

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

Dal 24 al 28 giugno

Provvedimenti e Atti Normativi

Esecuzione lavori pubblici: no al subappalto del consorziato

Con il quesito del 17 aprile 2024, n. 2672, sottoposto al supporto giuridico del Servizio contratti pubblici del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT), è stata paventata la possibilità di contrattualizzare un subappalto da parte di una consorziata esecutrice dei lavori, indicata in gara da un consorzio stabile che ha sottoscritto un appalto con una stazione appaltante.

Di seguito, l'analisi della delibera da parte della Direzione Legislazione Opere Pubbliche.

1. Ricostruzione dell'istituto

L'articolo 119 del codice appalti, d.lgs. 36/2023, stabilisce che Il subappalto è un contratto derivato dal contratto principale di appalto, che consiste nell'affidamento a terzi dell'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Per l'esecuzione di tali lavori, il subappaltatore deve essere qualificato e deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto, tutto ciò applicando i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale (comma 12).

Seguendo quanto già previsto dal codice civile, secondo cui il subappalto non è consentito, salva autorizzazione, per iscritto, del committente (art. 1656), anche negli appalti pubblici è necessario il taglio della stazione appaltante.

In particolare, il comma 4 del citato articolo 119 del codice appalti riporta che *"i soggetti affidatari dei contratti di cui al codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante"*. Ed ancora, il comma 5, chiarisce che *"l'affidatario trasmette il contratto di subappalto alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni"*.

Iniziati i lavori, l'aggiudicatario *"è responsabile in solido con il subappaltatore per gli obblighi retributivi e contributivi"* nonché *"dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto"* (rispettivamente commi 6 e 7 del citato articolo 119). Infine, il contraente principale e il subappaltatore *"sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto"* (comma 6).

In questo contesto, con il quesito del 17 aprile 2024, n. 2672, viene chiesta conferma della possibilità del consorziato esecutore di avere la libertà di scegliere e contrattualizzare il subappaltatore.

2. Risposta del MIT

La risposta del MIT è che il subappalto costituisce un contratto derivato dal contratto principale e che, pertanto, solo l'appaltatore, in questo caso il consorzio stabile, è legittimato ad affidare a terzi l'esecuzione di altra parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del medesimo contratto di appalto. Pertanto, il contratto di subappalto deve essere sottoscritto tra il consorzio (che ha sottoscritto il contratto di appalto) e il subappaltatore.

Il MIT ha anche ricordato il quesito 1793/2023, con cui aveva già chiarito che la stazione appaltante committente non conclude e stipula il contratto di subappalto, che è un accordo tra appaltatore e un terzo. La stazione appaltante lo autorizza nei casi e modi previsti dalla normativa.

Coerentemente, in caso di consorzio (di cooperative, artigiano o stabile), l'appaltatore è il consorzio, che ha previamente firmato il contratto di appalto con la stazione appaltante committente. Il subappalto sarà quindi concluso e stipulato tra consorzio e subappaltatore.

La risposta del MIT appare conforme al dato letterale dello stesso articolo 119 del codice che, come sopra riportato, evidenzia la sussistenza di un rapporto giuridico diretto tra l'appaltatore, ossia il consorzio stabile, e il subappaltatore, a cui rimane estranea l'eventuale consorziata indicata.

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

Focus Giurisprudenza

Consiglio di Stato, Sez. V, 17 maggio 2024, n. 4435

Nell'ambito di una procedura di affidamento di lavori di restauro e conservazione di un edificio storico, anche nel contesto del nuovo codice appalti, non si applica il principio del cumulo alla rinfusa che caratterizza i consorzi stabili.

E' quanto deciso dal TAR Toscana, con la [sentenza del 4 giugno 2024, n. 682](#), che ha annullato il provvedimento di aggiudicazione in favore di un consorzio, accogliendo il ricorso del secondo classificato idoneamente e specificatamente qualificato in ragione della tipologia di lavori e di importo degli stessi.

Di seguito, l'analisi della pronuncia da parte della Direzione Legislazione Opere Pubbliche sul principio del risultato

1. L'antefatto

In una gara per l'affidamento dei lavori di restauro e conservazione della copertura di un edificio storico, la *lex specialis* richiedeva ai concorrenti di essere qualificati nella categoria OG2, class. IV, trattandosi di lavori su beni sottoposti a tutela ai sensi

delle disposizioni in materia di beni culturali. Il relativo disciplinare precisava inoltre che *“l’operatore che esegue i lavori deve essere dotato in proprio di una qualificazione specialistica, al fine di assicurare una effettiva e adeguata tutela al bene culturale oggetto di intervento”*.

La gara veniva tuttavia affidata ad un consorzio stabile, in cui l’impresa consorziata indicata quale esecutrice dei lavori era in possesso della classifica III-bis, inferiore quindi a quella (IV) richiesta dagli atti di gara. E su tali basi veniva presentato il ricorso da parte del secondo classificato.

2. Il cumulo alla rinfusa

Secondo la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, per la partecipazione alle gare d’appalto di lavori, servizi e forniture, è sufficiente il possesso dell’attestazione di qualificazione richiesta dalla *lex specialis* in capo al consorzio stabile, a prescindere dalla qualificazione della/e consorziata/e designata/e come esecutrice/i, ciò in applicazione del cd. principio del cumulo alla rinfusa.

Questo orientamento si basa sul tenore letterale dell’art. 225 comma 13 del nuovo codice appalti, d.lgs. 36/2023, in ragione del quale i consorzi stabili possono fare ricorso al citato “cumulo alla rinfusa” ai fini dell’affidamento, utilizzando i requisiti posseduti dalle proprie consorziate non esecutrici.

