

Parere n. 27 del 13/03/2013

PREC 7/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da ALLODI S.r.l. - Procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di recupero edilizio di parte dell'edificio demaniale denominato " *ex Convento San Salvatore* " in Bologna, destinato a sede di uffici della Prefettura - Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa - Importo complessivo lordo € 2.240.847,64 - S.A.: Min. Infrastrutture e Trasporti - Provv. OO.PP. Emilia Romagna e Marche.

Categorie OG11 e OS28. Principio dell'assorbimento alla luce della nuova disciplina regolamentare (art. 79, comma 16 D.P.R. n. 207/2010).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

La società Allodi S.r.l. ha presentato l'istanza di parere in oggetto, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla propria esclusione dalla procedura bandita dal Min. Infrastrutture e Trasporti - Provv. OO.PP. Emilia Romagna e Marche.

L'istante ha precisato di aver presentato offerta in costituenda A.T.I. con l'Impresa Ferroni Primo & C. S.p.A. e che le categorie interessate dalle lavorazioni in appalto sono le seguenti. Categoria prevalente OG2 € 1.266.849,10, Categorie scorporabili subappaltabili OS28 € 397.296,66, OS30 € 270.882,14, OS6 € 223.126,74. Alla luce di tali previsioni di bando l'ATI Allodi-Ferrone dichiarava che la Categoria OS28 sarebbe stata affidata, per il 100% all'Allodi S.r.l. per essere in possesso di attestazione SOA per la categoria OG11, ma interveniva il contestato provvedimento di esclusione dalla gara, in quanto " *la qualificazione nella Cat. OG11 rilasciata ai sensi del DPR 34/00 non sostituisce il possesso della qualificazione nella Cat. OS28, categoria subappaltabile entro i limiti previsti dall'art. 37, c. 11 D.Leg.vo 163/06 come indicato nel bando di gara* ".

Secondo l'istante sussisterebbero nel caso in esame i presupposti per la riammissione in gara in virtù del principio, che sarebbe affermato anche da questa Autorità, dell'assorbimento delle categorie specialistiche nella categoria generale OG11, principio peraltro sancito dall'art. 79, comma 16 del D.P.R. n. 207/2010.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, condotta da questa Autorità con nota del 18 gennaio 2013, la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, osservando che la *lex specialis* è stata chiara ed inequivoca nel richiedere, a pena di esclusione, la presentazione di apposita domanda di partecipazione. Conseguentemente l'istante non potrebbe invocare alcun errore scusabile in cui sarebbe caduto a causa della formulazione della stessa *lex specialis*, né alcun valore dirimente potrebbe essere attribuito ai citati allegati A e B, predisposti unicamente per guidare le imprese nella formulazione delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti e non nella redazione della domanda di partecipazione.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto in applicazione della *lex specialis*, laddove impone, a pena di esclusione, la qualificazione in categoria OS28. L'istante richiama, a sostegno delle proprie deduzioni, l'orientamento manifestato da questa Autorità in recenti pareri di precontenzioso (n. 84 del 30 maggio 2012 e n. 43 del 21 marzo 2012) nel senso che la qualificazione nella categoria generale OG11 sarebbe sempre e comunque in grado di assorbire quella per le categorie speciali OS3, OS28, OS30.

In effetti, già con determinazione n. 8/2002 e con pareri n. 122/2007, n. 150/2008, nn. 87 e 207/2010, l'Autorità ha chiarito che il principio dell'assorbimento trova applicazione esclusivamente in riferimento alla categoria OG11, nel senso che, ove nel bando sia richiesta la qualificazione di cui alle categorie di opere specializzate OS3, OS28 e OS30, è consentita la partecipazione anche delle imprese qualificate in categoria OG11. Ciò in quanto detta categoria generale è in effetti la sommatoria di categorie speciali e pertanto sussiste la presunzione che un soggetto qualificato in OG11 sia in grado di svolgere mediamente tutte le lavorazioni speciali contenute in questa categoria generale. Partendo quindi dalla considerazione che l'impresa qualificata nella categoria generale OG11 può eseguire un insieme coordinato di impianti (pertinenti alle categorie specializzate OS3, OS5, OS28 e OS30) da realizzarsi congiuntamente, si è affermato che la stessa non può essere ritenuta priva delle capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzative necessarie per l'esecuzione anche di uno soltanto dei quattro specifici impianti che, quando non costituenti sul piano tecnico un insieme coordinato, vengano indicati nei bandi di gara come singoli impianti; ciò a condizione che la classifica della qualificazione nella categoria generale OG11 sia sufficiente a coprire la somma degli importi delle singole categorie di opere specializzate OS3, OS28 e OS30 previste nei bandi di gara. Pertanto, l'impresa qualificata in OG11 può svolgere mediamente (anche) tutte le lavorazioni speciali contenute in OG11. In tale atti dell'Autorità si richiama anche la prevalente giurisprudenza amministrativa, che, nel condividere gli indirizzi formulati da questa Autorità, è pervenuta ad identiche conclusioni (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2003 n.

2857; Id., sez. V, 26 aprile 2005 n. 1901).

Si è però anche chiarito che tale ipotesi costituisce una deroga al divieto di applicare il meccanismo dell'assorbimento fra categorie generali e categorie specializzate e che è opportuno, per le stazioni appaltanti, inserire un'apposita conforme previsione nel bando. E' altrettanto chiaramente si è affermato che la qualificazione per la categoria OG11 assorbe quella per la categoria di opere speciali, soltanto nel caso in cui la *lex specialis* della gara non rechi alcuna clausola in contrario (cfr., tra i più recenti: A.V.C.P., parere 18 novembre 2010 n. 207; Id., parere 29 aprile 2010 n. 87; Cons. St., III, N. 1422/2011; Cons.St., V, n. 3275/2012).

Con siffatte premesse, dovrebbe concludersi per la legittimità del provvedimento di esclusione adottato dal Min. Infrastrutture e Trasporti - Provv. OO.PP. Emilia Romagna e Marche nei confronti dell'Allodi S.r.l., dal momento che il bando di gara richiede in termini tassativi il possesso dell'attestato SOA per la categoria speciale OS28 (scorporabile), consentendo il subappalto, nei limiti di legge, o la partecipazione in A.T.I. verticale, con l'implicita esclusione dell'assorbimento nella qualificazione per la categoria OG11 di importo equivalente.

Senonché, bisogna tenere presente che la procedura in esame è soggetta *ratione temporis* all'applicazione del D.P.R. n. 207 del 2010 in quanto dall'esame dei documenti pervenuti emerge che il relativo bando di gara è stata pubblicato in data 8 ottobre 2012 ovvero dopo l'entrata in vigore del nuovo Regolamento sui contratti pubblici. Lo stesso istante valorizza l'intervento di siffatta nuova normativa regolamentare, peraltro espressamente richiamata in seno allo stesso bando di gara, assumendo che la stessa avrebbe dirimente rilievo, ancora una volta secondo l'orientamento assunto da questa Autorità nei su citati pareri. Invero, l'art. 79, comma 16 (secondo periodo), del suddetto Regolamento, con previsione innovativa rispetto alla previgente disciplina in tema di qualificazione, dispone che l'impresa qualificata nella categoria OG11 può sempre eseguire i lavori in ciascuna delle categorie OS3, OS28 e OS30, per la classifica corrispondente a quella posseduta. Si tratta, con evidenza, di una norma regolamentare cogente ed immediatamente applicabile alle procedure avviate dopo la sua entrata in vigore, che è destinata a prevalere sui bandi di gara eventualmente difformi e che codifica il principio dell'assorbimento delle categorie speciali in quella generale OG11 attribuendo in via generale agli operatori economici qualificati nella categoria OG11 l'abilitazione ad eseguire le lavorazioni specialistiche delle categorie OS3, OS28 e OS30, senza che alle stazioni appaltanti residuino spazi per una disciplina più restrittiva.

Il Consiglio ritiene che l'orientamento seguito in casi analoghi a quello in esame e testè illustrato sia meritevole di ripensamento, assumendo rilievo decisivo, come evidenziato in seno al contestato provvedimento di esclusione, la circostanza relativa al rilascio dell'attestazione SOA per la categoria OG11 in base all'anteatta disciplina regolamentare di cui al d.P.R. n. 34/00. Invero, come ritenuto da recente e condivisibile giurisprudenza (T.A.R. Trieste Friuli Venezia Giulia sez. I, 18 ottobre 2012, n. 374) la disposizione contenuta nell'art. 79, comma 16, del D.P.R. n. 207/2012 non è applicabile in relazione alle qualificazioni certificate da attestazioni SOA rilasciate sotto il vigore del DPR 34/2000, ma soltanto in relazione a quelle certificate da attestazioni SOA rilasciate in applicazione del nuovo e più rigoroso sistema delineato dal comma 16 dell'art. 79 cit., secondo il quale per la qualificazione nella categoria OG 11, l'impresa deve dimostrare di possedere, per ciascuna delle categorie di opere specializzate individuate con l'acronimo OS 3, OS 28 e OS 30 almeno le ivi previste percentuali dei requisiti di ordine speciale previsti da tale norma per l'importo corrispondente alle classifiche richieste. Ne consegue che solo per le imprese munite di tale nuova qualificazione potrà quindi ritenersi operativo il principio generale dell'assorbimento delle categorie specialistiche in quella generale OG11, a prescindere da qualsiasi previsione di bando. Tale, come detto, non è la situazione nella quale versa la ditta istante in ragione dell'epoca alla quale risale il rilascio dell'attestazione SOA OG11 della quale è in possesso, siccome antecedente all'intervento della nuova normativa. La circostanza, valorizzata dall'istante, della impossibilità di richiedere la nuova attestazione SOA secondo il disposto regolamentare se non per le gare bandite successivamente al 4 dicembre 2012 non assume auspicato rilievo, costituendo anzi conferma del graduale passaggio al nuovo sistema delineato dal D.P.R. n. 207/2010 e che riflette un più approfondito modello istruttorio da seguire ai fini del rilascio dell'attestazione SOA in OG11. Invero, lo stesso comma 16 regolamenta i presupposti per il rilascio dell'attestazione SOA nella categoria OG11 (richiedendo la verifica di percentuali minime per ciascuna delle categorie di opere specializzate), le modalità di compilazione dei certificati di esecuzione lavori per la categoria OG11 e le condizioni minime affinché un insieme di lavorazioni possa essere definito, nella progettazione e nel bando di gara, come appartenente alla categoria OG11 (dettando, anche qui, percentuali minime per ciascuna delle categorie di opere specializzate). Inoltre, l'art. 357 del Regolamento, ai commi 12, 13 e 16, tiene ferma, per il periodo di un anno, l'efficacia transitoria delle attestazioni SOA relative alla categoria generale OG11, rilasciate prima della sua entrata in vigore.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dell'Allodi S.r.l. sia conforme alla normativa di settore.

Il Consigliere Relatore : Giuseppe Borgia

Il Presidente : Sergio Santoro

*Depositato presso la Segreteria del Consiglio
in data 21 marzo 2013*

Il Segretario Maria Esposito