

## **Parere n. 42 del 26 febbraio 2014**

### **PREC 207/13/L**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Gavoi (NU) - "Lavori di realizzazione di una show room agro-alimentare e risanamento di una porzione della casa della cultura". Importo a base di gara € 765.781,95 - S.A. Comune di Gavoi (NU).

**Artt. 37, comma 11 e 118 D.Lgs. 163/2006. Artt. 92, 107, 108, 109 d.P.R. 207/2010. Categorie prevalente e scorporabile. Qualificazione SOA. Subappalto.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 29 luglio 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale il Comune di Gavoi ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'ammissione alla gara di imprese non in possesso di qualificazione SOA, nella categoria OG11 scorporabile e subappaltabile, ai sensi della legge di gara - e che avevano dimostrato il possesso della qualificazione SOA per la sola categoria prevalente OG2, di importo pari o superiore a quello dell'appalto, avendo dichiarato l'intenzione di subappaltare per intero, ad operatori in possesso della relativa qualificazione, le lavorazioni rientranti nella categoria scorporabile OG11.

Si chiede altresì se le disposizioni del pronunciamento del Consiglio di Stato — Adunanza speciale del 16.04.2013, n.3014/2013 del 26/06/2013, siano applicabili al caso di specie.

Il Comune, in data 07.05.2013, ha pubblicato un avviso di gara mediante procedura aperta per l'affidamento dei lavori di "Realizzazione di uno show room agro alimentare e risanamento di una porzione della casa della cultura", che prevedeva per le lavorazioni due categorie: la prevalente OG2 per un importo di € 595.761,62 (77,79%) e una scorporabile e sub appaltabile OG11 per un importo di € 170.020,33 (22,21%). Nel bando di gara, per la categoria OG 11 è stata indicata la scorporabilità nonché la subappaltabilità senza alcun limite.

Alcune ditte hanno partecipato alla gara avendo la sola qualificazione nella categoria prevalente OG2, classifica III e dichiarando di subappaltare al 100% la categoria OG11 a imprese in possesso di tale qualificazione. Queste ditte non in possesso della cat. OG11 sono state comunque ammesse alla gara dalla quale è risultata aggiudicataria provvisoriamente l'impresa Gesuino Monni S.r.l. di Arzana. In data 28.06.2013 l'impresa PAVAN Costruzioni Generali S.r.l. ha trasmesso una nota con la quale ha chiesto alla S.A. di procedere al ricalcolo della soglia di anomalia, previa esclusione di tutte le imprese carenti della qualificazione nella cat. OG11 e conseguente nuova determinazione dell'impresa aggiudicataria, in quanto, essendo la categoria in questione di importo superiore al 15% del valore totale dei lavori, era da ritenersi subappaltabile nei limiti del 30%.

All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità con nota del 18 settembre 2013, hanno fatto seguito le osservazioni dell'impresa aggiudicataria provvisoria che contesta le doglianze sollevate dalla PAVAN Costruzioni Generali S.r.l., ritenendole basate su una malintesa applicabilità, alla gara in questione, dei limiti del subappalto.

### **Ritenuto in diritto**

La questione qui in rilievo concerne la legittimità dell'ammissione alla gara di imprese non in possesso della qualificazione SOA nella categoria OG11 - scorporabile e subappaltabile -, ai sensi della legge di gara - e che avevano dimostrato il possesso della qualificazione SOA per la sola categoria prevalente OG2, avendo dichiarato l'intenzione di subappaltare per intero, ad operatori in possesso della relativa qualificazione, le lavorazioni rientranti nella categoria scorporabile OG11. Sostanzialmente, l'istante chiede a questa Autorità di sapere se l'impresa partecipante, in possesso della sola attestazione SOA per la categoria di lavori prevalente, possa partecipare alla gara anche se non in possesso di attestazione SOA per la categoria di lavori scorporabili e subappaltabili, nonché procedere al subappalto, senza il limite del 30%, in favore di una ditta in possesso di specifica attestazione SOA.

Innanzitutto occorre esaminare la lex specialis di gara.

L'avviso di gara, a pag. 2, ha stabilito che: "poiché l'importo complessivo dell'appalto è superiore a E. 150.000,00, le imprese partecipanti alla gara devono possedere l'attestazione SOA, di classe adeguata all'importo dell'appalto, sia per la categoria prevalente che per la categoria scorporabile, posto che entrambe le categorie superano singolarmente i 150.000,00 E. Pertanto anche per la categoria scorporabile, ai sensi dell'art. 109 co. 2 d.P.R. 207/2010, è obbligatorio il possesso della SOA cat. OG11. Inoltre, poiché l'importo dei lavori scorporabili supera il 15% dell'importo complessivo dell'appalto i medesimi possono essere subappaltati ad impresa in possesso della qualificazione SOA OG11".

Il disciplinare di gara, al punto 2 c) ha previsto, a pena di esclusione, che fosse depositata "copia dell'attestazione di qualificazione in corso di validità rilasciata da SOA ... che documenti il possesso della categoria OG2 classifica III ed OG11 classe I"; al punto 2 F, sotto la rubrica -Dichiarazione di subappalto - "deve essere presentata una dichiarazione sottoscritta dal titolare o legale rappresentante dell'impresa da cui risultino i lavori o le parti di opere che si intendono subappaltare

o conceder in cottimo, in conformità a quanto previsto dall'art. 118 Codice dei Contratti e dall'art. 30 D.P.R. 34/2000".

Secondo la S.A., la *lex specialis* di gara, interpretata in conformità con quanto disposto dall'art. 118 D.Lgs. n. 163/2006 e dagli artt. 92, 108, e 109 del D.P.R. n. 207/2010, consentiva ai concorrenti che fossero sprovvisti della relativa qualificazione di subappaltare per l'intero i lavori rientranti nella categoria non prevalente e scorporabile OG11, fermo restando l'obbligo di riservarne l'esecuzione a soggetti in possesso della corrispondente attestazione SOA. Poiché il subappalto sarebbe stato utilizzato come strumento di integrazione della qualificazione, l'importo delle categorie subappaltate doveva essere compensato attraverso un corrispondente incremento della qualificazione nella categoria prevalente, anche se l'impresa non può eseguire direttamente le lavorazioni scorporabili, non possedendo la specifica qualificazione SOA (giusto quanto disposto dall'art. 109, secondo comma del Regolamento).

Pertanto, la mancanza di qualificazione nella categoria OG11, non poteva avere come conseguenza la mancata ammissione dell'impresa concorrente alla gara, che conservava la facoltà di subappaltare le lavorazioni diverse da quelle della categoria prevalente (penultimo periodo del secondo comma dell'art. 109).

Per rispondere al quesito in esame, occorre dar conto del quadro normativo di riferimento, considerando gli artt. 92, 107, 108 e 109 del d.P.R. n.207/2010.

Infatti, l'art. 92 d.P.R n. 207/2010, sotto la rubrica "Soggetti abilitati ad assumere lavori" stabilisce che: "Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente".

La norma al co. 7, stabilisce che: "In riferimento all'articolo 37, comma 11, del codice ai fini della partecipazione alla gara, il concorrente, singolo o riunito in raggruppamento, che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie di cui all'articolo 107, comma 2, (tra cui l'OG11) per l'intero importo richiesto dal bando di gara o dalla lettera di invito, deve possedere i requisiti mancanti relativi a ciascuna delle predette categorie di cui all'articolo 107, comma 2, e oggetto di subappalto, con riferimento alla categoria prevalente".

Il successivo art. 109 "Criteri di affidamento delle opere generali e delle opere specializzate non eseguite direttamente", stabilisce che: "1. L'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ...indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto al comma 2, eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. 2. 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, (ossia di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro) relative a:

a) categorie di opere generali individuate nell'allegato A (tra cui l'OG11);

b) categorie di opere specializzate individuate nell'allegato A come categorie a qualificazione obbligatoria (nella Tabella sintetica delle categorie in coda alla tabella A del d.P.R. n. 207/2010 sono a qualificazione obbligatoria e, quindi, non realizzabili direttamente dall'affidatario, ma necessariamente da subappaltare 46 delle 52 categorie complessivamente indicate; infatti recita la Tab. A: "Le lavorazioni di cui alle categorie generali nonché alle categorie specializzate per le quali nell'allegata tabella «sintetica delle categorie» è prescritta la qualificazione obbligatoria, qualora siano indicate nel bando di gara o avviso di gara o lettera di invito, come categorie scorporabili, non possono essere eseguite dagli affidatari se privi delle relative adeguate qualificazioni").

Nell'ambito di queste 46 categorie, peraltro, l'art. 107, comma 2 del regolamento individua un ulteriore elenco di 24 categorie per le quali, se di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro, il subappalto è consentito solo nei limiti del 30%.

Infatti, prosegue l'art. 109: "Esse sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Resta fermo, ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice, il limite di cui all'articolo 170, comma 1 (30%) per le categorie di cui all'articolo 107, comma 2, (tra cui OG11) di importo singolarmente superiore al quindici per cento; si applica l'articolo 92, comma 7".

Ne deriva che:

- le opere scorporabili inerenti alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A (tra cui l'OG11) ovvero speciali a qualificazione obbligatoria, indicate nella Tabella dell'allegato A - se di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro - non possono essere realizzate direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione nella categoria prevalente, ma non qualificato per le singole categorie scorporabili; possono essere subappaltate al 100%;

- tra queste opere, l'art. 107, comma 2, del regolamento individua un ulteriore elenco di 24 categorie c.d. superspecialistiche (tra cui l'OG11) - di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro - per le quali, se di importo singolarmente superiore al 15% del totale, il subappalto è consentito solo nei

limiti del 30 per cento, a impresa in possesso della qualificazione specifica;

- il che implica che, in presenza delle opere "speciali" individuate da tale disposizione, l'impresa munita della qualificazione nella categoria prevalente, già solo per partecipare alla gara, deve necessariamente costituire un'A.T.I. verticale con un'impresa qualificata nella categoria "speciale", ovvero fare ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Orbene, nella fattispecie in esame:

1. I lavori della categoria prevalente ineriscono alla qualificazione generale OG2 di cui all'all. "A" del regolamento;
2. il concorrente era in possesso di tale qualificazione generale;
3. i lavori scorporabili e subappaltabili ineriscono alla qualificazione generale OG11 di cui all'all. "A"; tuttavia risultano di importo superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera nonché di importo superiore a 150.000 euro, pertanto non potevano essere svolti direttamente dal concorrente non in possesso della relativa qualificazione (art. 109, co. 2 d.P.R. n. 207/2010);
4. tali opere secondarie, rientrando nell'elenco di cui all'art. 107, co. 2 del regolamento (c.d. superspecialistiche), dovevano comunque essere subappaltate ad imprese in possesso delle relative qualificazioni (art. 109, co. 2 d.P.R. n. 207/2010);
5. ma poiché di importo singolarmente superiore al quindici per cento, il subappalto era consentito nel limite del 30% (art. 109, co. 2 d.P.R. n. 207/2010);
6. il che implica che, in presenza delle opere "speciali" individuate da tale disposizione, l'impresa munita della sola qualificazione nella categoria prevalente, già solo per partecipare alla gara, doveva necessariamente costituire un'A.T.I. verticale con un'impresa qualificata nella categoria "speciale", ovvero fare ricorso all'istituto dell'avvalimento per integrare il requisito mancante.

Conseguentemente, le imprese ammesse, tra cui l'impresa aggiudicataria provvisoriamente, non in possesso della qualificazione nella categoria OG11 - scorporabile e subappaltabile, non avendo subappaltato comunque nei limiti del 30%, né partecipato in A.T.I. verticale o mediante ricorso all'istituto dell'avvalimento, avrebbero dovuto essere escluse.

Infine, con riferimento alla richiesta avanzata dalla S.A. in ordine all'applicabilità al caso di specie di quanto disposto con parere del C.d.S., Ad. Comm. Sp. n. 3014/2013 e comunque per esigenze di completezza, si rappresenta quanto segue.

In accoglimento di un ricorso straordinario al Capo dello Stato promosso dall'AGI (Associazione Imprese Generali), il Consiglio di Stato, con parere 26 giugno 2013, n. 3014, ha sancito l'annullamento del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 limitatamente ad alcune disposizioni tra cui gli articoli 107, comma 2, e 109, comma 2. Tale parere è stato recepito con d.P.R. 30 ottobre 2013. Tuttavia (e per tale ragione rimane inalterato l'impianto del presente parere), l'art. 3, comma 9, del D.L. 30 dicembre 2013, n. 151 (c.d. "mille proroghe") stabilisce che "Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono adottate ... le disposizioni regolamentari sostitutive delle disposizioni di cui agli articoli 107, comma 2 e 109, comma 2, del regolamento di cui al D.P.R. n.207 del 2010, annullate dal D.P.R. 30 ottobre 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 29 novembre 2013, n. 280 .... Nelle more dell'adozione delle disposizioni regolamentari sostitutive, continuano a trovare applicazione, in ogni caso non oltre la data del 30 settembre 2014, le regole previgenti." Pertanto, la disposizione appena richiamata vale a sospendere gli effetti dell'annullamento delle disposizioni regolamentari dichiarate illegittime dal Consiglio di Stato e a sancire conseguentemente, non oltre comunque il 30 settembre 2014, la vigenza delle suddette disposizioni.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia illegittima l'ammissione delle imprese qualificate per la sola categoria prevalente OG2 e che abbiano dichiarato di subappaltare per intero le lavorazioni rientranti nella categoria scorporabile OG11.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 marzo 2014

Il Segretario Maria Esposito