



DELIBERA N. 695

20 ottobre 2021.

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Sistemi Infrastrutturali Sinfra S.r.l. e dal Comune di Regalbuto - Procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di recupero, conservazione e rimozione dei pregiudizi strutturali nella Chiesa di Santa Maria del Carmine sita in Regalbuto - Importo a base di gara: Euro 893.109,60 - S.A.: Comune di Regalbuto.

PREC 195/2021/L

Riferimenti normativi

Artt. 146, 148 del D.Lgs. n. 50/2016, art. 12 del D.M. n. 154/2017.

Parole chiave

Beni culturali, qualificazione.

Massima

Appalto di lavori nel settore dei beni culturali – Qualificazione – Categoria OG2 e OS2-A – Divieto di assorbimento – Obbligo di specifica indicazione della categoria specialistica OS2-A nella documentazione di gara.

Nello speciale regime di qualificazione e di esecuzione degli appalti nel settore dei beni culturali, il cd. divieto di assorbimento delle categorie dettato nell'art. 148, comma 2, del Codice impone alle stazioni appaltanti, da un lato, di indicare negli atti di gara tutte le lavorazioni specialistiche di cui si compone l'intervento, indipendentemente dalla loro incidenza percentuale sul valore complessivo dell'appalto, dall'altro, non consente all'aggiudicatario qualificato nella categoria prevalente OG2 di eseguire direttamente le lavorazioni specialistiche riconducibili nella categoria OS2-A, laddove sia privo di tale qualificazione ovvero dei requisiti semplificati di cui all'art. 12 del D.M. 154/2017 (in caso di lavori inferiori all'importo di € 150.000).



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 ottobre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza congiunta acquisita al prot. gen. ANAC n. 68095 del 21 settembre 2021, con la quale la società Sistemi Infrastrutturali SINFRA S.r.l. (aggiudicataria della procedura in oggetto) e il Comune di Regalbuto hanno chiesto all'Autorità se nel bando di gara è necessario richiedere il possesso della categoria di opera specialistica OS2-A a qualificazione obbligatoria, anche se la percentuale di tali lavori è inferiore al 10% dell'importo complessivo dell'appalto;

RILEVATO che le parti hanno esposto che con determina dirigenziale n. 96 del 9 novembre 2020 il Comune di Regalbuto ha indetto una procedura negoziata, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, per l'affidamento dei lavori di recupero, conservazione e rimozione dei pregiudizi strutturali nella chiesa di Santa Maria del Carmine sita in Regalbuto, per un importo complessivo pari ad € 893.109,60. Il bando e il disciplinare di gara prevedevano che i lavori richiesti afferiscono alla categoria obbligatoria OG2 – classifica III per un importo di € 836.058,91 (93,61% del valore dell'appalto), nonché alle categorie specializzate OS3 per € 17.248,64 (1,93% del valore dell'appalto) e OS30 per € 39.802,05 (4,46% del valore dell'appalto), senza fare alcuna menzione a lavorazioni riconducibili alla categoria OS2-A. Stando a quanto rappresentato dalle parti, la problematica sarebbe emersa in seguito all'aggiudicazione della gara (ma precedentemente rispetto alla stipula del contratto), in base ad un accordo-convenzione tra la Prefettura di Enna, il Comune di Regalbuto e la Soprintendenza BB.CC.AA. di Enna (siglato il 17 marzo 2021), dal quale si evince che *"la Soprintendenza BB.CC.AA. di Enna (...) autorizza l'esecuzione dei lavori e che i lavori devono essere eseguiti da Impresa in possesso della categoria OG2 e OS2A, secondo quanto previsto dall'art. 84 del D.Lgs. n. 50 del 18.04.2016 o in possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 12 del D.M. n. 154 del 22.08.2017"* e che *"l'impresa aggiudicataria dei lavori dovrà attenersi scrupolosamente a quanto indicato nel provvedimento di autorizzazione della Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Enna, informando questa Prefettura sullo stato di avanzamento dei predetti lavori"*. Di conseguenza, il Comune, considerando che tra le categorie di lavori richieste dagli atti di gara non risultava la categoria OS2-A, il cui importo risulta superiore al 10% del valore complessivo dell'appalto, ha annullato in autotutela, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990, il bando di gara e l'intera procedura (Determinazione n. 35 del 15 aprile 2021). L'impresa aggiudicataria ha contestato tale provvedimento in sede stragiudiziale sostenendo che *"se negli atti propedeutici all'appalto non si fa alcuna menzione sulla necessità di prevedere la categoria OS2-A, ciò vuole significare che le lavorazioni che riguardano detta categoria, in percentuale sull'importo complessivo dell'appalto, sono inferiori al 10%"*;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 68949 del 23 settembre 2021;

VISTA la nota di integrazione documentale, di cui al prot. n. 72819 del 7 ottobre 2021, con la quale è stato chiesto alla SA di indicare l'importo delle lavorazioni in appalto riconducibili alla categoria specializzata OS2-A, fornendo documentazione a supporto;

VISTA la documentazione trasmessa dalla SA, con nota acquisita al prot. n. 73743 dell'11 ottobre 2021, con la quale viene rappresentato che *"l'importo complessivo delle lavorazioni in appalto riconducibili alla categoria OS2-A non risulta riportato specificamente in nessun elaborato di progetto né tanto meno nei"*



verbal di verifica e validazione" e che l'Ufficio, solo a seguito della richiesta dell'Autorità, ha provveduto ad effettuare il calcolo delle opere riconducibili alla categoria OS2-A, che risultano ammontare complessivamente ad € 102.514,02;

VISTA, in particolare, la nota prot. n. 1676 del 10 ottobre 2018 della Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Enna, con la quale, ai sensi degli artt. 21 e 146 del D.Lgs. n. 42/2004, è stata autorizzata l'esecuzione dei lavori in oggetto, specificando che *"i lavori devono essere eseguiti da Ditte in possesso della categoria OG2 e OS2-A, secondo quanto previsto dall'art. 84 del D.Lgs. n. 50 del 18.04.2016 o in possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 12 del D.M. n. 154 del 22.08.2017"*;

CONSIDERATO che la questione sollevata dalle parti va risolta alla luce della speciale disciplina dettata dal legislatore per l'affidamento dei contratti pubblici concernenti beni culturali tutelati ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio (D.Lgs. n. 42/2004). Data la peculiarità ed importanza degli interessi coinvolti nella gestione dei beni culturali, è infatti previsto un particolare regime per gli appalti che rientrano in tale settore delineato dagli artt. 145-151 del D.Lgs. n. 50/2016 nonché dal D.M. del Ministero dei Beni e delle attività culturali e del turismo del 22 agosto 2017, n. 154 (*"Regolamento sugli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016"*), quest'ultimo tuttora vigente ai sensi dell'art. 216, comma 27-octies, del D.Lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO che le categorie di lavori, specifiche per gli appalti in questione, sono: OG2 (Restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela), OS2-A (Superfici decorate di beni immobili del patrimonio culturale e beni culturali mobili di interesse storico, artistico, archeologico ed etnoantropologico), OS2-B (Beni culturali mobili di interesse archivistico e librario) e OS25 (Scavi archeologici), ai sensi dell'Allegato A del d.P.R. n. 207/2010, richiamato dall'art. 4 del D.M. 154/2017;

CONSIDERATO che il legislatore ha dettato una speciale disciplina dei requisiti di qualificazione degli esecutori di lavori nel settore dei beni culturali, prevedendo che i soggetti che operano in tale settore devono avere *"requisiti di qualificazione specifici e adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento"* (art. 146, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016); ciò in quanto i lavori sui beni culturali hanno essenzialmente finalità conservativa e vi è l'esigenza di ridurre al minimo i rischi di perdita o deterioramento del bene (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 9 dicembre 2019, n. 5800). Per tale ragione, le disposizioni di cui all'art. 146, in continuità con il Codice precedente, disciplinano in modo rigoroso e puntuale i requisiti di qualificazione prevedendo che i lavori possono essere fatti valere come requisito tecnico unicamente dall'operatore che li ha effettivamente eseguiti (comma 2) e non ammettendo il ricorso all'istituto dell'avvalimento (comma 3);

