

Parere n.43 del 21/03/2012

PREC 186/11/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 MV Impianti s.r.l. - " *Lavori di manutenzione straordinaria - Scuole Buonpensiero I e Omero* " - Importo a base d'asta di euro 209.200,00 - S.A.: Comune di Pomigliano d'Arco

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 18 luglio 2011 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale la società MV Impianti s.r.l. ha chiesto un parere in merito alla propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dal Comune di Pomigliano d'Arco in quanto : ... *dalla verifica dell'attestato SOA è risultato che la ditta MV Impianti s.r.l. non è in possesso della qualificazione nella categoria scorporabile OS3 - classifica I, richiesta esplicitamente al punto 3.5. del bando di gara, né ha inteso, in mancanza della categoria OS3 - classifica I, costituire con obbligatorietà un'A.T.I. di tipo verticale così come prescritto allo stesso punto 3.5. del bando di gara* ".

Il paragrafo 3.5. del bando richiedeva, ai fini dell'ammissione, la qualificazione nella categoria prevalente OG1 - classe I (euro 99.306,61) e nella categoria scorporabile OS3 - classe I (euro 81.334,03), con l'esplicita avvertenza che " *La categoria scorporabile OS3 - classe I, a qualificazione obbligatoria ... singolarmente superiore al 15% dell'importo totale dei lavori, può essere eseguita a cura dei soggetti affidatari solo se in possesso della relativa qualificazione, oppure può essere subappaltata con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo, con l'obbligo (a pena d'esclusione) per la restante parte di costituzione di A.T.I. verticale con ditta avente la predetta qualificazione OS3 - classe I* ".

La società istante, priva della qualificazione nella categoria speciale OS3, ma in possesso della qualificazione SOA per la categoria OG1 - classifica I e per la categoria OG11 - classifica II, sostiene che avrebbe potuto partecipare alla gara, in applicazione della regola dell'assorbimento delle categorie speciali (in questo caso, la OS3) in quella generale OG11.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 6 settembre 2011, la stazione appaltante ha trasmesso documenti e ribadito la legittimità del proprio operato.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti della ditta MV Impianti s.r.l., per le ragioni evidenziate in fatto.

Viene quindi in rilievo la questione interpretativa su cui l'Autorità si è più volte espressa ovvero se la qualificazione nella categoria generale OG11 possa sempre e comunque assorbire quella per la categoria speciale OS3.

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 (TAR Brescia 26 ottobre 2006 n.1349).

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 OG 11.

La prevalente giurisprudenza amministrativa, condividendo 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 inoltre 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).

Con siffatte premesse, dovrebbe concludersi per la legittimità del provvedimento di esclusione adottato dal Comune di Pomigliano d'Arco nei confronti della MV Impianti s.r.l., dal momento che il paragrafo 3.5. del bando di gara richiedeva in termini tassativi il possesso dell'attestato SOA per la categoria speciale OS3 (scorporabile), consentendo l'unica alternativa della 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 stato pubblicato il 15 giugno 2011 ovvero dopo l'entrata in vigore del nuovo Regolamento sui contratti pubblici.

L'art. 79, comma 16 (secondo periodo), del 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 (v. *supra*), 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.

Lo stesso comma regola, poi, 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).

Infine, per quanto qui rileva, 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.

Discende da quanto osservato che la MV Impianti s.r.l. non poteva essere esclusa dalla gara indetta dal Comune di Pomigliano d'Arco per la manutenzione straordinaria degli edifici scolastici, in quanto il possesso della qualificazione OG11 - classifica II, secondo il combinato disposto degli artt. 79 e 357 del D.P.R. n. 207 del 2010, abilitava l'impresa ad eseguire anche le lavorazioni rientranti nella categoria OS3 per la classifica corrispondente.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- l'impresa qualificata nella categoria OG11 possa sempre eseguire i lavori in ciascuna delle categorie OS3, OS28 e OS30, per la classifica corrispondente a quella posseduta senza che alle stazioni appaltanti residuino spazi per una disciplina più restrittiva.

il Comune di Pomigliano d'Arco, nell'ambito della procedura di gara soggetta alla disciplina introdotta dal D.P.R. n. 207 del 2010, abbia illegittimamente escluso la MV Impianti s.r.l., per avere quest'ultima fatto valere l'attestazione SOA per la categoria generale OG11, in luogo della categoria speciale OS3 prevista dal bando.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito

