

TAR Calabria:
l'articolo 37 comma 11 è coerente con la normativa europea¹

di Massimo Gentile

1. Come noto, a seguito della procedura di infrazione promossa nel 2008 dalla Commissione Europea nei confronti dello Stato Italiano, il legislatore è stato costretto a mettere mani alla disciplina delle categorie di lavori cosiddette “superspecialistiche”.

Le perplessità della Commissione Europea avevano ad oggetto il divieto di subappalto previsto dalla normativa italiana in relazione all'ipotesi di categorie di lavori “superspecialistiche” di ammontare economico superiore al 15% dell'appalto (dapprima dall'articolo 13 comma 7 della Legge 109/1994 e poi dall'articolo 37 comma 11 del Codice dei Contratti).

La conseguenza di tale divieto era l'obbligo ricadente sulle imprese prive di qualificazione nella categoria superspecialistica, di costituire associazioni temporanee con imprese in possesso di detta qualificazione. In mancanza di ciò la partecipazione alla gara era impedita.

Le Commissione Europea riteneva tale vincolo non conforme ai principi comunitari.

E' stata così inserita, in sede di terzo decreto correttivo al Codice dei Contratti, una modifica all'articolo 37 comma 11, in base alla quale la disciplina della subappaltabilità delle opere superspecialistiche è stata sostanzialmente equiparata a quella della categoria prevalente.

Tale equiparazione è deducibile dal rinvio contenuto nella norma in questione (articolo 37 comma 11) all'“*articolo 118 comma 2, terzo periodo*”, il quale, per l'appunto, prevede che la categoria prevalente possa essere subappaltata nella misura massima del 30% del suo importo.

La modifica non ha comunque alterato nella sostanza la precedente disciplina.

¹ Pubblicato su www.appaltiecontratti.it del 16 dicembre 2009

Infatti, anche nell'attuale contesto, un'impresa priva della certificazione SOA per una categoria "superspecialistica" di importo superiore al 15% dell'ammontare dell'appalto, è tenuta a costituire associazione temporanea con imprese munite di idonea qualificazione in detta categoria.

L'unica differenza con il passato è correlata alla possibilità di utilizzare il subappalto, anche se in misura contenuta (ossia, il 30%).

In buona sostanza, al fine di soddisfare le richieste dell'Unione Europea, il muro normativo che prima impediva il subappalto è stato oggi abbattuto, ma l'accesso al subappalto resta comunque sensibilmente limitato.

La scelta del legislatore costituisce, ad avviso di chi scrive, un giusto punto di equilibrio tra l'esigenza manifestata dalla Commissione Europea e quella di assicurare che lavorazioni di particolare delicatezza e rilevanza tecnica siano affidate a soggetti realmente in grado di assicurare una corretta e qualitativamente elevata attività esecutiva.

Ciò nonostante, già all'indomani dell'entrata in vigore del terzo correttivo si sono registrati diversi brusii tra gli operatori del settore, i quali lamentavano il permanere di profili di contrasto tra la normativa europea e quella nazionale. In particolare, la presenza, all'interno della nuova disciplina, di una limitazione alla facoltà di subappalto veniva ritenuta non in linea con la normativa europea e, dunque, suscettibile di una ulteriore revisione da parte del legislatore.

2. Sul tema della disciplina delle categorie c.d. "superspecialistiche" post terzo decreto correttivo si registra una prima pronuncia giurisprudenziale che sembra proprio fugare i dubbi sopra accennati.

Si tratta di una sentenza del TAR Calabria (Sez. I, 16 novembre 2009 n. 1048), il quale è stato chiamato a pronunciarsi su un ricorso presentato da un'impresa che lamentava la mancata esclusione dalla gara di alcuni concorrenti, i quali, privi di qualificazione per i lavori di categoria OS13, avevano dichiarato di volere subappaltare le lavorazioni per l'intero loro importo di euro 75.520,09, pari al 22,50 % dell'importo complessivo dei lavori.

Nel dettaglio, secondo la ricorrente, la commissione di gara avrebbe dovuto escludere le imprese controinteressate in quanto non qualificate nella

categoria specialistica e non accettare la loro dichiarazione di voler ovviare alla mancanza di qualificazione ricorrendo al subappalto integrale delle relative opere.

La stazione appaltante, a giustificazione del proprio operato, evidenziava che, secondo la corretta interpretazione della direttiva comunitaria appalti (art. 37 Direttiva 2004/17/CE ed art. 25 Direttiva 2004/18/CE) il divieto di subappalto sarebbe contrastante con i principi della massima partecipazione delle imprese, della libertà di organizzazione degli imprenditori e della libertà di questi ultimi di avvalersi delle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei relativi rapporti.

Secondo il TAR Calabria, la formulazione della norma (articolo 37 comma 11 del Codice), come novellata dal c.d. terzo correttivo, non presenta elementi atti a far revocare in dubbio la sua compatibilità rispetto ai precetti di derivazione comunitaria; ciò in quanto la sussistenza di un limite quantitativo percentuale alla facoltà di collaborazione tra imprese, nell'ambito del subappalto nelle opere specializzate o della categoria prevalente, si rivela il frutto di una ragionevole temperanza delle esigenze di controllo dell'Amministrazione circa il possesso dei requisiti dei concorrenti alla gara, con quelle della libertà degli operatori economici di organizzazione e di collaborazione che la direttiva comunitaria intende tutelare.

Peraltro, la giurisprudenza comunitaria non esclude in assoluto la compatibilità di limitazioni al subappalto con i principi del Trattato: è stato infatti affermato (seppure in materia di servizi, ma con una formulazione che possiede una esplicita valenza generale) che il divieto di subappalto per l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto non è contrario alla Direttiva 92/50, laddove l'amministrazione aggiudicatrice non è in grado di controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del migliore offerente (Corte Giustizia CE, 18 marzo 2004, in causa C-314/01 Siemens).

Secondo i giudici calabresi, il persistente e rimodulato divieto di subappalto nelle categorie specializzate oltre i limiti percentuali quantitativi prescritti trova una ragione sostanziale di tutela nel fatto che tramite esso verrebbe prodotta una alterazione significativa del sinallagma contrattuale tra Ente

affidante ed impresa aggiudicataria, in relazione ad una prestazione intrinsecamente caratterizzante la natura stessa dell'appalto e dunque essenziale ai fini dell'esecuzione delle opere.

In altri termini, ammettere la completa (o la rilevante) subappaltabilità delle opere rientranti in una categoria specializzata, diversamente dal contenuto della disposizione di cui all'art. 37, comma 11, Dlgs 163/2006, equivarrebbe a sostenere non già un fenomeno di "collaborazione" tra impresa concorrente ed impresa terza, ma un fenomeno sostanziale di "sostituzione" della seconda alla prima, con conseguente alterazione della rilevanza soggettiva dell'appaltatore nella esecuzione dell'appalto.

In questo senso – si legge nella sentenza - la predeterminazione legale di un limite quantitativo per il ricorso al subappalto nelle categorie specializzate corrisponde ad una equa tutela della esigenza di controllo della qualità degli operatori, in relazione a prestazioni particolarmente significative, di cui è portatrice la stazione appaltante.

Per queste ragioni, va ritenuta compatibile con la direttiva 2004/18/CE la disciplina dei limiti del subappalto nelle categorie specializzate (e prevalenti), che configurano nell'ordinamento nazionale il subappalto come uno strumento di collaborazione "parziale" relativamente all'oggetto della categoria, perché ciò corrisponde ad un preciso ed apprezzabile interesse della Stazione appaltante, ai fini del controllo di qualità delle imprese concorrenti e partecipanti alla gara e del relativo rapporto che nasce dall'aggiudicazione, che non ammette la cessione del contratto o la sostituzione dell'appaltatore selezionato nella gara, se non alle condizioni di legge.

3. Come detto, la nuova disciplina non rappresenta uno sconvolgimento del precedente assetto. Tuttavia, l'introduzione della stessa ha generato alcuni dubbi interpretativi, che la sentenza in commento non affronta.

In particolare, resta ancora da comprendere se l'impresa generale munita di certificazione SOA per un importo non corrispondente all'intero ammontare della categoria superspecialistica, ma non inferiore al 70% dello stesso, possa prendere parte alla procedura concorsuale, dichiarando di avvalersi, per la parte eccedente la qualificazione, della facoltà di subappalto.

La norma non contribuisce a chiarire la problematica.

A tal proposito possono ipotizzarsi due ipotesi interpretative.

Una prima, secondo la quale l'impresa sarebbe legittimata a partecipare alla gara, atteso che la qualificazione posseduta dalla stessa è sufficiente a consentirle l'esecuzione delle relative lavorazioni della categoria "superspecialistica".

Una seconda, in base alla quale l'impresa non potrebbe partecipare alla gara in quanto – proprio come succede per la categoria prevalente – la qualificazione deve essere posseduta in relazione all'intero importo e ciò a prescindere dalla scelta di avvalersi o meno della facoltà di subappalto.

In attesa che arrivino indicazioni chiarificatrici dalla giurisprudenza, è opinione di chi scrive che la prima soluzione interpretativa appare essere quella maggiormente in linea con il dettato di legge.

Infatti, il richiamo alla disciplina riservata alla categoria prevalente contenuto all'articolo 37 del Codice dei contratti è operato solo al fine di individuare la misura della subappaltabilità delle relative lavorazioni. Più nel dettaglio, detto articolo, nel sancire la possibilità di subappaltare anche le lavorazioni di cui alle categorie superspecialistiche, fa riferimento "*ai limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo*", ossia alla misura massima di subappaltabilità della categoria prevalente.

Altri rinvii alla disciplina riservata alla categoria prevalente non figurano nell'articolo 37, comma 11, del Codice e, dunque, ogni tentativo di equiparazione integrale tra le due discipline potrebbe configurare una forzatura della volontà del legislatore².

² Di avviso contrario è A. Varlaro Sinisi, "*La nuova disciplina delle categorie <<superspecialistiche>>: l'analogia con la categoria prevalente*" in questa rivista, n. 37 del 29 settembre 2008.