

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

Dal 8 al 12 luglio

Provvedimenti e Atti Normativi

MIT: ammesso un valore inferiore al quinto d'obbligo se previsto nel bando

Con il parere n. 2455 del 21.6.2024, il servizio di supporto giuridico del MIT ha affrontato la questione relativa al c.d. “quinto d'obbligo” per come disciplinato dal D.Lgs. 36/2023, ritenendo legittimo l'inserimento negli atti di gara, alla voce relativa all'importo stimato dell'appalto, di un valore inferiore al 20% dell'importo del contratto.

A tale riguardo, il Ministero ha ritenuto che, nel nuovo Codice, il cosiddetto quinto d'obbligo o “sesto quinto”, in effetti, rappresenta una “*autonoma fattispecie di modifica contrattuale*”.

In particolare, l'art. 120, comma 9, del D.Lgs. 36/2023, “*ricalibra la disciplina del c.d. quinto d'obbligo riconducendolo definitivamente nell'ambito delle potenziali modifiche del contratto, con la previsione di una sua doverosa (quindi a pena di illegittimità) programmazione nella documentazione di gara*”.

Da ciò consegue che risulta possibile indicare valori inferiori al 20% dell'importo del contratto, precisando, tuttavia, che “*occorre comunque considerare che la stazione appaltante si vincola ad un utilizzo per un importo minore di quello previsto*”. In altre parole, anche se la Stazione appaltante indica un valore inferiore al quinto, essa rimane comunque vincolata a un utilizzo effettivo della facoltà entro tale limite ridotto.

Per maggiori dettagli, cliccare [qui](#).

Focus Giurisprudenza

Consiglio di Stato, Sez. V, 14 giugno 2024, n. 5351

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato si è espresso circa la **legittimità della dichiarazione di subappalto** resa da un concorrente in fase di gara.

Nello specifico, l'aggiudicatario di una gara relativa all'affidamento di un appalto di lavori, non disponendo di attestazione SOA per la categoria scorporabile OS24, aveva dichiarato di voler ricorrere **integralmente al subappalto** della predetta categoria, senza specificare se tale manifestazione di volontà fosse riferita al subappalto ex art. 105 del D.Lgs 50/2016 (oggi art. 119 del D.Lgs. 36/2023), ovvero al subappalto cd. “qualificante” ex art. 12, comma 2, del D.L. 47/2014, conv. L. n. 80/2014.

Nello specifico, relativamente alla categoria OS24, l'aggiudicatario dichiarava di voler subappaltare le relative lavorazioni *“per quanto necessario per dare ultimati i lavori per l'intero importo”*.

Tale dichiarazione veniva contestata dal secondo graduato il quale, rifacendosi alla giurisprudenza consolidata, riteneva tale dichiarazione **inammissibile per eccessiva genericità** e, dunque - lamentando la carenza *ab origine* dei requisiti di qualificazione in capo all'aggiudicatario - ne contestava l'ammissione in gara e la conseguente aggiudicazione.

Pertanto, punto nodale della questione sottoposta al vaglio del Collegio, è se la dichiarazione resa genericamente dal concorrente che decida di avvalersi del cd. *“subappalto qualificante”* possa essere ritenuta valida, o se, come sostenuto dalla parte ricorrente, debba essere ritenuta inammissibile.

Sul punto, il Collegio ha precisato che il subappalto *ex art. 12, comma 2 del D.L. 47/2014*, è **istituto generale di matrice pro-concorrenziale**, volto a consentire a quegli operatori economici, privi di taluni requisiti, di partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, nell'interesse non solo degli operatori economici ma anche delle stazioni appaltanti (T.A.R. Veneto Venezia, Sez. I, Sent., (data ud. 14/06/2023) 22/08/2023, n. 1204).

Segnatamente, l'art. 12, comma 2 del D.L. 47/2014, conv. L. 80/2014, consente all'operatore economico concorrente che sia qualificato nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori, di eseguire tutte le lavorazioni oggetto di appalto, anche se non in possesso delle relative attestazioni SOA.

Fanno eccezione a tale regola le categorie scorporabili, di cui alla lettera b), dell'art. 12 del D.L. 47/2014, conv. in L. 80/2014, che abbiano ad oggetto lavorazioni a *“qualificazione obbligatoria”* riconducibili alle lavorazioni SIOS di importo superiore al 10% dell'importo dell'appalto, le quali restano *“comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni”*.

Differentemente, il subappalto *“facoltativo”*, disciplinato dall'art. 105 del D.Lgs. 50/2016 è qualificabile come quel contratto con cui l'appaltatore già qualificato in proprio per tutte le singole lavorazioni, affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, previa autorizzazione della Stazione appaltante.

Pertanto, **il subappalto qualificante** di cui all'art. 12, comma 2, lett. b), del D.L. 47/2014 **rileva solo in sede di partecipazione alla gara**, in quanto strumento di ausilio del concorrente, sostitutivo del requisito di qualificazione obbligatoria mancante, e attecchendosi dunque a modalità di attestazione *“alternativa”* del possesso del requisito stesso; il subappalto facoltativo invece, può essere considerato come una modalità di esecuzione dell'appalto.

La diversità di presupposti e di funzioni dei due istituti giustifica la diversa disciplina cui gli stessi sono sottoposti.

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la dichiarazione resa dall'aggiudicatario – per quanto atecnica – è comunque **sufficientemente interpretabile nel senso che il raggruppamento ha evidentemente inteso ricorrere al subappalto di quella quota lavori** (verde e arredo urbano) per tutta la sua interezza proprio in quanto ritenuto obbligatorio.

Invero, la dichiarazione di subappalto, a parere del Collegio, la dichiarazione sul subappalto **deve essere interpretata secondo il principio di conservazione degli atti giuridici**, espresso dall'art. 1367 del Codice civile, per il quale nell'interpretare gli atti negoziali occorre sempre preferire l'opzione che garantisca l'esistenza di un qualche effetto utile rispetto all'opzione che renda la dichiarazione sostanzialmente priva di utilità per le parti.

Nel caso di specie, interpretare la dichiarazione, nella parte relativa alla categoria OS24, come di subappalto facoltativo la priverebbe di utilità del concorrente, che verrebbe in tal caso escluso.

Sulla scorta di tutto quanto sopra, il Collegio ha ritenuto legittimo l'operato della Stazione appaltante, tenuto conto che il tenore della formulazione contenuta nella contestata dichiarazione di subappalto, *“risulta sufficiente onde ritenere completa sotto ogni sua aspetto la volontà di ricorrere al subappalto obbligatorio per i lavori soggetti a qualificazione necessaria OS24”*.

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