

Consulenza Legale Appalti

Censurata dal CdS la disciplina in materia di qualificazione

Consiglio di Stato, adunanza della Commissione speciale, parere n. 3014 del 26/6/2013

Claudio Guccione**Avvocato****Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati****Giulio Palazzesi****Avvocato, P&I - Studio Legale Guccione & Associati**

Con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, l'Associazione Imprese Generali ed alcune tra le più rinomate imprese di costruzioni nazionali, hanno chiesto l'annullamento di alcune disposizioni del DPR 207/2010, tra cui, ai fini che qui ci occupano, (i) gli artt. 109, comma 2, e 107, comma 2, oltre all'Allegato A, e (ii) l'art. 85, comma 1, lett. b), nn. 2) e 3). I primi, nella parte in cui limitano la qualificazione e la capacità operativa delle imprese generali a favore delle imprese speciali, in conseguenza dell'obbligo di subappaltare o di rendere a qualificazione obbligatoria (con necessità di creare un'ATI verticale) una molteplicità di lavorazioni che non presentano caratteri di complessità tecnica tali da giustificare una siffatta disciplina, in violazione della normativa comunitaria che, in materia di qualificazione, si limita, invece, a fare riferimento ai lavori analoghi svolti negli ultimi cinque anni.

Il secondo, nella parte in cui prevede determinati limiti di qualificazione nel caso di imprese che abbiano subappaltato più del 30 per cento di ciascuna categoria scorporabile a qualificazione non obbligatoria o del 40 per cento nell'ipotesi di categoria scorporabile a quali-

ficazione obbligatoria. Con il parere n. 3014 del 26 giugno 2013 il Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, in parziale accoglimento del ricorso straordinario sopra richiamato, ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 109, comma 2, (in relazione all'Allegato A e, in particolare, alla "Tabella sintetica delle categorie") e 107, comma 2, del DPR 207/2010, in quanto il sistema normativo risultante da tali disposizioni risulta connotato da profili di contraddittorietà e illogicità, nonché dell'art. 85, comma 1, lett. b) nn. 2 e 3 del medesimo DPR, perché affetto da irragionevolezza nella parte in cui non consente all'impresa affidataria, a prescindere dalla quantità di lavori subappaltati, di utilizzare ai fini della qualificazione l'importo dei lavori subappaltati decurtato della quota eccedente il 30 o il 40 per cento. Il presente contributo mira a fornire un quadro riepilogativo del parere espresso dal Consiglio di Stato limitatamente ai motivi sopra richiamati, ritenuti dal Collegio meritevoli di accoglimento.

Le considerazioni del Consiglio di Stato

Illegittimità art. 109, comma 2 e 107, comma 2, oltre all'allegato A DPR 207/2010

Con riferimento alla lamentata illegittimità degli artt. 109, comma 2, e 107, comma 2, oltre all'Allegato A del DPR 207/2010, il Consiglio di Stato si sofferma, in primo luogo, sul quadro normativo attualmente vigente.

A tale riguardo, il Collegio osserva che il Nuovo Regolamento conferma la ripartizione tra opere generali ed opere speciali indicandole con gli acronimi OG e OS e fornendo all'allegato A una definizione di "opera" o "intervento" come "insieme di lavorazioni capace di esplicare funzioni economiche o tecniche". Il medesimo allegato distingue, poi, le OG dalle OS: mentre le prime riguardano attività di costruzione, ristrutturazione e manutenzione di opere o interventi finiti, per la cui realizzazione occorrono una pluralità di lavorazioni, le seconde concernono opere ed interventi che fanno parte di altre opere, per la cui esecuzione sono necessarie particolari specializzazioni e professionalità. Il bando di gara non si deve limitare ad indicare l'importo complessivo dell'intervento, la categoria prevalente ed il suo specifico importo, ma deve recare anche l'indicazione di tutti gli eventuali sottoinsiemi che costituiscono l'intervento diversi da quelli rientranti nella categoria prevalente, specificando, per ognuno, categoria ed importo (sempre che tali sottoinsiemi di lavorazioni costituiscano un lavoro autonomo e siano di importo superiore al 10 per cento del valore complessivo dell'appalto o di importo superiore a 150.000 euro).

L'art. 92 del DPR 207/2010 richiede, quindi, ai fini della

partecipazione alla gara, il possesso da parte del concorrente dei requisiti economici e tecnici relativi a tutte le categorie previste dal bando. Qualora il concorrente sia sprovvisto dei requisiti relativi alle categorie scorporabili, il Regolamento consente la partecipazione alla gara a condizione che il medesimo sia in possesso dei requisiti speciali riferibili alla categoria prevalente, commisurati all'importo complessivo dell'affidamento. L'art. 109 del DPR 207/2010 prevede, poi, che il concorrente qualificato per la categoria prevalente può eseguire le lavorazioni relative alle categorie scorporabili per le quali non sia in possesso della relativa qualificazione, purché tali lavorazioni siano a qualificazione non obbligatoria. Diversamente, nelle ipotesi di lavorazioni a qualificazione obbligatoria, il concorrente dovrà obbligatoriamente subappaltare tali lavorazioni a soggetti adeguatamente qualificati. Tale obbligo di ricorso al subappalto non opera nel caso in cui le opere scorporabili siano rappresentate dalle cosiddette opere speciali (o superspecialistiche) di cui all'art. 107, comma 2, del DPR 207/2010. In tali casi, infatti, vigendo il limite al subappalto del 30% dell'importo della categoria, il concorrente non qualificato per detta categoria dovrà obbligatoriamente associarsi ad altra impresa in possesso della relativa qualificazione ai fini della partecipazione alla gara.

Ricostruito il quadro normativo di riferimento, il Collegio osserva che ad avviso delle ricorrenti il sistema risultante dalle norme impugnate risulterebbe fortemente penalizzante per le imprese generali; tali imprese, infatti, sebbene in possesso della qualificazione nella categoria generale prevalente, non potrebbero eseguire alcuna opera autonomamente, essendo tali imprese costrette, nella quasi totalità dei casi, a subaffidare opere non ricomprese nelle proprie qualificazioni generali e, per moltissime categorie (quelle di cui all'art. 107, comma 2), anche ad associare altre imprese, ove si consideri che (i) su 52 categorie ben 46 sono a qualificazione obbligatoria e, quindi, non eseguibili dall'affidatario in possesso della qualificazione per la categoria prevalente dell'affidamento e (ii) il regolamento ha individuato ben 24 categorie "superspecialistiche" per le quali il regolamento non consente nemmeno il ricorso al subappalto integrale, imponendo, quindi, alle imprese sprovviste della specifica categoria specialistica, la costituzione di una ATI verticale. Ebbene, il Collegio, in accoglimento del motivo di ricorso in esame, rileva che il sistema delineato dalle norme impugnate presenta vizi di contraddittorietà e di illogicità che possono essere ricondotti alla violazione del principio di uguaglianza o al vizio di eccesso di potere, sulla base delle argomentazioni di seguito riportate.



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)

Sulla contraddittorietà

L'art. 109, comma 1, del DPR 207/2010, sancisce la regola secondo la quale l'affidatario in possesso della qualificazione nella categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera, pur se privo delle relative qualificazioni. Il secondo comma del medesimo art. 109 (letto alla luce dell'allegato A) e l'art. 107, comma 2, non si limitano ad attenuare la portata di tale regola mediante l'introduzione di deroghe puntali e giustificate, ma finiscono, invece, per svuotarla completamente sino a renderla, del tutto contraddittoriamente, una eccezione destinata a trovare applicazione in casi marginali. A tale riguardo è sufficiente evidenziare che in base alla Tabella sintetica delle categorie ben 46 categorie su 52 sono a qualificazione obbligatoria, e quindi da subappaltare, e di queste 46 categorie, l'art. 107, comma 2, individua ulteriori 24 categorie per le quali il subappalto è consentito solo nel limite del 30%, con conseguente obbligo di costituzione di un ATI verticale per le imprese munite della sola qualificazione nella categoria prevalente. Anche la sola considerazione del profilo quantitativo fa, dunque, emergere la contraddittorietà del sistema: l'art. 109, comma 1, sancisce una regola, ma subito dopo il comma 2 del medesimo articolo (insieme all'allegato A) e l'art. 107, comma 2, la contraddicono, finendo per invertire il rapporto tra regola ed eccezione.

Sull'illogicità

Ad avviso del Collegio, inoltre, molte delle categorie specializzate indicate nell'allegato A come categorie a qualificazione obbligatoria non presenterebbero connotati di particolare "specialismo" tali da giustificare l'imposizione della qualificazione obbligatoria. Concludendo sul punto il Consiglio di Stato, rilevato che in sede di adozione del regolamento, l'individuazione delle opere specialistiche a qualificazione obbligatoria avrebbe richiesto un'attenta valutazione al fine di contemperare l'esigenza di consentire all'impresa in possesso della qualificazione OG di poter svolgere direttamente una serie di lavorazioni complementari necessarie per completare l'intervento che costituisce l'oggetto principale della sua qualificazione, con l'esigenza di imporre il ricorso a qualificazioni specialistiche in presenza di interventi che, per la loro complessità, richiedano competenze particolari, afferma che le norme impugnate non realizzano tale equilibrio, ma si limitano, in maniera contraddittoria ed illogica, ad imporre il ricorso pressoché generalizzato alle competenze dell'impresa specialistica, sacrificando così gli interessi delle imprese generali.

Sull'illegittimità dell'art. 85, comma 1, lett. b), nn. 2) e 3), DPR 207/2010

Il Consiglio di Stato si sofferma, quindi, sul motivo di ricorso con cui le ricorrenti lamentano l'illegittimità

dell'art. 85, comma 1, lett. b), nn. 2) e 3), DPR 207/2010, nella parte in cui prevede particolari limiti di qualificazione per le imprese che abbiano subappaltato più del 30% dell'importo di una categoria scorporabile a qualificazione non obbligatoria, o più del 40% nell'ipotesi di categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria. Ad avviso delle ricorrenti, tale disposizione normativa sarebbe illegittima in quanto (i) la norma si porrebbe in contrasto con i principi comunitari e nazionali di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, ponendo le imprese nazionali in posizione peggiore rispetto alle imprese comunitarie che partecipino alle gare italiane, posto che per queste ai sensi dell'art. 47, comma 2, del Codice, la qualificazione conseguita secondo il sistema italiano non è condizione obbligatoria di partecipazione; (ii) la disposizione in esame violerebbe il principio secondo cui l'appaltatore risponde verso il committente per tutte le prestazioni affidategli a prescindere dalla circostanza che alcune di esse vengano effettuate in subappalto; (iii) la norma, sarebbe, infine, irragionevole in quanto penalizzerebbe in maniera sproporzionata, ai fini della qualificazione, l'impresa che subappalti più del 30% della categoria scorporabile a qualificazione non obbligatoria (o 40% nel caso di categorie a qualificazione obbligatoria) rispetto all'impresa che rispetti il limite suddetto. Mentre in tale ultimo caso l'impresa potrà sfruttare, ai fini della futura qualificazione, tutti i lavori subappaltati della categoria scorporabile, nel caso di superamento del limite (30%-40%), fermo restando che la parte eccedente non potrà essere sfruttata ai fini qualificatori, la percentuale del 30% non potrà essere interamente destinata a ottenere la qualificazione nella categoria scorporabile, ma al massimo, verrà ripartita tra categoria prevalente e categoria scorporabile, e la percentuale riferita alla categoria scorporabile non potrà essere superiore al 10%. Ad avviso del Collegio la norma impugnata presenta dei profili di irragionevolezza; il motivo è, dunque, fondato nei limiti di seguito indicati. L'art. 85, comma 1, lett. b), nn. 2) e 3), DPR 207/2010, stabilisce che nell'ipotesi in cui l'appaltatore rispetti i limiti indicati dalla disposizione (30%-40% di lavori affidati in subappalto), quest'ultimo potrà sfruttare, ai fini della futura qualificazione, tutti i lavori subappaltati della categoria scorporabile in questione, oltre, ovviamente, a quelli eseguiti in proprio; nel caso in cui, invece, il medesimo superi i limiti suddetti, fermo restando che non potrà essere sfruttata ai fini qualificatori la parte eccedente tali limiti, la stessa percentuale del 30 o 40 per cento non potrà essere interamente destinata ad ottenere la qualificazione nella categoria scorporabile, potendo, tutt'al più, essere ripartita tra categoria prevalente e scorporabile, con l'ulteriore precisazione che la percentuale riferita alla categoria scorporabile non potrà essere superiore al 10 per cento. Ebbene, una simile disciplina conduce, secondo il Consiglio di Stato, a risultati irragionevoli.

Il Regolamento, infatti, dopo aver fissato il principio dell'utilizzabilità dei lavori subappaltati anche per la qualificazione della categoria scorporabile, detta poi una disciplina attuativa destinata a dar luogo a significative disparità di trattamento prive di adeguata giustificazione e, quindi, irragionevoli. In particolare, tale irragionevolezza si coglierebbe nel confronto tra la regola generale che consente l'utilizzabilità per intero dei lavori subappaltati fino all'importo del 30-40 per cento e la disciplina contenuta nella disposizione richiamata secondo la quale i lavori subappaltati sono utilizzabili nel limite del 10% in caso di superamento dei limiti predetti. In altri termini, il Regolamento dopo aver stabilito una regola (utilizzabilità ai fini della qualificazione nella categoria scorporabile di lavori dati in subappalto, ma solo nei limiti del 30-40 per cento), introduce, poi, una disciplina irragionevole, per l'ipotesi di subappalto oltre tali limiti. Infatti, una volta affermato il principio secondo il quale anche in caso di subappalto i lavori subappaltati sono utilizzabili, nei limiti del 30 o 40 per cento, ai fini della qualificazione nella categoria scorporabile, non sono ravvisabili valide ragioni che giustificano la non applicazione di tale regola per le ipotesi in cui l'importo dato in subappalto superi dette percentuali. Il principio di ragionevolezza imporrebbe, infatti, che anche in tale caso, l'importo dei lavori subappaltati, decurtato della quota eccedente il 30 o 40 per cento, possa essere utilizzato ai fini della qualificazione nella categoria scorporabile. Del resto l'art. 85, comma 1, lett. b), nn. 2) e 3), nelle ipotesi di subappalto oltre i limiti indicati, fa espresso riferimento all'importo dei lavori (...) decurtato della quota eccedente il trenta [o quaranta] per cento", solo che poi, nel disciplinare l'utilizzabilità dei lavori subappaltati nella categoria scorporabile, prevede irragionevolmente l'ulteriore limite del 10 per cento. Ad avviso del Collegio merita, quindi, accoglimento la terza delle censure sopra richiamate fatte valere avverso la disposizione in esame. Infondate, risultano, invece, le ulteriori censure avanzate avverso la norma in commento, il cui esame appare, dunque, superfluo in questa sede.

Conclusioni

In conclusione il Consiglio di Stato, alla luce delle argomentazioni sopra richiamate, in parziale accoglimento del ricorso straordinario sopra richiamato, ha dichiarato l'illegittimità (i) degli art. 109, comma 2, (in relazione all'Allegato A e, in particolare, alla "Tabella sintetica delle categorie") e 107, comma 2, del DPR 207/2010, in quanto il sistema normativo risultante da tali disposizioni risulta connotato da profili di contraddittorietà e illogicità, e (ii) dell'art. 85, comma 1, lett. b) nn. 2 e 3 del medesimo DPR, perché affetto da irragionevolezza nella parte in cui non consente all'impresa affidataria, a prescindere dalla quantità di lavori subappaltati, di utilizzare ai fini della qualificazione l'importo dei lavori subappaltati decurtato della quota eccedente il 30 o il 40 per cento. ■

OSSERVATORIO NORMATIVO

- **Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture**, delibera 22 maggio 2013, recante *"Prime indicazioni sull'assolvimento degli obblighi di trasmissione delle informazioni all'Autorità, ai sensi dell'articolo 1, comma 32 della legge n. 190/2012. (Delibera n. 26)"*. (13A04960), pubblicata in GU n. 134 del 10 giugno 2013;
- **Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture**, determina 22 maggio 2013, recante *"Linee guida sulle operazioni di leasing finanziario e sul contratto di disponibilità. (Determina n. 4)"*. (13A04961), pubblicata in GU n. 134 del 10 giugno 2013;

- **Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia"** (13G00116), pubblicato in G.U. n. 144 del 21 giugno 2013 - Suppl. Ordinario n. 50;
- **Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture**, comunicato, recante *"Chiarimenti in merito alla deliberazione n. 26 del 22 maggio 2013 (Prime indicazioni sull'assolvimento degli obblighi di trasmissione delle informazioni all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 1, comma 32 della legge n. 190/2012)"* (13A05319), pubblicato in GU n. 146 del 24 giugno 2013.