

## La nuova disciplina delle categorie “super specialistiche”: l’analogia con la categoria prevalente

Con la firma del Presidente della Repubblica (11 settembre 2008) può ritenersi varato il Terzo Decreto correttivo al Codice dei Contratti, ora in attesa di essere pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale.

Tra le novità di maggior rilievo si annovera certamente la modifica dell’art. 37 comma 11, che ha riscritto la disciplina delle categorie cosiddette super specialistiche (Strutture Impianti Opere Speciali - SIOS), di cui all’art. 72, comma 4 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (recante il regolamento di attuazione della legge n. 109/1994 e s.m.i., in vigore fino all’entrata in vigore del nuovo regolamento).

Come noto, la Commissione europea con una nota del 30 gennaio 2008, aveva richiamato l’attenzione del Governo italiano su alcune norme del Codice dei contratti che – ad avviso della stessa Commissione - sarebbero state incompatibili con le direttive comunitarie in materia, poiché non idonee ad assicurare “*la certezza giuridica necessaria a garantire l’applicazione corretta del diritto comunitario degli appalti pubblici*”.

Affrontando il tema della “*Partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese e dei consorzi*”, la Commissione si è occupata della previsione contenuta all’art. 37, comma 11 del Codice; nell’occasione ha avuto modo di rilevare che detta norma sarebbe in contrasto con le direttive comunitarie in materia “*nella misura in cui vieta il subappalto ed impone una forma giuridica determinata, sembra contraria alle disposizioni delle direttive appalti pubblici, le quali non permettono di escludere il subappalto (...)*”.

### **L’art. 37 comma 11 prima del Terzo Decreto correttivo.**

L’art. 37 comma 11 nella versione antecedente l’entrata in vigore del Terzo Decreto correttivo, disponeva che qualora una o più delle opere super specialistiche superava il valore del 15 % dell’importo totale dei lavori, all’appaltatore era vietato subappaltare tali lavori: pertanto, il concorrente che partecipava alla gara doveva necessariamente essere provvisto della qualificazione (certificato SOA) per quella categoria di lavori; se ne era sprovvisto, era obbligato a costituire un’A.T.I., della quale doveva far parte necessariamente anche un’impresa in possesso della richiesta qualificazione.

Nella diversa ipotesi in cui l’incidenza delle lavorazioni della categoria superspecialistica fosse stato pari o inferiore alla soglia del 15 %, veniva meno l’obbligo per l’appaltatore di costituire un’A.T.I., ben potendo lo stesso subappaltare, anche integralmente, tali lavorazioni, seppure ad un soggetto in possesso di adeguata qualificazione.

### **La nuova formulazione dell’art. 37 comma 11.**

L’articolo 37, il comma 11 è stato sostituito con il seguente: “*11. Qualora nell’oggetto dell’appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell’importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall’articolo 118, comma 2, terzo periodo; il*

*regolamento definisce l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati con il regolamento stesso. L'eventuale subappalto non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. In caso di subappalto la stazione appaltante provvede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto; si applica l'articolo 118, comma 3, ultimo periodo."*

Le principali novità introdotte dalla nuova possono essere dunque così riassunte:

- qualora l'incidenza delle lavorazioni della categoria superspecialistica sia superiore alla soglia del 15 % dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non sono in grado di realizzare le predette componenti, essi **possono utilizzare il subappalto** con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo, e quindi **nel limite massimo** (già previsto per la categoria prevalente) **del 30 %**;
- in caso di subappalto la stazione appaltante provvede alla **corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite** dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto;
- è stato sostituito il divieto di "*suddivisione artificiosa*" del subappalto, con il divieto di suddivisione "*senza ragioni obiettive*".

### **L'obbligo di costituzione dell'ATI**

Nella versione antecedente le modifiche introdotte dal Terzo Decreto correttivo era previsto che, il concorrente che partecipava alla gara doveva necessariamente essere provvisto della qualificazione (certificato SOA) per quella categoria di lavori; se ne era sprovvisto, era obbligato a costituire un'A.T.I., della quale doveva far parte necessariamente anche un'impresa in possesso della richiesta qualificazione.

Con il nuovo testo dell'art. 37, comma 11 è venuto meno l'obbligo "espreso" di costituire l'A.T.I.; ciò - ad avviso di chi scrive - non vuol necessariamente significare che alla gara possa partecipare anche un soggetto privo della qualificazione per la categoria SIOS di valore superiore al 15 %. La "nuova" norma dispone, infatti, che "*se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto*". Ne consegue quindi che il soggetto affidatario dell'appalto deve essere in possesso dell'adeguata qualificazione anche per la categoria SIOS prevista nel bando (sempre se la stessa sia superiore al 15 % dell'importo del contratto), salvo poi poter affidare parte dei suddetti lavori in subappalto, nel limite massimo del 30 %.

In questi termini, la disciplina delle opere super specialistiche (sempre nell'ipotesi in cui il valore di queste sia superiore al 15 % dell'importo del contratto), può ritenersi a tutti gli effetti "analoga" a quella della categoria prevalente. A supporto di tale opzione interpretativa vale la pena richiamare la Relazione governativa di accompagnamento al decreto legislativo contenente le ulteriori disposizioni correttive al Codice dei contratti, laddove si legge "*La modifica (il riferimento è all'art. 37, comma 11, n.d.r.) introduce la possibilità di subappaltare le <<categorie superspecialistiche>> fino ad un limite del 30 % in analogia alla categoria prevalente (...)*".

### **Il pagamento diretto del subappaltatore**

Una novità assoluta introdotta all'art. 37 comma 11 è costituita dalla previsione del pagamento diretto del corrispettivo del subappaltatore.

Come noto, in relazione a tutte le tipologie di subappalto, il pagamento diretto da parte della stazione appaltante non costituisce un obbligo, ma una mera possibilità rimessa alla scelta della stazione appaltante medesima, da indicarsi già in sede di bando di gara (art. 118, comma 3 del Codice dei contratti pubblici).

E' altrettanto noto che per consuetudine, le stazioni appaltanti sono solite rimettere il pagamento del subappaltatore all'appaltatore, spogliandosi così di ogni onere al riguardo. Ebbene, con l'entrata in vigore del Terzo Decreto correttivo, qualora l'appaltatore, in relazione a lavorazioni rientranti in categorie "superspecialistiche" aventi un'incidenza superiore al 15% dell'ammontare complessivo dell'appalto, affidi parte di dette lavorazioni in subappalto, **i soggetti esecutori delle stesse saranno pagati direttamente dalla stazione appaltante.**

### **Il divieto di frazionamento del subappalto.**

Un'ultima annotazione merita la diversa calibratura del divieto di frazionamento del subappalto delle lavorazioni rientranti nelle categorie superspecialistiche.

La precedente versione dell'articolo 37 comma 11 sanciva il divieto di suddividere "artificiosamente" il subappalto in più contratti, ossia in modo "non naturale" rispetto al dato eminentemente tecnico della lavorazione.

Nell'attuale versione l'avverbio "artificiosamente" è stato sostituito dalla locuzione "**senza ragioni obiettive**".

Ne consegue che in futuro la scelta di suddividere il subappalto in più contratti dovrà essere giustificata da ragioni "imparziali", quindi non rimesse a scelte discrezionali degli operatori interessati.

*Avv. Arrigo Varlaro Sinisi<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Associato dello Studio Legale Gentile – Varlaro Sinisi ( [www.studiogvs.it](http://www.studiogvs.it) )