

DELIBERA N. 130 del 17 febbraio 2021

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Costruzioni Perrone S.r.l. – Procedura di gara per l'affidamento di lavori di riqualificazione urbana in funzione della presenza di aree degradate nella frazione Bafia Il Stralcio (1° e 2° lotto) – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - Euro 1.488.889,14 – S.A.: Centrale Unica di Committenza dell'Unione dei Comuni "Valle del Patri" - Comune di Castoreale (ME)

PREC 17/2021/L

Riferimenti normativi

Art. 3, comma 1, lett. *oo-bis*) e *oo-ter*), d.lgs. n. 50/2016
Art. 1, comma 18, d.l. n. 32/2019 conv. con l. n. 55/2019
Art. 105, d.lgs. n. 50/2016
Art. 12, d.l. n. 47/2014 conv. con l. n. 80/2014
Art. 92, d.P.R. n. 207/2010

Parole chiave

Appalto di lavori – Qualificazione SOA - Categoria prevalente – Categoria scorporabile – Opere generali a qualificazione obbligatoria – Subappalto necessario

Massime

Categoria prevalente - Individuazione

L'individuazione della categoria prevalente e della classifica alla quale appartengono le opere da appaltare non rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, ma compete al progettista sulla base di prescrizioni normative vincolanti.

La normativa di settore prescrive l'unicità della categoria prevalente cui deve ricondursi la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie di lavori che costituiscono l'intervento oggetto dell'appalto in affidamento, come indicate nella documentazione di gara.

Art. 3, comma 1, lett. *oo-bis*) e *oo-ter*), d.lgs. n. 50/2016

Opere scorporabili e subappaltabili

Il concorrente qualificato soltanto per la categoria generale prevalente e non anche per l'altra categoria di opere generali indicata nel bando, può ricorrere al subappalto qualificante attraverso un'impresa dotata della necessaria attestazione SOA nel limite della quota del 40% dell'importo complessivo dell'appalto.

Art. 12, comma 2, d.l. n. 47/2014 conv. con l. n. 80/2014

Art. 105, d.lgs. n. 50/2016

Art. 1, comma 18, d.l. n. 32/2019 conv. con l. n. 55/2019

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 febbraio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di precontenzioso prot. n. 1345 del 08/01/2021 con la quale la Costruzioni Perrone S.r.l. domanda all'Autorità di esprimere un parere sulla legittimità del provvedimento di esclusione del 16/12/2020, adottato nei suoi confronti nella procedura di gara in oggetto e confermato con nota prot. n. 225 del 21/12/2020, motivato in ragione del mancato possesso del requisito richiesto dal bando relativo all'attestazione di qualificazione per la categoria OG10 classifica IIII; l'istante ha partecipato alla gara dichiarando di essere titolare di attestazione per la categoria prevalente OG3 e di voler subappaltare interamente i lavori relativi alla categoria OG10 a operatore economico qualificato, ritenendo possibile il subappalto (cd "necessario" o qualificante) in quanto i lavori non riconducibili alla categoria prevalente sono di valore inferiore al 40% rispetto all'importo complessivo del contratto, tenuto conto che l'istante possiede la SOA per la categoria prevalente OG3 adeguata per classifica all'intero importo dell'appalto che comprenderebbe anche la parte dei lavori in OG10; con la richiesta di parere l'operatore economico istante domanda se l'eventuale causa di esclusione prevista dal disciplinare di gara sia nulla ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 e se sia corretta la sua interpretazione delle norme alla luce delle nozioni di categoria prevalente e scorporabile contenute all'art. 3, comma 1, lett. oo-bis) e lett. oo-ter) ed agli artt. 12, comma 2, d.l. n. 47/2014 (conv. con l. 80/2014) e 92, d.P.R. n. 207/2016;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 3286 del 15/01/2021;

VISTE le memorie e i documenti trasmessi dalle parti interessate;

PREMESSO che il parere è reso sulla base della documentazione di gara trasmessa in atti dalle parti interessate;

CONSIDERATO che la CUC dell'Unione dei Comuni "Valle del Patri", per conto del Comune di Castroreale (ME), pubblicava in data 04/09/2020 il bando di gara per la realizzazione dei lavori di "Riqualificazione urbana in funzione della presenza di aree degradate nella frazione Bafia. II° stralcio (I° e II° lotto)"; il bando di gara prevedeva che l'intervento si componesse delle seguenti lavorazioni: categoria OG3 *Strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, linee tranviarie, metropolitane, funicolari, e piste aeroportuali, e relative opere complementari*, classifica III per un importo di € 1.015.333,06; categoria OG10 *Impianti per la trasformazione alta/media tensione e per la distribuzione di energia elettrica in corrente alternata e continua ed impianti di pubblica illuminazione*, classifica III, per un importo di € 540.097,19; l'art. 9 del bando di gara relativo alla capacità richiesta prescriveva: «*Categoria prevalente: OG3 – classifica III ed OG10 – classifica III – DPR 207/2010*»; l'allegato Capitolato speciale di appalto indicava come prevalenti entrambe le categorie OG3 e OG10;

CONSIDERATO che la stazione appaltante comunicava l'esclusione all'istante con nota a mezzo pec del 16/12/2020, sulla base del verbale di gara n. 9 del 25/11/2020, confermando il provvedimento con nota prot. n. 225 del 21/12/2020, in riscontro alla richiesta di riammissione dell'istante, precisando che le categorie richieste dal bando di gara, scaturendo da un progetto definitivo con importi superiori al 10% dell'importo complessivo dei lavori, erano «due categorie ENTRAMBE PREVALENTI» e rispetto alle quali gli operatori economici dovevano dimostrare di essere qualificati come anche chiarito nel corso della procedura rispondendo a richieste di chiarimenti degli operatori economici;



CONSIDERATO che l'istante sostiene che la natura prevalente di una categoria di lavori è disciplinata dalla legge (in particolare, richiama le definizioni contenute all'art. 3, d.lgs. n. 50/2016) cosicché le lavorazioni di importo superiore devono riferirsi alla categoria prevalente; ne consegue che gli altri lavori in OG10, a qualificazione obbligatoria, ma non riconducibili alla categoria delle SIOS soggetti ai limiti di cui all'art. 105, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, siano interamente subappaltabili in quanto di valore pari al 34,72% dell'importo complessivo in appalto e, quindi, inferiore alla soglia del 40% prevista per il subappalto dalla normativa di settore; inoltre, egli sostiene che, essendo titolare di attestazione SOA per la categoria OG3 classifica VII, sarebbe qualificato per l'intero importo della categoria OG10; esprime un contrario avviso, nella memoria trasmessa, la stazione appaltante che conferma la legittimità del proprio operato sostenendo che il bando riferisse la natura prevalente ad entrambe le categorie di lavori in affidamento, indicando anche di avere fornito chiarimenti in merito al subappalto delle opere in sede di espletamento della procedura;

CONSIDERATO che il bando di gara si limita a indicare rispetto ai lavori in affidamento: «*Categoria prevalente: OG3 – classifica III ed OG10 – classifica III – DPR 207/2010*»;

CONSIDERATO che, come in diverse occasioni rilevato dall'Autorità, l'individuazione della categoria prevalente e della classifica alla quale appartengono le opere da appaltare, non è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, ma deve essere effettuata dal progettista sulla base delle vincolanti disposizioni di legge e regolamento (in questo senso i pareri nn. 16/2014, 172/2012, 217/2010 e la determinazione n.25/2001);

CONSIDERATO che già l'art. 30, d.P.R. n. 34/2000 e poi l'art. 32, comma 7, e l'art. 108, comma 1, d.P.R. n. 207/2010, nel disciplinare la natura delle lavorazioni, avevano espresso il principio dell'unicità della categoria prevalente che deve individuarsi sulla base del maggior valore economico della stessa (richiama espressamente il principio di unicità della categoria prevalente la circolare del Ministero Lavori Pubblici 01/03/2000, n. 182/400/93 in ordine all'abrogato art. 30, d.P.R. n. 34/2000); il principio è stato confermato anche all'art. 3, comma 1, lettere oo-bis) e oo-ter), d.lgs. n. 50/2016 che definisce i *lavori di categoria prevalente* «la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara» e i *lavori di categoria scorporabile* «la categoria di lavori, individuata dalla stazione appaltante nei documenti di gara, tra quelli non appartenenti alla categoria prevalente e comunque di importo superiore al 10 per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro ovvero appartenenti alle categorie di cui all'articolo 89, comma 11»;

RITENUTO, quindi, che nella procedura in esame la categoria prevalente sia la categoria OG3 ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. oo-bis), d.lgs. n. 50/2016 e secondo quanto previsto dall'art. 32, comma 7, d.P.R. n. 207/2010;

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 12, comma 2, lett. b), d.l. n. 47 del 2014, convertito con legge n. 80 del 2014, il concorrente in possesso di qualificazione per la categoria prevalente può subappaltare le altre opere riconducibili a categoria di opere generali a qualificazione obbligatoria e di cui non abbia la qualificazione, purché a operatore economico in possesso della necessaria attestazione SOA; infatti, si legge alla lett. b) citata: «*non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207, 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. Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale*»;

CONSIDERATO che anche recentemente, con ordinanza n. 3702/2020 la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha evidenziato come il subappalto cd. necessario o qualificante sia «*istituto compatibile con l'attuale quadro normativo, stante la confermata vigenza dell'art. 12 del decreto legge n. 47/2014 (convertito, con modificazioni, con legge n. 80/2014), ed in particolare dei primi due commi dell'art. 12, riferiti alle categorie riguardanti le opere speciali suscettibili di "subappalto necessario" in favore di imprese in possesso delle relative qualificazioni (v. Cons. Stato, sez. V, n. 5745/2019; Tar Lazio, sez. II, n. 3023/2019; Tar Piemonte, sez. II, n. 94/2018; Tar Napoli, sez. I, n. 1336/2018)*»; la pronuncia richiama anche i principi di diritto eurounitario a tutela della concorrenza e della più ampia partecipazione alle gare espressi nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE in tema di subappalto (Corte di giustizia UE, 26 settembre 2019, C-63/18; 27 novembre 2019, C-402/18; 14 gennaio 2016, C-234/14; CGUE, 14 luglio 2016, C 406/14; 10 ottobre 2013, C 94/12);

CONSIDERATO che le opere a qualificazione obbligatoria di cui alla categoria OG10 non rientrano nell'ambito di applicazione degli artt. 89, comma 11 e 105, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, non risultando inserite nell'elenco delle opere superspecialistiche di cui al DM n. 248/2016, con conseguente applicazione alle stesse dell'art. 1, comma 18, d.l. n. 32/2019, conv. dalla l. n. 55/2019 per cui il subappalto è ammesso senza i limiti indicati per le SIOS, ma entro la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto;

RITENUTO, pertanto, che le norme richiamate sull'individuazione della categoria prevalente integrino la *lex specialis* di gara, sostituendo le clausole eventualmente con esse non compatibili;

RITENUTO, pertanto, che il provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'operatore economico istante sia contrario alla normativa di settore;

Sulla base delle considerazioni sopra espresse,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione non sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio 24 febbraio 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente