



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N.1035 DEL 30 ottobre 2018

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Giuzio Ambiente Srl+De Vivo Spa+BEA di Beneventi E.A. Srl – Lavori di ristrutturazione dei locali ubicati alle quote 745,08 e 748,54 del Padiglione B per l'allocamento dell'IRCCS Reumatologia presso l'A.O.R. San Carlo di Potenza – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: 1.832.576,10; S.A.: SUA-Regione Basilicata.

PREC 131/18/L

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con distinte istanze acquisite al prot. gen. ANAC nn. 0084028 e 0084212 del 22.6.2017 e n. 0089255 del 7.7.2017, riunite in un solo fascicolo istruttorio per ragioni di economia procedurale, rispettivamente, le società Giuzio Ambiente Srl, De Vivo Spa e BEA di Beneventi E.A. Srl richiedono un parere dell'Autorità in merito alla legittimità dell'operato della Stazione appaltante che le ha escluse dalla gara in oggetto per le motivazioni di seguito rappresentate.

La società Giuzio Ambiente Srl contesta l'esclusione dalla gara disposta dalla Stazione appaltante perché *«A seguito della verifica [della documentazione prodotta – n.d.r.], il Seggio di gara rileva la mancanza dell'attestazione SOA OS30 per una classifica III, requisito obbligatorio per la partecipazione alla gara così come espressamente richiesto dall'art. 11, punto 1, lettera B, punto iv. del Disciplinare di gara. Il raggruppamento ha invece prodotto l'attestazione SOA da parte della Mandataria, riferita alla categoria OS30 per la classifica II. Ciò è insufficiente ai fini della qualificazione alla procedura di gara dell'operatore economico di cui trattasi. Per tale motivazione il Seggio di gara decide di NON AMMETTERE il predetto R.T.I. alle successive fasi di gara».*

La società De Vivo Spa contesta invece l'esclusione dalla gara disposta a causa della mancanza del possesso dell'attestazione SOA per le categorie OS3 classifica III, OS28 classifica I e OS30 classifica I, requisiti richiesti dall'art. 11, punto 1, lettera B, punto iv. del Disciplinare di gara.

La società BEA Srl, infine, contesta l'esclusione dalla gara disposta dalla Stazione appaltante perché *«A seguito della verifica [della documentazione prodotta – n.d.r.], il Seggio di gara rileva la mancanza di possesso del requisito dell'attestazione SOA OS3 per la classe I, requisito obbligatorio per la partecipazione alla gara così come espressamente richiesto dall'art. 11, punto 1, lettera B, punto iv. del Disciplinare di gara. Per tale motivazione il Seggio di gara decide di NON AMMETTERE il predetto R.T.I. alle successive fasi di gara».*

Con nota prot. ANAC n. 0043470 del 22.5.2018, l'Autorità ha comunicato alle parti l'avvio del procedimento. L'Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo" di Potenza e la SUA-Regione Basilicata



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

hanno riscontrato tale comunicazione, rispettivamente, con le note acquisite al prot. gen. ANAC n. 0045353 e n. 0045531 del 28.5.2018, con le quali però non vengono forniti chiarimenti in ordine alle questioni oggetto di controversia, ma vengono esclusivamente sollevate eccezioni procedurali circa la tardività delle istanze di precontenzioso (sopraggiunte ben oltre lo spirare del termine per il ricorso giurisdizionale), nonché dell'intervento della stessa Autorità (ovvero oltre il termine dei 30 giorni previsto dal codice appalti per l'emanazione del parere di competenza).

Ritenuto in diritto

In via preliminare, si deve respingere l'eccezione d'inammissibilità dell'istanza avanzata dalla Stazione appaltante nelle proprie memorie controdeduttive.

Quest'ultima ritiene, sulla base di motivazioni in parte condivisibili, che la mancata impugnativa giurisdizionale da parte degli istanti del provvedimento di esclusione, ritualmente comunicato ai concorrenti e pubblicato sul profilo di committente, ha indotto la medesima Amministrazione a fare affidamento sulla consolidazione degli effetti delle determinazioni adottate e dunque sulla regolarità della procedura di gara, che è conseguentemente proseguita fino all'aggiudicazione definitiva.

Tuttavia, si deve rammentare che i pareri di precontenzioso non vincolanti (ovvero quelli per i quali l'istanza non sia presentata congiuntamente dalla Stazione appaltante e da uno o più concorrenti), stante l'assenza – secondo la normativa attualmente vigente – di qualsivoglia termine di decadenza per la presentazione della richiesta di parere, in tutti i casi come quello in esame non potranno che assumere il valore di indirizzo interpretativo altamente qualificato, reso dall'Autorità istituzionalmente deputata a vigilare nel settore, teso non a risolvere singole controversie d'imperio ed in via definitiva, bensì ad orientare i soggetti interessati in ordine alle eventuali determinazioni da adottare per risolvere le fattispecie controverse.

Recentemente l'Autorità ha infatti chiarito che «...in via preliminare e con riferimento al rilievo posto dalla stazione appaltante circa l'inammissibilità dell'istanza, che la facoltà di presentare istanza di precontenzioso non è soggetta ai termini decadenziali previsti per l'esercizio dell'azione di annullamento e non viene meno nel caso di inoppugnabilità, per decorso del richiamato termine, del provvedimento contestato. In tali ipotesi, il parere (nel caso di specie non vincolante perché richiesto unilateralmente dall'operatore economico) è finalizzato a sollecitare l'esercizio dell'autotutela da parte della stazione appaltante» (v. Delibera n. 333 del 28 marzo 2018).

Ciò chiarito, si deve passare ad esaminare, partitamente, le doglianze espresse dalle parti istanti.

La società Giuzio Ambiente, in qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI verticale di cui avrebbe fatto parte anche l'Impresa Pace Vincenzo (mandante), è stata esclusa dalla gara *de qua* perché, a giudizio della Commissione, il raggruppamento avrebbe prodotto l'attestazione SOA da parte della mandataria riferita alla categoria OS30 per la classifica II invece che quella per la classifica III, come richiesto a pena di esclusione dalla *lex specialis*.

La società Giuzio Ambiente ritiene illegittima l'esclusione alla luce delle disposizioni del Disciplinare di gara e del Capitolato speciale, laddove quest'ultimo, in particolare, specifica che «*Ai sensi degli articoli 92, comma 1, del Regolamento generale, e dell'articolo 12, commi 1, 2 e 3, della legge n. 80 del 2014, indicati nel bando di*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

gara, con i relativi importi, sono riportati nel seguito. Tali lavori sono scorporabili e, a scelta dell'appaltatore, subappaltabili, alle condizioni di legge e del presente Capitolato speciale, fatti salvi i limiti, i divieti e le prescrizioni che seguono:

a) ai sensi dell'articolo 48 del Codice dei contratti, le lavorazioni che costituiscono strutture, impianti e opere speciali elencate all'articolo 12, comma 1, della legge n. 80 del 2014 e disciplinate dall'articolo 92, comma 7, primo e secondo periodo, del Regolamento generale, di importo superiore al 15% (quindici per cento) dell'importo dell'appalto, possono essere eseguite dall'appaltatore, eventualmente in raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario costituiti a tale scopo, solo se qualificato mediante il possesso dei requisiti con una delle modalità di cui al punto a.1) oppure al punto a.2), come riepilogati nella tabella di cui al punto a.3):

a.1) attestazione SOA in classifica idonea in relazione all'importo integrale della categoria scorporabile, con facoltà di subappaltarne una quota non superiore al 30% (trenta per cento) e il divieto di subappalto della parte rimanente;

a.2) attestazione SOA in classifica idonea in relazione all'importo almeno pari al 70% (settanta per cento) dell'importo della categoria scorporabile, con l'obbligo di subappaltare la parte per la quale non è posseduta la qualificazione, comunque non superiore al 30% (trenta per cento); l'importo per il quale non è posseduta la qualificazione e che deve essere obbligatoriamente subappaltato concorre alla qualificazione nella categoria prevalente sommandosi all'importo di cui al comma 2, ai sensi dell'articolo 92, comma 1, ultimo periodo, del Regolamento generale».

Secondo la società istante, quindi, l'esclusione sarebbe illegittima perché «...si vince con chiarezza, dalla lettura della *lex specialis* di gara e in particolare dal capitolato speciale di appalto (art.4 dell'elaborato tecnico G.09), come per il requisito di partecipazione (punto 3.a.2 del disciplinare) categoria OS30 viene richiesta una qualificazione minima pari al 70% dell'importo dei lavori a base di gara per importo, quindi, di euro 446.925,32 per una classifica necessaria II». Infatti, il costituendo raggruppamento ha dichiarato in sede di presentazione dell'offerta «che in caso di aggiudicazione... l'impresa mandataria Giuzio Ambiente Srl assumerà i lavori in misura complessiva pari al 74,79% rispetto all'importo complessivo dei lavori in appalto nelle categorie OG1 per una percentuale pari al 39,24 e OS30 per una percentuale pari al 35,55%».

Sulla base della documentazione prodotta e dalla lettura della *lex specialis* di gara non appare comprensibile, in effetti, il motivo dell'esclusione di Giuzio Ambiente.

L'art. 92, comma 7 del d.P.R. n. 207/2010, transitoriamente ancora in vigore, 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, 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. Resta fermo il limite massimo di subappaltabilità nella misura del trenta per cento fissata dall'articolo 170, comma 1, per ciascuna categoria specialistica prevista dal bando di gara o dalla lettera di invito. Il bando di gara, l'avviso di gara o la lettera di invito, ove prevedano lavorazioni relative ad una o più categorie di cui all'articolo 107, comma 2, di importo non superiore ai 150.000 euro e singolarmente superiore al quindici per cento ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice indicano per ciascuna di esse i requisiti di qualificazione ai sensi dell'articolo 90».

L'art. 37, comma 11, del codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), a sua volta, stabilisce che «Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo; il regolamento definisce l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati con il regolamento stesso. L'eventuale subappalto non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. In caso di subappalto la stazione appaltante provvede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto; si applica l'articolo 118, comma 3, ultimo periodo».

Dal combinato disposto di tali norme si può evincere, da un lato, la correttezza delle disposizioni contenute nella *lex specialis*, che ne opera la semplice trasposizione nell'ambito dell'appalto in esame, ma, contemporaneamente, la loro, presumibile, errata interpretazione, che conduce la Commissione di gara alla conseguente esclusione della società Giuzio Ambiente.

Come emerge chiaramente dalla documentazione acquisita, la parte dei lavori “di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità”, corrispondenti alla categoria OS30, superano ampiamente il 15% dell'importo totale dei lavori, essendo stati quantificati dalla stessa Stazione appaltante nella misura del 35,55%, corrispondente a euro 638.464,74.

Pertanto, considerati i seguenti presupposti:

- a) la *lex specialis* prevede come requisito di partecipazione l'attestazione SOA, tra le altre, per la categoria OS30, classifica III (importo massimo euro 1.033.000);
- b) il Capitolato speciale chiarisce che i lavori scorporabili, tra cui appunto gli impianti interni elettrici e speciali (OS30), qualora superiori al 15% dell'importo dell'appalto, sono eseguibili dall'appaltatore: **i)** se in possesso di attestazione SOA in classifica idonea in relazione all'importo integrale della categoria scorporabile, con facoltà di subappaltarne una quota non superiore al 30% e il divieto di subappalto della parte rimanente, **ii)** ovvero di attestazione SOA in classifica idonea in relazione all'importo almeno pari al 70% dell'importo della categoria scorporabile, con l'obbligo di subappaltare la parte per la quale non è posseduta la qualificazione, comunque non superiore al 30%;
- c) Giuzio Ambiente ha dichiarato di essere in possesso della categoria OS30 classifica II (importo massimo di euro 516.000), e dunque in grado di coprire il 70% dell'importo imputabile a tale categoria (ovvero euro 446.925,32 su 638.484,74) rispetto all'importo complessivo dell'appalto (euro 1.795.924,58);
- d) la stessa Giuzio Ambiente ha dichiarato di voler subappaltare ad impresa qualificata nella categoria OS30 il 30% dell'importo in appalto così come consentito dalla legge,

appare evidente che tale concorrente non poteva essere escluso sulla base della motivazione adotta dalla Commissione di gara, atteso che esso aveva dimostrato il possesso dei requisiti di attestazione per la categoria OS30 classifica III richiesti dal Bando, secondo la modalità indicata dalla lettera a.2) dell'art. 4, comma 3 del Capitolato speciale; ovvero attraverso attestazione SOA in classifica idonea posseduta in proprio (la II-fino a euro 516.000,00) in relazione all'importo almeno pari al 70% dell'importo della



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

categoria scorporabile (nel caso di specie equivalente a euro 446.925,32), con subappalto della parte per la quale non è posseduta la qualificazione richiesta (la III), comunque non superiore al 30% (che nel caso di specie equivale a euro 191.559,42).

La società De Vivo Spa contesta l'esclusione dalla gara disposta dalla Stazione appaltante a causa della mancanza del possesso dell'attestazione SOA per le categorie OS3 classifica III, OS28 classifica I e OS30 classifica I, requisiti richiesti dall'art. 11, punto 1, lettera B, punto iv. del Disciplinare di gara.

La società istante, tuttavia, sostiene che il possesso delle suddette categorie poteva essere soddisfatto dal possesso dell'attestazione SOA nella categoria OG11 classifica VI, invocando il principio *«dell'assorbimento delle categorie speciali OS3-OS28-OS30 in quella generale OG11 come ribadito in numerosi Pareri di Precontenzioso, nonché da condivisibile giurisprudenza»*.

La Stazione appaltante nei 'Chiarimenti' al Bando, avendo ricevuto molteplici quesiti in proposito, precisava che *«Per esplicita statuizione del Capitolato Speciale d'Appalto, dunque, l'importo relativo alle lavorazioni riconducibili alla categoria specializzata OS28 ha una incidenza pari al 21,151% sull'importo globale delle lavorazioni attinenti alla categoria OG11, dunque inferiore alla soglia percentuale minima del 25% stabilita dal Regolamento. E' stabilmente riconosciuto che per considerare un lavoro in categoria OG11 è necessario che esso sia congiuntamente composto dalle suddette tre categorie di opere specializzate e che tali lavorazioni specialistiche raggiungano un'incidenza minima rispetto all'importo complessivo dell'opera, pari almeno alle soglie percentuali indicate dall'art. 79, comma 16 del d.P.R. 207/2010 e non è consentito, per il conseguimento della qualificazione in categoria OG11, utilizzare dei certificati di esecuzione lavori rilasciati esclusivamente nelle singole specialistiche OS3, OS28, OS30. [...] E' pacificamente escluso dunque l'automatismo del meccanismo dell'assorbimento tra categorie generali e categorie specializzate, il quale presuppone invece un'apposita conforme previsione del bando che ne legittimi l'operatività»*.

L'esclusione della società De vivo Spa dalla gara è, tuttavia, illegittima.

L'art. 79, comma 16 citato stabilisce che *«L'impresa qualificata nella categoria OG 11 può eseguire i lavori in ciascuna delle categorie OS 3, OS 28 e OS 30 per la classifica corrispondente a quella posseduta. [...] Ai fini dell'individuazione delle categorie nella fase di progetto e successivo bando o avviso di gara o lettera di invito, un insieme di lavorazioni è definito come appartenente alla categoria OG 11 qualora dette lavorazioni siano riferibili a ciascuna delle categorie specializzate OS 3, OS 28 e OS 30; l'importo di ciascuna di tali categorie di opere specializzate, così individuate, deve essere pari almeno alla percentuale di seguito indicata dell'importo globale delle lavorazioni attinenti alla categoria OG11:*

- categoria OS 3: 10%
- categoria OS 28: 25%
- categoria OS 30: 25%»

La citata norma esprime, in verità, un principio di interpretazione piuttosto agevole: qualora l'importo di ciascuna delle opere specializzate OS3/OS28/OS30 non sia almeno pari alle percentuali indicate, rispettivamente, nella misura del 10%/25%/25% dell'importo globale delle lavorazioni attinenti alla categoria generale OG11, la Stazione appaltante è obbligata ad individuare separatamente le tre



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

categorie specializzate, non potendo pertanto richiedere, ai fini dei requisiti per la partecipazione, esclusivamente la categoria generale OG11.

Ciò, da un punto di vista pratico, significa che alla gara in esame potevano essere ammesse a partecipare tanto le imprese attestate per le predette categorie specializzate quanto le imprese in possesso dell'attestazione per la categoria OG11.

Nel Parere n. 27 del 13.3.2013 l'Autorità, più volte interpellata sulla questione, 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. 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 OG11. In tali atti dell'Autorità si richiama anche la prevalente giurisprudenza amministrativa, che, nel condividere 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)».*

D'altra parte, neppure può sostenersi – come invece ha fatto la Stazione appaltante – che l'operatività del principio dell'assorbimento è subordinata alla presenza di una apposita conforme previsione nella *lex specialis* di gara; e ciò perché l'art. 79, comma 16 è con ogni evidenza *«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 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»* (così Parere n. 27/2013 cit.).

In ogni caso, la previsione contenuta nel Capitolato speciale (art. 4, comma 5), cui fa riferimento la Stazione appaltante per motivare l'esclusione dell'odierno istante, appare conforme alla disposizione normativa di cui al citato art. 79, comma 16, laddove, appunto, si stabilisce che *«non sussistono le condizioni di cui al quarto periodo della stessa norma, per cui sono state individuate le categorie specializzate OS3, OS28 e OS30 in alternativa alla categoria OG11»*; sono errate, invece, le conclusioni cui giunge la Commissione laddove non consente la partecipazione alla gara di una impresa in possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG11 classifica VI, quando è noto che la categoria generale OG11 è costituita proprio dall'insieme delle tre categorie specializzate e che l'unico limite alla partecipazione potrebbe essere



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

costituito esclusivamente dall'insufficienza della classifica in OG11 rispetto alla classifica delle opere specializzate richiesta dal Bando.

La società BEA Srl, infine, in qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI orizzontale di cui avrebbe fatto parte anche l'impresa GE.DI. Group International Srl (mandante), contesta l'esclusione dalla gara disposta dalla Stazione appaltante perché a seguito della verifica della documentazione prodotta «*il Sedgio di gara rileva la mancanza di possesso del requisito dell'attestazione SOA OS3 per la classe I, requisito obbligatorio per la partecipazione alla gara così come espressamente richiesto dall'art. 11, punto 1, lettera B, punto iv. del Disciplinare di gara*».

L'istante, in verità, in fase di presentazione dell'offerta, poiché non in possesso dell'attestazione SOA per la categoria OS3, aveva dichiarato di obbligarsi «*a subappaltare le lavorazioni nella categoria OS3 al 100% ad idonea impresa qualificata, ed eventualmente le restanti lavorazioni nei limiti previsti dal codice*».

In tema, l'art. 12, comma 2 della legge n. 80/2014 (recante «*Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47 – Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015*») stabilisce che «*[...] a) l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b), 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;*

b) 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, del regolamento di cui al d.P.R. 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale. Resta fermo, ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il limite di cui all'articolo 170, comma 1, del regolamento di cui al d.P.R. n. 207 del 2010 per le categorie di cui al comma 1 del presente articolo, di importo singolarmente superiore al 15 per cento; si applica l'articolo 92, comma 7, del predetto regolamento».

D'altra parte lo stesso Capitolato speciale all'art. 4, comma 4, lett. b), coerentemente con tali disposizioni di legge, chiarisce che «*ai sensi dell'articolo 92, comma 1, del Regolamento generale, e all'articolo 12, comma 2, lettera a), della legge n. 80 del 2014, i lavori appartenenti alle categorie elencate a «qualificazione obbligatoria» all'articolo 12, comma 2, lettera b), della stessa legge (già allegato A al predetto Regolamento), di importo superiore a 150.000 euro o superiore al 10% (dieci per cento) dell'importo dell'appalto, diverse da quelle di cui alla precedente lettera a), possono essere eseguite dall'appaltatore, eventualmente in raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario costituiti a tale scopo, solo se qualificato mediante il possesso della qualificazione pertinente; se l'appaltatore, direttamente o tramite*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

un'impresa mandante in caso di raggruppamento temporaneo, non possiede i requisiti per le predette categorie, deve obbligatoriamente indicare in sede di gara i relativi lavori come da subappaltare; in tal caso concorrono all'importo della categoria prevalente ai fini della qualificazione in quest'ultima, ai sensi dell'articolo 92, comma 1, secondo periodo, del Regolamento generale».

Pur trattandosi, quindi, nel caso di specie, del cosiddetto 'subappalto necessario', la dichiarazione del concorrente appena menzionata poteva considerarsi sufficiente ai fini dell'ammissione alla gara (la categoria OS3 incide sul totale dell'importo del contratto per il 12,26%, pertanto superiore al 10% di cui all'art. 12, comma 2, lett. b) della legge n. 80/2014 e nel complesso inferiore al 30% dell'importo del contratto ai fini dell'ammissibilità del subappalto ex art. 105, comma 2 del Codice).

Neppure, per altro verso, potrebbe rilevare ai fini dell'esclusione la circostanza che il concorrente non abbia indicato il nome del subappaltatore, atteso che sulla base della normativa attualmente in vigore e applicabile alla fattispecie oggetto di disamina, che ha risolto a monte la questione, in passato piuttosto dibattuta, circa l'obbligatorietà dell'indicazione del nome del subappaltatore nel caso di 'subappalto necessario', il concorrente, in sede di gara, è obbligato esclusivamente a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto indicando precisamente per quali attività; l'indicazione della terna di subappaltatori è infatti obbligatoria solo «...qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190».

Tutto ciò considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, illegittima l'esclusione dalla gara *de qua* delle società istanti Giuzio Ambiente Srl, De Vivo Spa, BEA di Beneventi E.A. Srl.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 novembre 2018

Il Segretario Maria Esposito