AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 442

2023.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Edil Pic. Ad. S.r.l. - Procedura aperta in modalità elettronica per i lavori di costruzione di un asilo nido in Via D. Alighieri - Comune di Monterosi - Importo a base di gara euro: 1.664.638,54 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Comune di Monterosi (VT)

UPREC/PRE/660/2023/L/PREC

Riferimenti normativi

Art. 84 d.lgs. 50/2016

Art. 92 D.P.R. 207/2010

Art. 12, comma 2, lett. a) e b) del D.l. 47/2014, conv. nella L. 80/2014

D.M. 10 novembre 2016, n. 248

Parole chiave

Categoria OS32 – Scorporabile – Qualificazione non obbligatoria

Massima

Appalto pubblico – Lavori – Categoria scorporabile OS32 – SIOS – Qualificazione obbligatoria– Non sussiste

I lavori concernenti le strutture in legno di cui alla categoria OS32, seppur di natura superspecialistica, non sono a qualificazione obbligatoria, per cui in base all'art. 92, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010, l'operatore economico privo della qualificazione in tale categoria scorporabile può nondimeno eseguire i lavori se qualificato nella categoria prevalente per l'intero importo dell'appalto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 26 settembre 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 57417 del 14 luglio 2023, con cui la Edil Pic. Ad. S.r.l. ha contestato la sua esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta dalla Stazione appaltante in ragione del mancato possesso dell'attestazione SOA nelle categorie scorporabili OS32 e OS7, richiesta dal disciplinare di gara;

RILEVATO, in particolare, che l'istante, in possesso dell'attestazione SOA per la categoria prevalente OG1 e per una classifica tale da coprire l'intero importo dei lavori, ivi inclusi gli importi delle categorie scorporabili, ha partecipato alla procedura di gara in oggetto, sostenendo di poter eseguire direttamente anche le lavorazioni riconducibili alle categorie scorporabili OS32 e OS7, in quanto categorie a qualificazione non obbligatoria, richiamando, a sostegno dell'argomentazione esposta, la sentenza del TAR Milano n. 2005 del 14/09/2022 e quella del Consiglio di Stato n. 8096 del 17/12/2020;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 59726 del 21 luglio 2023;

VISTA la memoria, acquisita al prot. n. 61284 del 27 luglio 2023, integrata con nota prot. n. 61406 di pari data, con cui la Stazione appaltante ha difeso la correttezza della decisione assunta in ragione del fatto che, come previsto nella *lex specialis,* l'importo di entrambe le categorie è superiore al 10% dell'importo dell'appalto con la conseguenza che sia la categoria OS32 sia la categoria OS7 rientrerebbero, nel caso di specie, tra le categorie a qualificazione obbligatoria e l'operatore, sfornito dell'attestazione SOA, non potrebbe eseguirle direttamente se non qualificato;

VISTA l'integrazione del contraddittorio disposta, con nota prot. n. 69995 del 6 settembre 2023, nei confronti del nuovo aggiudicatario della procedura in oggetto e la memoria integrativa trasmessa dall'istante ed acquisita al prot. n. 71541 dell'11 settembre 2023;

VISTI gli atti di gara ed, in particolare, il disciplinare di gara che, all'art. 3, individua le categorie di cui si compone l'intervento in oggetto (OG1, prevalente, per un importo pari ad euro 1.027.030,01, a qualificazione obbligatoria, OS32, scorporabile, per un importo pari ad euro 393.515,93, ovvero pari al 23,64% dell'importo dell'appalto, a qualificazione obbligatoria e OS7, scorporabile, per un importo pari ad euro 244.092,60, ovvero pari al 14,66% dell'importo dell'appalto, a qualificazione obbligatoria) e all'art. 15, rubricato "REQUISITI DI IDONEITÀ PROFESSIONALE, CAPACITA' ECONOMICO- FINANZIARIA E TECNICO ED ORGANIZZATIVA", stabilisce che i concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei seguenti requisiti: "*15.1 attestazione, rilasciata da società organismo di attestazione (SOA) regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti, ai sensi degli artt. 84 del Codice, la qualificazione in categoria e classifica adeguata ai lavori da assumere (categoria prevalente OG1 classifica III). 15.2 attestazione, rilasciata da società organismo di attestazione (SOA) regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti, ai sensi degli artt. 84 del Codice, la qualificazione in categoria e classifica adeguata ai lavori da assumere (categoria scorporabile OS32 classifica II);15.2.1 ai sensi della lettera a) del comma 1 dell'art. 3 del DM 248/2016 l'Operatore Economico è tenuto ad avere nel proprio organico personale tecnico specializzato, appositamente formato e periodicamente aggiornato, per la corretta installazione e messa in esercizio dei prodotti e dei dispositivi da costruzione, anche complessi, impiegati nelle relative categorie di lavori, nonché, nei casi previsti dalle norme tecniche di riferimento, in possesso di attestazioni di qualificazione rilasciate da organismi riconosciuti. 15.3 attestazione, rilasciata da*

società organismo di attestazione (SOA) regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti, ai sensi degli artt. 84 del Codice, la qualificazione in categoria e classifica adeguata ai lavori da assumere (categoria scorporabile OS7 classifica I1).";

VISTO il verbale di apertura gara e verifica documentazione amministrativa del 19 giugno 2023, in cui il Seggio di gara ha disposto l'esclusione della Soc. Edilpicad a r.l. dalla procedura in oggetto in quanto "*L'O.E. risulta avere una SOA OG1 cl V, senza invocare il subappalto per le categorie scorporabili OS 7 e OS32. L'O.E. risulta sguarnito del possesso delle categorie OS7 e OS32. Quindi l'O.E. risulta sguarnito del possesso delle categorie OS7 e OS32*";

CONSIDERATO che la questione su cui l'Autorità è chiamata a pronunciarsi concerne, in via generale, il sistema di qualificazione degli operatori economici negli appalti di lavori, con particolare riferimento, nel caso di specie, alle categorie scorporabili OS7 e OS32;

VISTO l'art. 92 del D.P.R. 207/2010, a mente del quale "*Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente*";

VISTO l'art. 12, comma 2, lett. a) e b) del D.l. 47/2014, conv. nella L. 80/2014, il quale stabilisce che l'operatore economico in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara come categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni. Non possono, tuttavia, essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni di importo superiore ai limiti indicati dall'art. 108, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207 (ovvero di importo superiore al 10% dell'importo totale dei lavori o singolarmente superiori a 150.000,00 euro) relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni;

VISTO il D.M. 10 novembre 2016, n. 248, recante l'individuazione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del d.lgs. 50/2016, delle opere per le quali non è ammesso l'avvalimento, qualora il loro valore superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori e per le quali, ai sensi dell'articolo 105, comma 5 del Codice, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e, non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso (limite da ritenere superato per effetto della sentenza della Corte di Giustizia della U.E., quinta sezione, 26 settembre 2019, causa C-63/18), che, all'articolo 2, comma 1, lett. q) include anche la categoria OS32;

CONSIDERATO che l'esame delle citate disposizioni conduce, con certezza, a riconoscere alla categoria OS7 natura di categoria a qualificazione non obbligatoria, con la conseguenza che le lavorazioni scorporabili ad essa riconducibili possono essere eseguite anche da impresa non in possesso della relativa attestazione SOA, purché la classifica posseduta dall'operatore economico in relazione alla categoria prevalente copra anche l'importo di tali lavorazioni;

CONSIDERATO, con riferimento alla categoria OS32, la giurisprudenza ha avuto modo di osservare come tale categoria "…*benché inclusa dal d.m. n. 248 del 2016 tra le c.d. "superspecialistiche", nei confronti delle quali l'avvalimento non è consentito ed è limitato al 30% del relativo valore il subappalto, nondimeno non rientra tra quelle "a qualificazione obbligatoria". Deve sul punto precisarsi che in quest'ultima sono incluse le lavorazioni che «non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni», ai sensi dell'art. 109, comma 2, d.P.R. n. 207, che a tal fine faceva rinvio all'allegato A al medesimo regolamento, in cui era (ed è tuttora) inclusa la categoria OS32. La disposizione regolamentare da ultimo menzionata è stata tuttavia annullata in sede straordinaria, con d.P.R. in data 30 ottobre 2013, reso conforme su parere dell'Adunanza della Commissione speciale di questo Consiglio di Stato del 26 giugno 2013, n. 3014. Per colmare il vuoto normativo così venutosi a determinare è stato emanato il decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47 (Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015; convertito dalla legge 23 maggio 2014, n. 80), il cui art. 12, comma 2, lett. b), ha reintrodotto le categorie di lavori a qualificazione obbligatoria. Sennonché tra queste non figura più la categoria OS32. Ne segue che pur di natura superspecialistica i lavori concernenti le strutture in legno di cui alla categoria OS32 non sono a qualificazione obbligatoria, per cui in base all'art. 92, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010, tuttora vigente, in base alla norma transitoria contenuta nell'art. 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, l'operatore economico privo della qualificazione in tale categoria scorporabile può nondimeno eseguire i lavori se qualificato nella categoria prevalente per l'intero importo dell'appalto, come appunto è nel caso di specie l'aggiudicataria R&S Costruzioni Generali";* (Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2020 n. 8096; in senso conforme cfr. anche TAR Milano, 14 settembre 2022 n. 2005 e Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2023, n. 5972);

RITENUTO di condividere l'orientamento espresso nelle citate pronunce, in quanto coerente con il dettato normativo ed in particolare con l'art. 12, comma 2, lett. b) nella parte in cui non include la categoria OS32 tra quelle a qualificazione obbligatoria;

RITENUTO, alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale citato, che, nel caso di specie, le lavorazioni scorporabili riconducibili alle categorie OS32 e OS7 potevano essere eseguite anche da impresa sprovvista della relativa qualificazione, purché la classifica posseduta in relazione alla categoria prevalente OG1 fosse tale da coprire anche gli importi delle lavorazioni delle OS32 e OS7.

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che l'esclusione della Soc. Edil Pic. Ad. s.r.l. dalla procedura di gara in oggetto non è conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 ottobre 2023

Il Segretario Lauta Mascali

Atto firmato digitalmente