

Palazzo Spada chiarisce la ratio del divieto di subappalto e afferma la discrezionalità della P.A. nello stabilirne i limiti

di Francesco Calzetta

Data di pubblicazione: 20-7-2013

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 luglio 2013, n. 3857

Presidente Giaccardi; Estensore Rocco

La disciplina del subappalto, in forza dell'art. 118 comma 2 e dell'art. 37 comma 11 del D.L.vo. n. 163/2006, è identica per la categoria prevalente e per le categorie ad alto contenuto tecnologico (SIOS), e prevede il limite del 30% dell'importo totale della categoria come quota subappaltabile, e il possesso della qualifica specifica per l'esecuzione dell'opera in questione sia in capo all'affidatario che al subappaltatore.

La normativa del d.lgs. n. 163/2006 relativa al subappalto intende stabilire il limite massimo alla facoltà di subappaltare parti dell'opera, restando nella discrezionalità della stazione appaltante la facoltà di fissare limiti più stringenti, nel bando, sindacabili sotto il profilo della ragionevolezza.

La ratio del divieto e dei limiti al subappalto non è solo quella di tutelare l'interesse dell'Amministrazione all'immutabilità dell'affidatario, ma anche di non eludere lo scopo della procedura di selezione, che sarebbe vanificato qualora nella fase esecutiva dei lavori si pervenisse alla sostanziale sostituzione dell'affidatario con il subappaltatore.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3875 del 2012, proposto da: ?Protesio S.p.a., in proprio e nonché quale mandataria del costituendo raggruppamento di imprese con la Pagano & Ascolillo S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Ettore Notti, con domicilio eletto in Roma presso lo studio dell'Avv. Maria Carmela Filice, via Tarvisio, 2;

contro

Anas Spa, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12; Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc.Coop. p..A.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Roma, Sez. III, n. 3346 dd. 12 aprile 2012, resa tra le parti e concernente affidamento lavori di adeguamento alle attuali normative degli impianti di illuminazione ventilazione cabine MT/BT.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2013 il Cons. Fulvio Rocco e uditi per l'appellante Protesio S.p.a. l'Avv. Ettore Notti e per l'appellata Anas S.p.a. l'Avvocato dello Stato Melania Nicoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Anas S.p.a. ha emesso un bando di gara pubblicato sulla Gazzetta delle Comunità Europee dd. 6 marzo 2009 ed avente ad oggetto una procedura ristretta per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dell'adeguamento alle attuali normative di sicurezza degli impianti di illuminazione, ventilazione e cabine MT/BT (trasformazione da linea elettrica a media tensione - MT a linea elettrica a bassa tensione - BT), nonché degli impianti ed opere civili a servizio delle gallerie Varano e Privati della Strada Statale n. 145 "Sorrentina", lunghe rispettivamente 1.500 metri circa e 2.000 metri circa, ed entrambi sovente teatro di gravi incidenti stradali.

Il metodo di aggiudicazione stabilito era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per quanto qui segnatamente interessa, il bando di gara prevedeva al § II. 2.1 quale categoria prevalente la OG 11, classifica VI; classifica VII con riferimento all'intero ammontare dell'appalto, nonché per la categoria OS 9 la classifica IV subappaltabile nel limite del 30% del suo importo a' sensi dell'art.37, comma 11, del D.L.vo 12 luglio 2006 n. 163 a qualificazione obbligatoria.

A tale procedimento di scelta del contraente ha partecipato anche il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese formato dalla Protesio S.p.a. (capogruppo mandante) e dalla Pagano & Ascolillo S.p.a. (d'ora in poi, per semplicità Protesio) la cui offerta è stata tuttavia esclusa in quanto la stazione appaltante aveva accertato che con riferimento alle opere rientranti nella categoria OS9 il raggruppamento medesimo intendeva subappaltare le stesse nel limite del 30%, così come previsto dalla *lex specialis* di gara mentre per la residua percentuale del 70% non possedeva la prescritta qualifica.

1.2. In dipendenza di ciò, Protesio ha chiesto con ricorso proposto sub R.G. 3386 del 2010 innanzi al T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, l'annullamento della nota di Anas S.p.a. Prot. CdG-0053478-p dd. 12 aprile 2010 recante la propria esclusione dalla gara anzidetta, nonché di tutti gli atti presupposti e conseguenti, e in particolare del bando e del disciplinare di gara in relazione alla richiesta di qualificazione e di limitazione/divieto ex art.37, comma 11, del D.L.vo 163 del 2006 per la categoria scorponabile OS9.

Protesio ha – altresì – chiesto la condanna di Anas S.p.a. al risarcimento del danno in forma specifica, o, in via subordinata per equivalente.

La ricorrente in primo grado ha dedotto al riguardo l'avvenuta violazione dell'art.37 del D.L.vo 163 del 2006, l'avvenuta violazione degli allora vigenti artt. 72 e 74 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, l'avvenuta violazione della L. 7 agosto 1990 n. 241, nonché eccesso di potere per motivazione apparente e/o illogica, omessa istruttoria, travisamento dei fatti e violazione del giusto procedimento.

1.3. Con motivi aggiunti di ricorso, susseguentemente proposti, Protesio ha anche impugnato

l'aggiudicazione definitiva disposta a favore del

Successivamente l'odierna istante ha proposto motivi aggiunti di doglianza con cui ha impugnato l'aggiudicazione definitiva dei lavori in questione *medio tempore* intervenuta a favore del Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc.Coop. p.A., deducendone sostanzialmente l'illegittimità derivata.

1.4. Si è costituita in tale giudizio di primo grado Anas S.p.a., replicando puntualmente alle censure di Protesio e concludendo per la reiezione del ricorso.

1.5. Con ordinanza n. 1877 dd. 29 aprile 2010 la Sez. III dell'adito T.A.R. ha respinto la domanda di sospensione cautelare degli atti impugnati, *"considerato, ad una prima deliberazione, che la determinazione impugnata, assunta in relazione a categoria di lavori a qualificazione obbligatoria, pare non contrastante con la lex specialis di gara"*.

1.6. Tale statuizione cautelare è stata confermata in sede d'appello con ordinanza n. 2853 dd. 22 giugno 2010 da questa stessa Sezione, *"considerato che ad una prima, sommaria deliberazione tipica della fase cautelare, l'appello e la domanda di sospensiva dell'ordinanza del TAR non appaiono assistiti da adeguato "fumus"; ritenuto, infatti, che non possano confondersi gli aspetti del subappalto con quelli della qualificazione; considerato, al riguardo, che l'articolo 37, comma 11, del D.L.vo 163 del 2006, nel prevedere che quando per l'appalto siano "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", affida contestualmente al regolamento il compito di definire "l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione", presupponendo che comunque i requisiti di specializzazione debbano essere posseduti dall'esecutore; rilevato che l'articolo 74, comma 2, del Regolamento di cui al D.P.R. n. 554 del 1999 stabilisce che "le lavorazioni relative a opere generali e a strutture, impianti ed opere speciali di cui all'articolo 72, comma 4, indicate nel bando di gara, non possono essere eseguite direttamente dalle imprese qualificate per la sola categoria prevalente, se prive delle relative adeguate qualificazioni"; rilevato ulteriormente che al punto II.2.1), nell'ambito delle "ulteriori categorie" (oltre, cioè quella prevalente OG11) per la categoria OS9 il bando di gara indicava tassativamente e chiaramente la classifica IV "a qualificazione obbligatoria", subappaltabile nel limite del 30% di cui al citato art. 37 del D.L.vo 163 del 2001; ritenuto che tale clausola non appare contrastante con le fonti primarie e secondarie, le quali prescrivono comunque la qualificazione del partecipante, indipendentemente dalla possibilità di subappaltare parte dei lavori"*.