CONSIDERATO che l'art. 148 del D.Lgs. n. 50/2016 detta una disciplina speciale *ratione materiae* in tema di affidamento di lavori aventi ad oggetto beni culturali, il quale deve di norma essere disgiunto rispetto ad altre categorie di opere, stabilendo che *"I lavori concernenti beni mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, gli scavi archeologici, anche subacquei, nonché quelli relativi a ville, parchi e giardini di cui all'articolo 10, comma 4, lettera f) del codice dei beni culturali e del paesaggio, non sono affidati congiuntamente a lavori afferenti ad altre categorie di opere generali e speciali, salvo che motivate ed eccezionali esigenze di coordinamento dei lavori, accertate dal responsabile del procedimento e comunque non attinenti la sicurezza dei luoghi di lavoro di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, non rendano necessario l'affidamento congiunto. È fatto salvo quanto previsto all'articolo 146 sul possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti nel presente capo"*. Come corollario del divieto di affidamento congiunto, il



legislatore ha precisato che *“In nessun caso le lavorazioni specialistiche di cui al comma 1 possono essere assorbite in altra categoria o essere omesse nell’indicazione delle lavorazioni di cui si compone l’intervento, indipendentemente dall’incidenza percentuale che il valore degli interventi di tipo specialistico assume rispetto all’importo complessivo. A tal fine la stazione appaltante indica separatamente, nei documenti di gara, le attività riguardanti il monitoraggio, la manutenzione, il restauro dei beni di cui al comma 1, rispetto a quelle di carattere strutturale, impiantistico, nonché di adeguamento funzionale inerenti i beni immobili tutelati ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio”* (art. 148, comma 2), richiedendo altresì che *“I soggetti esecutori dei lavori di cui al comma 1 devono in ogni caso essere in possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti dal presente capo”* (comma 4; sull’interpretazione di tale norma si veda Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2018, n. 6636 che sottolinea come l’ *“art. 148, al comma 4, relativo ai lavori delineati al comma 1 (contenente la regola tendenziale secondo cui i “lavori concernenti beni mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, gli scavi archeologici, anche subacquei, nonché quelli relativi a ville, parchi e giardini” non devono essere “assorbiti” dalla prevalenza quantitativa di altre prestazioni), collega i requisiti di qualificazione ai “soggetti esecutori”*);

RITENUTO che le richiamate disposizioni, e in particolare l’art. 148, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 siano chiare nel richiedere che le lavorazioni riconducibili alla categoria OS2-A, oltre a non potere essere affidate *“congiuntamente a lavori afferenti ad altre categorie di opere generali e special”* salvo motivate ed eccezionali esigenze, non possono essere assorbite in altra categoria indipendentemente dall’incidenza percentuale che il valore degli interventi di tipo specialistico assume rispetto all’importo complessivo dell’appalto (cd. divieto di assorbenza);

TENUTO CONTO che tale questione è stata affrontata dall’Autorità con Delibera n. 643 del 4 luglio 2018, in relazione ad una procedura di gara avente ad oggetto l’affidamento congiunto di lavori afferenti alla categoria OS2-A ricondotti interamente dalla SA all’interno della categoria OG2, sul presupposto che non vi fosse un obbligo di scorporo degli stessi. L’Autorità ha, invece, ritenuto non conformi alla normativa di settore le previsioni del bando e del disciplinare di gara che riconducevano tutti i lavori nell’unica categoria generale OG2, a fronte della sussistenza di lavorazioni specificamente inquadrabili nella categoria OS2-A, la quale, ai sensi del citato art. 148 del Codice, non può essere assorbita in altra categoria e va specificamente indicata nella documentazione di gara;

CONSIDERATO che anche la giurisprudenza ha dichiarato l’illegittimità degli atti di gara, per l’affidamento di lavori di manutenzione su beni culturali, in cui la SA richiedeva il solo possesso dell’attestazione SOA nella categoria OG2, omettendo completamente di richiamare e di richiedere ai fini della partecipazione l’ulteriore qualifica nella categoria OS2, in contrasto con quanto rappresentato dalla Soprintendenza (TAR Puglia, Bari, sez. I, 6 aprile 2017, n. 343, ove viene sottolineato che *“la circostanza dell’assenza di un’espressa valutazione ed indicazione delle lavorazioni che afferiscono ai manufatti sottoposti a regime vincolistico ha comportato poi l’ulteriore mancanza di correttezza nella definizione delle categorie e classifiche SOA da ritenersi prevalenti o scorporabili e subappaltabili”*);

