Parere n. 201 del 18/11/2010

PREC 146/09/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 Comen Costruzioni generali S.r.l. - Lavori di adeguamento e completamento del campo di calcio - Importo a base d'asta € 278.857,11 - S.A.: Unione dei Comuni Servizi Associati - Comune di San Michele di Serino.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 3 marzo 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Comen Costruzioni generali S.r.l. ha esposto di aver partecipato alla procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto alla luce della determinazione di questa Autorità n. 8 del 7 maggio 2002 e di essere stata, tuttavia, esclusa dalla stessa per mancanza di idonea qualificazione, essendo in possesso della qualificazione nella categoria OG1 e non di quella nella categoria OS6, espressamente richiesta dal bando di gara, che, peraltro - a giudizio dell'istante - non può considerarsi obbligatoria.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la stazione appaltante ha confermato gli esiti della procedura di gara di cui trattasi, specificando che l'intervento previsto, per connotati intrinseci resi in modo evidente nel progetto di cui agli atti di gara, sfugge alla classificazione di "manutenzione" così come definita nel D.P.R. n. 554/1999 e ribadita nella determinazione n. 8/2002 dell'Autorità, richiamata anche dall'istante. Sul punto, la stazione appaltante ha precisato che *"l'intervento posto a gara prevede la realizzazione di un <<nuovo elemento>> (pacchetto in erba sintetica) che non ha una mera funzione di finitura superficiale, bensì, come evincesi dagli elaborati progettuali e di capitolato, realizza di fatto una trasformazione del preesistente piano di gioco (campo di calcio), da piano in terra battuta con drenaggio verticale a piano in erba sintetica con drenaggio orizzontale. Inoltre, le nuove caratteristiche fisiche del pacchetto di cui sopra sono radicalmente diverse da quelle della superficie preesistente ed adeguate al regolamento FIGC-LND vigente dal 31/01/2008"*. Pertanto - ad avviso della stazione appaltante - la specificità e la chiarezza degli atti progettuali consentono di affermare che l'intervento oggetto di affidamento ha natura *ristrutturativa* e non *manutentiva* e ciò ha indotto a richiedere esplicitamente e unicamente la qualificazione nella categoria OS6, da documentare con attestazione SOA.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere in esame è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto dalla stazione appaltante a fronte della mancanza in capo all'impresa istante della categoria specializzata OS6, richiesta dalla *lex specialis* quale categoria unica e prevalente, essendo l'impresa medesima in possesso della sola qualificazione nella categoria generale OG1.

In generale, occorre ribadire che, come chiarito da questa Autorità nella determinazione n. 25 del 20 dicembre 2001, pur se l'insieme di lavorazioni o *genus* delle stesse che costituiscono le categorie generali, indicate con l'acronimo OG, comprende quasi sempre *species* di categorie specializzate indicate con l'acronimo OS, ciò non può comportare l'applicazione di una sorta di principio di assorbimento, nel senso che ad un bando di gara che preveda come categoria prevalente una categoria specializzata OS possa partecipare una impresa qualificata in una categoria generale OG che comprenda, fra le lavorazioni necessarie alla sua completa realizzazione, anche le lavorazioni appartenenti alla categoria specializzata OS che il bando indica come categoria prevalente. L'applicazione di un tale principio condurrebbe, infatti, allo stravolgimento della articolazione delle categorie in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate.

Si deve, inoltre, ricordare che l'Autorità, nella determinazione n. 8 del 7 maggio 2002 - richiamata da entrambe le parti del presente procedimento - nel ribadire il proprio avviso negativo, espresso in più occasioni, sulla possibilità di ritenere applicabile in ogni caso il suddetto principio di assorbimento, ha precisato altresì che l'ordinamento: - definisce (articolo 2, comma 1, lettera l), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m.) la manutenzione come *"la combinazione di tutte le tecniche, specialistiche ed amministrative, incluse le azioni di supervisione, volte a mantenere o a riportare un'opera o un impianto nella condizione di svolgere la funzione prevista dal provvedimento di approvazione e del progetto"*; - stabilisce che le lavorazioni delle categorie a qualificazione non obbligatoria possono essere eseguite dall'aggiudicatario ancorché privo delle relative qualificazioni; - stabilisce (articolo 74, comma 3, del D.P.R. n. 554/1999 e s.m.) che le imprese qualificate nelle categorie di opere generali possono partecipare alle gare di appalto indette per la manutenzione delle opere generali stesse.

Tale quadro normativo ha portato a ritenere che *"ai bandi di gara indetti per l'affidamento di appalti di lavori di manutenzione di un'opera rientrante nella categoria generale OG1 - nel caso che prevedano come categoria prevalente una delle categorie specializzate OS6 (Finiture di opere*

generali in materiali lignei, plastici, metallici e vetrosi), OS7 (Finiture di opere generali di natura edile) e OS8 (Finiture di opere generali di natura tecnica) - possono partecipare, oltre alle imprese qualificate nella categoria di opera specializzata prevalente, anche le imprese qualificate nella categoria di opera generale OG1. Va precisato che tale possibilità è consentita dal fatto che le suddette categorie specializzate sono a qualificazione non obbligatoria e, pertanto, eseguibili dall'aggiudicatario ancorché privo delle relative qualificazioni; inoltre la stessa va consentita perché comporta una più ampia partecipazione di soggetti alle gare. Al fine di evitare contestazioni, è necessario, però che tale possibilità sia prevista dal bando che, come è noto, costituisce la lex specialis della gara" (determinazione n. 8/2002 cit.).

Il caso di specie, tuttavia, si presenta connotato diversamente dalla fattispecie considerata nella citata determinazione. Ciò sia in termini sostanziali, in quanto l'attività da svolgere non è all'evidenza una mera manutenzione, prevedendosi una totale sostituzione del preesistente piano di gioco in terra battuta con un "nuovo" piano di gioco in materiale completamente diverso, ossia in erba sintetica, tanto da richiedere una diversa e superiore omologazione da parte della competente Federazione del Gioco del Calcio; sia in termini formali, in quanto la *lex specialis* non prevede la possibilità, da ultimo indicata e invocata dall'impresa istante, cheanche le imprese qualificate nella categoria di opera generale OG1 partecipino alla gara, richiedendo espressamente la sola categoria specializzata OS6.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante nei confronti dell'impresa Comen Costruzioni generali S.r.l. sia conforme alla vigente disciplina di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 novembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito