

Parere n.159 del 21/09/2011

PREC 160/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa edile Labruna Domenico - Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di lavori di miglioramento del livello di sicurezza e di igiene per l'abbattimento delle barriere architettoniche dell'istituto comprensivo F. Costa -- Importo a base d'asta: euro 222.349,90 - S.A.: Comune di San Michele di Ganzaria

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

L'impresa edile Labruna Domenico ha presentato l'istanza di parere in oggetto indicata, per conoscere l'avviso dell'Autorità in merito alla propria esclusione dalla procedura aperta, bandita dal Comune di San Michele di Ganzaria per l'affidamento di lavori presso l'istituto F. Costa. L'impresa ha lamentato di essere stata illegittimamente esclusa dalla predetta gara per mancanza della qualificazione nella categoria OG11, sebbene avesse dichiarato nella domanda di partecipazione di voler subappaltare le relative lavorazioni, come consentito dal bando di gara (punto 3.5.2).

A riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata dall'Autorità, la stazione appaltante ha confermato il proprio operato in virtù della disciplina regolamentare in materia di realizzazione di lavori pubblici (artt. 72, 73, 74 DPR 554/1999), sottolineando, in particolare, che le lavorazioni relative ad opere generali e a quelle indicate dall'art. 72, comma 4, DPR 554/1999 possono essere eseguite dall'aggiudicatario solo se in possesso delle relative qualificazioni.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta all'attenzione dell'Autorità concerne la legittimità o meno del provvedimento di esclusione, adottato dalla stazione appaltante a carico dell'istante e motivato in relazione alla mancanza della qualificazione nella categoria OG11, indicata dal bando di gara come subappaltabile.

Al fine di dirimere la *ve xata quaestio*, è necessario considerare la normativa relativa all'esecuzione di lavori pubblici applicabile *ratione temporis* al caso in esame.

In particolare l'articolo 74, comma 2, primo periodo, DPR 554/1999, stabilisce che le imprese aggiudicatrici non possono eseguire direttamente le lavorazioni relative a opere generali e a strutture, impianti ed opere speciali di cui all'articolo 72, comma 4, se prive delle relative qualificazioni. Il successivo secondo periodo stabilisce che le predette lavorazioni possono essere subappaltate o scorporate " *fatto salvo quanto previsto dall'articolo 13, comma 7, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.* ". Tale disposizione prevedeva il divieto del subappalto per le opere che richiedevano lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali, qualora di valore superiore al 15% dell'importo totale dei lavori.

L'Autorità nell'interpretare il predetto inciso ha ritenuto opportuno chiarire se il divieto del subappalto riguardava esclusivamente le categorie altamente specializzate oppure anche le categorie generali indicate nel bando come categorie diverse da quella prevalente. Al riguardo ha precisato che " *in sostanza il regolamento ha ritenuto che dovesse estendersi il divieto di subappalto oltre che alle categorie altamente specializzate anche alle categorie generali ove indicate nel bando come categorie scorporabili. Con tale estensione le disposizioni regolamentari hanno tenuto conto da una parte che le categorie generali hanno spesso elevati contenuti tecnici e dall'altra ha attutito l'effetto della disposizione che stabilisce l'unicità della categoria prevalente senza, però, stabilire molte condizioni per la partecipazione delle imprese agli appalti aprendo in tale modo il mercato degli appalti pubblici al più alto numero di concorrenti possibili* " (cfr. AVCP, Determinazione n. 25 del 20.12.2001).

A seguito all'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici l'art. 13, comma 7, l. 109/1994 è stato abrogato ed il suo contenuto assorbito dall'art. 37, comma 11, D.Lgs. 163/2006, in virtù del quale, secondo la formulazione vigente, qualora nell'oggetto dell'appalto rientrino oltre ai lavori prevalenti opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, e qualora il valore delle suddette lavorazioni sia superiore al 15% dell'importo dell'appalto, le stesse debbono essere realizzate esclusivamente da soggetti affidatari in possesso di idonea qualificazione oppure possono essere subappaltate da questi ultimi nei limiti dettati dall'art. 118, comma 2, D.Lgs. 163/2006, ossia nei limiti del 30%. Conseguentemente i concorrenti in fase di gara hanno l'obbligo di dimostrare il possesso delle qualificazioni in tutte le categorie scorporabili per le quali era previsto il divieto di subappalto e che l'aggiudicatario in fase esecutiva può

subappaltare a soggetti in possesso delle specifiche qualificazioni (cfr. AVCP, Deliberazione n.70 del 6.3.2007).

Venendo al caso di specie si osserva preliminarmente che le lavorazioni di cui si compone l'appalto (importo a base d'asta pari a euro 254.325,65) sono state individuate nella categoria prevalente OG1, classifica I, importo euro 132.419,45 e nella categoria scorporabile OG11, classifica I, importo euro 95.533,20. Dal momento che quest'ultima categoria è a qualificazione obbligatoria, le relative lavorazioni possono essere realizzate esclusivamente da soggetti in possesso di adeguata qualificazione, inoltre, poiché il valore delle relative lavorazioni è superiore al 15% del costo dell'appalto, queste ultime possono essere subappaltate solo nei suddetti limiti e, infatti, il bando di gara dichiara la categoria OG11 "subappaltabile". Tale espressione va letta in conformità al dato normativo sopra ricordato e, quindi, interpretata nel senso che la *lex specialis* ammette il subappalto per le lavorazioni della categoria OG11, ma nel limite massimo del 30%.

L'istante, priva della necessaria qualificazione nella categoria OG11, ha ritenuto di poter supplire a tale mancanza, dichiarando di appaltare le lavorazioni rientranti nella predetta categoria, ma in questo modo ha violato i limiti di cui agli artt. 37 e 118 D.Lgs. 163/2006 e 74 DPR 554/1999. Si ritiene, quindi, che correttamente la stazione appaltante ha provveduto all'esclusione dall'impresa edile Labruna Domenico, essendo quest'ultima priva dell'attestazione SOA nella categoria OG11 a qualificazione obbligatoria e non potendo subappaltare la totalità delle relative lavorazioni per le ragioni di diritto sopra indicate.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione dell'impresa Labruna Domenico sia conforme alla specifica disciplina di settore ed alla *lex specialis*.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 ottobre 2011

Il Segretario: Maria Esposito