

## Parere n.116 del 17/07/2013

### PREC 74/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Dipartimento Protezione Civile della Regione Sicilia - " *Lavori di realizzazione della nuova sede COM nel Comune di Ramacca* " - Importo a base di gara euro 1.227.603,56 - S.A.: Regione Sicilia.

**Artt. 37 e 118 D.Lgs. n. 163 del 2006 - Artt. 108 e 109 D.P.R. n. 207 del 2010 - Subappalto di categorie superspecialistiche - Ammissibilità nei limiti del 30% - Mancata indicazione nel bando di gara - Rettifica.**

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 12 marzo 2013 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con cui la Regione Sicilia - Dipartimento Protezione Civile chiede il parere dell'Autorità in ordine alle decisioni da assumere nella procedura aperta indetta, con bando pubblicato il 19 dicembre 2012, per l'appalto dei lavori di *realizzazione della nuova sede COM nel Comune di Ramacca*, di importo complessivo a base di gara pari ad euro 1.227.603,56.

Per quanto qui rileva, il paragrafo 3.5. del bando di gara richiede la qualificazione nelle seguenti categorie: OG1 (classifica III - euro 880.784,67), prevalente e subappaltabile nei limiti del 30%; OS21 (classifica I - euro 218.862,13) e OS30 (classifica I - euro 127.956,76), entrambe scorporabili e subappaltabili.

La commissione di gara ha deliberato l'esclusione di numerosi concorrenti privi dell'attestazione SOA nella categoria OS21, che hanno dichiarato in sede di offerta di voler subappaltare il 100% delle relative lavorazioni (opere strutturali speciali). I provvedimenti di esclusione sono tutti così motivati: " *... in quanto l'attestazione SOA della ditta non ricomprende la qualificazione per la categoria OS21 prevista dal punto 3.5. del bando di gara. Il possesso del predetto requisito è obbligatorio ai sensi dell'art. 109, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010 n. 207, stante che l'importo dei lavori afferenti alla categoria OS21 è superiore al 15% dell'importo complessivo posto a base di gara e [la categoria OS21] rientra tra quelle speciali elencate nell'art. 107, comma 2, del predetto d.P.R. 207/2010* ".

Le imprese escluse hanno chiesto la riammissione, lamentando l'ambiguità della *lex specialis* di gara nella parte in cui prevede la possibilità di subappaltare, senza limitazioni percentuali, le opere rientranti nelle categorie scorporabili OS21 e OS30.

La comunicazione di avvio del procedimento di precontenzioso è stata trasmessa alla stazione appaltante ed alle imprese interessate con nota di questa Autorità del 17 aprile 2013.

#### *Ritenuto in diritto*

Il quesito formulato dalla stazione appaltante nell'ambito della gara in epigrafe riguarda l'esclusione delle imprese che, prive della qualificazione nella categoria scorporabile OS21, hanno dichiarato in sede di offerta di voler subappaltare il 100% delle relative lavorazioni.

L'ultimo capoverso del paragrafo 3.5. del bando di gara prevede soltanto che " *Le categorie OS21 e OS30 sono scorporabili e subappaltabili* ", senza altro aggiungere circa i limiti percentuali entro cui deve contenersi l'eventuale subappalto.

Invero, per espressa ammissione della stazione appaltante, la clausola così formulata ha indotto numerosi concorrenti a credere che per entrambe le categorie secondarie fosse possibile l'integrale ricorso al subappalto, per supplire alla mancanza della qualificazione SOA in proprio.

Come correttamente rilevato dalla commissione di gara, le opere specialistiche rientranti nella categoria OS21 (classifica I - euro 218.862,13) sono subappaltabili nei limiti del 30%, in virtù del combinato disposto degli artt. 37, undicesimo comma, e 118, secondo comma, del Codice dei contratti pubblici, nonché degli artt. 107, secondo comma, e 109, secondo comma, del D.P.R. n. 207 del 2010, trattandosi di categoria superspecialistica che, singolarmente considerata, supera sia il 15% dell'importo complessivo dell'opera che la soglia di 150.000 euro.

Ne consegue che le imprese che hanno partecipato in forma singola, senza possedere l'attestazione SOA per la categoria scorporabile OS21 e senza avvalersi della qualificazione di altre imprese associate o ausiliarie, non possono subappaltare il 100% delle relative opere, né possono eseguirle in proprio sulla base della qualificazione posseduta per la categoria prevalente OG1. Quando il bando di gara preveda, fra le categorie scorporabili e subappaltabili, categorie a qualificazione obbligatoria ed il concorrente non sia in possesso delle corrispondenti qualificazioni, la stazione appaltante deve senz'altro procedere all'esclusione del concorrente non idoneo ad eseguire direttamente le lavorazioni e non autorizzato a subappaltarle (così, in termini generali: A.V.C.P., determinazione 10 ottobre 2012 n. 4; Id., parere 7 novembre 2012 n. 187; in giurisprudenza, tra molte: Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2012 n. 3563; Id., sez. V, 16 gennaio 2012 n. 139).

Nella fattispecie, tuttavia, va osservato che il divieto di subappalto in misura eccedente il 30% della categoria speciale discende direttamente dalle richiamate norme legislative e regolamentari e non è stato espresso in termini chiari nella *lex specialis* di gara che anzi, sul punto, enuncia genericamente la possibilità di subappaltare le opere rientranti nelle categorie scorporabili OS21 e OS30. Come

detto, ciò ha indotto in errore numerosi concorrenti che hanno presentato offerta senza preoccuparsi della carenza di qualificazione per la categoria OS21.

Il meccanismo della eterointegrazione dei bandi di gara, comunemente affermato dalla giurisprudenza al fine di garantire l'applicazione di norme imperative auto-esecutive poste a tutela dell'ordine pubblico, alla quali la stazione appaltante non può derogare (cfr., tra molte: Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2011 n. 5073; A.V.C.P., parere 21 aprile 2011 n. 69), non è immune da considerazioni problematiche, dovendo tenersi conto, da un lato, delle fondamentali esigenze di certezza del diritto e tutela della *par condicio* che impediscono all'Amministrazione di disattendere i precetti fissati nella normativa di gara e, dall'altro, del principio di tutela dell'affidamento che impedisce di far ricadere sui concorrenti incolpevoli gli errori imputabili alla stazione appaltante, la quale ha l'obbligo di esporre in modo chiaro e lineare, nel bando di gara, i requisiti di ammissione e gli adempimenti richiesti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010 n. 7966; Id., sez. V, 8 gennaio 2007 n. 12; sulla rilevanza della tutela dell'affidamento in materia di pubblici appalti, cfr. altresì Corte Giust. CE, 27 febbraio 2003, C-327/00, *Santex*).

Per la soluzione della questione in esame, giova altresì ricordare che la stazione appaltante ha il potere di modificare in autotutela il bando di gara, quando si avveda che una o più clausole riguardanti i requisiti tecnico-economici di qualificazione siano viziate ovvero inopportune (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2005 n. 5668; A.V.C.P., parere 20 maggio 2009 n. 65). La rettifica del contenuto del bando di gara deve essere portata a conoscenza delle imprese concorrenti nelle stesse forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando, ove occorra anche riaprendo i termini per la presentazione delle offerte (cfr. A.V.C.P., parere 23 febbraio 2012 n. 21).

In conclusione, devono giudicarsi legittimi i provvedimenti di esclusione assunti dalla commissione di gara nei confronti dei concorrenti che, siccome sprovvisti di attestazione SOA per la categoria OS21, hanno dichiarato di subappaltare il 100% delle relative lavorazioni, in violazione dei limiti prescritti dagli artt. 37 e 118 del Codice e dagli artt. 108 e 109 del Regolamento.

Tuttavia, considerato l'elevato numero di concorrenti che sono stati esclusi per tale ragione, la stazione appaltante dovrà valutare l'opportunità di modificare in autotutela il bando di gara (inserendovi, al paragrafo 3.5., l'esplicita specificazione dei limiti percentuali entro i quali è possibile il subappalto delle categorie scorporabili, secondo la normativa vigente), con conseguente annullamento degli atti di gara fin qui adottati e riapertura dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che la Regione Sicilia - Dipartimento Protezione Civile ha legittimamente escluso dalla gara in epigrafe i concorrenti privi di attestazione SOA per la categoria OS21, subappaltabile nei limiti del 30%; che, in relazione a tale profilo, dovrà essere considerata l'opportunità di rettificare in autotutela il bando di gara e di riaprire il termine per la presentazione delle offerte.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Vice Presidente : Sergio Gallo

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 luglio 2013*

Il Segretario Maria Esposito