

Parere n.6 del 29/07/2014

PREC 20/14/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 NC EDIL PITTURAZIONI E C. sas (capogruppo della costituenda ATI verticale con la società PELLICANO VERDE S.p.A.) - "Procedura aperta per l'appalto degli interventi finalizzati al recupero, all'adeguamento normativo ed alla riduzione del rischio in stabili comunali - fase 2 - appalto 68/2013"- Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 3.160.360,85 - S.A.: Comune di Milano.

Artt. 37, comma 11 e 118 d.lgs. n. 163/2006. Artt. 92, 107, 108, 109 d.P.R. 207/2010.

Categorie prevalente e scorporabile. Qualificazione SOA e A.T.I. di tipo verticale.

Il Consiglio

Ritenuto in fatto

In data 7 gennaio 2014, è pervenuta l'istanza di parere della NC EDIL PITTURAZIONI E C. sas, la quale, in qualità di capogruppo della costituenda A.T.I. verticale con la società Pellicano Verde S.p.A. per la categoria OG 12, classifica IV, chiede un parere in merito alla procedura di gara indetta dal Comune di Milano con bando del 6.11.2013 per l'affidamento, mediante il criterio del prezzo più basso, degli interventi indicati in oggetto, di importo pari ad euro 3.160.360,85.

Il bando di gara individua, quali requisiti per la partecipazione, le seguenti categorie: categoria prevalente: OG1 classifica III (importo euro 1.150.713,84); categorie scorporabili: OG11 classifica II (importo euro 567.580,50); OG12 classifica I; OS6 classifica III; OS7 classifica III; OS8 classifica I. Il costituendo raggruppamento verticale, al fine di soddisfare i requisiti richiesti, è risultato così costituito: la capogruppo possiede la categoria OG1 classifica IV, la OG11 classifica I, la OS6 classifica I, la OS7 classifica III; la mandante PELLICANO VERDE S.p.A. possiede la categoria OG12 classifica IV; la OS8 è interamente subappaltata.

La stazione appaltante, in data 10.01.2014, ha escluso la costituenda A.T.I. in quanto non complessivamente qualificata, risultando l'impresa mandataria in possesso di una classifica insufficiente per la scorporabile OG11, in quanto attestata per la classifica I anziché II.

Viceversa, l'istante ritiene che, ai sensi dell'art. 92, comma 7, del d.P.R. n. 207/2010, al quale si conforma il bando, non appare legittima la propria esclusione in quanto, essendo qualificata per la categoria prevalente OG1, classifica IV, anziché III, assorbe, per la scorporabile OG11, la relativa classifica mancante (II).

L'istruttoria procedimentale è stata formalmente avviata in data 12 febbraio 2014. Con nota del 20 febbraio 2014, il Comune di Milano ha trasmesso memoria allegando il provvedimento di esclusione in contestazione. In particolare, la stazione appaltante ha precisato che, come previsto dall'art. 92, comma 7 d.P.R. n. 207/2010, e ribadito nel bando di gara, la categoria prevalente OG1 poteva essere utilizzata per assorbire la quota massima subappaltabile del 30% della categoria scorporabile OG11; pertanto, essendo il 30% della OG11 pari ad euro 170.274,15, per la parte rimanente di euro 397.306,35 (567.580,50 - 170.274,15) corrispondente ad una classifica II, l'impresa doveva necessariamente qualificarsi.

Ritenuto in diritto

La questione qui in rilievo concerne la legittimità o meno dell'esclusione dalla gara del raggruppamento NC EDIL PITTURAZIONI E C. s.a.s./PELLICANO VERDE S.p.A., la cui capogruppo, in ATI verticale con la mandante limitatamente alla categoria OG12, classifica IV, è risultata qualificata nella sola categoria prevalente OG1 classifica IV (nel bando era richiesta la classifica III).

Per le categorie scorporabili, la mandataria è risultata qualificata in OG11, classifica I anziché classifica II, in OS 6 (classifica I), in OS 7 (classifica III) nonché in OS 8 interamente subappaltata. Per rispondere al quesito in esame, occorre innanzitutto esaminare la *lex specialis* di gara nonché il quadro normativo di riferimento.

