1-*ter*, 1-*quater*, 1-*quinquies* e 1-*sexies*.

Nel dettaglio, il comma 1-*bis* consente all'esecutore, fermi restando i compiti del direttore dei lavori, di comunicare alla stazione appaltante il raggiungimento delle condizioni contrattuali per l'adozione dello stato di avanzamento dei lavori.

Spetta, in ogni caso, al direttore dei lavori accertare senza indugio il raggiungimento delle condizioni contrattuali e adottare lo stato di avanzamento dei lavori contestualmente all'esito positivo del suddetto accertamento ovvero contestualmente al ricevimento della comunicazione di cui al periodo precedente (comma 1-*ter*).

Ciò, fatto salvo l'ipotesi in cui vi siano difformità tra le valutazioni del direttore dei lavori e quelle dell'esecutore in merito al raggiungimento delle predette condizioni contrattuali. In tale caso, il direttore dei lavori, a seguito di tempestivo accertamento in contraddittorio con l'esecutore, procede – in caso negativo – all'archiviazione della comunicazione di cui al comma 1 -*bis* ovvero – in caso positivo – all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori (comma 1-*quater*).

Una volta adottato lo stato di avanzamento, il direttore dei lavori lo trasmette immediatamente al RUP, il quale emette contestualmente o, comunque, **non oltre sette giorni dalla data dell'adozione dello stato di avanzamento dei lavori**, il certificato di pagamento, previa verifica della regolarità contributiva dell'esecutore e dei subappaltatori.

Il RUP invia poi il certificato di pagamento alla stazione appaltante, la quale procede al pagamento nel termine di trenta giorni decorrenti dall'adozione del SAL, "*salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine, comunque non superiore a sessanta giorni [*n.d.r. sempre

dall'adozione del SAL] *e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche"* (comma 1-*quinquies*).

Viene inoltre precisato che l'esecutore può emettere fattura al momento dell'adozione dello stato di avanzamento dei lavori, in quanto l'emissione della stessa non è subordinata al rilascio del certificato di pagamento da parte del RUP (comma 1-*sexies)*.

La norma, infine, precisa che ogni certificato di pagamento emesso dal RUP dovrà essere annotato nel registro di contabilità (comma 1 -*septies)*.

Pur rappresentando le novità introdotte dal provvedimento in commento un passo avanti nell'ottica di allineare l'ordinamento italiano alla direttiva 2011/7/UE contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, occorre comunque rilevare che la normativa nazionale in materia di pagamenti non prevede alcun autonomo momento di verifica successivo alla contabilizzazione dei lavori da parte del direttore dei lavori. Vige, infatti, il principio di costante progressione della contabilità, a tenore del quale "Le attività di accertamento dei fatti producenti spesa devono essere eseguite contemporaneamente al loro accadere e, quindi, devono procedere di pari passo con l'esecuzione" (art. 13 del decreto 7 marzo 2018, n. 49).

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

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

Diversamente, come previsto dalla novella normativa in commento, vincolare il decorso dei 30 giorni ad una verifica della PA rappresenta un ulteriore passaggio non previsto dalla normativa nazionale, che potrebbe paradossalmente rallentare il processo di pagamento, vanificando così l'obiettivo della norma comunitaria, ossia di procedere al pagamento entro 30 giorni complessivi (decorrenti dalla maturazione del diritto dell'appaltatore).

- **Ambito temporale di applicazione delle novità**

Si evidenzia, infine, che le novità sopra descritte si applicano, per espressa previsione del comma 5 del medesimo articolo 10, alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore della legge in commento (ossia dal 1° febbraio p.v.) nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui,

alla medesima data, non risultino ancora inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi.

Si allega il provvedimento in commento ed una tabella riepilogativa delle principali modifiche sopra evidenziate.

Allegati

Legge_23_dicembre_2021_n_238687
Apri
Tabella_modifiche_Legge_Europea_2019_20379
Apri