

## **Parere n. 238 del 05/11/2008**

### **PREC 324/08/L**

**Oggetto:** istanza di parere ex articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo n. 163/2006, presentata da COSBAU S.p.A. - Lavori di realizzazione sulla linea Bologna - Lecce di un sottopasso ciclopedonale al Km. 305+994 (via Carducci), due sottovia carrabili ai Km. 306+238 (Via Trieste) e Km. 307+408 (Via Spataro) sostitutivi del P.L. al Km. 305+994 in Comune di Tortoreto (TE), un sottopasso pedonale ai Km. 331+299 (via della Rampa), un sottovia carrabile al Km. 329+275 (Quartiere dei Poeti) e un sottopasso pedonale al Km. 328+361 (villa Fumosa) sostitutivi del P.L. al Km. 330+033 in Comune di Pineto (TE); Importo euro 9.244.900,00 - S.A. Rete Ferroviaria Italiana S.p.A.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 29 febbraio 2008 la Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. ha pubblicato il bando di gara per l'appalto dei lavori di cui all'oggetto, da aggiudicarsi con procedura aperta, per un importo complessivo di euro 9.244.900,00, indicando, al punto II.2.1) Quantitativo o entità dell'appalto, quali requisiti di qualificazione:

- Categoria prevalente OG3 Euro 4.411.500,00;
- Categoria non prevalente OS21 Euro 3.158.700,00 - scorporabile e NON SUBAPPALTABILE;
- Categoria non prevalente OS29 Euro 1.069.100,00 - scorporabile e subappaltabile;
- Categoria non prevalente OG11 Euro 605.600,00 - scorporabile e subappaltabile.

In sede di verifica della documentazione presentata dalle imprese partecipanti, la Commissione di gara procedeva all'esclusione dell'impresa COSBAU S.p.A., con la motivazione che nell'autodichiarazione resa in sede di gara aveva dichiarato di voler subappaltare le lavorazioni di cui alla OS21, indicate nel bando come "NON SUBAPPALTABILI", violando, in tal modo, quanto disposto dalla lex specialis e dall'art. 37, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006.

In data 27 giugno 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la COSBAU S.p.A. ha contestato il provvedimento di esclusione adottato dalla Commissione di gara, sostenendo che lo stesso è illegittimo, poiché la dichiarazione di voler subappaltare le lavorazioni di cui alla categoria OS21 "nei limiti di legge (30%)", è in linea con quanto previsto dalla Determinazione dell'Autorità n. 25/2001, che ha riconosciuto la possibilità per le imprese concorrenti, in possesso della relativa qualificazione, di subappaltare, nei limiti del 30%, le lavorazioni altamente specializzate di importo superiore al 15% del valore dell'appalto.

Assume la COSBAU S.p.A., altresì, che, essendo, in ogni caso, in possesso della qualificazione nella categoria OS21 per importo adeguato a quello richiesto nel bando, come risulta dalla documentazione allegata all'offerta, anche a voler considerare la dichiarazione di subappalto in contrasto con la lex specialis, l'unica sanzione possibile avrebbe potuto essere la mera decadenza, in caso di aggiudicazione, della facoltà di richiedere l'autorizzazione al subappalto, poiché tale dichiarazione non costituisce un requisito di partecipazione alla gara.

Conclude, infine, la società istante sostenendo, da un lato, che il possesso della qualificazione non poteva non essere valutato positivamente dalla Commissione giudicatrice ai fini della sua ammissione e, dall'altro, che l'esclusione in presenza di una piena qualificazione da parte di un concorrente si pone in contrasto con il principio generale di massima partecipazione alla gara.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. ha confermato la legittimità dell'operato della propria Commissione di gara, sostenendo che:

- da una interpretazione letterale dell'art. 118 e dell'art. 37, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006 emerge che le opere scorporabili di rilevante complessità tecnica quali strutture, impianti ed opere speciali, come le lavorazioni di cui alla OS21 richiamata nel bando in esame, se di importo superiore al 15% dell'importo totale dei lavori, non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari.

- contrariamente a quanto assunto dalla società istante, di fronte ad una espressa dichiarazione di subappalto resa da un concorrente, la Commissione di gara non può considerare come non resa tale dichiarazione per il solo fatto che l'impresa poteva eseguire direttamente le medesime prestazioni in quanto adeguatamente qualificata.

La COSBAU S.p.A., con l'ulteriore nota trasmessa all'Autorità in data 17 ottobre 2008, ha ribadito quanto già espresso in sede di presentazione dell'istanza di parere.

### **Ritenuto in diritto**

Occorre preliminarmente rilevare che questa Autorità - con la Determinazione n. 25/2001 - ha ammesso la possibilità per le imprese qualificate di avvalersi della facoltà di subappaltare, nei limiti del 30%, le lavorazioni altamente specializzate di importo superiore al 15% del valore dell'appalto, per le quali, fino all'entrata in vigore del terzo correttivo al Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 - S.O. 2 ottobre 2008, n. 231), era previsto il divieto di subappalto.

Al riguardo l'Autorità ha sostenuto che i concorrenti, in fase di gara, hanno l'obbligo di dimostrare di essere in possesso delle specifiche qualificazioni in tutte le categorie scorporabili per le quali era previsto il divieto di subappalto e che l'aggiudicatario, in fase esecutiva, avrebbe potuto subappaltare, a soggetti in possesso delle specifiche qualificazioni, fino al 30% dei loro singoli importi, le lavorazioni delle categorie scorporabili non subappaltabili.

Tale orientamento, peraltro, è stato confermato da questa Autorità con la successiva determinazione n. 31 del 18 dicembre 2002, secondo la quale in "ordine al problema del divieto di subappalto si può affermare che i sottoinsiemi delle lavorazioni qualora: c) siano di importo superiori al 15% dell'importo complessivo dell'appalto e siano appartenenti ad una categoria generale o alle categorie di cui all'art. 72, comma 4, del D.P.R. n. 554/99 non sono subappaltabili, con la conseguenza che l'aggiudicatario deve eseguirle direttamente (nella misura non inferiore al settanta per cento secondo l'avviso espresso nella determinazione n. 25/2001) e, quindi, essere qualificato oltre che nella categoria prevalente anche con riferimento alle stesse".

Ne consegue, pertanto, che, nel caso di specie, a cui si applica *ratione temporis* la previsione normativa del divieto di subappalto, tenuto conto della richiamata interpretazione fornita dall'Autorità, la dichiarazione di subappalto, nei limiti del 30%, delle lavorazioni di cui alla categoria OS21, resa dall'impresa istante, che ha comprovato in sede di gara di essere in possesso della relativa qualificazione, non poteva condurre all'esclusione della stessa dalla procedura di affidamento.

Peraltro, il provvedimento di esclusione non avrebbe potuto essere disposto dalla RFI S.p.A. neppure a voler considerare tale dichiarazione resa in violazione della *lex specialis* e dell'art. 37, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006, contenenti il suddetto divieto di subappalto, proprio perché la COSBAU S.p.A. ha dimostrato, in sede di gara, di possedere la qualificazione per la categoria scorporabile OS21.

Difatti, secondo principio consolidato in giurisprudenza, la dichiarazione di subappalto, resa all'atto di presentazione dell'offerta, non è di per sé un requisito di partecipazione alle procedure di gara, con la conseguenza che la sua mancanza, la sua irregolarità o la sua incompletezza non costituiscono causa di esclusione dalla gara ma semplicemente preclude a chi ne sia risultato aggiudicatario la possibilità, in fase di esecuzione dei lavori, di fare ricorso al subappalto. In altre parole, non si tratta di un vizio che inficia la validità o l'ammissibilità dell'offerta, a meno che non venga in rilievo il diverso profilo del difetto in capo alla ditta concorrente della qualificazione necessaria per poter svolgere quei lavori (Consiglio Stato n. 557/2004; TAR Lazio Latina n. 499/2008; TAR Campania Napoli n. 3968/2006; TAR Sardegna n. 1764/2007; CGA Sicilia n. 30/2007).

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che non è conforme alla normativa di settore il provvedimento di esclusione adottato dalla Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. nei confronti della COSBAU S.p.A.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 12.11.2008