Il disciplinare di gara ha previsto, quali requisiti per la partecipazione, le seguenti categorie: categoria prevalente: OG1 classifica III (importo euro 1.150.713,84); categorie scorporabili, con qualificazione obbligatoria: OG11 classifica II (importo euro 567.580,50); OG12 classifica I; OS6 classifica III; OS7 classifica III; OS8 classifica I. Nell'indicare i soggetti ammessi alla gara, il disciplinare ha, altresì, precisato che "I concorrenti possono partecipare alla gara qualora siano in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti e determinati con riferimento alla categoria prevalente per classifica IV e alla categoria scorporabile OG11 per classifica II ovvero siano in possesso dei requisiti richiesti e determinati con riferimento alla categoria prevalente e alle categorie delle lavorazioni diverse dalla prevalente ed ai corrispondenti loro singoli importi. ... Nel caso di ricorso all'A.T.I. del tipo verticale per i raggruppamenti temporanei di imprese e per i consorzi di cui all'art. 34 comma 1 lett. d) e f) del Codice dei contratti, all'impresa capogruppo i requisiti previsti sono richiesti con riferimento alla categoria prevalente, mentre a ciascuna mandante sono richiesti i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che la stessa intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. Considerato che nell'oggetto dell'appalto rientrano opere scorporabili di cui alle categorie di lavorazione indicate all'art. 107 comma 2 d.P.R. n. 207/2010 e rilevato che la categoria OG11 supera

in valore il 15% dell'importo totale dei lavori, essa deve essere eseguita esclusivamente dai soggetti affidatari in possesso della qualificazione richiesta e pertanto non può essere eseguita dal concorrente qualificato nella sola categoria prevalente che deve quindi obbligatoriamente qualificarsi anche nella precitata categoria. Il concorrente, singolo o riunito in raggruppamento, che non possiede la qualificazione nella categoria OG11 per l'intero importo richiesto dal presente bando e oggetto di subappalto deve possedere i requisiti mancanti relativi alla predetta categoria con riferimento alla categoria prevalente. Resta fermo il limite massimo di subappaltabilità nella misura del 30% per la categoria OG11".

Con riguardo alla cornice normativa di riferimento vigente alla data di pubblicazione del bando in esame, è necessario considerare gli artt. 92, 107, 108 e 109 del d.P.R. n.207/2010.

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 comma 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 quindici per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, 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 cc.dd. superspecialistiche (tra cui l'OG11) - di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, o 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%, 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 per integrare il requisito mancante.

Orbene, nel caso in esame:

1. I lavori della categoria prevalente ineriscono alla qualificazione generale OG1 di cui all."A" del

Regolamento;

2. L'istante era in possesso di tale qualificazione generale, per una classifica superiore (IV);
3. I lavori scorporabili e subappaltabili ineriscono, tra l'altro, alla qualificazione generale OG11 di cui all."A"; tuttavia risultano di importo superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera nonché di importo superiore a euro 150.000, pertanto non potevano essere svolti direttamente dal concorrente non in possesso della relativa qualificazione (art. 109, comma 2 d.P.R. n. 207/2010);
4. Tali opere secondarie, rientrando nell'elenco di cui all'art. 107, comma 2 del Regolamento, dovevano comunque essere subappaltate ad imprese in possesso delle relative qualificazioni;
5. Ma poiché di importo singolarmente superiore al quindici per cento, il subappalto era consentito nel limite del 30%;
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. di tipo verticale con un'impresa qualificata nella categoria "speciale";
7. Risulta in concreto che l'impresa NC EDIL PITTURAZIONI E C. sas abbia sì fatto ricorso ad una A.T.I. verticale, ma limitatamente alla sola categoria OG12, con la conseguenza di non riuscire comunque a soddisfare sufficientemente il requisito di qualificazione richiesto per la categoria speciale OG11, classifica II (scorporabile - subappaltabile nei limiti del 30%).

Alla luce delle osservazioni e dei rilievi sopra esposti, discende quindi che, del tutto legittimamente la stazione appaltante ha escluso dalla partecipazione alla gara il costituendo raggruppamento.

In base a tutto quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme all'ordinamento di settore l'esclusione del costituendo raggruppamento NC EDIL PITTURAZIONI E C. sas/ PELLICANO VERDE S.p.A..

Il Presidente: Raffaele Cantone

Depositato in data 6 agosto 2014

Il Segretario Maria Esposito