

Parere n.79 del 16/05/2012

PREC 79/12/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'ANCE SIRACUSA – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di riqualificazione e valorizzazione turistica di via Giardina, via Volta e viale Greco nel Comune di Portopalo Capo Passero – Importo a base d'asta €854.412,07 - S.A.: Comune di Portopalo di Capo Passero (SR)

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 7.3.2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe indicata con cui l'ANCE Siracusa (di seguito solo ANCE) ha chiesto il parere di questa Autorità in merito alla subappaltabilità della categoria OS24 indicata nel bando di gara come scorporabile.

Con successiva nota del 13.4.2012 l'istante ha altresì rilevato la presenza di alcuni errori nella predisposizione della *lex specialis*, chiedendone la rettifica in autotutela ad opera della stazione appaltante. Più precisamente l'ANCE ha osservato che: (i) al punto II.1.1 e II 1.5 del bando di gara è indicato l'importo complessivo dell'appalto pari a euro 1.256.000,00, mentre quello effettivo sarebbe di euro 854.412,07, come risulta dal punto II.2.1 del bando; (ii) il punto III.2.1. del bando di gara non sarebbe conforme alla disposizione dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006, in quanto non individuerrebbe correttamente i soggetti che debbono rendere le dichiarazioni ivi previste e, con riferimento ai "cessati dalla carica", sarebbe erroneamente indicato l'arco temporale che assume rilievo ai fini delle predette dichiarazioni; (iii) la prescrizione del punto IV 2.1. del bando di gara relativa alla ripartizione dei punteggi dell'offerta non sarebbe conforme a quanto disposto al riguardo dalla L. R. Sicilia 12/2011, art. 19, comma 2; (iv) ai punti 7.1 e 7.2 del disciplinare di gara sarebbe erroneamente citata la Prefettura di Lecce, ai fini degli obblighi sulla tracciabilità dei flussi finanziari.

A seguito dell'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità la stazione appaltante ha comunicato che stava per rettificare la *lex specialis*, al fine di eliminare alcune discrasie e correggere gli errori materiali censurati, ma ha ritenuto opportuno sospendere il procedimento in attesa dell'emanazione del parere richiesto dall'istante. Nel merito delle doglianze poste, il Comune ha chiarito di aver ritenuto non appaltabili le lavorazioni della categoria OS24 in quanto di valore pari a circa il 38% dell'importo dei lavori e, quindi, superiore al limite del trenta per cento di subappaltabilità fissato dall'art. 109 DPR 207/2010. L'Amministrazione, inoltre, ha precisato che l'art. 19, comma 2, della L.R. Sicilia 12/2011 regola esclusivamente l'affidamento degli appalti sopra soglia comunitaria, mentre nulla dispone per quelli, come nel caso in esame, sotto soglia comunitaria, per i quali le stazioni appaltanti possono stabilire il peso da assegnare all'offerta tecnica ed a quella economica in maniera differente rispetto a quanto indicato dal legislatore.

Ritenuto in diritto

Le questioni sottoposte all'esame dell'Autorità attengono alla conformità della *lex specialis* alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici (di seguito solo Codice) e della L.R. Sicilia 12/2011.

In relazione alla prima censura, si ritiene opportuno richiamare preliminarmente la specifica disciplina, che il legislatore ha riservato al subappalto nell'ambito dei contratti pubblici. Più precisamente, per quanto qui rileva, l'art. 118, comma 2, D.Lgs. 163/2006, nel caso di affidamento di lavori, impone alla stazione appaltante di indicare nel progetto e nel bando di gara la categoria prevalente e le categorie relative alle altre lavorazioni previste in progetto, indicando il relativo importo. La disposizione in esame precisa poi che tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili ed affidabili in cottimo, con l'avvertenza che, per quanto riguarda la categoria prevalente, il regolamento di attuazione del Codice definisce la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al trenta per cento.

Tale disposizione va coordinata con l'art. 37, comma 11, D.Lgs. 163/2006 nel testo modificato dal c.d. terzo correttivo, in virtù del quale *“qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrano, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari 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.....”*.

Il DPR 207/2010, recante il nuovo Regolamento di esecuzione ed attuazione al Codice, completa all'art. 107, comma 2, il dettato normativo su richiamato, precisando che si considerano strutture, impianti ed opere speciali, le opere generali e quelle specializzate, se di importo superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro ovvero se di importo superiore a 150.000 euro, di seguito elencate OG11, OG12, OS2-A, OS2-B, OS3, OS4, OS5, OS8, OS12-A, OS13, OS14, OS18-A, OS18-B, OS20-A, OS20B, OS21, OS22, OS25, OS27, OS28, OS29, OS30, OS34 (la disposizione in esame tiene conto del dibattito dottrina e giurisprudenziale sorto in relazione alla previgente disciplina di cui all'art. 72 DPR 554/1999, cfr. AVCP, parere n.159 del 21.09.2011).

A tutte le lavorazioni relative alle categorie non inserite nel predetto elenco si applica l'art. 109, comma 2, DPR 207/2010, in virtù del quale l'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, non può eseguire direttamente le lavorazioni di importo superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera ovvero di importo superiore a 150.000 euro, relative alle categorie di opere generali di cui all'Allegato A del Regolamento e a quelle di opere specializzate indicate nel predetto Allegato A come categorie a qualificazione obbligatoria. Tali lavorazioni sono subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni e sono altresì scorparabili ed indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale.

Dalla lettura delle suddette disposizioni risulta allora che sia le lavorazioni relative alla categoria prevalente sia quelle relative alle categorie ad alto contenuto tecnologico e di rilevante complessità tecnica di cui all'art. 107, comma 2, DPR 207/2010 di importo singolarmente superiore al quindici per cento, sono subappaltabili solo nei limiti del trenta per cento. A tutte le altre lavorazioni

disciplinate dall'art. 109, comma 2, DPR 207/2010 tale limite non si applica e, quindi, possono essere interamente subappaltate.

Venendo al caso di specie, si osserva che la stazione appaltante ha indicato nel bando di gara che il valore complessivo dei lavori da realizzare è di 854.421,07 euro di cui:

- 530.440,77 euro per lavori relativi alla categoria prevalente OG3, classifica II;
- 324.011,30 euro per lavori relativi alla categoria scorporabile OS24, classifica II.

La stazione appaltante, inoltre, ha chiarito nella memoria presentata a questa Autorità di aver ritenuto non subappaltabili le lavorazioni della categoria OS24 perché di importo pari al 37,922% del valore totale dell'appalto e, quindi, superiore al limite del 30% di cui all'art. 109, comma 2, DPR 207/2010.

A ben vedere tale motivazione si basa su un'erronea interpretazione della disposizione su citata e, quindi, non è idonea a giustificare il divieto di subappalto in esame. Come sopra chiarito, infatti, il limite a cui fa riferimento l'Amministrazione opera per le lavorazioni relative alla categoria prevalente e per quelle relative alle categorie elencate nell'art. 107, comma 2, DPR 207/2010. Nel caso in esame la categoria OS24 non è quella prevalente né è tra quelle indicate nel predetto elenco, pertanto ad essa non si applica il limite di subappaltabilità disposto dal legislatore. Le lavorazioni rientranti in tale categoria, essendo la stessa indicata nell'Allegato A al DPR 207/2010 a qualificazione obbligatoria, potranno essere totalmente subappaltate ad imprese in possesso delle relative qualificazioni in virtù del combinato disposto degli artt. 118, comma 2, D.Lgs. 163/2006 e 109, comma 2, DPR 207/2010.

Con riferimento all'asserita discrasia tra il bando di gara e le disposizioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006, si osserva che la censura è fondata, in quanto le previsioni di cui al punto III.2.1. lettere b) e c) del bando di gara non risultano, infatti, del tutto conformi a quelle dell'art. 38 sopra indicate. In particolare si osserva che l'arco temporale preso in considerazione dal legislatore per i soggetti "cessati dalla carica" è l'"anno antecedente alla data di pubblicazione del bando" e non il triennio precedente la pubblicazione di quest'ultimo, come invece disposto il bando. Per un approfondimento della tematica in questione ed al fine di fornire alla stazione appaltante un valido contributo per la corretta redazione della *lex specialis*, si rinvia sul punto ai chiarimenti forniti dall'Autorità con determinazione n.1 del 12.1.2010.

Con riferimento all'asserita violazione dell'art. 19, comma 2, L.R. Sicilia 12/2011, si osserva che la censura è infondata. Nel caso in esame, infatti, non trova applicazione la norma sopra richiamata, che disciplina il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per gli appalti di valore superiore alla soglia comunitaria, trattandosi di un affidamento inferiore alla predetta soglia. Per gli appalti di lavori di tal genere il Codice dei contratti pubblici, anche nella versione coordinata con la L.R. Sicilia 12/2011 non fornisce indicazioni sul rapporto tra prezzo (offerta economica) e qualità (offerta tecnica), conseguentemente si ritiene che la stazione appaltante possa attribuire a ciascun elemento dell'offerta il peso che rappresenta la percentuale con cui quell'elemento contribuisce al giudizio complessivo dell'offerta, purchè la somma degli stessi sia uguale a cento.

Questa Autorità, ai fini della corretta applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ha precisato che rientra *"nella discrezionalità della stazione appaltante la determinazione dell'incidenza del prezzo nella valutazione dell'offerta, senza che esista un peso minimo o massimo per tale criterio, purchè la natura propria del criterio, postulante la ricerca di un equilibrio tra prezzo e qualità, non venga tradita. onde assicurare, da un lato, alla stazione appaltante il risultato migliore e più conveniente e, dall'altro, consentire ai partecipanti di*

confidare in una uniforme valutazione dell'offerta. L'impostazione corretta tra il peso dei criteri qualitativi e quello dei criteri quantitativi, in particolare del prezzo, deve essere, nei riguardi del peso complessivo, in rapporto di prevalenza a favore dei criteri qualitativi rispetto ai criteri quantitativi, al fine di non frustrare la ratio stessa dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che postula l'ottimale ponderazione del rapporto qualità/prezzo. Ne deriva la grande importanza di effettuare, in sede di impostazione della gara, simulazioni di vario tipo, prima di cristallizzare la scelta definitiva negli atti della gara" (AVCP, determinazione n.7 del 24.12.2011; Cons. Stato, Sez. V, n. 5583 del 18.10.2011, TAR Toscana, Sez.I, n.6901 del 21.11.2005).

Quanto alle ulteriori censure, si ritiene che esse afferiscano a meri errori materiali della redazione del bando di gara che, come tali, possono essere corretti dalla stazione appaltante.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la *lex specialis* non sia conforme alla disciplina del Codice dei contratti pubblici.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 maggio 2012

Il Segretario Maria Esposito