1.7. Con sentenza n. 3346 dd. 12 aprile 2012 la medesima Sez. III dell'adito T.A.R. ha respinto il ricorso proposto da Protesio, compensando integralmente tra le parti le spese di tale primo grado di giudizio.

2.1. Con l'appello in epigrafe Protesio chiede ora la riforma di tale sentenza, reiterando in buona sostanza le proprie censure proposte in primo grado e riferendole al contenuto della

sentenza medesima.

Protesio ha pure riproposto la precedente sua domanda di risarcimento del danno.

2.2. Si è costituita in tale ulteriore grado di giudizio Anas S.p.a., concludendo per la reiezione dell'appello.

3. Alla pubblica udienza del 19 febbraio 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

4.1. Tutto ciò premesso, l'appello in epigrafe va respinto.

4.2. Giova innanzitutto premettere che a seguito della procedura di infrazione di cui alla nota della Commissione C (2008) 0108 del 30 gennaio 2008, secondo la quale l'ordinamento italiano violava la disciplina di fonte comunitaria nella misura in cui per le opere specializzate vietava il subappalto ed imponeva una forma giuridica determinata per le imprese partecipanti alle gare, ossia il raggruppamento temporaneo di tipo verticale, è stato introdotto per effetto dell'art. 1, comma 1, lettera h), del D.L.vo 11 settembre 2008 n. 152 un nuovo testo che integralmente sostituisce l'art. 37, comma 11, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e che così dispone: *“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 (SIOS), 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”* (ossia entro il limite massimo del 30% dell'importo della lavorazione specializzata).

In tal modo è stata pertanto sostanzialmente equiparata la disciplina della subappaltabilità delle opere specializzate a quella della categoria prevalente, laddove nella precedente formulazione dello stesso comma 11 il subappalto era comunque vietato per lavorazioni specializzate superiori al 15 % dell'importo totale dei lavori.

La sussistenza di un limite quantitativo percentuale alla facoltà di collaborazione tra imprese nell'ambito del subappalto nelle opere specializzate o della categoria prevalente risponde ad un opportuno contemperamento delle esigenze di controllo dell'Amministrazione circa il possesso dei requisiti dei concorrenti alla gara con le necessità proprie della libertà degli operatori economici di organizzazione e di collaborazione, tutelate in linea di principio dalla disciplina di fonte comunitaria.

Va peraltro denotato che la giurisprudenza comunitaria da tempo non esclude in assoluto la compatibilità di limitazioni al subappalto con i principi del Trattato UE, affermando in tal senso (seppure in materia di servizi, ma con una formulazione che risponde ad una valenza generale nel *“sistema”* degli affidamenti pubblici) che il divieto di subappalto per l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto non è contrario alla fonte comunitaria 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).

Va quindi da subito precisato che 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, altrimenti, si produrrebbe un'alterazione significativa del sinallagma contrattuale tra amministrazione affidante e impresa aggiudicataria, in relazione ad una prestazione intrinsecamente caratterizzante la natura stessa dell'affidamento e, quindi, 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 novellata disciplina di cui all'art. 37, comma 11, del D.L.vo 163 del 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 - nell'ipotesi di appalto - della rilevanza soggettiva dell'appaltatore nella esecuzione dell'appalto.

In tal senso, perciò, la predeterminazione legale di un limite quantitativo per il ricorso al subappalto nelle categorie specializzate (SIOS) corrisponde ad un'equa tutela della esigenza di controllo della qualità degli operatori, in relazione a prestazioni particolarmente significative, di cui è portatrice la stazione appaltante.

Va – altresì – ritenuta compatibile anche 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: e ciò in quanto 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, il quale non ammette la cessione del contratto o la sostituzione dell'appaltatore selezionato nella gara, se non alle condizioni di legge.

4.3.1. Ciò posto, secondo la prospettazione dell'appellante, la sentenza impugnata muoverebbe da una premessa di ordine logico viziata di ultrapetizione, laddove non potendo diversamente argomentare per infondatezza sia la impugnazione del bando per irragionevolezza sia la censura a mente della quale la categoria OS9 non è una SIOS anche nel vigore del nuovo regolamento, perverrebbe a sostituirsi alla stazione appaltante e affermando che quest'ultima ben può limitare il subappalto nelle lavorazioni ad elevata tecnologia anche se non SIOS.

La stessa appellante ammette che *"in teoria un ragionamento del genere appare logico"* (così a pag. 9 dell'atto introduttivo del presente grado di giudizio), ma resterebbe impregiudicato il rilievo che in nessuna parte del bando o della *lex specialis* esiste una siffatta argomentazione ovvero una motivata e palese esigenza di tal fatta, per cui l'argomentazione esposta in motivazione risulterebbe chiaramente affetta da ultrapetizione.

Protesio ribadisce al riguardo di aver specificato nel giudizio di primo grado che il bando di gara ammetteva a partecipare anche le imprese in possesso di classifica VII o superiore della lavorazione prevalente e che la pur in astratto legittima - ma non ammessa - circostanza, secondo cui il divieto ex art 37 comma 11 del D.L.vo 163 del 2006 relativo alla categoria OS 9

di importo superiore al 15% si poneva comunque quale vizio di eccesso di potere per la immotivata sua necessità, mai esplicitata.

Protesio al riguardo rimarca che sia il D.L.vo 152 del 2008, sia gli artt. 72 e 74 del D.P.R. 554 del 1999 non ricomprendono tra le cc.dd. SIOS (strutture impianti ed opere speciali) la OS 9, per cui la censurata estensione analogica del divieto prescritto per la SIOS non avrebbe potuto trovare quivi applicazione, in quanto non rispondente a nessuno specifico e palesato interesse della stazione appaltante: e in conseguenza di ciò, sempre secondo Protesio, l'assunto della stazione appaltante – fatto proprio anche dal giudice di primo grado - secondo cui la erronea dichiarazione resa in sede di offerta per la gara di appalto in questione di voler subappaltare anche lavori per i quali il subappalto non doveva intendersi escluso a' sensi dello stesso art. 37, comma 11, del D.L.vo 163 del 2006 non avrebbe potuto comportare l'estromissione dalla gara, come invece disposto da Anas S.p.a.

A conforto di tale tesi Protesio richiama la giurisprudenza secondo la quale le incomplete o erronee indicazioni riguardanti il conferimento del subappalto non possono comportare l'esclusione dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione, in mancanza di espresse disposizioni in proposito, ma soltanto l'esclusione della facoltà di procedere al subappalto, allorché risulti che la candidata sia autonomamente dotata dei requisiti prescritti per l'esecuzione diretta dell'appalto (cfr. sul punto, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2004 n. 557).

A tale proposito Protesio afferma di essere in possesso della classificazione OG11 in classifica VII o superiore (n. 2 classifiche VI): classificazione, questa, che sebbene non equivalente alla classificazione OS9 (richiesta per i lavori in discorso), costituirebbe comunque una sommatoria di categorie specializzate, le quali potrebbero ritenersi assorbite in essa allorché il livello di complessità delle lavorazioni rimanga su valori medi, secondo quanto precisato dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici con parere n. 74 del 6 marzo 2008.

Tale ipotesi, sempre secondo la tesi di Protesio ricorrerebbe nella specie trattandosi di impianti per la segnaletica luminosa e la sicurezza del traffico, ampiamente riconducibili nell'alveo della più ampia ed omnicomprensiva categoria OG 11, da essa – per l'appunto – posseduta.

4.3.2. Il Collegio, per parte propria, non condivide la tesi di Protesio secondo la quale Anas S.p.a. avrebbe nella specie illegittimamente considerato SIOS la categoria OS 9 anche se non rientrante tra quelle di cui all'art 37, comma 11, del D.L.vo 163 del 2006.

Ritiene il Collegio che tale argomentazione non possa essere condivisa, atteso che la categoria OS 9 riguarda impianti per la segnaletica luminosa e la sicurezza del traffico è comunque categoria specializzata, non rientrante peraltro nelle indicazioni dell'art 72, comma 4, del D.P.R. 554 del 1999 (e, ora, della corrispondente disciplina contenuta nell'art. 107 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207); e che, nondimeno, residua in via generale residua in capo alla stazione appaltante un margine di discrezionalità in ordine all'ammissibilità dei subappalti se – come dianzi rilevato al § 4.2. della presente sentenza - le condizioni per l'ammissibilità del subappalto, di cui all'art. 118 del D.L.vo 163 del 2006 (in forza del quale *“per i lavori, per quanto riguarda la categoria prevalente, con il regolamento, è definita la quota parte*

subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al trenta per cento": cfr. ivi, comma 2, terzo periodo) non sono intese unicamente a tutelare l'interesse dell'Amministrazione committente all'immutabilità dell'affidatario, ma tendono invece a evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto di interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato (così, puntualmente, Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2012 n. 262).

In buona sostanza, ad avviso di Protesio, dal complesso della disciplina complessivamente contenuta nell'art 118 del D.L.vo 163 del 2006 e nell'attuale testo dell'art. 37, comma 11, dello stesso decreto legislativo deriverebbe un vincolo per la stazione appaltante di ammettere il subappalto secondo le condizioni ivi indicate, non potendo limitare l'applicazione nella specifica gara.

Tale tesi non è condivisa dal Collegio, posto che il divieto di subappalto per alcune opere (nella specie individuate dall'allora vigente art. 74, comma 4, del D.P.R. n. 554 del 1999) 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, la quale intenda con ciò garantirsi 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, cui connette un autonomo ed importante rilievo (così, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 6 giugno 2006 n. 3364).

A ragione, pertanto, il giudice di primo grado ha affermato che la disciplina contenuta nell'art 118 del D.L.vo 163 del 2006 va intesa nel senso che essa pone i limiti entro cui la stazione appaltante può ammettere il subappalto; e che – nondimeno - in base ai principi generali, vigenti pure per l'istituto civilistico dell'appalto (cfr. art. 1655 e ss. cod. civ.), in linea di principio non è impedito alla stazione appaltante di porre ulteriori limiti all'utilizzo del subappalto: limiti che risultano sindacabili nel bando di gara secondo i canoni della logicità e ragionevolezza, come avviene rispetto alla fissazione dei requisiti di partecipazione (cfr. sul punto – altresì – Cons. Stato, Sez. IV, 24 marzo 2010 n. 1713).

Né una diversa ricostruzione può derivare dalle fonti comunitarie, le quali, se invero garantiscono l'effettività del principio della massima partecipazione ai procedimenti di scelta del contraente, nondimeno affidano ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti nella predisposizione dei bandi di gara a tutela del predetto pubblico interesse all'immutabilità dell'affidatario nella misura in cui ciò sia più idoneo a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato; e, comunque un divieto specifico non può trarsi dall'art 25 della direttiva 2004/18/CE laddove è genericamente previsto che lo Stato membro possa richiedere o che l'Amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che siano indicate le parti dell'appalto che si intendano subappaltare.

Se non deriva, quindi, dalle fonti comunitarie alcuna ammissibilità generalizzata del subappalto, e se permane nel nostro ordinamento la discrezionalità della stazione appaltante nel limitarla - stante il fatto che la disciplina complessivamente contenuta nell'art 118 del

D.L.vo 163 del 2006 e dell'allora vigente art 73 del D.P.R. 554 del 1999 stabiliscono il limite massimo di ammissibilità dell'appalto, ma non quello minimo che si deve ritenere nella discrezionalità della stazione appaltante - nella specie risulta *ex se* legittima la scelta della stazione appaltante, anche al di là della circostanza che la categoria OS 9 non è SIOS, di comunque contemplare al riguardo il limite del 30% del suo importo al fine di avvalersi del subappalto per la relativa prestazione: e ciò nell'ottica di un controllo particolarmente attento della qualità della prestazione in un contesto che, come dianzi rilevato al § 1.1. della presente decisione, riguarda una strada con punti di particolare pericolosità nei quali la tutela dell'incolumità di coloro che la percorrono e delle maestranze impiegate per la sua manutenzione assume una valenza pregnante.

Del resto – e sempre in tale contesto - la circostanza che la clausola del bando di gara proibisca in tema di affidamento della realizzazione di opere pubbliche il subappalto per le categorie a qualificazione non obbligatoria, non rende per ciò solo tale clausola illegittima., posto che in base ad una lettura contestuale della disciplina complessivamente contenuta nell'attuale testo dell'art. 37, comma 11, del D.L.vo 163 del 2006 e negli allora vigenti artt. 72, 73 e 74 del D.P.R. 554 del 1999 (ora, artt. 107 e 170 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207), al fine di verificare se la stazione appaltante, nel vietare mediante la *lex specialis* di gara il ricorso al subappalto, si sia correttamente avvalsa – o meno - della potestà interdittiva ad essa attribuita, necessita considerare il contenuto e la complessità delle opere da realizzare.

4.3.2. Né, comunque, può condividersi la tesi dell'appellante secondo la quale il suo possesso della classificazione OG11 in classifica VII o superiore (n. 2 classifiche VI), sebbene non equivalente alla classificazione OS9 richiesta per i lavori di cui trattasi, costituirebbe comunque una sommatoria di categorie specializzate, le quali potrebbero ritenersi assorbite in essa allorché il livello di complessità delle lavorazioni rimanga su valori medi, secondo quanto precisato dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici con parere n. 74 del 6 marzo 2008.

Il Collegio, per parte propria, rileva che la categoria OG 11, per sua natura, ha la particolarità di essere composta di varie categorie di lavori.

Nel caso di specie, peraltro, la *lex specialis* prevedeva inderogabilmente per i lavori rientranti nella categoria specialistica OS9 il possesso della prescritta qualifica, indipendentemente – quindi - da quanto previsto in relazione alla categoria OG11, per cui la disposizione della *lex specialis* contemplante la classifica VII per la categoria generale OG11 con riferimento all'intero ammontare dell'appalto non assumeva al riguardo alcuna valenza derogatoria.

4.4. Il secondo ordine di motivi d'appello Protesio evidenzia che la questione centrale della causa attiene alla legittimità – o meno - del divieto di subappalto per categorie di lavori specializzate non superspecialistiche e non a qualificazione obbligatoria: questione che risulta peraltro superata dall'assorbente circostanza, dianzi evidenziata, che la categoria specialistica OS 9 non è SIOS ma è liberamente assoggettabile a limiti nel suo subappalto.

5. Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio possono essere integralmente compensati tra le parti.

Va peraltro dichiarato irripetibile il contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 corrisposto per il presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

Dichiara - altresì - irripetibile il contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 corrisposto per il presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Chiamata a decidere sul ricorso contro l'esclusione da una gara di un'impresa che, quanto a una categoria specializzata, intendeva subappaltare il 30% del valore dell'opera, senza possedere la qualifica prescritta per il restante 70%, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato stabilisce che i limiti legali alla facoltà di subappalto non implicino una generale libertà al loro interno, poiché la stazione appaltante può stabilire limiti più stringenti.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Essendo stata esclusa dalla gara per l'affidamento dei lavori di progettazione esecutiva ed esecuzione dell'adeguamento alle più recenti normative di alcune gallerie, la ricorrente aveva censurato il bando di gara per la supposta violazione degli artt. 72-74 dell'allora vigente d.p.r. n. 554/1999, che stabilivano la possibilità, per l'impresa in possesso della sola qualificazione per la realizzazione dell'opera prevalente, di eseguire anche i lavori concernenti le altre opere, ad eccezione di quelle ad alto contenuto tecnologico (SIOS). L'impresa esclusa, in particolare, riteneva che la categoria di lavori che intendeva subappaltare non rientrasse fra quelle ad alto contenuto tecnologico elencate dall'art. 72 d.p.r. n. 554/1999, e che dunque fosse illegittima la previsione del bando di assoggettare detta categoria alla disciplina dell'art. 37, comma 11 del Codice degli appalti, che prevede il limite del 30% dell'importo totale come quota dell'opera subappaltabile, e a quella dell'art. 74 del d.p.r. n. 554/1999, che stabiliva il possesso obbligatorio della qualificazione per l'esecuzione di questa categoria di opere non solo per il subappaltatore, ma anche per l'affidatario.

Il giudice, viceversa, afferma che, pur ammettendo che la categoria in questione possa non rientrare fra quelle per cui la legge tassativamente prevede l'assoggettamento alla predetta disciplina, ciò nonostante **la stazione appaltante possiede un ampio margine di discrezionalità in ordine all'ammissibilità del subappalto e alla definizione dei limiti di tale facoltà**, pertanto la clausola del bando che espressamente richiede una determinata classifica relativa all'opera da subappaltare anche in capo all'aspirante affidatario, è perfettamente legittima. Il giudice, in più punti, ribadisce questa convinzione, smentendo la tesi sostenuta dal ricorrente, secondo cui dal complesso delle norme rilevanti emergerebbe il principio che ove la norma non lo indichi esplicitamente, la stazione appaltante non possa porre limiti alla facoltà di subappalto. Il subappalto, infatti, se adoperato indiscriminatamente, comporta un'alterazione significativa del sinallagma contrattuale tra stazione appaltante e aggiudicatario, in danno sia dell'interesse dell'amministrazione all'immutabilità del soggetto scelto per l'esecuzione dei lavori, sia dell'interesse pubblico a che l'esito della procedura ad evidenza pubblica con cui è stata aggiudicata la commessa non sia vanificato con una sostanziale sostituzione dell'aggiudicatario durante la fase esecutiva dei lavori. Pertanto il ricorso viene respinto.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La decisione in commento si inserisce nell'ampio filone riguardante il contrasto fra le esigenze di controllo da parte delle stazioni appaltanti sull'esecuzione dei lavori pubblici, che si concretizzano in disposizioni restrittive contenute nelle leggi nazionali e nei bandi di gara, e i principi discendenti dalle fonti comunitarie, che puntano a garantire l'effettività del canone della massima partecipazione ai procedimenti pubblici di scelta del contraente. In questo caso, il punto di equilibrio è trovato dal giudice nel confronto fra le disposizioni vigenti in tema di divieto di subappalto, e quelle più risalenti, per cui l'ordinamento italiano è stato oggetto di una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea [nota C (2008) 0108 del 30 gennaio 2008]. Quest'ultima aveva avuto ad oggetto l'art. 37 comma 11 del Codice appalti nella sua originaria formulazione, che vietava il subappalto per le opere specializzate, vincolando le imprese partecipanti, che intendessero stabilire rapporti di collaborazione nell'esecuzione di un'opera, ad una determinata forma giuridica, il raggruppamento temporaneo di tipo verticale. Viceversa, la nuova formulazione dell'art. 37, che stabilisce solo un limite quantitativo alla facoltà di cooperazione fra imprese, ammettendo entro questi confini il subappalto, è considerato un giusto temperamento fra i due interessi contrastanti anche alla luce del diritto comunitario. Le Amministrazioni, inoltre, dispongono di un ampio potere discrezionale in ordine all'apposizione di ulteriori limiti alla facoltà di subappalto, sindacabili sotto il profilo della logicità e della ragionevolezza, come avviene per la fissazione dei requisiti di partecipazione alle gare: tale facoltà non è impedita dalle fonti comunitarie, laddove l'art. 25 della direttiva 2004/18/CE prevede che le Amministrazioni aggiudicatrici possano indicare le parti dell'appalto che intendano subappaltare.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

R. Damonte, M. Bersi, *Commento all'art. 37*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Ed. Dike, 2012, pp. 235 ss.; A. Valletti, *Commento all'art. 118*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, op. cit., pp. 821 ss.