

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate da SITEC S.r.l. e S.I.E.E.M. – Procedura aperta per l'affidamento di "Lavori di rimodulazione e completamento della casa-albergo per anziani a casa di riposo per anziani con 15 posti letto"- Importo complessivo lordo € 182.248,13 – Criterio di aggiudicazione: Prezzo piu' basso; S.A.: Comune di Naso (ME)

Categorie OS4 e OS30 scorporabili a qualificazione obbligatoria - limiti al subappalto

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 5 maggio 2011 e' pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la societa' SITEC S.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimita' della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dal Comune di Naso a causa del "mancato possesso della qualificazione nelle categorie OS4 e OS30, ricomprese all'art. 72, comma 4, del Regolamento n. 554/99 ed i cui importi superano il 15% del valore totale dei lavori..." **La stazione appaltante ha quindi escluso l'impresa dalla gara, sull'assunto che tali lavorazioni non potessero essere subappaltate in mancanza di specifica qualificazione da parte della ditta concorrente.**

L'istante, invece, ritiene sussistenti i presupposti per una sua riammissione in gara in quanto in possesso sia dei requisiti relativi alla categoria prevalente OG1, classifica III (fino a € 1.032.913) sia dei requisiti relativi alle categorie scorporabili (OS4 e OS30). Specifica infatti la SITEC S.r.l. di essere qualificata nella categoria OS30 – classifica II (fino a € 516.457) e nella categoria OG11 – classifica III (fino a € 1.032.913) la quale, in assenza di specifiche disposizioni del bando di segno contrario, potrebbe assorbire la categoria OS4, della quale la stessa risulterebbe sprovvista.

La ditta fa inoltre presente che la Stazione Appaltante, dopo aver modificato il bando di gara nel senso di escludere la subappaltabilita' dei lavori scorporabili, non ha proceduto alla riapertura dei termini per la presentazione delle offerte.

Con autonoma e distinta istanza di parere, avanzata in data 10 maggio 2011, un'altra ditta, la S.I.E.E.M. S.r.l., ha contestato la legittimita' della propria esclusione dalla medesima procedura di gara, disposta anch'essa per il mancato possesso dei requisiti di qualificazione nelle categorie OS4 e OS30. La ditta istante fa presente di essere stata esclusa nonostante avesse dichiarato di volere subappaltare le lavorazioni rientranti nelle suddette categorie a ditte qualificate, nell'esercizio di una precisa facolta' contemplata dal bando.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorita', la Stazione Appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, ritenendo di non aver apportato alcuna modifica alla disciplina di gara, ma soltanto di aver formulato dei chiarimenti relativi alla disciplina del subappalto di opere altamente specializzate, che pone limiti insormontabili alla sua utilizzabilita', aggiungendo, infine, che l'invocato principio dell'assorbimento di categorie specializzate nella categoria OG11 non trova applicazione con riferimento alla categoria OS4 posseduta dall'istante SITEC S.r.l..

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità delle esclusioni dalla gara in oggetto disposte dal Comune di Naso nei confronti delle ditte SITEC S.r.l. e S.I.E.E.M. S.r.l. per le ragioni evidenziate in fatto.

Occorre preliminarmente osservare che le istanze di parere in oggetto sono oggetto di trattazione congiunta perché riguardanti la medesima procedura selettiva e perché i provvedimenti escludenti in contestazione sono entrambi fondati sul difetto dei requisiti di qualificazione richiesti per le categorie scorporabili OS4 e OS30.

La disamina della questione sollevata dagli istanti, circa il preteso contrasto tra il chiarimento reso dal RUP e la corrispondente previsione di *lex specialis* in ordine alla possibilità di ricorrere al subappalto, impone di ripercorrere le precise coordinate della vicenda, come risultanti dalla documentazione di gara, prendendo le mosse dalla previsione contenuta nel bando di gara di cui al punto 3.6.a, che espressamente qualifica le lavorazioni scorporabili OS4 (Classifica I) e OS30 (Classifica I) "subappaltabili". Si tratta quindi di stabilire se la predetta formulazione della legge di gara contenga una espressa autorizzazione preventiva e generalizzata al subappalto per le suddette opere specializzate, rispetto alla quale si porrebbe in insanabile contrasto la nota di chiarimenti del Responsabile Unico del Procedimento emessa il 16 marzo 2011 ovvero in prossimità della data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte prevista per il successivo 21 marzo. Con tale nota, in applicazione dell'art. 72, comma 4, del regolamento attuativo di cui al d.P.R. n. 554/99, si è esclusa la subappaltabilità delle predette lavorazioni "in mancanza di specifica qualificazione da parte della ditta concorrente che, in tal caso, sarà tenuta a costituire Associazione temporanea di tipo verticale, giusta art. 13, comma 7, legge n. 109/94, come precisato, tra l'altro, dalla Determina n. 25/2001 dell'AVCP".

Al fine di dirimere la vexata quaestio, è necessario considerare la normativa relativa all'esecuzione di lavori pubblici applicabile *ratione temporis* al caso in esame.

In particolare, l'articolo 74, comma 2, primo periodo, DPR 554/1999, stabilisce che le imprese aggiudicatrici non possono eseguire direttamente le lavorazioni relative a opere generali e a strutture, impianti ed opere speciali di cui all'articolo 72, comma 4, se prive delle relative qualificazioni. Il successivo secondo periodo stabilisce che le predette lavorazioni possono essere subappaltate o scorporate "fatto salvo quanto previsto dall'articolo 13, comma 7, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.". Tale disposizione prevedeva il divieto del subappalto per le opere che richiedevano lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali, qualora di valore superiore al 15% dell'importo totale dei lavori.

A seguito all'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, l'art. 13, comma 7, l. 109/1994 è stato abrogato ed il suo contenuto assorbito dall'art. 37, comma 11, D.Lgs. 163/2006, in virtù del quale, secondo la formulazione vigente, qualora nell'oggetto dell'appalto rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, e qualora il valore delle suddette lavorazioni sia superiore al 15% dell'importo dell'appalto, le stesse debbono essere realizzate esclusivamente da soggetti affidatari in possesso di idonea qualificazione oppure possono essere subappaltate da questi ultimi nei limiti dettati dall'art. 118, comma 2, D.Lgs. 163/2006, ossia nei limiti del 30%.

Conseguentemente, **i concorrenti in fase di gara hanno l'obbligo di dimostrare il possesso delle qualificazioni in tutte le categorie scorporabili per le quali era previsto il divieto di subappalto**

e che l'aggiudicatario in fase esecutiva puo' subappaltare a soggetti in possesso delle specifiche qualificazioni (cfr. AVCP, Deliberazione n.70 del 6.3.2007).

Venendo al caso di specie, si osserva preliminarmente che le lavorazioni di cui si compone l'appalto sono state individuate nella categoria prevalente OG1 ("opere edili"), classifica I (importo euro 129.875,82), nella categoria scorporabile OS4 ("impianti elettromeccanici trasportatori"), classifica I, (importo euro 30.256,14) e nella categoria scorporabile OS30 ("Impianti elettrici interni"), classifica I (importo euro 30.026,92). Dal momento che queste ultime categorie sono a qualificazione obbligatoria (vedi Allegato A al d.P.R. n. 34/2000), le relative lavorazioni possono essere realizzate esclusivamente da soggetti in possesso di adeguata qualificazione; inoltre, poiche' il valore delle relative lavorazioni e' superiore al 15% del costo dell'appalto, dette lavorazioni possono essere subappaltate solo nei suddetti limiti (30%). **Se dunque e' vero che il bando di gara dichiara le categorie scorporabili OS4 e OS30 "subappaltabili", e' pur vero che tale espressione va letta in conformita' al dato normativo sopra ricordato e, quindi, interpretata nel senso che la lex specialis ammette il subappalto per tali lavorazioni, ma nei limiti legalmente previsti, come, tra l'altro, gia' rilevato da questa Autorita' (v. parere n. 159 del 21.09.2011).**

