

## Parere n.70 del 9/05/2013

### PREC 26/13/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'A.N.C.E. Varese – *Costruzione dei collettori del comprensorio di depurazione di Besozzo* – Importo a base di gara euro 2.250.000,00 – S.A.: Società per il risanamento e la salvaguardia dei bacini della sponda orientale del Verbano.

**Art. 118 D.Lgs. 163/2006 e artt. 92 e 109 D.P.R. n. 207 del 2010 – Subappalto di categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria.**

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 21 dicembre 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe indicata, con la quale l'Associazione dei costruttori edili della Provincia di Varese contesta le decisioni assunte dalla stazione appaltante in tema di subappalto.

In particolare l'istante rappresenta che il bando di gara richiede la qualificazione nella categoria prevalente OG6 – classifica IV (euro 1.539.640,78) e nelle seguenti categorie scorporabili: OG3 – classifica I (euro 234.375,84); OG1 – classifica I (euro 196.018,34); OS21 – classifica I (euro 279.965,04). Il paragrafo 4.2.1 del disciplinare di gara specifica all'ultimo capoverso, che “... ai sensi dell'art. 109, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010, le lavorazioni di cui ai punti a), b) e c) della tabella che precede – e cioè le opere rientranti nelle categorie scorporabili OG1, OG3 e OS21 – avendo valore superiore ad euro 150.000,00 sono eseguibili direttamente dall'operatore concorrente solo se in possesso, oltre che di idonea qualificazione nella categoria prevalente, anche di idonea qualificazione per le categorie OG3 classifica I, OG1 classifica I e OS21 classifica I. In difetto, tali lavorazioni sono subappaltabili ovvero potranno essere oggetto di avvalimento ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 ovvero ancora potranno essere oggetto di esecuzione nell'ambito del raggruppamento temporaneo di imprese”. Il paragrafo 5 del disciplinare specifica che il subappalto è consentito in conformità a quanto previsto dall'art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006 e dall'art. 170 del D.P.R. n. 207/2010 ed, infine, il paragrafo 18 del disciplinare riproduce la previsione dell'art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici, limitando l'esclusione dalla gara alle ipotesi di mancato adempimento alle prescrizioni di legge o di regolamento nonché alle ipotesi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta e di irregolare chiusura dei plichi.

In risposta al quesito riguardante la possibilità di subappaltare per l'intero le lavorazioni rientranti nelle categorie OG1 e OS21, il responsabile del procedimento ha precisato quanto segue: “come già previsto nel disciplinare di gara, le categorie OG1 e OS21 sono interamente subappaltabili. Si rammenta che il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2508 del 2 maggio 2012, ha sottolineato che in caso di dichiarazione di subappalto per intere categorie di lavori per le quali il concorrente non è qualificato, queste devono essere rese indicando sin dalla fase di gara il nome del soggetto che svolgerà i lavori, il quale dovrà rilasciare, già in sede di gara, anche tutte le dichiarazioni previste dal Codice dei contratti (possesso dei requisiti dell'art. 38 e dichiarazione di possesso di attestazione SOA o produzione di copia della stessa), configurandosi il subappalto in una sorta di avvalimento sostanziale”.

Conseguentemente la stazione appaltante ha ritenuto di dover escludere i concorrenti che, privi dell'attestazione SOA nelle categorie scorporabili ed a qualificazione obbligatoria OG1, OG3 e OS21, hanno semplicemente dichiarato la volontà di subappaltarne le relative opere, senza individuare, già in fase di offerta, le imprese subappaltatrici a ciò qualificate e senza allegarne il

certificato SOA e le dichiarazioni di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici. L'A.N.C.E. Varese lamenta l'illegittimità della surriferita interpretazione, per violazione di quanto disposto dall'art. 118 del Codice dei contratti pubblici e dagli artt. 108 e 109 del D.P.R. n. 207/2010, non essendo previsto da tali disposizioni che i concorrenti debbano individuare già in sede di presentazione della domanda di partecipazione l'impresa subappaltatrice. In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata dall'Autorità, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del proprio operato, richiamando a sostegno della propria tesi alcune pronunce dell'Autorità e del giudice amministrativo.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa concerne l'obbligo o meno del concorrente di dichiarare già in sede di offerta il nominativo dell'operatore economico a cui intende subappaltare le prestazioni oggetto dell'affidamento, nel caso in cui non possieda tutte le qualificazioni richieste dalla *lex specialis* per l'esecuzione delle diverse lavorazioni di cui si compone l'opera.

Per risolvere il quesito posto all'Autorità, è opportuno preliminarmente considerare la disciplina normativa vigente in materia.

Per quanto qui interessa, l'art. 92, primo comma, DPR 207/2010 stabilisce che il concorrente singolo può partecipare alla gara quando possieda la qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero, in alternativa, quando sia qualificato nella categoria prevalente e nelle categorie scorporabili per i rispettivi importi, con la precisazione che i requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente. In altri termini, in caso di mancata qualificazione nelle categorie scorporabili a cui si riferisce l'affidamento, il legislatore ha richiesto unicamente un corrispondente incremento della qualificazione nella categoria prevalente.

Ai sensi del successivo art. 109, primo comma, l'affidatario qualificato nella categoria di opere generali o specializzate indicata nel bando di gara come prevalente ha la facoltà di eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera, anche se è privo delle relative qualificazioni, oppure può, in alternativa, subappaltare dette lavorazioni specializzate ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Tuttavia, in virtù di quanto previsto dal secondo comma della norma in esame, l'affidatario, in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, non può eseguire le lavorazioni relative a categorie di opere generali ed a categorie di opere specializzate a qualificazione obbligatoria, che singolarmente considerate superino il 10% dell'importo complessivo dell'opera ovvero la soglia di 150.000 euro (cfr. art. 108, terzo comma, del Regolamento). Esse sono comunque scorporabili, ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale, e subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni, nei limiti ivi previsti.

In quest'ultimo caso, l'art. 118, comma 2, D.Lgs. 163/2006 richiede al concorrente all'atto di presentazione dell'offerta di indicare semplicemente i lavori che intende affidare in subappalto e rinvia alla successiva fase di esecuzione dell'opera il deposito presso la stazione appaltante del contratto di subappalto e della documentazione concernente il possesso dei requisiti da parte dell'impresa subappaltatrice almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni.

Dalla lettura in combinato disposto delle suddette disposizioni emerge, come già sottolineato dall'Autorità, che la normativa vigente non pone l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta, a differenza di quanto previsto dall'art. 49 D.Lgs. 163/2006 per l'impresa ausiliaria, ma soltanto l'onere di dichiarare preventivamente le lavorazioni che il concorrente intende subappaltare, qualora privo della necessaria qualificazione, fermo restando in tal caso che la mancanza della qualificazione nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria deve essere compensata da un corrispondente incremento della qualificazione nella categoria prevalente, e ciò a tutela della stazione appaltante circa la sussistenza della complessiva capacità economica e finanziaria in capo all'appaltatore (cfr. AVCP, determinazione 10 ottobre

2012 n. 4; Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2012 n. 3563).

Ne consegue che in virtù della normativa in esame e del principio di tassatività della clausole di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1bis, D.Lgs. 163/2006 potrà costituire causa di esclusione la violazione dell'obbligo, sancito dal legislatore, di indicare in sede di offerta la prestazione che il concorrente intende subappaltare e non la mancata identificazione dell'impresa subappaltatrice.

Difatti, qualora il bando di gara preveda, fra le categorie scorporabili e subappaltabili, categorie a qualificazione obbligatoria ed il concorrente non sia in possesso delle corrispondenti qualificazioni e non abbia indicato nell'offerta l'intenzione di procedere al loro subappalto, la stazione appaltante dovrà procedere all'esclusione dello stesso, non potendo quest'ultimo né eseguire direttamente le lavorazioni in questione né essere autorizzato a subappaltarle.

Ciò posto, venendo al caso in esame, si osserva che *la lex specialis*, come già indicato nella parte in fatto, ha correttamente richiamato in materia di subappalto la predetta normativa, conseguentemente la disciplina di gara non può che essere interpretata nel senso sopra indicato.

Di contro, non appare condivisibile la tesi sostenuta dalla stazione appaltante, che richiama un orientamento giurisprudenziale, secondo cui in caso di subappalto necessario il concorrente già in sede di offerta dovrebbe dichiarare non solo la volontà di subappaltare, ma anche il nominativo dell'impresa subappaltatrice e dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione in capo a quest'ultima (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012 n. 2508).

Tale interpretazione, infatti, da un lato, contrasta con il tenore letterale delle disposizioni sopra richiamate e, dall'altro, finisce per creare due distinte figure di subappalto, quello "facoltativo" e quello "necessario", con differenti regimi applicativi, che, però, non trovano riscontro positivo nell'ordinamento vigente ove, al contrario, è disciplinato allo stesso modo il procedimento di autorizzazione del subappalto, a prescindere dal fatto che lo stesso sia utilizzato dal concorrente, per supplire alla mancanza di qualificazione in tutte le categorie di cui si compone l'opera, ovvero dall'affidatario come modalità esecutiva della stessa. L'interpretazione della stazione appaltante, inoltre, conduce ad un'indebita assimilazione tra subappalto ed avvalimento, che, in realtà, sono istituti differenti e conoscono una distinta disciplina, rinvenibile essenzialmente negli artt. 49 e 118 del Codice dei contratti pubblici.

L'avvalimento è, infatti, un istituto che consente al concorrente di integrare i propri requisiti in sede di gara, il subappalto, invece, rappresenta una modalità di esecuzione dei lavori mediante affidamento di parte di essi dell'appaltatore ad un altro soggetto che li realizzerà. In particolare si osserva che nell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è un soggetto terzo rispetto alla gara, tanto è vero che deve impegnarsi verso la stazione appaltante e verso l'impresa concorrente a fornire a quest'ultima i requisiti oggetto dell'avvalimento ed a mettere a disposizione della stessa le relative risorse per tutta la durata dell'appalto, cosicché il concorrente e l'ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (cfr. art. 49 D.Lgs. 163/2006). In caso di subappalto, invece, il soggetto responsabile verso la stazione appaltante è la sola impresa appaltatrice, in quanto parte del contratto, la subappaltatrice, infatti, rimane estranea alla procedura di gara e "compare" solo nella fase esecutiva, realizzando in proprio le lavorazioni che le sono state affidate (cfr. AVCP, determinazione 1 agosto 2012 n. 2).

Neppure giova alla stazione appaltante il richiamo ai pareri di precontenzioso n.187/2012 e n.128/2011 dell'Autorità, in quanto nel primo caso con riferimento ad una fattispecie simile a quella in esame l'Autorità ha espresso le medesime considerazioni sopra indicate, nel secondo caso, invece, è vero che l'Autorità si è pronunciata in maniera differente, ma ciò dipende dal diverso contesto normativo e fattuale in cui si inseriva la vicenda esaminata. In quest'ultimo caso infatti, a differenza dell'affidamento in esame, il disciplinare di gara prevedeva espressamente, a pena di esclusione, l'obbligo di indicare nella domanda di partecipazione i dati identificativi della ditta a cui si intendeva subappaltare ed il bando di gara era stato pubblicato in data 24.12.2010, prima, quindi, della codificazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 bis, D.Lgs 163/2006, avvenuta ad opera della l.106/2011, entrata in vigore il 13.7.2011. In quel contesto la stazione appaltante era tenuta ad osservare quanto disposto dal

disciplinare di gara, non potendo disapplicare la suddetta disposizione.

In conclusione, alla luce di quanto sopra esposto, si osserva che la *lex specialis* di gara, interpretata in conformità con quanto disposto dall'art. 118 del Codice dei contratti pubblici e dagli artt. 92, 108 e 109 del D.P.R. n. 207 del 2010, consente ai concorrenti che siano sprovvisti della relativa qualificazione di subappaltare per l'intero i lavori rientranti nelle categorie non prevalenti e scorporabili OG1, OG3 e OS21, fermo restando l'obbligo di riservarne l'esecuzione a soggetti in possesso della corrispondente attestazione SOA e di dichiarare all'atto dell'offerta i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che non è conforme alla *lex specialis* ed alla disciplina normativa vigente in materia di subappalto la scelta della stazione appaltante di escludere le concorrenti che hanno dichiarato di voler subappaltare le lavorazioni rientranti nelle categorie scorporabili OG1, OG3 e OS21, senza indicare nell'offerta i nominativi delle imprese subappaltatrici.

*I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo*

*Il Presidente: Sergio Santoro*

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 maggio 2013

Il Segretario Maria Esposito