RITENUTO, dunque, che, ai sensi dell’art. 148, comma 2, del Codice che statuisce il cd. divieto di assorbenza delle categorie di lavori specifiche dei beni culturali, il Comune di Regalbuto avrebbe dovuto indicare nel bando e nel disciplinare il possesso della categoria OS2-A, come rappresentato dalla Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Enna nella nota prot. n. 1676 del 10 ottobre 2018 (sopra richiamata);



RITENUTO, peraltro, che l'obbligo di una espressa indicazione negli atti di gara delle lavorazioni riconducibili alla categoria specialistica OS2-A sussiste a prescindere dal valore percentuale di tali lavorazioni rispetto all'importo complessivo dell'appalto, dunque tale obbligo è vigente anche nel caso in cui tali lavorazioni siano inferiori al 10% dell'appalto, atteso che il comma 2 del richiamato art. 148 statuisce in termini molto netti e chiari che *"in nessun caso"* tali lavorazioni specialistiche *"possono essere assorbite in altra categoria o essere omesse nell'indicazione delle lavorazioni di cui si compone l'intervento"*. Tale regola vale a fortiori nel caso di specie, nel quale l'Ufficio Tecnico della SA ha attestato che i lavori ascrivibili alla categoria OS2-A ammontano ad € 102.514,02 e superano il 10% dell'importo complessivo dell'appalto (€ 89.310,96);

RITENUTO, dunque, che nello speciale regime di qualificazione e di esecuzione degli appalti nel settore dei beni culturali, il cd. divieto di assorbimento delle categorie dettato nell'art. 148, comma 2, del Codice impone alle stazioni appaltanti, da un lato, di indicare negli atti di gara tutte le lavorazioni specialistiche di cui si compone l'intervento, indipendentemente dalla loro incidenza percentuale sul valore complessivo dell'appalto, dall'altro, non consente all'aggiudicatario qualificato nella categoria prevalente OG2 di eseguire direttamente le lavorazioni specialistiche riconducibili nella categoria OS2-A, laddove sia privo di tale qualificazione ovvero dei requisiti semplificati di cui all'art. 12 del D.M. 154/2017 (la quale, in caso di lavori di importo inferiore ad € 150.000, prevede una forma di qualificazione "semplificata" dell'operatore, in analogia a quanto previsto in termini generali dall'art. 90, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010; in tema cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II-quater, 23 ottobre 2019, n. 12203);

RITENUTO, infine, che (diversamente da quanto rappresentato dalle parti) la previsione capitolare secondo la quale il direttore tecnico dell'operatore economico incaricato degli interventi di restauro di superfici decorate deve possedere la qualifica di restauratore di beni culturali (ricavabile dal secondo periodo del comma 4 dell'art. 146 del D.Lgs. n. 50/2016, nonché dall'art. 22 del D.M. n. 154/2017), pur essendo necessaria, non è idonea a supplire la mancanza della richiesta di una specifica qualificazione dell'impresa aggiudicataria nella categoria OS2-A. La vigente disciplina (come sopra delineata) prevede, infatti, sia specifici requisiti di qualificazione per gli esecutori dei lavori di restauro riconducibili alla categoria OS2-A sia ulteriori requisiti di professionalità per i soggetti incaricati dell'attività di progettazione e direzione lavori; previsioni che, assolvendo a funzioni differenti, non possono essere considerate alternative, bensì complementari.

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'art. 148, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 impone alle stazioni appaltanti di indicare negli atti di gara tutte le lavorazioni specialistiche di cui si compone l'intervento, indipendentemente dalla loro incidenza percentuale sul valore complessivo dell'appalto. Pertanto, nel caso di specie, appare conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante, nella parte in cui è stato disposto l'annullamento d'ufficio degli atti di gara per mancata richiesta del possesso della categoria specialistica OS2-A, in virtù di quanto rappresentato dalla Soprintendenza BB.CC.AA.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia



Depositato presso la segreteria del Consiglio in data
Per Il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco