

Parere n. 08 del 16 gennaio 2014

PREC 231/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Codis Appalti s.r.l. – “*Lavori urgenti di manutenzione della strada provinciale n. 335 ex s.s. n. 265 dei Ponti della Valle tratti dal km 16+300 al km 17+00 e dal km 20+200 al km 20+500 nel territorio comunale di Valle di Maddaloni*” – Importo a base d’asta di euro 107.815,35 – S.A.: Provincia di Caserta.

Appalto di importo inferiore a 150.000 euro – artt. 90, 92 e 109 D.P.R. n. 207 del 2010 – subappalto di categorie secondarie.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 17 settembre 2013 è pervenuta l’istanza in epigrafe, con la quale la società Codis Appalti s.r.l. contesta l’esclusione disposta nei suoi confronti dalla Provincia di Caserta, nell’ambito della procedura aperta per l’affidamento dei lavori di manutenzione di alcuni tratti della strada provinciale n. 335 nel territorio comunale di Valle di Maddaloni, *da aggiudicare al massimo ribasso sull’importo complessivo a base di gara pari ad euro 107.815,35.*

In ordine ai requisiti di capacità tecnica ed economica, il paragrafo III.3) del bando di gara richiama la disciplina contenuta nell’art. 90 del D.P.R. n. 207 del 2010 e dispone che l’appalto, di importo inferiore a 150.000 euro, non è assoggettabile al sistema di qualificazione SOA per categorie e classifiche; il bando individua, tuttavia, tre distinte categorie di lavorazioni “... ai soli fini dell’individuazione del rapporto di analogia tra i lavori eseguiti dal concorrente e quelli da affidare”. Le categorie sono le seguenti:

- OG3 – “Strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, linee tranviarie, metropolitane, funicolari, piste aeroportuali e relative opere complementari” (euro 60.810,40);
- OS12-A – “Barriere stradali di sicurezza” (euro 32.552,00);
- OS10 – “Segnaletica stradale non luminosa” (euro 14.452,95).

Il paragrafo III.4) del bando prevede la possibilità di subappaltare le anzidette opere “... nella misura massima del 30% dell’importo netto contrattuale delle singole categorie, a norma dell’art. 170, comma 1, del D.P.R. 207/2010 e dell’art. 118, comma 2, del D.Lgs. 163/2006” e fatte salve le ulteriori limitazioni discendenti dall’art. 37, comma 11, del Codice.

Con nota del 29 agosto 2013, la stazione appaltante ha comunicato alla Codis Appalti s.r.l. l’esclusione “... in quanto l’importo delle lavorazioni effettuate nella categoria OS10 risulta pari ad euro 5.581,84 e quindi inferiore a quanto richiesto dal bando di gara”.

La società censura il provvedimento di esclusione per due ordini di motivi:

- 1) in quanto i lavori eseguiti nel quinquennio antecedente sarebbero analoghi a quelli da appaltare, anche in relazione alla categoria OS10;
- 2) in quanto la stazione appaltante avrebbe illegittimamente trascurato la dichiarazione (allegata all’offerta) di voler subappaltare per intero le lavorazioni appartenenti alla categoria OS10.

La comunicazione di avvio del procedimento è stata trasmessa alle parti con nota del 10 ottobre 2013.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all’Autorità riguarda la procedura aperta indetta dalla Provincia di Caserta per l’appalto dei lavori di manutenzione di alcuni tratti della strada provinciale n. 335, di importo

inferiore a 150.000 euro.

La Codis Appalti s.r.l. è stata esclusa per non aver dimostrato l'esecuzione nell'ultimo quinquennio di lavori analoghi a quelli riconducibili alla categoria specialistica OS10, per l'importo di euro 14.452,95.

Il primo motivo di censura non può essere accolto.

Per gli appalti di importo pari o inferiore a 150.000 euro, l'art. 90 del D.P.R. n. 207 del 2010 consente la partecipazione degli operatori economici che dimostrino, tra l'altro, di aver eseguito nei cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando "lavori analoghi" per un importo corrispondente a quello dell'appalto da aggiudicare.

Con riferimento all'identica disciplina normativa anteriore al Codice, l'Autorità ha chiarito che per tali appalti si impone comunque il possesso di una professionalità qualificata che si traduce in un rapporto di analogia tra i lavori eseguiti dal concorrente e quelli oggetto dell'appalto, analogia da intendere come coerenza tecnica tra la natura degli uni e degli altri, il cui accertamento è rimesso al giudizio discrezionale della stazione appaltante cui spetta di valutare "la minima correlazione tecnica oggettiva fra lavori eseguiti e da eseguire, necessaria per accertare la coerenza tecnica che dà titolo per la partecipazione alla gara" (così A.V.C.P., deliberazione 11 giugno 2003 n. 165). Nella specie, la Codis Appalti s.r.l. si è limitata ad affermare apoditticamente di essere qualificata anche per l'esecuzione dei lavori di posa in opera e manutenzione della segnaletica stradale, riconducibili alla categoria OS10, senza darne adeguata prova in relazione all'intero importo stimato nel bando (euro 14.452,95).

E' viceversa fondato il secondo motivo di censura, riguardante il mancato assenso al subappalto delle lavorazioni appartenenti alla categoria OS10, per il quale la Codis Appalti s.r.l. ha allegato all'offerta una rituale dichiarazione.

La Provincia di Caserta non avrebbe potuto precludere la facoltà di subappaltare interamente dette opere al concorrente sprovvisto della corrispondente qualificazione.

Non risultano applicabili, infatti, i limiti percentuali al subappalto imposti dal Codice dei contratti pubblici all'art. 118, secondo comma (per la sola categoria prevalente) ed all'art. 37, undicesimo comma (per le sole categorie "superspecialistiche" enumerate dall'art. 107, secondo comma, del Regolamento, tra le quali non figura la OS10).

Anche nelle gare di importo complessivo inferiore a 150.000 euro, alle categorie non inserite nel predetto elenco si applica l'art. 109, secondo comma, del Regolamento, in virtù del quale l'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle ulteriori qualificazioni, non può eseguire direttamente le lavorazioni di importo superiore al 10% dell'importo complessivo dell'opera riconducibili alle categorie di opere generali ed a quelle di opere specializzate a qualificazione obbligatoria, fermo restando che tali lavorazioni sono scorporabili e subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni: perciò, le lavorazioni relative alla categoria prevalente e quelle relative alle categorie "superspecialistiche" di importo singolarmente superiore al 15% sono subappaltabili solo nei limiti percentuali prescritti dall'art. 170, primo comma, del Regolamento, mentre a tutte le altre lavorazioni rientranti nella previsione generale dell'art. 109, secondo comma, del Regolamento, tale limite non si applica e, quindi, esse possono essere interamente subappaltate ad imprese qualificate per la loro esecuzione (cfr. A.V.C.P., parere 10 ottobre 2012 n. 165; Id., parere 16 maggio 2012 n. 79; Id., parere 15 gennaio 2009 n. 1).

Ne discende, per la controversia in esame, l'illegittimità del paragrafo III.4) del bando, nella parte in cui limita alla misura massima del 30% la facoltà di subappalto delle opere riconducibili alla categoria OS10 (secondaria e scorporabile).

Di conseguenza è illegittima l'esclusione dalla gara della Codis Appalti s.r.l. che, priva della qualificazione per l'intero importo dei lavori della categoria OS10, ha dichiarato di volerli subappaltare in conformità a quanto previsto dall'art. 109, secondo comma, del Regolamento.

Per esigenze di completezza, si rappresenta che in accoglimento di un ricorso straordinario al Capo dello Stato promosso dall'AGI (Associazione Imprese Generali), il Consiglio di Stato, con parere 26

giugno 2013, n. 3014, ha sancito l'annullamento del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 limitatamente ad alcune disposizioni tra cui gli articoli 107, comma 2, e 109, comma 2. Tale parere è stato recepito con D.P.R. 30 ottobre 2013. Tuttavia (e per tale ragione rimane inalterato l'impianto del presente parere), l'art. 3, comma 9, del D.L. 30 dicembre 2013, n. 151 (c.d. "mille proroghe") stabilisce che "Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono adottate...le disposizioni regolamentari sostitutive delle disposizioni di cui agli articoli 107, comma 2 e 109, comma 2, del regolamento di cui al D.P.R. n.207 del 2010, annullate dal D.P.R. 30 ottobre 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 29 novembre 2013, n. 280.... Nelle more dell'adozione delle disposizioni regolamentari sostitutive, continuano a trovare applicazione, in ogni caso non oltre la data del 30 settembre 2014, le regole previgenti."

Pertanto, la disposizione appena richiamata vale a sospendere gli effetti dell'annullamento delle disposizioni regolamentari dichiarate illegittime dal Consiglio di Stato e a sancire conseguentemente, non oltre comunque il 30 settembre 2014, la vigenza delle suddette disposizioni. In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che la Provincia di Caserta, in una gara d'appalto di importo inferiore a 150.000 euro, ha illegittimamente escluso la Codis Appalti s.r.l., pur avendo quest'ultima dichiarato di voler subappaltare per l'intero le lavorazioni assimilabili alla categoria OS10, per le quali è priva di qualificazione.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 febbraio 2014

Il Segretario Maria Esposito