

Categoria OG 11: divieto di subappalto solo per la singola categoria superiore al 15%

5 Dicembre 2007

Con la sentenza dell'11 maggio 2007 il Consiglio di Stato è tornato ad occuparsi della delicata questione concernente l'applicabilità del divieto di subappalto alla categoria di qualificazione OG 11 "Impianti tecnologici".

Si tratta di una pronuncia importante perchè in essa i giudici ribadiscono, in modo inequivocabile, i due principi fondamentali ai quali le stazioni appaltanti devono necessariamente attenersi nel procedimento di valutazione conducente alla scelta di inserire, nel bando di gara, la clausola relativa al divieto di subappalto per tale categoria di qualificazione.

Infatti, *in primis*, viene chiarito che, nel verificare il superamento della soglia del 15% dell'importo totale dei lavori, oltre la quale scatta il divieto di subappalto, le amministrazioni non devono considerare l'importo complessivo della categoria OG 11, bensì quello delle singole categorie impiantistiche in essa confluenti.

In secondo luogo, viene precisato che, nel caso in cui la verifica sopra indicata abbia dato esito positivo, il divieto di subappalto non può essere inserito nel bando di gara rispetto alla categoria OG 11 generalmente considerata, dovendo viceversa essere riferito esclusivamente alla singola categoria specialistica che, effettivamente, abbia un'incidenza superiore al 15% dell'importo dell'appalto.

Si tratta, come evidente, di una pronuncia particolarmente importante in quanto con essa i giudici, ribadendo in modo inequivocabile principi già enunciati in precedenti decisioni (cfr. sent. n. 4761/03 e n. 6701/04), hanno fornito un definitivo chiarimento interpretativo su una questione delicata ed ancora fortemente attuale, considerato che, a tutt'oggi, non sono infrequenti i bandi di gara contenenti la generica previsione del divieto di subappalto per la categoria OG 11, senza alcuna giustificazione ulteriore.

Tale giustificazione, secondo quanto osservato dai giudici d'appello, appare invece assolutamente necessaria affinché il divieto di subappalto per la categoria OG 11 possa ritenersi correttamente posto.

Infatti, nel caso di specie, il Consiglio di Stato, accogliendo il ricorso in appello presentato da un'impresa esclusa da una gara in quanto priva della qualificazione in OG 11, prevista come non subappaltabile, ha riconosciuto l'illegittimità del divieto di subappalto, in quanto previsto dall'amministrazione con generico riferimento alla categoria OG 11 il cui importo, calcolato per sommatoria degli importi delle opere speciali, risultava superiore alla soglia del 15% dell'importo dei lavori.

Tale sommatoria, osservano i giudici della VI sezione, non può essere ammessa in quanto ha l'effetto di determinare un'estensione generalizzata della portata del divieto di subappalto, che in quanto tale contrasta sia con i principi comunitari di tutela della concorrenza, sia con lo spirito della norma nazionale che vuole che il divieto di subappalto operi per "una o più opere" superspecializzate.

Ne consegue che costituisce un preciso onere delle amministrazioni appaltanti che intendano prevedere nei bandi di gara la non subappaltabilità della categoria OG 11, verificare se le singole opere speciali in essa rientranti superino o meno, singolarmente considerate, la soglia del 15%. Nel caso in cui la verifica dia esito positivo, il divieto dovrà comunque essere circoscritto alla singola opera impiantistica superiore alla soglia.

La vicenda che ha dato origine alla controversia in esame appare, peraltro, particolarmente interessante anche sotto un diverso profilo, concernente il tema dell'efficacia degli atti di rettifica dei bandi di gara.

Infatti, nel caso di specie, il divieto di subappalto della categoria OG 11 veniva previsto con un successivo atto di rettifica del bando originario, in cui la OG 11 risultava invece pienamente subappaltabile. L'impresa istante, esclusa dalla gara in quanto priva dell'attestazione SOA nella categoria OG 11, presentava quindi ricorso alla competente autorità giurisdizionale per contestare, oltre all'illegittimità del divieto, l'irrilevanza della rettifica effettuata al bando di gara, non essendo questa stata fatta con forme di pubblicità identiche a quelle seguite per la pubblicazione del bando originario.

Il Consiglio di Stato, a differenza del giudice di primo grado (TAR Piemonte, sent. n. 4002/2005) ha ritenuto l'appello pienamente fondato anche rispetto a tale profilo di contestazione. Precisano i giudici, infatti, che il generale principio del *contrarius actus*, in forza del quale il ritiro o la modifica di un atto deve avvenire nelle stesse forme (anche pubblicitarie) dell'atto modificato o ritirato, trova certamente applicazione anche al campo dell'autotutela provvedimentoale, considerato che il provvedimento di rettifica è espressione di una funzione amministrativa di contenuto identico, seppure di segno opposto, a quella esplicita in precedenza. Di conseguenza, affinché possa essere efficacemente adottata una modifica ad un bando di gara è indispensabile che l'amministrazione appaltante ponga in essere un procedimento gemello a quello a suo tempo seguito per l'adozione dell'atto modificato, anche per quel che concerne le forme di pubblicità. Ciò, infatti, risulta essenziale al fine di tutelare adeguatamente l'affidamento delle imprese concorrenti circa il rispetto, da parte dell'amministrazione, della *lex specialis* rappresentata dal bando di gara.

[2687-Sentenza 11 maggio 2007 n. 2306.pdf](#) [Apri](#)