

Categorie scorporabili, qualificazione obbligatoria, opere superspecializzate, fuori dal labirinto in attesa del peggio *(note a margine del d.P.R. 30 ottobre 2013)*

Dal 30 novembre 2013, giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n. 280 del 29 novembre, del d.P.R. 30 ottobre 2013, viene completamente rimodulato il sistema delle categorie scorporabili, delle categorie a qualificazione obbligatoria e delle cosiddette opere superspecializzate, in seguito all'annullamento degli articoli 107, comma 2, e 109, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 (Regolamento generale sui contratti pubblici) e, in connessione per quanto occorra, della "tabella sintetica delle categorie" di cui all'Allegato A al predetto Regolamento.

Un brevissimo riepilogo della vicenda:

a) l'AGI (Associazione Imprese Generali), unitamente ad alcune imprese associate (queste ultime estromesse dal processo per inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione), l'8 aprile 2011 presenta ricorso straordinario al Capo dello Stato affinché siano annullati gli articoli 107, comma 2, e 109, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, oltre all'Allegato A allo stesso d.P.R., nella parte in cui tali previsioni limitano in modo discriminatorio 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 una ATI verticale) una serie numerosa di lavori, diversi da quelli connotati da spiccata complessità tecnica, in violazione della disciplina comunitaria che, in tema di qualificazione e di capacità tecnica, si limita, invece, a fare riferimento ai lavori analoghi svolti negli ultimi cinque anni, con conseguente compressione della libertà di organizzazione; in realtà il ricorso riguardava anche altre norme che tuttavia qui non interessano; [¹]

b) l'affare, rubricato al n. 3909/2011 è deferito alla Commissione speciale che esprime prima il parere interlocutorio in data 11 gennaio 2013, n. 38, e poi nell'adunanza del 16 aprile 2013 esprime il parere definitivo n. 3104/2013 depositato il 26 giugno 2013;

c) il Presidente della Repubblica il 30 ottobre firma il decreto che fa proprie le conclusioni del Consiglio di Stato; la pubblicazione del decreto conclude la vicenda.

A questo punto è opportuno riportare le norme che interessano, a partire dall'articolo 107 (Categorie di opere generali e specializzate - strutture, impianti e opere speciali)

«1. Ai fini dei bandi di gara, le opere e i lavori pubblici appartengono ad una o più categorie di opere generali ovvero ad una o più categorie di opere specializzate corrispondenti alle categorie individuate nell'allegato A. (omissis)

2. Si considerano strutture, impianti e opere speciali, le opere generali e specializzate, se di importo superiore ad uno dei limiti indicati all'articolo 108, comma 3, [10% dell'importo dell'appalto oppure 150.000 euro – n.d.r.] [²] di seguito elencate e corrispondenti alle categorie individuate nell'allegato A con l'acronimo

¹ *Accolto con annullamento dell'articolo 85, comma 1, lettera b), numeri 2 e 3); respinto con riferimento agli articoli 86, comma 1, 83, comma 4, 79, commi 17, 19 e 20, e 92, comma 2; improcedibile con riferimento all'articolo 357, comma 12, e agli allegati B e B1.*

² *In realtà il riferimento all'articolo 108, comma 3, non pare avere alcun senso; ai sensi dell'articolo 37, comma 11, "norma madre" ai fini dell'esercizio della delega regolamentare, l'unico limite che assume rilievo sul punto per tali opere è il 15% dell'importo dell'appalto.*

OG o OS qui riportato: ... » [seguono gli acronimi di 2 categorie generali e di 22 categorie specializzate].

Espulso dall'ordinamento il comma 2, viene meno l'elenco che definisce le "strutture, impianti e opere speciali" (in gergo "s.i.o.s." o anche "superspecializzate"), viene temporaneamente svuotato l'imperio dell'articolo 37, comma 11, del decreto legislativo n. 163 del 2006, laddove recita: «*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** ... ».* La norma primaria delegava al regolamento la definizione dell'elenco; venuto meno l'elenco questo non può certo essere surrogato da autonome valutazioni delle stazioni appaltanti né da istruzioni o linee guida di fonte amministrativa, per quanto autorevole. Parimenti resta inapplicabile l'articolo 92, comma 7, del d.P.R. n. 207 del 2010, in quanto il riferimento all'articolo 107, comma 2, ora annullato, lo svuota di ogni efficacia.

Fino ad un nuovo esercizio della delega da parte del Governo (delega che pare ampiamente scaduta e quindi esercitabile solo con una nuova norma delegante, salvo un diretto intervento legislativo), l'articolo 37, comma 11, risulta inapplicabile. Cade quindi l'obbligo di Raggruppamento temporaneo in assenza di diretta qualificazione nelle categorie scorporabili già individuate nell'elenco abrogato e cade conseguentemente il tanto dibattuto divieto di subappalto in misura superiore al 30 per cento, per assenza dell'oggi tto.

Resta in vita ovviamente il comma 1 il quale, tuttavia, di per sé non contiene alcuna disciplina che limiti o condizioni la partecipazione alle gare; in modo molto banale si limita ad imporre l'ovvio obbligo per le Stazioni appaltanti di individuare i lavori in appalto nell'ambito di una o più d'una delle categorie di cui all'allegato A al Regolamento.

Passando all'articolo 109 (Criteri di affidamento delle opere generali e delle opere specializzate non eseguite direttamente):

«1. L'affidatario, **in possesso della qualificazione nella** categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria **prevalente può**, fatto salvo quanto previsto al comma 2, **eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni**, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni.

2. Non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, relative a:

a) categorie di opere generali individuate nell'allegato A;

b) categorie di opere specializzate individuate nell'allegato A come categorie a qualificazione obbligatoria.

Esse sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Resta fermo, ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice, il limite di cui all'articolo 170, comma 1, per le categorie di cui all'articolo 107, comma 2, di importo singolarmente superiore al quindici per cento; si applica l'articolo 92, comma 7.

3. Le lavorazioni di cui al comma 2 sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale.» [³]

³ I commi 4 e 5 non rilevano per quanto qui interessa.

Espulso dall'ordinamento il comma 2, viene meno il divieto, per il concorrente sprovvisto della qualificazione nelle categorie scorporabili "a qualificazione obbligatoria", di eseguire (e, ancor prima, di concorrere) le relative lavorazioni; viene quindi meno l'obbligo di possedere la qualificazione specifica in tali categorie scorporabili (direttamente o associando un soggetto qualificato quale mandante in raggruppamento temporaneo) o l'obbligo, previsto quale alternativa (fuori dai casi dell'articolo 37, comma 11, del decreto legislativo n. 163 del 2006), di impegnarsi a subappaltare i lavori appartenenti a tali categorie scorporabili delle quali gli era preclusa l'esecuzione diretta. Questi due ultimi obblighi (alternativi tra di loro) erano infatti previsti dal comma 2, ora annullato. Lo stesso comma 2 prevedeva il limite del 30 per cento al subappalto delle cosiddette s.i.o.s. già trattate al precedente articolo 107, comma 2, limite a sua volta travolto dall'annullamento di quest'ultima norma, come già detto in precedenza.

Resta in vita ovviamente il comma 1 che, con l'implicita soppressione delle parole «*fatto salvo quanto previsto al comma 2*», esprime l'effettivo modello operativo che resta applicabile e che il Consiglio di Stato ha qualificato come disposizione di principio, intaccabile solo con deroghe regolamentari ragionevoli ma impossibile da rendere praticamente impraticabile a causa dell'introduzione di deroghe che si configurano invece come la normalità (come è stato fatto con le norme annullate). [4]

Tale principio si riassume così: il concorrente in possesso della qualificazione nella categoria prevalente può concorrere anche senza la qualificazione nelle categorie scorporabili, alla condizione (ovvia) che la qualificazione nella categoria prevalente sia sufficiente, in termini di classifica (ovvero di importo), a ricomprendere l'intero importo in appalto. Un corollario di tale principio è costituito dal fatto che in presenza di categorie scorporabili (che prima dell'annullamento erano "a qualificazione obbligatoria") possono essere costituite anche soli Raggruppamenti temporanei orizzontali e non necessariamente verticali o misti.

Resta in vita anche il comma 3 (il cui riferimento al comma 2, ora annullato, non ne inficia minimamente il contenuto), che consente di indicare nel bando le categorie scorporabili (tutte) ai fini della costituzione di Raggruppamenti temporanei verticali (ora non più obbligatoria, bensì facoltativa, come già detto in precedenza).

E questo senza contare la nota circostanza, incidentalmente valorizzata anche dal Consiglio di Stato, secondo la quale alcune categorie generali "ricomprendono" al loro interno una serie di altre categorie specializzate (tipiche la OG1 e la OG2 che ricomprendono gli impianti già OS3, OS4, OS28, OS30 e tutte le finiture OS6, OS7, OS8; oppure la OG3 che ricomprende la OS1, la OS26 e la OS34) che, in assenza di considerazioni puramente utilitaristiche e pratiche, consentirebbe in molti casi di omettere l'indicazione delle categorie scorporabili.

Dall'annullamento non deriva nessuna controindicazione all'applicazione dell'articolo 118, comma 2, del decreto legislativo n. 163 del 2006, anzi, paradossalmente ne risulta una maggiore coerenza laddove quest'ultima norma recita: «*La stazione appaltante è tenuta ad indicare nel progetto e nel bando di gara le singole prestazioni e, per i lavori, la categoria prevalente con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie, relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch'esse con il relativo importo. **Tutte** le prestazioni nonché lavorazioni, **a qualsiasi categoria appartengano**, sono subappaltabili e affidabili in cottimo*».

Quindi oggi la conclusione sembra dirompente nella sua estrema semplificazione del sistema. Anche in un appalto complesso, pur indicando nel bando le categorie scorporabili (circo stanza che appare ancora obbligatoria ai sensi degli articoli 37, comma 1, e 118, comma 2, del decreto legislativo n. 163 del 2006) il concorrente potrà partecipare con la sola qualificazione nella categoria prevalente per l'intero importo

⁴ *La previsione di un numero di 46 categorie a qualificazione obbligatoria su un totale di 52, e un numero di 24 s.i.o.s. su 46 categorie a qualificazione obbligatoria, rendono la norma da eccezionale e derogatoria a normale e ordinaria, da qui l'illegittimità della Tabella delle categorie di cui all'allegato A, che individua appunto le categorie a qualificazione obbligatoria con l'indicazione della parola "SI" nell'apposita colonna.*

dell'appalto; potrà peraltro scegliere autonomamente tra due opzioni:

a) concorrere ed eseguire direttamente tutte le categorie scorporabili, anche in assenza di qualificazione nelle stesse; questo sia che il concorrente sia un'impresa singola che un raggruppamento temporaneo orizzontale (nel senso che tutte le imprese, mandataria e mandanti, sono qualificate nella categoria prevalente);

b) raggruppare come mandanti una o più imprese in raggruppamento verticale, assegnando ad una o più d'una di tali mandanti una o più d'una delle categorie scorporabili.

E' sempre possibile il raggruppamento misto parte orizzontale e parte verticale, o con un sub-raggruppamento orizzontale dedicato ad una o più categorie scorporabili (secondo i canoni ordinari di cui all'articolo 37, comma 6, del decreto legislativo n. 163 del 2006 e all'articolo 92, commi 2 e 3, del Regolamento).

La vera novità, dunque, consiste nel fatto che le fattispecie che in precedenza richiedevano obbligatoriamente il Raggruppamento temporaneo con l'individuazione di mandanti qualificate nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria, oppure richiedevano obbligatoriamente l'impegno a subappaltare i lavori delle stesse categorie scorporabili, regrediscono da obbligo a pena di esclusione a mera facoltà del concorrente (singolo o raggruppamento temporaneo) qualificato per l'intero appalto nella sola categoria prevalente. Tutto è ricondotto alla fattispecie delle categorie a qualificazione non obbligatoria.

Ammesso che abbia mai avuto un senso, ne risulta travolto anche l'orientamento espresso dai giudici amministrativi in alcune pronunce, ^[5] sull'obbligo della preventiva individuazione, in sede di gara, dei subappaltatori con le relative qualificazioni, quando ricorreva la fattispecie del cosiddetto "subappalto obbligatorio", ovvero in presenza di categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria a fronte di un concorrente non qualificato direttamente in tali categorie. In disparte la circostanza delle avvenute smentite a tale orientamento (già non condivisibile di per sé), ^[6] travolto il concetto di "qualificazione obbligatoria" e il correlato seguito dell'obbligatoria indicazione del subappalto, è naturalmente posto nel nulla qualsiasi presunto obbligo di indicazione del subappaltatore.

E' auspicabile e, in realtà, è probabile, che negli appalti complessi i concorrenti si organizzeranno comunque in Raggruppamenti temporanei di tipo verticale, per ragioni pratiche, di convenienza e di prevenzione di criticità evidenti (difficilmente il carpentiere si improvviserà elettricista o lo stuccatore farà l'ascensorista), ma tale fattispecie non sarà più obbligatoria.

Con tempi non definibili nemmeno approssimativamente, il legislatore o, ove delegato, il governo, interverranno senz'altro a chiudere il varco che si è aperto, almeno su spinta della lobby degli impiantisti. ^[7]

Nel frattempo è rimessa alla sensibilità del progettista e del Responsabile unico del procedimento l'individuazione delle categorie scorporabili da indicare nel bando, secondo i criteri desumibili dal parere assunto a base del decreto presidenziale di annullamento; tenendo presente che la scelta di ricondurre tutto alla sola categoria prevalente (ove astrattamente ammissibile) comporta limitazioni radicali alle possibilità di subappalto (col famoso limite del 30 per cento applicabile alla categoria prevalente), la segmentazione in categorie scorporabili (sempre con i noti limiti minimi di 150.000 euro o del 10 per cento dell'importo dell'appalto), consentirà di operare mediante subappaltatori in un perimetro più ampio, subappaltatori che, loro sì, dovranno essere qualificati nella categoria scorporabile subappaltata.

Per concludere, un'ultima modesta annotazione: la caratteristica di specialità che comporta la qualificazione obbligatoria è mantenuta per talune lavorazioni; non sono infatti intaccati dall'annullamento,

⁵ Per tutte: Consiglio di Stato, sezione VI, 2 maggio 2012, n. 2508.

⁶ Per tutte: Consiglio di Stato, sezione V, 25 luglio 2013, n. 3963.

⁷ Le cui pressioni, peraltro, potrebbero essere all'origine dell'eccessiva normazione ora annullata.

(in quanto non coinvolti nel *petitum*), né l'articolo 90, comma 2, né l'articolo 248, comma 4, del d.P.R. n. 207 del 2010. Ambedue le norme regolamentari prevedono che per partecipare agli appalti (ed essere affidatari di subappalti) di lavori di importo non superiore a 150.000 euro, il requisito dei lavori eseguiti nel quinquennio precedente deve essere riferito a lavori analoghi, con attestato di buon esito dell'autorità competente ^[8]; la prima norma per quanto attiene ai lavori della categoria OG13, la seconda per quanto attiene ai lavori delle categorie OG2, OS2-A, OS2-B e OS25, i quali, peraltro, possono essere utilizzati ai fini della qualificazione soltanto dall'impresa che li ha effettivamente eseguiti, sia essa affidataria o subappaltatrice. Ovviamente, in forza dell'articolo 90, comma 1, ultimo periodo ^[9] (richiamato anche dall'articolo 248, comma 4), il requisito dei lavori eseguiti può essere sostituito dall'attestazione SOA nella categoria pertinente.

Si tratta, come noto, di deroghe al principio generale di cui all'articolo 90, comma 1 (che riproduce esattamente l'articolo 28 del precedente d.P.R. n. 34 del 2000), in base al quale per lavori di tale importo non è richiesta alcuna speciale qualificazione riconducibile alla natura dei lavori già eseguiti. ^[10]

La situazione paradossale che ne risulta, dopo la soppressione della caratteristica di "qualificazione obbligatoria" è che in presenza di appalti di importo non superiore a 150.000, quando trattasi di lavori previsti dall'articolo 90, comma 2 (OG13) è mantenuto il requisito della specialità (quindi con qualificazione specifica nella categoria in termini di lavori eseguiti o di attestazione SOA), al contrario in presenza di appalti di importo superiore, le lavorazioni scorporabili di qualunque importo appartenenti alla stessa categoria OG13 possono essere assunte, in sede di gara, da un concorrente totalmente sprovvisto della relativa specializzazione.

Diverso il caso delle lavorazioni di cui all'articolo 198 del decreto legislativo n. 163 del 2006 ovvero, quanto al comma 1: « ... *lavori pubblici concernenti i beni mobili e immobili e gli interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale, sottoposti alle disposizioni di tutela di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 ...*» e quanto al comma 2: «... *scavi archeologici...*»; definizioni di rango primario, che attraggono al loro interno rispettivamente le categorie OG2, OS2-A e OS2-B e la categoria OS25, tutte relative a manufatti o beni tutelati dal codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004. A tale individuazione, consegue la disciplina di cui all'articolo 200 e all'articolo 201 del decreto legislativo n. 163 del 2006. In particolare il comma 4 dell'articolo 201 recita: «*Per l'esecuzione dei lavori indicati all'articolo 198, è **sempre necessaria la qualificazione nella categoria di riferimento, a prescindere dall'incidenza percentuale** che il valore degli interventi sui beni tutelati assume nell'appalto complessivo*»; ne consegue che limitatamente alle predette categorie sopravvive il concetto di "qualificazione obbligatoria" non di origine regolamentare bensì di origine legislativa. Tali lavori, qualora non appaltati autonomamente o separatamente da altri lavori, ai sensi dell'articolo 200, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 163 del 2006, ma appaltati all'interno di un lavoro più complesso, erano e restano a "qualificazione obbligatoria", e vanno indicati nel bando di gara anche se il loro importo non supera uno dei limiti canonici previsti per le categorie scorporabili (10 per cento dell'importo dell'appalto o 150.000 euro).

Questa conclusione, che sopravvive all'annullamento in oggetto, concilia l'articolo 248, comma 3 del d.P.R. n. 207 del 2010 «... *i lavori di cui al presente titolo, relativi alle categorie OG 2, OS 2-A, OS 2-B e OS 25, sono utilizzati ai fini della qualificazione soltanto dall'impresa che li ha effettivamente eseguiti, sia essa affidataria o subappaltatrice*» con gli articoli 85, comma 2, e 86, comma 1, dello stesso d.P.R., che impongono la coerenza tra categorie indicate nei certificati di esecuzione lavori e quelle indicate dal bando di gara, vietando e sanzionando difformità tra le due indicazioni.

⁸ *Autorità preposta alla tutela dei beni sui quali sono e seguiti i lavori.*

⁹ *Nel caso di imprese già in possesso dell'attestazione SOA relativa ai lavori da eseguire, non è richiesta ulteriore dimostrazione circa il possesso dei requisiti.*

¹⁰ *Consiglio di Stato, sez. V, 18 maggio 2002, n. 2700.*