Ne consegue che non possono accogliersi le deduzioni degli istanti secondo cui la Stazione Appaltante avrebbe introdotto una indebita modifica della disciplina di gara con effetti dirimenti sul momento nevralgico della formulazione della domanda di partecipazione, imponendo la costituzione dell'associazione verticale in luogo del subappalto. E' per vero noto che il bando di gara, pur non avendo natura normativa per difetto dei necessari requisiti di astrattezza e generalita', costituisce il compendio disciplinare della gara che si impone alla stessa Stazione Appaltante che lo ha predisposto. Tale necessario rispetto delle "regole del gioco" involge sia le disposizioni la cui applicazione comporta la produzione di effetti in malam partem (si pensi alle fattispecie escludenti) sia, ex adverso, quando la ricaduta applicativa sia di segno favorevole alle imprese concorrenti, come nel caso di specie in cui dal ricorso al subappalto discende la possibilita' di sopperire al difetto della qualificazione richiesta.

Convince quanto sul punto osservato dalla Stazione Appaltante in sede di controdeduzioni, a proposito sia della sostanziale coerenza dei chiarimenti resi dal RUP rispetto alle relative previsioni del bando di gara sia del carattere cogente della disciplina regolamentare richiamata in seno alla nota di chiarimenti.

Per il primo profilo, va quindi ribadito che il bando di gara non consente il ricorso al subappalto delle lavorazioni relative alle categorie OS4 e OS30 in maniera generica ed indifferenziata anche se occorre rilevare che oltre 100 ditte, su 106 partecipanti, sono state escluse per la stessa ragione ovvero "per il mancato possesso delle categorie OS4 e OS30", cosicche' sarebbe dato evincere dagli stessi sviluppi del procedimento selettivo che la stragrande maggioranza delle imprese concorrenti abbiano fatto affidamento sulla possibilita' di fare ricorso al subappalto. Tuttavia, l'erroneo convincimento delle imprese non puo' dirsi fondato su un dato lessicale del bando di gara, in quanto dalla locuzione in questo contenuta, non e' dato desumere alcuna precisa volonta' della Stazione Appaltante di introdurre una deroga alla disciplina vigente in materia di subappalto. Va posto in debito rilievo che lo stesso bando (punto 11), dopo avere individuato i soggetti ammessi alla gara nelle imprese singole, riunite o consorziate, alla lett. t) del punto 16 recita testualmente: "Gli eventuali subappalti saranno disciplinati ai sensi delle vigenti norme in materia". E' inoltre da apprezzare favorevolmente quanto osservato dal Comune di Naso a proposito del carattere cogente della disciplina regolamentare in materia di subappalto, tanto da poterle assegnare una portata eterointegrativa della disciplina di lex specialis. La giurisprudenza (TAR Lazio – Roma, Sez. III, n. 1678 del 22 febbraio 2011) ha infatti evidenziato che tale normativa va intesa nel senso che essa

pone i limiti entro cui la Stazione appaltante puo' ammetterlo, anche se, in base ai principi generali, non e' impedito alla Stazione appaltante di porre ulteriori limiti all'utilizzo di tale strumento purché ovviamente tali limiti siano rispettosi dei principi di logicita' e ragionevolezza, come avviene anche rispetto alla fissazione dei requisiti di partecipazione.

Deve pertanto concludersi sul punto, alla luce di quanto teste' evidenziato, che le imprese partecipanti alla selezione non avrebbero potuto fare ricorso al subappalto per le lavorazioni su indicate, se non nel rispetto di quanto stabilito dalla disciplina vigente in materia.

Tali imprese, quindi, prive delle necessarie qualificazioni, sono state legittimamente escluse in quanto non in possesso delle qualificazioni in ognuna delle categorie indicate nel bando di gara, non sussistendo, tra l'altro, nemmeno i presupposti per poter subappaltare integralmente le lavorazioni rientranti nelle predette categorie.

L'Impresa SITEC S.r.l., poi, in disparte la possibilita' di fare ricorso al subappalto, assume di essere in possesso della qualificazione richiesta a norma dell'art. 95, comma 1, del d.P.R. n. 554/99, laddove prevede che "l'impresa singola puo' partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori...". La norma invocata non e' tuttavia suscettibile di applicazione in favore dell'istante, che evidenzia di essere in possesso della qualificazione per la categoria prevalente OG1 – Classifica III (fino a € 1.032.913), la quale pertanto copre l'intero importo dei lavori, essendo questo pari a € 190.158,88. Invero, la possibilita' per la impresa singola, in virtu' della richiamata previsione normativa, di sopperire alla carenza (totale o parziale) di specifica qualificazione nelle categorie non prevalenti con corrispondenti qualificazioni in quella prevalente vale nei limiti in cui non si tratti di opere speciali, per le quali si rende necessaria una specifica qualificazione (C.G.A., n. 1056 del 21 novembre 2007) Ebbene, la SITEC, che attesta di essere in possesso della categoria OG1, classifica III nonche' della categoria OS30, Classifica II (fino a € 516.457), non risulta essere adeguatamente qualificata anche per la lavorazione scorporabile OS4, classifica I, pure richiesta dal bando, di guisa che non poteva essere ammessa alla gara in virtu' delle attestazioni SOA in suo possesso.

Ne' alla mancanza di qualificazione puo' sopperirsi, come pure assume l'istante, facendo leva della pretesa portata assorbente della categoria OG11, della quale l'impresa e' in possesso, nel senso che questa sarebbe capace di includere anche la qualificazione per la categoria OS4.

Al riguardo si evidenzia, preliminarmente, che il principio dell'assorbimento fra categorie generali e categorie specializzate e' stato piu' volte oggetto di pronunce di questa Autorita' (cfr.: determinazioni n. 48/2000, n. 7/2001, n. 8/2002; deliberazioni n. 83/2004 e n.135/2004; pareri n. 122/2007, n. 116/2007, n.150/2008, n. 207/2008, n. 74/2008, n. 23/2008), con le quali si e' innanzitutto chiarito che detto principio trova applicazione esclusivamente in riferimento alla categoria OG11, nello specifico senso che, ove nel bando sia richiesta la qualificazione di cui alle categorie di opere specializzate OS3, OS30, OS28, e' consentita la partecipazione anche delle imprese qualificate in categoria OG11. Cio', in quanto, detta categoria generale e' in effetti la sommatoria di categorie speciali e, pertanto, sussiste la presunzione che un soggetto qualificato in OG11 sia in grado di svolgere mediamente (anche) tutte le lavorazioni speciali contenute in questa categoria generale.

Premesso quanto sopra, pur ammettendo il principio dell'assorbimento tra categoria generali e speciali, l'iscrizione alla categoria OG11 non puo' ritenersi assorbente della qualificazione nella categoria OS4, richiesta nel bando di gara, ma soltanto delle diverse lavorazioni specialistiche alle quali si e' fatto espresso riferimento in precedenti pronunce di questa Autorita', quali le OS3, OS5,

OS30, OS28. Al riguardo e', infatti, opportuno richiamare la determinazione n.8/2002, con cui l'Autorita' ha ribadito il proprio avviso negativo sull'applicabilita' indifferenziata del suddetto principio, ritenendo che quest'ultimo trova applicazione soltanto nelle ipotesi ivi espressamente menzionate, tra le quali non e' annoverata quella in esame

In conclusione, quindi, si ritiene che correttamente la stazione appaltante abbia escluso le impresa edili SITEC S.r.l. e S.I.E.E.M. S.r.l. dalla gara indetta per l'affidamento dei lavori in oggetto, essendo queste prive dell'attestazione SOA nelle categorie OS4 e/o OS30 a qualificazione obbligatoria e non potendo, le stesse, subappaltare la totalita' delle relative lavorazioni per le ragioni di diritto sopra indicate.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione delle ditte SITEC S.r.l e S.I.E.E.M. S.r.l. dalla gara indetta dal Comune di Naso (ME) sia conforme alla lex specialis e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro