

Parere n. 104 del 8.11.2007

PREC417/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'ANCE Catania - lavori di potenziamento e riqualificazione del padiglione n. 6. S.A. Ente Fiera del Mediterraneo.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 06/07/2007 l'Ente Fiera del Mediterraneo ha pubblicato il bando per l'affidamento dei lavori indicati in oggetto, da aggiudicarsi, ai sensi della legge 109/1994 e s.m.i. nel testo coordinato con le norme della legge regionale n. 7/2002 e n. 16/2005 e s.m.i., mediante procedura aperta, con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, per un importo complessivo a base d'asta di Euro 1.044.530,42.

Per la partecipazione alla gara, il bando richiedeva la qualificazione nella categoria prevalente OG11, classifica II e nelle categorie scorporabili OG1, classifica II e OS8, classifica I.

Al riguardo, il bando specificava che le categorie scorporabili, di importo superiore al 15 per cento dell'importo totale dei lavori, non erano subappaltabili.

In data 14/09/2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con la quale l'ANCE di Catania contesta la formulazione del bando, in merito al divieto di subappalto per le citate categorie scorporabili, in quanto dette categorie non rientrano tra quelle elencate nell'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999 e la categoria OS8 è a qualificazione non obbligatoria.

In sede di istruttoria procedimentale, la S.A. ha rappresentato che non si può procedere al subappalto nel caso in cui l'oggetto dell'appalto comprenda, oltre alle lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente, quelle indicate all'articolo 72, comma 4 e all'articolo 74, comma 2, del d.P.R. 554/1999, qualora una o più di tali opere superi in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori.

Inoltre, prosegue la S.A., occorre considerare il merito tecnico del progetto, che nel caso in esame, riguarda la riqualificazione di un immobile mediante la realizzazione di una moderna e sofisticata sala congressi, dotata di un corredo impiantistico e tecnologico assolutamente particolare, ed è prevista la realizzazione di una "controsoffittatura" con caratteristiche tecniche originali, per la cui realizzazione necessitano, in capo all'esecutore, abilità specialistiche.

Ritenuto in diritto

Per la soluzione della questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità, occorre affrontare separatamente la problematica relativa al divieto di subappalto della categoria scorporabile OG1 e della categoria scorporabile OS8, entrambe di importo superiore al 15 per cento dell'importo totale dei lavori.

Per quanto attiene alla categoria OG1, la questione sollevata riguarda l'applicabilità del divieto di subappalto di cui all'articolo 37, comma 11, del decreto legislativo n. 163/2006, oltre che alle categorie di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/99, anche alle categorie generali.

Detta questione, affrontata dall'Autorità con determinazioni n. 25/2001 e n. 31/2002, non ha trovato unanime risoluzione in sede giurisdizionale, tanto che la giurisprudenza prevalente (cfr. Cons. Stato, sez. VI n. 4671/03 e Cons. Stato sez. IV n. 6701/04, TAR Brescia n. 1349/2006), ritiene che il divieto di subappalto per le lavorazioni appartenenti alle categorie generali possa operare solo laddove il bando di gara, che costituisce la *lex specialis* della stessa, lo preveda espressamente.

Secondo la citata giurisprudenza è pertanto illegittima l'esclusione dell'impresa non in possesso di qualificazione in una categoria generale scorporabile, indicata nel bando in aggiunta alla categoria prevalente, qualora il bando non preveda espressamente il divieto di subappalto, come invece statuito nel caso di specie.

Peraltro, anche questa Autorità, con la citata determinazione n. 31/2002, ha invitato le stazioni

appaltanti a prevedere nei bandi di gara specifiche regole al riguardo.

Così facendo viene salvaguardata l'esigenza del committente che determinate lavorazioni siano eseguite direttamente dall'aggiudicatario ovvero, laddove quest'ultimo non sia in possesso dell'attestazione SOA per le opere riconducibili alla categoria scorporabile, venga costituito un raggruppamento temporaneo di imprese di tipo verticale.

Per quanto attiene alla categoria OS8, con determinazione n. 25/2001, l'Autorità ha chiarito che l'indicazione sulla non obbligatorietà o sulla obbligatorietà della qualificazione serve a fornire al concorrente - sia nel caso che sia un soggetto singolo, cioè un soggetto con idoneità individuale sia nel caso che sia un soggetto plurimo cioè un soggetto con idoneità plurisoggettiva - l'elenco delle lavorazioni che esso, ai sensi dell'ultimo alinea delle premesse dell'allegato A del DPR 34/2000, può eseguire direttamente ancorché non sia in possesso della corrispondente qualificazione (e cioè quelle a qualificazione non obbligatoria: le categorie OS1, OS6, OS7, OS8, OS23, OS26, OS32 e OS34) e quelle che, invece, può eseguire soltanto se in possesso della corrispondente qualificazione.

Tale specificazione si trova nella "tabella corrispondenze nuove e vecchie categorie" di cui all'allegato A del DPR 34/2000. Va ricordato che il divieto di eseguire alcune lavorazioni qualora privi delle corrispondenti qualificazioni è anche previsto dal combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'articolo 74 del regolamento generale.

Va precisato che le categorie a qualificazione non obbligatoria, oltre al fatto che possono essere eseguite dall'aggiudicatario ancorché privo di qualificazione, sono sempre subappaltabili e scorporabili, pur se di importo superiore al 15% dell'importo complessivo dell'appalto. In caso di subappalto va, però, tenuto presente che esso può essere effettuato soltanto nei riguardi di soggetti in possesso della corrispondente qualificazione. Va, inoltre, ricordato che il concorrente qualora, per proprie scelte imprenditoriali, volesse comunque subappaltare tali lavorazioni o volesse in sede esecutiva essere in condizione di subappaltarle, deve farne oggetto di specifica precisazione nella dichiarazione sostitutiva allegata alla offerta o alla domanda di partecipazione, in quanto il subappalto è comunque soggetto ad autorizzazione e l'autorizzazione è condizionata da una specifica richiesta effettuata in sede di gara.

Infine, si evidenzia che con deliberazione n. 94/2007, l'Autorità ha chiarito che le categorie altamente specializzate sono tali per indicazione normativa e non è riconosciuta alcuna facoltà alla stazione appaltante ovvero al progettista di effettuare valutazioni discrezionali al riguardo.

Nel caso di specie, pertanto, per la categoria OS8 non sussistono i presupposti per l'applicazione del divieto di subappalto, di cui all'articolo 37, comma 11 del d. Lgs. n. 163/2006.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- il divieto di subappalto della categoria scorporabile OG1 è conforme a quanto prescritto dall'articolo 37, comma 11, del decreto legislativo n. 163/2006;
- il divieto di subappalto per la categoria scorporabile OS8 a qualificazione non obbligatoria, non è conforme alla normativa di settore.

Il Consigliere Relatore: Alfonso Maria Rossi Brigante

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21/11/2007