



Presidente

Al Responsabile Unico del Procedimento

ì

c/o Università degli Studi di Bari

[universitabari@pec.it](mailto:universitabari@pec.it)

Fasc. Anac n. 4280/2023 (da citare nella corrispondenza)

### Oggetto

Università degli Studi di Bari: Procedura aperta per l'affidamento di un accordo quadro di 15 mesi per l'affidamento del servizio di manutenzione degli immobili di proprietà dell'Università degli studi di Bari - Aldo Moro\_ Lotto 1 (CIG 8070901E30, importo a base d'asta: 900.000,00 euro).

Nota di definizione ai sensi dell'articolo 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Con esposto acquisito al prot. Anac con il numero 63333 del 02.08.2023 l'amministratore e rappresentante legale pro tempore della C. e C. S.r.l., mandante del RTI aggiudicatario del lotto in oggetto – con mandataria *Omissis*- segnalava gravi irregolarità nella fase esecutiva, ed in particolare che le lavorazioni inerenti alla categoria OG2 (importo 241.500 euro pari al 25% del valore contrattuale), di spettanza della medesima C. e C. S.r.l., fossero state eseguite dalla mandataria *Omissis*, qualificata, invece per gli interventi ricompresi nella categoria prevalente OG11 e priva dell'attestazione SOA in OG2.

Con successiva nota inviata per conoscenza all'Autorità, la Soprintendenza Archeologia belle arti e paesaggio per la città metropolitana di Bari, nel segnalare l'estraneità alla procedura, comunicava di aver provveduto al rilascio della specifica preventiva autorizzazione da rendersi ai sensi dell'art. 21 del D.Lgs. 42/2004 per opere a farsi su beni culturali, richiamando l'amministrazione al rispetto della normativa vigente.

L'Autorità, preso atto di tale esposto ha inoltrato, con nota prot. n. 99700 del 7.11.2023 richiesta di informazioni in merito all'effettiva esecuzione dei lavori, con richiesta di comunicare lo stato di avanzamento dell'intervento e l'eventuale intervenuto collaudo.

Previa richiesta di proroga inoltrata dal Dirigente del servizio con nota prot. n. 101315 del 14.11.2023 e concessa dall'Autorità con nota prot. n. 102034 del 16.11.2023 l'Università ha provveduto a fornire il riscontro con nota prot. n. 110790 del 12.12.2023 a firma del Rup, rilevando la legittimità della procedura, in quanto "la lettura combinata del D.Lgs. 50/2016 e del Regolamento DM 154/2017, nonché la natura stessa delle opere, di mera manutenzione ordinaria, ha indotto a ritenere non necessari particolari requisiti di qualificazione per lavori di importo inferiore a 150.000 € realizzati su immobili vincolati" delle cui considerazioni si darà atto nel proseguo.

In particolare, si rappresentava che "Trattandosi di interventi da eseguirsi ogniquale volta saranno ordinati dalla Stazione appaltante, non è garantita per tutta la durata del contratto, la quantità minima degli interventi da effettuare a misura, fermo restando che il limite massimo complessivo degli affidamenti non



*potrà superare l'importo di 690.000,00 € variabile nei limiti previsti dalle leggi vigenti in materia di appalti. Pertanto, gli importi delle suindicate categorie devono intendersi quali mera stima".*

In merito allo stato di avanzamento dell'accordo, il Rup comunicava che *"Sono stati emessi n. 32 ordinativi di lavori, prevalentemente relativi ad ambiti limitati a porzioni circoscritte degli immobili interessati dal Lotto 1 ed a lavorazioni di mera manutenzione ordinaria. Sono stati, inoltre, sottoscritti n. 4 Atti di Sottomissione: 1) Atto di Sottomissione n. 1 del 09/11/2021, per integrazione del servizio di rilievo degli immobili; 2) Atto di Sottomissione n. 2 del 14/03/2022, per novazione temporale del servizio di rilievo degli immobili; 3) Atto di Sottomissione n. 3 del 02/05/2022, per lavori urgenti al fine della salvaguardia della pubblica incolumità; 4) Atto di Sottomissione n. 4 del 26/09/2022, per proroga tecnica prevista negli atti di gara. In data 26 gennaio 2023 è stato emesso il certificato di ultimazione dei lavori, ed attualmente è in corso di verifica il servizio di rilievo, al termine della quale sarà emesso lo stato finale e, conseguentemente completate le operazioni di collaudo. Tutti gli atti sono stati sottoscritti dal Mandatario (nel caso di specie, TSE IMPIANTI srl, Via Bari n. 26 - 70024 Gravina in Puglia, BA) al quale, ai sensi dell'art. 48, comma 15, del D.Lgs. 50/2016, spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto".*

Dal riscontro fornito dalla Stazione appaltante è emersa l'esecuzione di lavori su beni culturali da parte di un soggetto privo della necessaria qualificazione.

