

## **Parere n. 2 del 08/02/2012**

### **PREC 217/11/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da SOLDANO COSTRUZIONI – Procedura negoziata per l’affidamento di “Lavori urgenti di riduzione del rischio connesso alla vulnerabilità non strutturale presso l’Istituto I.T.I.S. “Fermi” in Spinazzola” - Importo complessivo lordo €405.089,67 - S.A.: Provincia di Barletta, Andria, Trani.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 15 settembre 2011 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale l’impresa edile SOLDANO COSTRUZIONI ha chiesto un parere in merito alla legittimità della esclusione disposta nei propri confronti dalla Provincia di Barletta - Andria - Trani per aver dichiarato, nella domanda di partecipazione alla gara in oggetto (Allegato A, punto 9), di voler subappaltare i lavori inerenti alla categoria OG1 per una quota del 30 %, ritenuta dalla stazione appaltante eccedente rispetto a quanto consentito dalla normativa vigente.

L’istante ritiene illegittima l’esclusione decretata dalla Provincia B.A.T. in quanto la dichiarazione resa, relativa alla volontà di subappaltare, sarebbe conforme alle statuizioni del Capitolato Speciale d’Appalto, laddove prevede che “*per quanto riguarda la categoria prevalente, se non diversamente specificato da disposizioni di legge o di regolamento, la quota parte subappaltabile in ogni caso non potrà superare il trenta per cento*” (cfr. art. 51, comma 2).

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 7 ottobre 2011, la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, ribadendo le argomentazioni poste a base della disposta esclusione, imperniate sulla eccedenza della quota parte da subappaltare rispetto a quanto consentito “*dalla normativa vigente*” (cfr. verbale di gara del 12 agosto 2011). La ditta Gesualdi S.r.l., nella veste di controinteressata, siccome unica altra ditta concorrente, ha a sua volta posto in rilievo che il limite massimo dei lavori subappaltabili sarebbe del 20% a norma dell’art. 122, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei Contratti Pubblici).

#### *Ritenuto in diritto*

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto in applicazione di una non meglio precisata “*normativa vigente*”, laddove questa prevede un limite massimo alla quota parte di lavori subappaltabili.

La questione controversa impone, preliminarmente, l’individuazione della normativa di riferimento, al fine di stabilire se essa preveda, e in che misura, un limite massimo di lavori subappaltabili. La stazione appaltante ha dato mostra di effettuare tale operazione sistematica, indicando nel frontespizio della lettera di invito che la gara soggiace alla disciplina di cui all’art. 122, comma 7, D. Lgs. 163/2006, che, appunto, trova applicazione per i lavori, come quelli oggetto dell’appalto, “*di importo complessivo inferiore a un milione di euro*”.

Orduunque, la citata disposizione contiene una previsione specificamente dedicata al subappalto, statuendo nella sua testuale formulazione, quanto segue: “*I lavori affidati ai sensi del presente comma, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell'importo della medesima categoria; per le categorie specialistiche di cui all'articolo 37, comma 11, restano ferme le disposizioni ivi previste.*”

A fronte di tale perspicua e cogente disciplina normativa, in grado quindi di integrare la disciplina di gara anche con effetto pregiudizievole della partecipazione alla stessa, la ditta istante ha dichiarato di voler subappaltare i lavori inerenti alla categoria OG1 per una quota del 30 % (Allegato A), quindi superiore a quella indicata dalla norma testé riprodotta, ancorché tale lavorazione sia qualificata “*prevalente*” dalla disciplina di gara (v. lettera di invito, punto 4, lettera a.1).

In conclusione, il quadro normativo di riferimento, nel quale va collocata la selezione in esame, contempla un limite quantitativo al subappalto, pari al 20 % dei lavori della categoria prevalente, quindi percentualmente inferiore a quella del 30 % prevista dalla norma generale di cui all’art. 118 del d.lgs. n. 163/2006.

A diverse conclusioni non può indurre la previsione, valorizzata dalla ditta istante, di cui all’art. 51 comma 2, del Capitolato Speciale d’Appalto, atteso che essa contiene espresso riferimento a più restrittive “*disposizioni di legge o di regolamento*”. Inoltre, focalizzando l’attenzione proprio sulla disciplina di *lex specialis*, il disciplinare di gara contempla una previsione che pone un espresso limite alla possibilità di ricorrere al subappalto. Invero, il punto 2.3) Capacità Tecnica lettera a), dopo aver indicato nella OG 1 la categoria prevalente, precisa che “*i lavori della categoria prevalente sono subappaltabili nella misura massima del 20%, ai sensi dell'art. 122, comma 7, secondo periodo*”.

Già solo alla luce della formulazione sopra richiamata l’esclusione in esame è quindi da ritenersi legittima.

Va, infatti, ribadito al riguardo che, qualora la *lex specialis* commini espressamente l’esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l’Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all’interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell’inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell’adozione del bando (cfr. AVCP pareri n. 215 del 17.09.2008 e n. 262 del 17.12.2008).

Tanto più nel caso in esame in cui non solo la normativa generale di riferimento, di rango legislativo, ma anche la *lex specialis*, segnatamente la disposizione sopra citata, é formulata in termini letterali che non presentano profili di dubbio interpretativo, esprimendosi in maniera netta e categorica in ordine al limite massimo della quota parte di lavori subappaltabili.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l’esclusione della ditta SOLDANO COSTRUZIONI sia conforme alla normativa di settore ed alla *lex specialis*.

I Relatori: Cons. Giuseppe Borgia Pres. f.f. Sergio Santoro

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2012

Il Segretario Maria Esposito