AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 278

05 giugno 2024

Oggetto Istanza presentata dalla Costruzioni CA S.r.l. - PROCEDURA NEGOZIATA AI SENSI DELL'ART. 50, COMMA 1, LETT. C) DEL D.LGS 36/2023 PER L'AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI RIQUALIFICAZIONE DI PORZIONE DI IMMOBILE SITA IN VIA MOLINARI N. 33 A CARPI - CUP PNRR G94H22000200006 - CUP ASP TERRE D'ARGINE I96D22000220005. FINANZIATO CON PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA (PNRR) UNIONE EUROPEA NEXTGENERATION EU MISSIONE 5 – "INCLUSIONE E COESIONE", COMPONENTE 2 "INFRASTRUTTURE SOCIALI, FAMIGLIE, COMUNITÀ E TERZO SETTORE", SOTTOCOMPONENTE 1 "SERVIZI SOCIALI, DISABILITÀ E MARGINALITÀ SOCIALE" – INVESTIMENTO 1.3 "HOUSING TEMPORANEO E STAZIONI DI POSTA" – SUBINVESTIMENTO 1.3.1 "HOUSING FIRST". Importo a base di gara euro: 597.384,18. S.A.: Unione terre d'Argine.

UPREC-PRE- 0123-2024- L

Riferimenti normativi

Art. 119, d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Appalto pubblico – Lavori - Procedura – Gara - Scelta del contraente – Requisiti di qualificazione – sub appalto necessario – dichiarazione.

Massima

In ragione della diversa funzione assolta dal subappalto necessario rispetto a quello facoltativo, l'operatore economico, sfornito dei requisiti per l'esecuzione in proprio delle lavorazioni scorporabili a qualificazione obbligatoria, è tenuto a rendere una chiara e univoca manifestazione di volontà circa l'intenzione di ricorrere al subappalto necessario.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 5 giugno 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 49169 del 23.04.2024 presentata dalla Costruzioni CA S.r.l. relativamente alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di riqualificazione di porzione di immobile sita in Via Molinari n. 33 a Carpi;

VISTA, in particolare, la censura mossa dall'operatore istante circa la presunta illegittima esclusione disposta a proprio carico con provvedimento del 19 aprile 2024 per non aver espressamente indicato nella propria offerta la volontà di ricorrere al subappalto necessario, in quanto sprovvista del requisito di qualificazione SOA richiesto per la categoria scorporabile OG 11, classifica I;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 29.04.2024;

VISTE le memorie inoltrate dall'Unione Terre d'Argine con le quali viene riportato quanto risulta essere stato indicato dal concorrente istante nel DGUE e nella dichiarazione integrativa allegata, da cui emerge la sola indicazione di voler ricorrere all'istituto del subappalto, senza alcuna ulteriore specificazione;

CONSIDERATO che, in tema di qualificazione negli appalti di lavori, l'art. 12, comma 2, lett. a) e b) del D.l. 47/2014, conv. nella L. 80/2014, stabilisce che l'operatore economico in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara come categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni. Non possono, tuttavia, essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni di importo superiore ai limiti indicati dall'art. 108, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207 (ovvero di importo superiore al 10% dell'importo totale dei lavori o singolarmente superiori a 150.000,00 euro) relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Tale tipologia di subappalto, definito necessario, qualificante o obbligatorio, differisce sensibilmente dal subappalto facoltativo: mentre, in quest'ultimo, l'operatore economico che concorre alla gara possiede in proprio tutti i requisiti richiesti per l'esecuzione delle lavorazioni di cui si compone l'opera e la scelta di affidare l'esecuzione di una parte dei lavori a un'impresa terza risponde a mere ragioni di opportunità o di convenienza economica, nel subappalto qualificante il concorrente fa affidamento sui requisiti di un'altra impresa ai fini della legittima partecipazione alla gara dalla quale, altrimenti, verrebbe escluso per difetto di qualificazione;

CONSIDERATO che, alla luce delle diverse funzioni assolte dal subappalto qualificante rispetto a quello facoltativo, la giurisprudenza ha precisato che il concorrente è tenuto, in sede di presentazione dell'offerta, a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante. "Detto più chiaramente, l'operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491, ove è ben evidenziata la diversità di presupposti e di funzioni delle due dichiarazioni, di ricorrere al subappalto facoltativo oppure a quello necessario, in quanto "…nella dichiarazione di subappalto "necessario" viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell'operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto "facoltativo", bensì una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche"; cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2022, n. 2365).

CONSIDERATO che, anche la giurisprudenza più recente ha precisato come "*con la nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici introdotta dal D.lgs. n. 36/2023 e nell'attuale vigenza dell'art. 12 D.L. n. 47/2014, si può dunque affermare che tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate, dovranno, dal 1° luglio 2023, considerarsi a qualificazione obbligatoria, ovvero l'aggiudicatario, per eseguirle, dovrà essere in possesso della relativa qualificazione, oppure dovrà*

necessariamente ricorrere al subappalto" (cfr. TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 26 ottobre 2023, n. 782; Tar Piemonte, sez. II, 16 gennaio 2024, n. 23);

CONSIDERATO inoltre che la mancata dichiarazione della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario non può essere oggetto di soccorso istruttorio una volta che la stazione appaltante abbia accertato la carenza dei requisiti di partecipazione coerenti con la percentuale di lavori che l'impresa s'è impegnata a realizzare (secondo Cons. Stato, n. 5491 del 2022, già precedentemente citata, ove fosse consentito il soccorso istruttorio la stazione appaltante darebbe la facoltà ad un operatore di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione dell'offerta in contrasto con la *par condicio competitorum*; nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2019, n. 471) (Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596), (cfr. Delibera 506 dell'8.11.2023);

CONSIDERATO che, in relazione alle conseguenze discendenti da vizi della dichiarazione di subappalto facoltativo, il Consiglio di Stato ha sottolineato che "*è indubbio che la dichiarazione di subappalto possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di avvalersene nelle ipotesi in cui il concorrente sia in possesso delle qualificazioni previste per l'esecuzione in via autonoma delle prestazioni oggetto dell'appalto; è altrettanto indubbio che l'eventuale incompletezza delle indicazioni e dei documenti concernenti l'identità e la qualificazione dei subappaltatori preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina l'esclusione dell'offerta che partecipa alla procedura, ove non venga in rilevo il diverso profilo di qualificazione di quest'ultimo rispetto alle prestazioni interessate dal subappalto*" (Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2019, n. 471). Utile il richiamo a *quella giurisprudenza secondo cui la dichiarazione relativa al subappalto possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto quanto meno nelle ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, e non la via necessitata per partecipare alla gara*" (TAR Lazio, Roma, 17.12.2019 n. 14479);

RILEVATO che, dall'esame della documentazione amministrativa trasmessa dalla Stazione appaltante, risulta che la società istante in ordine ai requisiti di ordine tecnico-organizzativo (paragrafo 6.2 della lettera di invito), abbia dichiarato nell'allegato 2 quanto segue: relativamente alle lavorazioni generali prevalenti di cui alla Tabella n.1, riconducibili alla categoria OG1 "Edifici civili e industriali" – classifica II: - di possedere attestazione, rilasciata da società organismo di attestazione (SOA) regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti la qualificazione nella categoria OG1 con classifica adeguata ai lavori da assumere (CLASSIFICA II): x SI □ NO Classifica IV; relativamente alle lavorazioni generali scorporabili di cui alla Tabella n. 1, riconducibili alla categoria OG11 "Impianti tecnologici" – classifica I: di possedere attestazione, rilasciata da società organismo di attestazione (SOA) regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti la qualificazione nella categoria OG11 con classifica adeguata ai lavori da assumere (CLASSIFICA I): □ SI □ NO Classifica _____. Altresì nel DGUE compare il solo richiamo generico alla volontà di ricorrere al subappalto nel seguente modo: L'operatore economico intende subappaltare parte del contratto a terzi? Risposta: si - "Lavori di costruzione per una quota pari al 49%";

RILEVATO dunque che dai documenti versati in atti risulta che l'operatore economico istante si sia limitato ad una indicazione generica dei lavori che intendeva subappaltare;

RITENUTO pertanto che per stessa dichiarazione della società Costruzioni C.A. S.r.l. la medesima risulta priva della qualificazione SOA necessaria nella categoria di opere scorporabile OG 11, cl. I, tanto da aver indicato in via generica la volontà di ricorrere all'istituto del subappalto, senza però nessun'altra specificazione in merito alla categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria, adducendo un mero errore nella compilazione del modulo;

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione che, l'operato della stazione appaltante sia conforme e coerente con il quadro normativo di riferimento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 giugno 2024

Il Segretario Valentina Angelucci