Trattandosi di un appalto riguardante edifici storici, ovvero beni immobili culturali tutelati ai sensi del D.Lgs. 42/2004, viene in rilievo l'applicazione delle norme contenute nella parte relativa agli "Appalti nel Settore dei Beni Culturali" del D.Lgs. 50/2016 ed in particolare l'articolo 146 che, in deroga alle regole generali, dispone in capo all'esecutore dei lavori il necessario possesso di requisiti di qualificazione specifici e adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento.

Nel settore dei contratti concernenti beni culturali la disciplina speciale sulla qualificazione trova fondamento nella volontà del legislatore di offrire la più ampia tutela al patrimonio culturale con la conseguenza che la qualificazione in termini di capacità tecnica nella esecuzione dei lavori possa essere fatta valere soltanto dal soggetto che i lavori li abbia effettivamente eseguiti e ponendo un ineliminabile rapporto tra effettiva esecuzione dei lavori e relativa qualificazione. La regola è da intendersi riferita non solo alla categoria dei lavori, ma anche al loro importo, cioè alla classifica, di modo che, quando un'impresa sia qualificata per eseguire lavori sino ad un importo massimo (incrementato di un quinto ex art. 61 del d.P.R. n. 207 del 2010), non può, nel settore dei beni culturali, eseguire lavori eccedenti tale importo, (Consiglio di Stato, Sez. V, 07.03.2022, n. 1615).

Corollario di tale principio è rappresentato dal divieto di avvalimento dei lavori sottoposti a tutela, come previsto dall'articolo 146 c. 3 D.Lgs. 50/2016, in quanto, come anche osservato dalla Corte costituzionale, *"intenzione della norma è assicurare che i lavori vengano direttamente eseguiti da chi abbia la specifica qualificazione richiesta, nonché mezzi e risorse necessari a preservare una tale categoria di beni. La finalità del divieto è, dunque, quella di rafforzare la tutela dei beni culturali oggetto dei contratti regolati dal Capo III, Titolo VI, Parte II del codice dei contratti pubblici». La giurisprudenza ha sottolineato che il comma 3 dell'art. 146 «nella misura in cui esclude, nella materia in esame, il ricorso ad un istituto di portata generale e di matrice eurolunitaria, quale è l'avvalimento, e quindi al prestito dei requisiti, inevitabilmente va inteso come attribuzione di rilievo, ai fini della qualificazione, al profilo soggettivo dell'esecutore dei lavori» (Corte costituzionale, Sent. 11 aprile 2022, n. 91, richiamata anche dal Consiglio di Stato, Sez. V, Sent. 21 agosto 2023, n. 7858)*



Tale regime speciale, giustificato dal più ampio interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale, trova un contemperamento nella previsione di favore contenuta al comma 2 dell'articolo 146 D.lgs. n. 50/2016 secondo cui l'utilizzo dei lavori su beni culturali non è condizionato a criteri di validità temporale con la conseguenza che i lavori eseguiti possono sempre essere fatti valere a prescindere dal tempo della loro esecuzione, diversamente da quanto accade in via generale per le altre tipologie di lavori pubblici (in tal senso Delibera n. 798 del 14.10.2020).

La disciplina è, altresì, contenuta nel Decreto ministeriale 22 agosto 2017 n. 154 recante il Regolamento sugli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004, adottato dal Ministero dei Beni culturali (Mibact), di concerto con il Ministero delle Infrastrutture, che disciplina i requisiti che le imprese devono possedere per potersi qualificare e partecipare agli appalti pubblici di lavori che hanno ad oggetto beni tutelati ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio (D. Lgs. 42/2004), riconducibili alle categorie SOA OG2, OS2A e B ed OS25.

Sulla base del quadro normativo sopra delineato, appare chiaro che l'esecuzione di lavori ricadenti nel settore dei beni culturali possa essere realizzato solo da un operatore in possesso della necessaria qualificazione; e pertanto lo svolgimento della mandataria di lavorazioni inerenti alla categoria OG2, in assenza della relativa attestazione SOA, si pone in contrasto con l'articolo 146 comma 1 D.lgs. 50/2016. Come precisato dall'Autorità in passato, peraltro, tutti gli interventi su immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali sono da ricondursi alla Cat. OG2, a prescindere dalla tipologia delle lavorazioni eseguite, in quanto l'elemento che rileva è la natura intrinseca del bene su cui le lavorazioni insistono (Nota a firma del Presidente del 12.07.2022, Delibera n. 914 del 31 agosto 2016).

Non possono, quindi, ritenersi accoglibili le considerazioni svolte dal Rup nella nota di riscontro secondo cui *"L'importo per la categoria OG2 effettivamente realizzato è pari, dunque, a circa 60.000 € e, pertanto, secondo quanto riportato nello schema riepilogativo di aggregazione delle categorie vigente al momento della gara (tratto dal sito Bosetti&Gatti), tale categoria, non scorponabile, poteva essere eseguita anche dal mandatario oltre che dal mandante. Quanto sopra è in coerenza con la normativa disciplinata dal D.Lgs. 50/2016, all'art. 148 (Affidamento dei contratti)"*.

Orbene, in primo luogo, il riferimento all'importo dei lavori effettivamente realizzati nella categoria OG2 risulta errato in quanto il valore da prendere in considerazione ai fini della qualificazione dell'operatore deve essere quello posto a base di gara. Risulterebbe, infatti, frustrata la ratio di tutela del patrimonio culturale se per la partecipazione alla procedura fosse richiesta la qualificazione per determinate categorie di lavori soggetti a tutela, che invece poi, potrebbero essere realizzati da qualsiasi operatore, qualora l'importo sia inferiore a 150.000 euro.

In tal senso si esprime anche l'articolo 2 comma 4 del capitolato speciale d'appalto, ai sensi del quale *"Ai fini della determinazione degli importi di classifica per la qualificazione di cui all'articolo 61 del Regolamento generale, rileva l'importo riportato nelle tabelle di cui al comma 1 dell'Art. 5, in corrispondenza dei righe «4» e «5», e dell'ultima colonna «VALORE STIMATO DELL'APPALTO»*, che per il lotto 1 ammonta a 241.500 euro.

Pertanto, trattandosi di lavori stimati superiori a 150.000 euro, risultava necessario che l'esecutore avesse l'attestazione di qualificazione SOA per la categoria OG2, classifica I.

Sotto altro profilo, qualora si tratti di lavori di importo inferiore alla soglia prevista per l'obbligo di attestazione, il legislatore non consente un affidamento indiscriminato a soggetti privi di requisiti, dovendo gli operatori essere in possesso di una particolare e qualificata esperienza sui medesimi, al fine di evitare



che durante lo svolgimento delle operazioni possano arrecarsi anche indirettamente danni a beni di elevato pregio e valore storico culturale (Nota del Presidente del 14.07.2022).

Al riguardo il DM 22 agosto 2017 n. 154 all'articolo 12 riguardante i lavori di importo inferiore a 150.000 euro - Titolo II disciplinante i requisiti di qualificazione degli esecutori di lavori riguardanti beni culturali - in applicazione del generale principio espresso nell'articolo 90 del D.P.R. 207/2010, dispone che le imprese esecutrici debbano dimostrare il possesso di determinati requisiti ovvero: l'aver eseguito lavori direttamente e in proprio antecedentemente alla pubblicazione del bando o alla data dell'invito alla gara ufficiosa, della medesima categoria, avere un organico determinato secondo quanto previsto dall'articolo 8 sull'idoneità organizzativa, ed infine l'iscrizione alla competente Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura; parimenti a quanto disposto dall'articolo 90, comma 1, d.P.R. n. 207/2010 per tutti i tipi di appalti.

Inoltre, a differenza di quanto rappresentato nella nota di riscontro, OG2 costituisce una categoria a "qualificazione obbligatoria", con la conseguenza che i relativi lavori non potessero essere eseguiti dall'impresa mandataria priva della relativa attestazione SOA.

Infatti, in via generale le categorie a qualificazione obbligatoria sono categorie che, qualora superino il 10% dell'importo complessivo dei lavori o 150.000 euro e siano scorporabili, non possono essere eseguite dall'impresa affidataria se sprovvista di tale categoria, ma devono essere subappaltate ad imprese qualificate. Costituiscono categorie a qualificazione obbligatoria tutte le categorie generali, inclusa OG2, ed alcune superspecialistiche, secondo quanto previsto dall'articolo 12 comma 2 lett. b) del DL 28 marzo 2014, n. 47 convertito con modificazioni dalla L. 23 maggio 2014, n. 80 da ritenere ancora vigente, come confermato recentemente anche da una recente pronuncia (TAR Reggio Calabria, 26.10.2023 n. 782).

Con particolare riferimento alla materia dei beni culturali, come sopra esaminato, l'articolo 146 dispone l'obbligo della necessaria qualificazione in capo all'esecutore dei lavori, che pertanto deve essere in possesso dell'attestazione SOA a prescindere dall'importo dei lavori, stante il principio per cui solo l'operatore effettivamente qualificato per lavori di una determinata categoria e di un determinato importo, è abilitato all'esecuzione.

In maniera più chiara si esprimeva l'articolo 201 comma 4 del precedente Codice D.lgs 163/2006 che in riferimento ai lavori da eseguirsi disponeva che *"è sempre necessaria la qualificazione nella categoria di riferimento, a prescindere dall'incidenza percentuale che il valore degli interventi sui beni tutelati assume nell'appalto complessivo"*.

In tal senso si esprime anche la giurisprudenza amministrativa secondo cui *"le lavorazioni della categoria OG2, in quanto a "qualificazione obbligatoria", imporrebbero al concorrente il possesso della relativa certificazione Soa. "La natura "obbligatoria" impone solo che quella lavorazione sia eseguita da soggetto in possesso della relativa qualificazione senza che possa ritenersi assorbita dal possesso di altre categorie Soa – scrivono i giudici – In altre parole, la circostanza che la categoria SOA OG2 sia a "qualificazione obbligatoria" significa semplicemente che le relative lavorazioni devono essere eseguite da chi è in possesso della stessa"* (Tar Molise, Campobasso, Sent. 17.10.2020, n. 278).

Conclusivamente, a nulla rileva la mancata previsione del riferimento alla categoria OG2 nell'articolo 148 D.lgs. 50/2016 che disciplina il divieto di assorbimento in riferimento ad alcune categorie superspecialistiche, indipendentemente sull'incidenza percentuale sul valore complessivo dell'appalto.

Come sopra affermato l'impossibilità per la mandataria priva dell'attestazione SOA in OG2 di effettuare i relativi lavori deriva dalla qualificazione obbligatoria della categoria OG2.

Sotto altro profilo l'esecuzione da parte della mandataria priva dei requisiti di lavori su beni tutelati di competenza della mandante, si pone in contrasto con l'articolo 48, comma 4 del D.lgs. n. 50 del 2016 che impone, nel caso di lavori, di specificare nell'offerta le categorie di lavori che saranno eseguite dai singoli



operatori economici riuniti o consorziati e che viene intesa come riferita alle quote di esecuzione in applicazione del principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione per la gara e quote di esecuzione indicate (Cons. Stato, V, 5 agosto 2020, n. 4927).

Nel nostro ordinamento vige, infatti, la regola della necessaria corrispondenza tra quota di partecipazione dichiarata nell'offerta in fase di gara, quota di qualificazione e quota di esecuzione dei lavori.

Come osservato dalla giurisprudenza la quota di partecipazione rappresenta " *la percentuale di "presenza" della singola impresa all'interno del raggruppamento con riflessi, sia sulla responsabilità del componente del raggruppamento temporaneo di imprese nei confronti della Stazione appaltante, sia sulla misura di partecipazione agli utili derivanti dalla esecuzione dell'appalto*", mentre la quota di esecuzione è la parte di lavoro, servizio o fornitura che verrà effettivamente realizzato da ciascuna delle imprese costituenti il raggruppamento, nel caso di affidamento dell'appalto" (Consiglio di Stato sez. VII, 31 maggio 2022, n. 4425).

Acclarata la stretta correlazione tra quota di esecuzione e quota di qualificazione, non potendo l'operatore privo di questa realizzare i relativi lavori, le imprese riunite devono eseguire la quota di lavori indicata in sede di offerta e in relazione alla quale hanno dichiarato il possesso del requisito di partecipazione, salvo eventuali modifiche in corso di esecuzione contrattuale espressamente autorizzate dalla stazione appaltante.

Con tale dichiarazione in fase di gara, *le imprese assumono un impegno giuridicamente vincolante nei confronti della stazione appaltante, in vista dell'eventuale esecuzione del contratto. L'impegno deve pertanto essere già definito al momento in cui si partecipa alla gara, perché in questo modo le imprese raggruppate formalizzano nei loro rapporti e nei confronti dell'amministrazione la misura entro la quale si assumeranno l'esecuzione del contratto e la corrispondente misura dei requisiti di qualificazione di cui devono essere in possesso* (Delibera n. 684 del 13.10.2021).

Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato, ma non possono essere modificate a pena di incorrere nella violazione dei principi della par condicio fra i concorrenti e di trasparenza.

Pur essendo ammessa una modifica delle quote di esecuzione, invece, appare chiaro che le stesse debbano essere autorizzate dalla stazione appaltante e previa verifica della qualificazione necessaria ad eseguire le lavorazioni.

In tal senso si esprimeva anche l'articolo 92 comma 2 D.P.R. 207/2010, vigente *ratione temporis*, secondo cui " *I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate*".

Orbene, nel caso di specie non risulta sicuramente richiesta da parte del RTP una rimodulazione delle quote di esecuzione, né la stazione appaltante avrebbe potuto concederla stante l'assenza della qualificazione per lo svolgimento di lavori ricadenti su beni tutelati da parte della mandataria.

L'esecuzione da parte della mandataria dei lavori di spettanza della mandante, realizzando una modifica delle quote di esecuzione, non preventivamente autorizzata né autorizzabile da parte della stazione appaltante, ha inevitabilmente prodotto anche una modifica a posteriori delle quote di partecipazione a fronte della sostituzione della prima nei rapporti della seconda, in violazione del principio di immutabilità. La mancata esecuzione di qualsiasi lavorazione da parte della mandante comporta, infatti, una modifica della responsabilità di questa nei rapporti con la committente, nonché l'assenza di utili derivanti dalla partecipazione.



Come osservato dall'Autorità, inoltre, *"la rimodulazione delle quote di esecuzione può essere consentita a condizione che non sia diretta ad eludere l'esclusione dalla gara del raggruppamento per mancanza, da parte di uno dei componenti del raggruppamento, della qualificazione necessaria ad eseguire la quota parte di lavori indicata in sede di offerta"* (Delibera n. 213 del 27.04.2023).

Nel caso di specie invero, emerge un aggiramento della normativa avendo, sostanzialmente la mandataria agito in proprio nell'esecuzione dei lavori, ed utilizzato, dunque, lo strumento del raggruppamento ai soli fini della partecipazione alla gara, cui da sola non avrebbe potuto partecipare essendo priva dell'attestazione SOA.

In base a quanto sopra esposto ed in attuazione del relativo deliberato consiliare del 23 aprile 2024, atteso il configurarsi della violazione della normativa, a fronte dell'esecuzione di lavorazioni ricadenti nel settore dei beni culturali da parte di un operatore privo della necessaria qualificazione, in contrasto con la normativa vigente, si comunica la definizione del procedimento ai sensi dell'art. 21 del vigente regolamento di vigilanza in materia di contratti pubblici, con invito a voler tener conto per il futuro di quanto specificatamente dedotto e rilevato nella presente comunicazione in vista di un adeguato e puntuale rispetto della normativa.

Conclusivamente si evidenzia che il presente intervento dell'Autorità è finalizzato a prevenire, per il prosieguo dell'appalto, l'insorgenza di possibili profili problematici ostativi al regolare avanzamento dei lavori, affinché non si abbiano contenziosi, sospensioni dei lavori o rischi di perdita di finanziamenti.

*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

Firmato digitalmente