Infatti, da un lato, partendo dal presupposto che il consorzio stabile e le consorziate come un unico soggetto, a questi ultimi deve essere richiesta solo la qualificazione del consorzio; dall’altro, se il consorzio esegue tramite una consorziata non qualificata, è responsabile in solido, operando come un’ausiliaria ex lege. Ne consegue che, indipendentemente da chi possiede i requisiti e chi esegue, i soggetti qualificati e quelli esecutori sono solidalmente responsabili.

In sostanza, il cumulo alla rinfusa equivale a un avvalimento *ex lege*, con il relativo regime di responsabilità (v. [Consiglio di Stato, sez. V, del 3 gennaio 2024, n. 71](#)).

Tale impostazione interpretativa è stata da ultimo avallata dall’ANAC con il [Comunicato del Presidente del 31 gennaio 2024](#) (ove è stato peraltro chiarito il divieto di partecipazione della stessa impresa a più di un consorzio stabile).

3. L’esecuzione di interventi su beni tutelati

Non era ancora del tutto chiaro se la ricostruzione del cumulo alla rinfusa, come previsto dal codice appalti (d.lgs. 36/2023), si applichi anche ai beni culturali. Questo perché, a fronte della suddetta giurisprudenza sul cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili, l’articolo 9, co. 4, dell’Allegato II.18 al citato ribadisce quanto già previsto all’articolo 146 del D.Lgs. 50/2016, specificando che gli interventi sui beni culturali possono essere utilizzati per la qualificazione solo dall’operatore che li ha effettivamente eseguiti.

In linea generale, la giurisprudenza ha osservato che la necessità di specifici requisiti di qualificazione deriva dalle esigenze particolari dei beni culturali, la cui tutela richiede competenze adeguate (v. [TAR Parma, sez. I, 24/06/2023, n. 203](#), che richiama [Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2019 n. 403](#)). Questa particolarità rispetto a tutti gli altri lavori – già presente nel lontano DM n. 294 del 2000 – mira a garantire che gli interventi sui beni culturali siano effettuati solo da soggetti adeguatamente qualificati, indipendentemente dall'esistenza di un soggetto che si assume la responsabilità nei confronti dell'Amministrazione. La ragione di ciò è la natura particolare di tali beni, la cui tutela richiede specifici requisiti di qualificazione.

Ne consegue che la giurisprudenza ha in più occasioni ribadito, in base all'articolo 146 del D.Lgs. 50/2016, che un operatore economico che ha eseguito lavori su un bene culturale può utilizzare il relativo requisito di qualificazione solo per sé stesso, senza possibilità di prestarlo, nemmeno nell'ambito dei consorzi stabili (v. [Tar Piemonte, Sez. II, 29 novembre 2023, n. 965](#))

Inoltre, secondo questa interpretazione, la necessità di qualificazione in proprio si estende anche alla classifica di importo dei lavori. Questo perché, nel settore dei beni culturali, la qualificazione può essere utilizzata solo dal soggetto che ha effettivamente eseguito i lavori e che possiede i requisiti corrispondenti. Pertanto, nel caso di partecipazione di un consorzio stabile a una gara, indipendentemente dalla qualificazione del consorzio o di altre consorziate, la qualificazione richiesta deve essere posseduta da ciascuna delle imprese designate per l'esecuzione del contratto. Questo vale sia per la categoria dei lavori che per il loro importo (v. [Cons. Stato, Sez. V, 7 marzo 2022, n. 1615](#)).

Questo ha portato a sostenere, ad esempio, la necessaria di una specifica qualificazione del consorziato esecutore per gli impianti da eseguire nel contesto sottoposto a tutela. Infatti, deve porsi l'accento sulla natura del bene, quale "contenitore" storico, artistico o architettonico, nel quale le diverse opere devono armonicamente inserirsi. Tale approccio, secondo la giurisprudenza, considera le interferenze funzionali tra le opere (nel caso specifico OG2 e OG11), che devono integrarsi armoniosamente nel medesimo ambito e i fattori estetici e valoriali del bene, imponendo qualificazioni adeguate non solo tecniche, ma anche organizzative ed economiche. Ciò nel presupposto che valorizzare solo il contenuto sostanziale delle opere a scapito del contesto nel quale devono esplicarsi non è ragionevole

(v. [Tar Piemonte, 965/2023 cit.](#)).

4. La decisione del TAR

In TAR Toscana nella sentenza in esame (n. 682/2024), riprende la giurisprudenza ora riportata, evidenziando che la particolare specificità del settore dei beni culturali, caratterizzati da una particolare delicatezza derivante dalla necessità di tutela dei medesimi, impone *"con una compressione del principio di concorrenzialità allorquando la stessa sia sorretta da "giustificati motivi" – e in aderenza a quanto operativamente previsto dall'articolo 9, co. 4, dell'Allegato II.18 al Codice dei Contratti,*

si applica per l'appalto di specie il regime speciale dei beni culturali di qualificazione "in proprio" e il c.d. divieto di cumulo alla rinfusa. Pertanto, l'operatore che esegue i lavori deve essere dotato in proprio di una qualificazione specialistica, al fine di assicurare una effettiva e adeguata tutela al bene culturale oggetto di intervento".

Di conseguenza, sottolinea lo stesso collegio, il consorzio aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara perché la consorziata indicata come esecutrice dei lavori al 100% era in possesso della classifica III-bis, inferiore a quella (IV) richiesta dagli atti di gara. Questo è quanto risultava dalla qualificazione dell'impresa esecutrice senza applicazione del cosiddetto 'cumulo alla rinfusa', come invece previsto dalla disciplina speciale per lavori su beni culturali.

Il ricorso è stato quindi accolto, con annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).