

PARERE N. 165 DEL 10/10/2012

PREC 137/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Tecno Proget s.r.l. - "Riqualificazione quartiere Bagherino Stazzone - Riqualificazione funzionale di piazza Rosario Gallo e via Castello" - Importo a base d'asta di euro 770.843,75 - S.A.: Comune di Collesano.

Artt. 92 e 109 D.P.R. n. 207 del 2010 - Subappalto di categorie scorporabili.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 maggio 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale la società Tecno Proget s.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dal Comune di Collesano in quanto priva della qualificazione nella categoria OG2.

La tabella inserita nell'art. 5 del capitolato di gara richiedeva, ai fini dell'ammissione, la qualificazione obbligatoria nelle categorie:

- OG3 - classifica II (euro 450.349,52), prevalente e subappaltabile fino al 30%;
- OG2 - classifica I (euro 195.000,00), scorporabile e subappaltabile per l'intero;
- OG10 - classifica I (euro 125.494,23), scorporabile e subappaltabile per l'intero.

Alla tabella seguiva la seguente avvertenza: " *Le lavorazioni di cui alle categorie OG2 e OG10, di importo superiore al 10% dell'importo complessivo dell'opera, ai sensi dell'art. 109, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010, non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative qualificazioni. L'affidamento in subappalto è sottoposto alle condizioni di cui all'art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.* ".

In effetti, dall'attestato SOA rilasciato alla società istante da Gerimsoa il 28 gennaio 2011, essa risulta priva della qualificazione per le categorie OG2 e OG10, ma possiede la qualificazione per la categoria OG3 - classifica IV, oltre che per le categorie OG6, OG12 e OS21 (queste ultime estranee al bando in esame).

Il Comune di Collesano ha respinto l'istanza di riesame avanzata dalla società, affermando che il bando di gara andrebbe interpretato nel senso di ammettere soltanto imprese in possesso della qualificazione SOA per tutte le categorie ivi contemplate (OG1 prevalente, OG2 e OG10 scorporabili), ai sensi di quanto disposto dall'art. 109, secondo comma, del D.P.R. n. 207 del 2010.

Entrambe le categorie non prevalenti, infatti, singolarmente considerate superano sia il 10% dell'importo complessivo dell'opera che la soglia di 150.000 euro e ricadono, pertanto, nella previsione dell'art. 108, terzo comma, del D.P.R. n. 207 del 2010.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 27 giugno 2012, la stazione appaltante ha trasmesso documenti e ribadito la legittimità del proprio operato.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all'Autorità riguarda la procedura indetta dal Comune di Collesano per l'affidamento di un appalto di lavori sottosoglia, in cui la commissione di gara ha escluso il concorrente singolo che aveva dimostrato il possesso della sola qualificazione SOA per la categoria prevalente OG3 ed aveva dichiarato l'intenzione di subappaltare per intero, ad operatori in possesso della relativa qualificazione, le lavorazioni rientranti nelle categorie scorporabili OG2 e OG10.

L'esclusione decisa dal Comune è illegittima.

L'art. 5 del capitolato di gara, correttamente interpretato, consentiva ai concorrenti di subappaltare per l'intero le opere rientranti nelle categorie non prevalenti e scorporabili OG2 e OG10, per le quali la dizione " *qualificazione obbligatoria* " (cfr. tabella A - sesta colonna) non aveva altro significato che quello di riservarne l'esecuzione a soggetti in possesso della corrispondente attestazione SOA. Da tale clausola non poteva, viceversa, farsi discendere quanto opinato dalla stazione appaltante, e cioè la necessità che i concorrenti dimostrassero, ai fini dell'ammissione, il possesso della qualifica per le categorie OG2 e OG10.

Ciò, innanzitutto, per il tenore letterale della disposizione in calce alla tabella A del capitolato di gara, che era chiaramente finalizzata a disciplinare la fase esecutiva dell'appalto (non già i requisiti soggettivi di ammissione alla procedura), vietando che le lavorazioni rientranti nella categorie scorporabili OG2 e OG10 fossero eseguite da parte dell'impresa aggiudicataria priva della specifica attestazione SOA, ferma restando la generale facoltà di affidare le stesse in subappalto, ai sensi dell'art. 118 del Codice dei contratti pubblici, da parte del concorrente che ne risultasse sprovvisto. Inoltre, l'art. 5 del capitolato di gara non poteva che essere interpretato, quanto alla qualificazione dei concorrenti, in coerenza con le disposizioni contenute negli artt. 92, 108 e 109 del D.P.R. n. 207 del 2010.

Per quanto qui interessa, l'art. 92, primo comma, del vigente Regolamento sui contratti pubblici

stabilisce che il concorrente singolo può partecipare alla gara quando possieda la qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero, in alternativa, quando sia qualificato nella categoria prevalente e nelle categorie scorporabili per i rispettivi importi, con la precisazione che i requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente.

Nella fattispecie, la Tecno Proget s.r.l. soddisfaceva la prima delle suddette condizioni alternative, avendo allegato l'attestazione SOA nella categoria prevalente OG3 - classifica IV (fino a euro 2.582.000,00), cioè per un importo ampiamente superiore a quello complessivo posto a base di gara. Essa non poteva eseguire direttamente le lavorazioni scorporabili (OG2 e OG10), non possedendo la specifica qualificazione SOA, giusto quanto disposto dall'art. 109, secondo comma, del Regolamento, ai cui sensi l'affidatario qualificato nella categoria di opere generali indicata nel bando di gara come prevalente ha facoltà di eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera, anche se è privo delle relative ed ulteriori qualificazioni, e può in alternativa subappaltare dette lavorazioni specializzate ad imprese in possesso delle relative qualificazioni; tale facoltà è, infatti, esclusa nell'ipotesi in cui le categorie scorporabili, singolarmente considerate, superino il 10% dell'importo complessivo dell'opera ovvero la soglia di 150.000 euro (cfr. art. 108, terzo comma, del Regolamento). Ma, in tale situazione, la conseguenza non può essere in ogni caso la mancata ammissione dell'impresa concorrente, che conserva la facoltà di subappaltare le lavorazioni diverse da quelle della categoria prevalente, come confermato dal penultimo periodo del secondo comma dell'art. 109 (secondo cui " ... *Esse sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni* ").

Nella fattispecie, pertanto, la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire alla Tecno Proget s.r.l. di ricorrere al cosiddetto subappalto "necessario", per integrare la qualificazione SOA nelle categorie richieste dal bando e non interamente possedute.

Anche in tale situazione, invero, l'art. 118 del Codice dei contratti pubblici si limita a richiedere al concorrente l'indicazione della volontà di subappaltare, rimandando alla successiva fase di esecuzione dei lavori il deposito del contratto di subappalto e la certificazione dei requisiti di qualificazione e di quelli generali di cui all'art. 38 in capo alle imprese subappaltatrici le quali, a differenza di quanto accade nell'avvalimento con riguardo all'ausiliaria, non devono essere preventivamente individuate in fase di offerta.

Discende da quanto fin qui osservato che la Tecno Proget s.r.l. non poteva essere esclusa dalla gara indetta dal Comune di Collesano per l'affidamento dei lavori di riqualificazione del quartiere Bagherino Stazzone e di piazza Rosario Gallo e via Castello, in quanto il capitolato speciale consentiva di rimediare, attraverso il subappalto, al mancato possesso della qualificazione nelle categorie scorporabili OG2 e OG10.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il Comune di Collesano, in una procedura di gara sottosoglia soggetta alla disciplina del D.P.R. n. 207 del 2010, abbia illegittimamente escluso la Tecno Proget s.r.l. per avere quest'ultima dichiarato di voler subappaltare le lavorazioni rientranti nelle categorie OG2 e OG10, per le quali essa era priva della relativa qualificazione SOA.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 ottobre 2012

Il Segretario Maria Esposito