

La prima pronuncia post nuovo Codice dei contratti sulla questione delle categorie SOA dei lavori (prevalente, scorporabili, a qualificazione obbligatoria o meno)

(a margine di T.A.R. Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782)

1. Dal decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (in breve «Codice dei contratti») sembrano scomparsi, o almeno sconvolti, alcuni pilastri che si ritenevano irremovibili e sui quali si basavano gli operatori e, in particolare:
 - a) la definizione di categoria prevalente e di categoria scorporabile e la distinzione tra le due fattispecie ^[1];
 - b) la definizione di categorie a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria e, più in profondità, addirittura la definizione e l'individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali (cosiddette categorie «superspecializzate» o, in breve «s.i.o.s.») ^[2].
2. Quanto al punto sub. a), la categoria prevalente si presta ad una doppia interpretazione. