

Subappalto

La dichiarazione di subappalto secondo il codice dei contratti pubblici

T.A.R. Sardegna, sez. I, 27 settembre 2007, n. 1764 - Pres. Numerico - Est. Silvestri - Impresa GPM Costruzioni ed altro c. Comunità montana n. 2 «Su Sassu Anglona Gallura» ed altri

Deve ritenersi non conforme all'art. 118, comma 2, n. 1), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (il quale prevede espressamente la possibilità di affidare in subappalto o in cottimo a condizione che «i concorrenti all'atto dell'offerta...abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero di servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo»), la dichiarazione del concorrente il quale si limiti genericamente ad affermare di voler subappaltare tutte le lavorazioni nel massimo consentito dalla legge, essendo per contro necessario che venga specificato in modo analitico e puntuale a quali lavori il concorrente intende riferirsi.

In caso di dichiarazione di subappalto non conforme a quanto previsto dall'art. 118, comma 2, n. 1), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la stazione appaltante non può, solo per questo, disporre l'esclusione dalla gara, in quanto la conseguenza dell'illegittimità della dichiarazione consiste nel divieto per il concorrente, in caso di aggiudicazione, di avvalersi dell'istituto del subappalto.

Deve essere escluso dalla gara il concorrente che presenti una dichiarazione di subappalto non conforme a quanto previsto dall'art. 118, comma 2, n. 1), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e nello stesso tempo non disponga dei necessari requisiti di partecipazione per le opere che intendeva subappaltare, in quanto in tale ipotesi l'impossibilità di utilizzare il subappalto si risolve in un difetto di un requisito soggettivo obbligatorio.

Diritto

La Impresa GPM Costruzioni e la Società cooperativa ICS impugnano gli atti con cui la Comunità montana intimata non ha approvato il verbale di aggiudicazione provvisoria a suo favore relativo alla gara avente ad oggetto lavori di ristrutturazione ex convento San Bonaventura, rinviando gli atti alla apposita commissione; impugnano altresì il successivo atto di approvazione del verbale e la aggiudicazione definitiva al controinteressato Conscoop - Consorzio di cooperative di produzione lavoro, nonché ogni altro presupposto compreso il bando di gara e il conseguente, anche se non conosciuto, contratto di appalto eventualmente stipulato in esecuzione di detta determinazione.

Secondo i ricorrenti, poiché il bando di gara prevedeva che i lavori appartenenti alla categoria OG11 fossero scorporabili, mentre quelli appartenenti alle categorie OS24 e OS23 erano espressamente scorporabili e/o subappaltabili, si dovrebbe riconoscere che per i primi fosse esclusa la subappaltabilità. Perciò, poiché la ditta Lai Giuseppe, partecipante alla gara, non possedeva i requisiti per tale categoria, avrebbe dovuto essere esclusa,

senza consentire la possibilità che tali lavori venissero subappaltati a terzi.

Perciò sarebbe illegittima la decisione dell'amministrazione di riammettere alla gara la ditta Lai Giuseppe, originariamente esclusa dalla commissione, la cui offerta aveva comportato, a seguito dei nuovi conteggi, la aggiudicazione al consorzio controinteressato.

Con i primi quattro motivi le società ricorrenti deducono dunque la illegittimità degli atti con cui, la stazione appaltante prima, e la commissione aggiudicatrice dopo, hanno ammesso alla gara la ditta Lai Giuseppe, ritenendo che la mancanza di qualificazione in capo a tale ditta per le opere di categoria OG11 potesse essere superata da una dichiarazione di voler subappaltare a terzi tali opere.

Inoltre, con il quinto motivo, le ricorrenti sostengono che, quand'anche si dovesse ritenere la possibilità in astratto di subappaltare anche le opere di categoria OG11, nel caso di specie sarebbe mancata la dichiarazione richiesta dall'articolo 118 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non potendo considerarsi tale la generica dichiarazione fatta dalla ditta Lai di voler subappaltare o concedere in cottimo «tutte le lavorazioni nel massimo consentito dalla legge»; oltretutto tale dichiarazione

era contenuta nella busta B, mentre il disciplinare di gara prevedeva che essa fosse contenuta nella busta A.

Al di là della interpretazione del bando di gara che preveda la scorporabilità di talune opere senza prevederne espressamente anche la subappaltabilità (si vedano: Cons. Stato sez. V, 6 giugno 2006, n. 3364, nonché sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2306), il Collegio ritiene che siano comunque determinanti le censure mosse con il quinto motivo.

Può senz'altro superarsi l'argomentazione con cui si rileva che la dichiarazione della ditta Lai di voler subappaltare era contenuta nella busta B anziché nella busta A, come richiesto dal disciplinare di gara; infatti, come sottolineato anche dalla commissione, l'errore era stato indotto dalla stessa amministrazione la quale, aveva predisposto il facsimile dei documenti da presentare in sede di gara inserendo la dichiarazione di subappalto nel documento relativo alla busta B anziché in quello relativo alla busta A.

Va invece accolta la censura nella parte in cui si deduce la genericità della dichiarazione con la quale la ditta si è limitata ad affermare di voler subappaltare o concedere in cottimo tutte le lavorazioni nel massimo consentito dalla legge.

Non è infatti condivisibile l'argomentazione della Comunità montana e del Consorzio controinteressato secondo cui tale dichiarazione era sufficientemente specifica, dovendosi appunto riferire a tutte le opere subappaltabili consentite dal bando e non vietate dalla legge perché l'art. 118, comma 2, punto 1, del D.Lgs. n. 163/2006 prevede espressamente la possibilità di affidare in subappalto o in cottimo a condizione che «i concorrenti all'atto dell'offerta [...] abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero di servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo».

Perciò la ditta non avrebbe potuto limitarsi a dichiarare genericamente di voler subappaltare tutti i lavori che la legge consente ma avrebbe dovuto specificare in modo analitico e puntuale a quali lavori intendesse riferirsi; in mancanza di tale specificazione non può dirsi soddisfatta la condizione richiesta dalla normativa in esame.

Peraltro il Collegio rileva che la corretta dichiarazione resa all'atto della presentazione dell'offerta in ordine alle opere che il concorrente si riserva di affidare in subappalto non costituisce di per sé un requisito essenziale per la partecipazione alla gara in quanto essa è solitamente finalizzata a consentire alla ditta partecipante di subappaltare certe opere o servizi puntualmente indicati; in mancanza di tale corretta dichiarazione la conseguenza immediata consiste nella impossibilità per la ditta, una volta che dovesse risultare aggiudicataria, di subappaltare le opere (Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 1999, n. 438).

Tuttavia qualora, come nel caso di specie, la ditta partecipante non posseda la qualificazione richiesta dal bando di gara in relazione a determinate opere, la impossibilità di utilizzare il subappalto per tali opere comporta la mancanza di un requisito soggettivo necessario, con conseguente esclusione dalla gara (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 5 maggio 2006, n. 3968; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 19 gennaio 2006, n. 42; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 3 novembre 1998, n. 2510).

In definitiva, la censura con cui si deduce la genericità della dichiarazione di subappalto e la conseguente mancanza di requisiti in capo alla ditta Lai risulta fondata ed il ricorso deve perciò essere accolto con conseguente annullamento dell'aggiudicazione impugnata, mentre le ulteriori censure possono rimanere assorbite.

Considerata la particolarità delle questioni esaminate le spese di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

IL COMMENTO

di Leonardo Masi

Il TAR Sardegna ha affrontato la questione, spesso generatrice di contenzioso, relativa al contenuto della dichiarazione di subappalto di cui all'art. 118, comma 2, n. 1) del codice dei contratti pubblici, norma già contenuta, negli stessi termini, nell'art. 18, comma 3, n. 1), L. 55/1990. La sentenza enuncia il principio per cui attraverso tale dichiarazione il concorrente non può limitarsi ad un'indicazione generica circa le opere che intende subappaltare, ma occorre che tale indicazione sia analitica e puntuale, quantomeno con un grado di specificità che consenta alla stazione appaltante di verificare se il ricorso al subappalto prospettato dall'aspirante aggiudicatario sia consentito dalla normativa vi-

gente. Quanto alla sanzione circa la non conformità della dichiarazione al precetto normativo, il TAR Sardegna ha confermato un orientamento ormai consolidato, in forza del quale tale sanzione non può essere individuata nell'esclusione dalla gara, bensì nel divieto di procedere al subappalto, salva l'ipotesi in cui il concorrente dichiarante non disponga dei requisiti di partecipazione per le opere che intendeva subappaltare, nel qual caso egli dovrà essere escluso per carenza di un requisito soggettivo di partecipazione.

La sentenza affronta inoltre la questione dell'ambito applicativo del divieto di subappalto contenuto nell'art. 37, comma 11, del codice dei contratti, ribadendo che esso è limitato alle opere specializzate, e quindi al-

le categorie speciali, e non anche alle opere di categoria generale, quale la OG 11.

Tale orientamento sembra tuttavia essere destinato a recedere alla luce di quanto previsto dallo schema di regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici, di prossima entrata in vigore.

Con la sentenza in commento, il TAR Sardegna ha risolto una vicenda contenziosa che aveva ad oggetto l'aggiudicazione, da parte di una comunità montana, dell'appalto dei lavori di ristrutturazione di un ex convento.

Uno dei soggetti risultati non aggiudicatari ha impugnato gli atti di gara, assumendo l'illegittima ammissione alla competizione selettiva di altro soggetto, il quale aveva, all'atto della presentazione dell'offerta, dichiarato l'intenzione di affidare in subappalto tutte le opere subappaltabili a termini di bando, tra le quali i lavori rientranti nella categoria OG11 (1). Il soggetto dichiarante, peraltro, non possedeva la qualificazione relativa alla predetta categoria, per cui era soltanto attraverso lo strumento del subappalto che egli poteva conseguire la qualificazione richiesta.

In particolare, il ricorrente, tra le varie censure, ha sollevato quella, poi accolta dal collegio cagliaritano, per cui la dichiarazione di subappalto resa dal concorrente della cui mancata esclusione egli si doleva, aveva un contenuto non conforme all'art. 118, comma 2, n. 1) del codice dei contratti pubblici, per non essere tale dichiarazione sufficientemente dettagliata in ordine alle opere che la ditta partecipante intendeva subappaltare in caso di aggiudicazione.

Il TAR Sardegna, accogliendo il motivo, ha rilevato come la dichiarazione della ditta controinteressata di voler subappaltare «tutte le lavorazioni nel massimo consentito dalla legge» fosse da ritenersi generica e quindi non rispettosa del dettato contenuto nell'art. 118, comma 2, n. 1) D.Lgs. n. 163/2006, secondo il quale è necessario, ai fini dell'affidamento in subappalto, che «i concorrenti all'atto dell'offerta ... abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero di servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo» (2).

Talché la ditta avrebbe dovuto indicare analiticamente le opere da subappaltare e non certo limitarsi ad un mero richiamo al «massimo consentito dalla legge».

Il percorso argomentativo della decisione annotata si sviluppa poi attraverso la considerazione per cui, conformemente alla giurisprudenza consolidata sul punto, la conseguenza della non conformità della dichiarazione di subappalto rispetto a quanto previsto dalla norma non è tanto quella dell'esclusione dalla gara, quanto quella del divieto di procedere al subappalto in caso di aggiudicazione. Sennonché, nella fattispecie, l'impossibilità di procedere al subappalto quale precipitato dell'illegittimità della dichiarazione, si risolveva nella carenza dei re-

quisiti soggettivi di partecipazione, atteso che - come detto - la ditta in questione non possedeva la qualificazione per la categoria di opere di categoria generale che intendeva subappaltare, con la conseguenza che la ditta andava appunto, come rilevato dalla ricorrente, esclusa dalla selezione.

Altra questione sollevata dai ricorrenti, e trattata invero solo incidentalmente dal TAR, è quella della subappaltabilità o meno delle opere della categoria OG11 alla luce del divieto di subappalto contenuto nell'art. 37, comma 11, D.Lgs. n. 163/2006, argomento sul quale, tuttavia, specie alla luce delle novità normative che si stagliano all'orizzonte, sarà opportuno dedicare la parte conclusiva del presente lavoro.

Il contenuto della dichiarazione di subappalto e le conseguenze della sua illegittimità

La questione centrale risolta dalla decisione che si annota riguarda il contenuto della dichiarazione ex art. 118, comma 2, n. 1) del codice dei contratti pubblici, attraverso la quale l'impresa partecipante è tenuta ad indicare le opere che intende subappaltare a terzi (3).

Più in particolare, la decisione del TAR Sardegna apporta un contributo, vedremo subito in quali termini, al processo di individuazione del grado di analiticità che deve caratterizzare la dichiarazione in parola, rispetto alla quale la norma non offre specificazioni di sorta, limitandosi per contro a stabilire che il concorrente è tenuto ad indicare, all'atto dell'offerta, «i lavori o le parti di opere» che intende subappaltare.

Può essere d'aiuto segnalare, per ricostruire il quadro in cui la dichiarazione in discussione si inserisce, che tale adempimento risulta oggi l'unico cui è soggetto il concorrente (4), mentre gli altri previsti dai numeri 2) e 3) del comma 2 dell'art. 118, vale a dire il deposito del contratto di subappalto e la dichiarazione del possesso dei requisiti di qualificazione in capo al subappaltato-

Note:

(1) La categoria OG11, secondo quanto previsto dall'allegato A al D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, «Riguarda la fornitura, il montaggio e la manutenzione o la ristrutturazione di un insieme coordinato di impianti di riscaldamento, di ventilazione e condizionamento del clima, di impianti idrico sanitari, di cucine, di lavanderie, del gas ed antincendio, di impianti pneumatici, di impianti antintrusione, di impianti elettrici, telefonici, radiotelefonici, televisivi nonché di reti di trasmissione dati e simili, completi di ogni connessa opera muraria, complementare o accessoria, da realizzarsi congiuntamente in interventi appartenenti alle categorie generali che siano stati già realizzati o siano in corso di costruzione».

(2) La norma era contenuta, sostanzialmente negli stessi termini, nell'art. 18, comma 3, n. 1), L. 19 marzo 1990, n. 55, come modificato dall'art. 9, L. 18 novembre 1998, n. 415.

(3) Sull'istituto del subappalto, di cui non è possibile in questa sede offrire un dettagliato quadro ricostruttivo, v. A. Valletti, *Il subappalto*, Milano 2005; A. Cianfione, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 317 ss.; F. Caringella, *Il subappalto*, in A.A.VV., *La nuova disciplina sui lavori pubblici*, a cura di F. Caringella e G. De Marzo, Milano, 1404.

(4) Non essendo più richiesto, per effetto della modifica apportata dall'art. 9 della L. Merloni-ter all'art. 34 della L. n. 109/1994, l'indicazione, in sede di offerta, dei nominativi degli eventuali subappaltatori.

re, presuppongono la già intervenuta aggiudicazione, come si evince chiaramente dalla norma, la quale appunto richiede tali due adempimenti all'«affidatario», mentre il requisito prescritto dal n. 4), vale a dire l'assenza dei divieti di cui all'10, L. n. 575/1965, deve anch'esso intendersi quale verificabile ad aggiudicazione avvenuta.

Ciò detto, può rilevarsi che la *ratio* della persistenza della necessità di indicare sotto il profilo qualitativo e quantitativo i lavori o le opere da subappaltare debba ricavarsi nell'esigenza dell'ente aggiudicatore di verificare che l'oggetto del subappalto sia contenuto nei limiti previsti dalla normativa vigente.

A tale proposito, si osserva che se da un lato l'art. 118, comma 1, del codice ribadisce il principio per cui i soggetti affidatari sono tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori, dall'altro conferma, al comma 2, secondo periodo, che «tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo», tuttavia con le limitazioni previste dalle disposizioni che, in casi particolari, stabiliscono il divieto di subappalto (5).

Tornando al livello di specificità richiesto alla dichiarazione di cui all'art. 118, comma 2, n. 1) del codice, pur nel silenzio del legislatore, la sentenza che si annota ha ritenuto non conforme al precetto normativo la mera indicazione di volersi avvalere del subappalto nei limiti consentiti dalla legge.

Invero, dalla ricostruzione del fatto contenuta nella sentenza, non è dato cogliere se nella fattispecie concreta l'impresa si fosse limitata ad indicare genericamente di voler subappaltare tutte le opere subappaltabili, oppure se avesse comunque fatto riferimento alla categoria OG11, volendo intendere di voler subappaltare tutte le lavorazioni rientranti in tale categoria e previste dal bando.

Nel primo caso, che pare di capire sia quello verificatosi, non v'è dubbio che la stazione appaltante non fosse nelle condizioni di poter evincere l'oggetto dell'eventuale subappalto, talché la frustrazione della funzione attribuita alla dichiarazione di cui trattasi, come ricostruita in precedenza, conseguendone la correttezza delle conclusioni cui è giunta la sentenza annotata.

Nella diversa ipotesi in cui, invece, un concorrente indichi la categoria, aggiungendo che intende subappaltare tutte le opere che rientrano in quella categoria, pare ragionevole ritenere che, pur senza l'indicazione analitica delle opere, il richiamo *per relationem* alla categoria sia sufficiente per consentire alla stazione appaltante di cogliere l'oggetto dell'eventuale subappalto.

Diversamente, una volta indicato dal concorrente che tutte le opere di una determinata categoria saranno affidate ad un subappaltatore, l'imposizione dell'obbligo della loro elencazione in sede di offerta si risolverebbe in una mera ripetizione del contenuto del bando o del capitolato dei lavori.

Tale impostazione, peraltro, può trovare un riscontro nei principi enucleati dal codice, specie quello di eco-

nomicità che deve presiedere nell'affidamento dei lavori (art. 2), principio il quale a sua volta si traduce all'atto pratico in quello del *favor participationis*, cosicché anche il subappalto, quale strumento consentito dall'ordinamento anche per ovviare a carenze di requisiti soggettivi, rappresenta istituto strumentale al perseguimento di tale evocata esigenza.

Se così è, sarebbe dissonante l'imposizione ai concorrenti, ai fini della subappaltabilità delle opere, di incombenzi ultronei e non necessari rispetto agli intenti perseguiti dalla norma di cui si discorre (6).

In definitiva, risulta che la questione della corretta applicazione dell'art. 118, comma 2, n. 1) e in particolare circa il contenuto della dichiarazione, si risolve nella maggior parte dei casi in una questione di fatto, essendo chiamati, gli enti aggiudicatori, ad operare di volta in volta un equilibrato contemperamento tra il principio della massima partecipazione e quello della necessaria individuazione dell'oggetto del subappalto.

Un criterio applicativo che appare ragionevole potrebbe essere quello per cui possono ritenersi conformi al dettato normativo quelle dichiarazioni di subappalto che, anche attraverso chiari ed inequivoci richiami, consentano comunque alla stazione appaltante, pur in assenza di un'elencazione analitica, di cogliere senza incertezza l'oggetto dei lavori che saranno materialmente svolti da terzi rispetto al soggetto aggiudicatario.

Tale criterio è quello adoperato da una recente giurisprudenza la quale, richiamato il principio di massima partecipazione, afferma che, a prescindere dal tenore delle espressioni usate, sia da considerarsi legittima la dichiarazione nella quale il partecipante «abbia comunque provveduto a fornire alla stazione appaltante gli elementi necessari per individuare univocamente le lavorazioni da subappaltare» (7).

Ciò detto, è anche doveroso segnalare che la decisione annotata, la quale in termini perentori ha stigmatizzato la genericità della dichiarazione di voler cedere in subappalto tutte le opere consentite dalla legge, risulta di fatto contraddittoria con altra resa soltanto un anno prima dallo stesso TAR Sardegna, il quale ebbe a stabilire che, in forza del principio della massima partecipazione, doveva ritenersi conforme al precetto normativo la dichiarazione di un'impresa la quale aveva indicato di voler subappaltare «parte delle opere civili, parte dei montaggi elettrici e parte dei montaggi meccanici», sen-

Notes:

(5) Tra le quali, ad esempio l'art. 37, comma 11, del codice, oppure lo stesso art. 118, comma 2, terzo periodo, integrato dall'art. 141, comma 1, D.P.R. n. 554/1999, circa il limite del 30% per le opere della categoria prevalente.

(6) T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 7 gennaio 2003, n. 22, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 294.

(7) T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 8 maggio 2007, n. 386, in www.giustizia-amministrativa.it.

za quindi indicare nello specifico quali opere avrebbero costituito oggetto di subappalto (8).

Quanto alla sanzione per il caso di incompletezza della dichiarazione di subappalto, nello stabilire che essa è limitata al divieto di avvalersi del subappalto e non può trascendere nell'esclusione dalla gara, il TAR Sardegna si pone nel solco ormai tracciato da una plurennale giurisprudenza (9).

Si tratta di una soluzione che, da un lato, privilegia il principio della massima partecipazione rispetto ad un rigido formalismo, e, dall'altro, si pone in termini conformi al dettato normativo, il quale non prevede che la dichiarazione di subappalto rappresenti requisito di partecipazione, bensì soltanto adempimento cui è soggetto il concorrente che intende ricorrere a terzi per eseguire parte dei lavori.

Naturalmente, già da tempo, la giurisprudenza aveva sottolineato, ed il TAR Sardegna lo ribadisce, che se il concorrente la cui dichiarazione di subappalto viene censurata non dispone della qualificazione per le opere che intendeva subappaltare, e se tale qualificazione risulti necessaria, egli deve essere escluso, emergendo la propria carenza di requisiti soggettivi di partecipazione (10).

Resta peraltro non contestato quanto affermato da alcuna giurisprudenza circa la possibilità, comunque, per la stazione appaltante di imporre la correttezza della documentazione concernente il subappalto a pena di esclusione, con la conseguenza che, in tali ipotesi, laddove la dichiarazione sia incompleta, scatta in ogni caso, e cioè a prescindere dal possesso o meno, da parte del dichiarante, dei requisiti di partecipazione in relazione alle opere da subappaltare, la sanzione dell'estromissione dalla procedura (11).

Il divieto di subappalto contenuto nell'art. 37, comma 11, D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163

La sentenza in commento affronta poi, invero solo incidentalmente, una problematica che allo stato deve reputarsi tuttora d'interesse, atteso un contrasto giurisprudenziale non compiutamente risolto. Si tratta dell'ambito di applicabilità dell'art. 37 comma 11 del codice dei contratti pubblici (12), norma mutuata dall'art. 13, comma 7 della legge Merloni, ed in particolare se il divieto di subappalto ivi contenuto operi con esclusivo riferimento ai lavori rientranti nelle categorie di opere speciali, oppure sia esteso anche a lavori di categorie generali, laddove abbiano un apprezzabile contenuto tecnologico - specialistico.

Il TAR Sardegna, nel soffermarsi sulla questione, l'ha trattata sotto il profilo che le si presentava, ed ha quindi rilevato come il divieto di subappalto codificato dal legislatore non operi per i lavori di cui alla categoria OG11.

Benché non esplicitate, si deve presumere che le ragioni di una tale conclusione risiedano su di un'interpretazione restrittiva della norma in discorso, in base al-

la quale, laddove il legislatore ha fatto riferimento a «opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali», si sarebbe riferito esclusivamente alle opere di cui all'art. 72, comma 4, D.P.R. n. 554/1999 e quindi alle categorie speciali poi elencate nell'allegato A del D.P.R. n. 34/2000, e non anche alle opere generali quali, appunto, quelle della categoria OG11.

Con l'ulteriore conseguenza che sarebbe da considerarsi illegittimo il divieto di subappalto esteso ad opere di categoria generale, come peraltro rilevato da alcuni precedenti (13).

Note:

(8) T.A.R. Sardegna, sez. I, 14 luglio 2006, n. 1463, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 2720, secondo cui «In attuazione di un generale principio di *favor participationis*, finalizzato ad assicurare la massima partecipazione possibile delle imprese concorrenti ad una gara per l'affidamento di lavori pubblici, la dichiarazione di subappalto dell'impresa capogruppo deve intendersi comprensiva delle opere scorporabili, per le quali la necessaria qualificazione sia posseduta dall'impresa subappaltatrice e non dall'impresa dichiarante, ancorché queste non siano state specificamente indicate».

(9) Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 1999, n. 438, in questa *Rivista*, 2000, 756, con nota di Zgagliardich; C.G.A. Sicilia, 13 febbraio 2007, n. 30, in *www.lexitalia.it*, 2/2007; T.A.R. Sardegna, sez. I, 23 marzo 2004, n. 432; T.A.R. Liguria, sez. I, 13 luglio 2006, n. 829, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 2393; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 7 luglio 2006, n. 1111, in *Foro Amm.*, 2006, 2713; T.A.R. Campania, sez. I, 22 ottobre 2002, n. 6560, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 3324. V. in senso contrario Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 1999, n. 639, in *www.lexitalia.it*, su fattispecie relativa alla mancata produzione di certificazione relativa al subappaltatore.

(10) Negli stessi esatti termini si erano espressi Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 557, in *Riv. Giur. Edil.*, 2004, I, 1475; T.A.R. Campania, sez. I, 5 maggio 2006, n. 3968, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 1795; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 19 gennaio 2006, n. 42, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 402; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 9 aprile 2002, n. 638, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 1419; T.A.R. Piemonte, sez. II, 30 novembre 2001, n. 2248, in *Foro Amm. TAR*, 2001, 2893. In dottrina, in senso conforme, Geninarti Satè, *Commento all'art. 118*, in AA.VV., *Codice dei Contratti Pubblici*, Milano 2007, 1154; M. Zoppoloto, *Commento all'art. 34*, in AA.VV., *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni - quater)*, Milano 2003, 900.

(11) Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2001, n. 5602, in *Foro Amm.*, 2001, 2821.

(12) «Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrano, 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 altresì in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori, esse non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari».

(13) Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2004, n. 6701, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 413 secondo cui «L'art. 74 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 prevede la possibilità dell'impresa aggiudicataria, in possesso della qualificazione in categoria prevalente, di eseguire direttamente tutte le lavorazioni se in possesso delle adeguate qualificazioni o subappaltare dette lavorazioni a imprese in possesso delle relative qualificazioni, salvo quanto stabilito dall'art. 13, comma 7, della L. n. 109 del 1994. La norma in questione sembra, quindi, indicare che le opere generali sono sempre subappaltabili, salvo il divieto di cui all'art. 13, comma 7, della L. n. 109 del 1994, ma detto limite si riferisce testualmente alle sole opere speciali e non alle opere di categoria generale (qual è, in particolare, la OG11 - Impianti tecnologici - inserita nell'all. A al D.P.R. n. 34 del 2000 espressamente fra le categorie di opere generali); in termini Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2003, n. 4382, in *Foro Amm.*, 2003, 2821. (segue)

Il contrasto giurisprudenziale cui si è accennato è reso evidente dal rinvenimento nei repertori di un orientamento di segno opposto, nel senso cioè che, per quanto il divieto di subappalto ex art. 37, comma 1 del codice possa intendersi come riferito non alle categorie generali, non per questo è vietato alle stazioni appaltanti, da un lato, di individuare, all'interno di tali categorie, «lavorazioni ed opere riconducibili alle categorie speciali, per quali, in relazione alla rilevanza del loro peso nell'ambito dell'appalto, prevalgono esigenze di controllo della professionalità dell'esecutore» (14), e dall'altro, più in generale, di prevedere divieti di subappalto ulteriori rispetto a quello codificato dalla norma di cui si discute (15).

Una tale estensiva interpretazione può contare sui chiarimenti di pari tenore resi dall'Autorità con la deliberazione 18 dicembre 2002, n. 31 (16).

Quale sia, allo stato, l'opzione interpretativa preferibile è questione oggettivamente opinabile, anche se non può lasciare indifferenti l'argomento per cui l'interpretazione restrittiva delle norme che vietano il subappalto è quella più conforme al diritto comunitario, dal quale è evincibile il principio per cui, nella verifica delle capacità, rileva il fatto di poterne effettivamente disporre, avvalendosi se del caso delle referenze di altre imprese (17).

Vi è peraltro da rilevare che i termini della questione sono destinati a mutare radicalmente per effetto del prossimo sopravvenire del regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici, il cui schema è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 luglio 2007 e sul quale si è pronunciato il Consiglio di Stato con il parere n. 3267 del 17 settembre 2007.

Infatti, nel regime attuale, l'art. 72, comma 4 del D.P.R. n. 554/1999 afferma testualmente - è da ritenersi anche ai fini dell'applicazione dell'art. 13, comma 7, L. Merloni, ed oggi dell'art. 37, comma 11, del codice - che si considerano «strutture, impianti e opere speciali» soltanto le «opere specializzate» di importo superiore a 150.000 euro o al 10% dell'importo complessivo dell'appalto ed elencate nelle lettere da a) a p).

Ne deriva, anche in forza di tale dato testuale, che appare assai plausibile, tra quelle in conflitto, la tesi per cui il divieto di subappalto in parola si riferisca esclusivamente alle categorie OS, in quanto appunto «opere specializzate».

Senonché, nello schema del regolamento attuativo del codice, l'art. 107 (ove è confluito il precedente art. 72, D.P.R. n. 554/1999) prevede che «Si considerano strutture, impianti e opere speciali, le opere generali e specializzate se di importo superiore a quelli indicati nell'art. 108, comma 3 (che restano quelli di cui all'art. 73, comma 3, del D.P.R., n.d.r.) di seguito sinteticamente descritte e corrispondenti alle categorie individuate nell'allegato A con l'acronimo OG o OS qui riportato».

Per cui, anche le opere di categoria generale vengono inserite *expressis verbis* nella definizione di «strutture, impianti ed opere speciali», se indicate nell'elenco di cui all'art. 107, comma 4 dell'emanando regolamento.

In tale elenco, alla lett. h), vi è il riferimento alla categoria OG 12 (bonifica ambientale di materiali tossici e nocivi), mentre alla lett. r), sono elencate opere rientranti nella categoria OG 11.

Ne deriva che una volta entrato in vigore il regolamento (che recepisce pienamente i segnali contenuti nella citata deliberazione dell'Autorità n. 31/2002), il divieto di subappalto di cui all'art. 37, comma 11 del codice non risulterà più limitato alle sole opere di categorie speciali, ma anche a quelle della categoria OG 11 e OG 12, se rientranti in quelle descritte alle lettere h) ed r) dell'art. 107, comma 4, del nuovo regolamento.

Tali opere saranno comunque subappaltabili se di importo inferiore al 15% del valore complessivo dell'appalto, come previsto dall'art. 109, comma 3, ultimo periodo del nuovo regolamento, che pertanto si allinea al tenore dell'art. 37, comma 11 del codice.

Note:

(segue nota 13)

tobre 2002, n. 5976, in *Foro Amm. CdS*, 2002, 2482; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 1346.

(14) T.A.R. Lazio, sez. II-bis, 1° ottobre 2007, n. 9504, in *www.lexitalia.it* 10/2007. La decisione si pone sul solco tracciato da quanto deciso da Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2006, n. 3364, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 1799 secondo la quale è appunto legittima la clausola di un bando che vieti il subappalto in relazione ad opere diverse da quelle cui fa (ceva) riferimento l'art. 13, comma 7, L. n. 109/1994.

(15) Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2006, n. 3364, cit.: «Il disposto di cui all'art. 13, comma 7, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, che inibisce il subappalto per le opere di cui all'art. 74, comma 4, della stessa legge, non implica affatto che le opere diverse da quelle in esso considerate non possano costituire oggetto di un divieto di subappalto imposto dalla stazione appaltante, che intenda garantirsi, disponendo che determinate opere sono scorribili ma non subappaltabili, il diretto controllo, ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, dei requisiti di carattere soggettivo ed oggettivo dell'impresa chiamata ad eseguire una parte dell'appalto alla quale connette un autonomo ed importante rilievo».

(16) «La correttezza di questa interpretazione trova fondamento oltre che nelle considerazioni esposte nelle determinazioni del 20 dicembre 2001, n. 25, e del 16 ottobre 2002, n. 27, anche dal fatto che l'ordinamento (art. 13, comma 7, della L. n. 109/1994 e successive modifiche) prevede il divieto di subappalto e, di conseguenza, l'obbligo per l'aggiudicatario di essere in possesso della relativa qualificazione, sulla base della ricorrenza di due elementi: le lavorazioni siano relative ad «opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica quali strutture, impianti ed opere speciali» e che esse «superino altresì in valore il 15% dell'importo totale dei lavori». Non si può negare che il contenuto tecnologico o la complessità tecnica della categoria OG3 non è minore di quelli della categoria OS13 e OS18 e così per la categoria OG1 e OS4; e, quindi, una interpretazione logico-sistematica della disposizione non può portare ad affermare altro che l'eccezione alla subappaltabilità riguarda sicuramente le categorie di cui all'art. 72, comma 4, del D.P.R. n. 554/1999 ma anche le categorie di opere generali che presentano l'indicata medesima caratterizzazione di specializzazione». Tale deliberazione, nella parte in cui riteneva non subappaltabili le opere di categoria generali di importo superiore del 15% del valore dell'appalto, è stata vivacemente criticata in dottrina, v. M. Zoppoloto, *Commento all'art. 34*, in *AA.VV., Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, cit., 915.

(17) Testimoniato, tra l'altro, della codificazione dell'istituto di origine giurisprudenziale comunitaria dell'avvalimento, che oggi trova sistematica disciplina nell'art. 49 del codice dei contratti pubblici e di cui non è possibile in questa sede offrire un contributo ricostruttivo dettagliato.