

## **Parere n.174 del 23/10/2013**

PREC 176/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Impresa Dicataldo Sabino - "Lavori di completamento di 46 alloggi E.R.P. in Tricase" - Importo a base di gara euro 2.564.499,05 - S.A.: Istituto Autonomo Case Popolari di Lecce.

Art. 37 D.Lgs. n. 163 del 2006 - Artt. 92 e 109 D.P.R. n. 207 del 2010 - Subappalto di categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 8 luglio 2013 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale la ditta Dicataldo Sabino contesta l'esclusione disposta nei suoi confronti nell'ambito della procedura aperta indetta dall'Istituto Autonomo Case Popolari di Lecce, con bando del 14 maggio 2013, per l'appalto dei lavori di completamento di 46 alloggi di edilizia residenziale pubblica in Tricase, di importo complessivo a base di gara pari ad euro 2.564.499,05.

Il bando di gara richiedeva, ai fini dell'ammissione, la qualificazione nelle seguenti categorie:

OG1 - "opere murarie" (euro 1.351.492,63), prevalente e subappaltabile nei limiti del 30%;

OG11 - "impianti tecnologici" (euro 573.783,12), scorporabile e subappaltabile;

OS6 - "finiture di opere generali in materiali lignei, plastici, etc" (euro 357.464,17), scorporabile e subappaltabile;

OS4 - "ascensori" (euro 190.422,89), scorporabile e subappaltabile.

Per le categorie OG11 e OS4, rientranti nella tipologia di "strutture, impianti e opere speciali" di cui all'art. 107 del D.P.R. n. 207 del 2010, il paragrafo 4 del bando specificava che i lavori "possono essere eseguiti dall'appaltatore solo se in possesso degli specifici requisiti di qualificazione per la relativa categoria; in caso contrario devono essere realizzati da un'impresa mandante in possesso dei requisiti necessari (a.t.i. verticale), tali lavori possono essere subappaltati con i limiti dettati dall'art. 118, comma 2 - terzo periodo, del D.Lgs. n. 163/2006 (trenta per cento)".

Nella seduta del 18 giugno 2013, la ditta Dicataldo Sabino è stata esclusa in quanto priva dell'attestazione per la categoria OS4 a qualificazione obbligatoria.

L'impresa istante espone di essere in possesso, tra l'altro, dell'attestazione SOA per le categorie OG1 (classifica IV-bis) e OG11 (classifica III). A suo avviso, la lex specialis di gara sarebbe illegittima ove interpretata nel senso di limitare al 30% la possibilità di subappalto delle lavorazioni di cui alla categoria scorporabile OS4, che corrispondono al 7,43% dell'importo complessivo dell'opera.

La stazione appaltante, formalmente avvisata con nota di questa Autorità del 18 luglio 2013, non è intervenuta nel procedimento di precontenzioso.

### **Ritenuto in diritto**

Il quesito sottoposto all'Autorità riguarda l'esclusione della ditta Dicataldo Sabino dalla procedura aperta indetta dall'Istituto Autonomo Case Popolari di Lecce, con bando del 14 maggio 2013, per l'appalto dei lavori di completamento di 46 alloggi di edilizia residenziale pubblica in Tricase.

L'impresa istante, che ha partecipato alla gara in forma individuale e possiede la qualificazione SOA per le sole categorie OG1 e OG11, è stata esclusa a causa del mancato possesso della qualificazione nella categoria scorporabile OS4.

L'esclusione, sulla base delle risultanze in atti, è illegittima.

Il bando di gara, che è stato pubblicato il 14 maggio 2013 e resta sottratto razione temporis agli effetti del parere del Consiglio di Stato n. 3014 del 26 giugno 2013 (riguardante l'annullamento parziale della disciplina contenuta negli artt. 107 e 109 del D.P.R. n. 207 del 2010, in tema di individuazione delle categorie a qualificazione obbligatoria e delle categorie superspecialistiche), deve essere interpretato in conformità con quanto disposto dall'art. 118 del Codice dei contratti pubblici e dagli artt. 92, 108 e 109 del D.P.R. n. 207 del 2010, nel senso di consentire ai concorrenti sprovvisti della relativa qualificazione di subappaltare per l'intero i lavori rientranti nella categoria non prevalente e scorporabile OS4, fermo restando l'obbligo di riservarne l'esecuzione a soggetti in possesso della corrispondente attestazione SOA.

L'impresa istante non potrebbe eseguire direttamente le lavorazioni scorporabili della categoria OS4, giusto quanto disposto dall'art. 109, secondo comma, del vigente Regolamento sui contratti pubblici, 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, come è noto, resta esclusa nell'ipotesi in cui la categoria scorporabile, singolarmente considerata, superi il 10% dell'importo complessivo dell'opera ovvero la soglia di 150.000 euro (cfr. art. 108, terzo comma, del Regolamento). E nella fattispecie, come si è visto, il bando indica l'importo delle opere della categoria OS4 - "ascensori" in euro 190.422,89.

Va tuttavia considerato che l'art. 92, primo comma, del Regolamento 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. In tale ipotesi, il subappalto può essere utilizzato come strumento di integrazione della qualificazione ed il legislatore ha preteso unicamente che l'importo delle categorie subappaltate venga compensato attraverso un corrispondente incremento della qualificazione nella categoria prevalente.

La ditta Dicataldo Sabino afferma di aver soddisfatto la prima delle suddette condizioni alternative, mediante l'attestazione SOA nella categoria prevalente OG1 (classifica IV-bis) per un importo largamente superiore a quello complessivo a base di gara. All'Autorità non è invero pervenuta la copia dell'offerta presentata dall'impresa. Non è dato conoscere, in particolare, se ed in che modo l'impresa abbia dichiarato la volontà di subappaltare le lavorazioni scorporabili per le quali non è qualificata.

Per quanto qui interessa ai fini dell'estensione della facoltà di subappalto, va rilevato che l'importo indicato dal bando per la categoria scorporabile OS4 è pari al 7,43% del totale. In tale situazione, risulta senz'altro rispettata la soglia massima del 15% dell'importo complessivo dell'appalto prevista per le categorie superspecialistiche dall'art. 37, undicesimo comma, del Codice: pertanto, ogni impresa concorrente conserva la facoltà di subappaltare integralmente le lavorazioni diverse da quelle della categoria prevalente, come stabilito implicitamente dal penultimo periodo del secondo comma dell'art. 109 del Regolamento (secondo cui "...Esse sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni").

Di conseguenza, alla luce del principio di tassatività sancito dall'art. 46 del Codice, soltanto qualora il bando di gara preveda categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria ed il concorrente non sia in possesso delle corrispondenti attestazioni SOA e neppure abbia indicato, in alternativa, l'intenzione di procedere al loro subappalto, la stazione appaltante potrà procedere all'esclusione, giacché il concorrente risulterà non idoneo ad eseguire direttamente le lavorazioni e non autorizzato a subappaltarle. Costituisce perciò causa legittima di esclusione la violazione dell'obbligo di indicare con precisione, in sede di offerta, la quota della prestazione che il concorrente intende subappaltare, qualora il subappalto sia necessario per soddisfare i requisiti richiesti dal bando per eseguire in proprio le opere (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).

In conclusione, deve giudicarsi illegittimo il provvedimento di esclusione adottato nei confronti della ditta Dicataldo Sabino, qualora quest'ultima abbia ritualmente dichiarato nella propria offerta l'intenzione di subappaltare integralmente le opere rientranti nella categoria scorporabile OS4. La stazione appaltante è pertanto tenuta a riesaminarne l'offerta, avendo cura di verificare se il difetto di qualificazione nella categoria OS4 sia stato colmato dall'impresa mediante un'espressa e compiuta dichiarazione di subappalto delle relative opere.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che la stazione appaltante ha illegittimamente escluso dalla gara in epigrafe la ditta Dicataldo Sabino, per difetto della qualificazione nella categoria scorporabile OS4, senza considerare la possibilità di subappaltarne per intero le opere ad impresa qualificata.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 novembre 2013

Il Segretario Maria Esposito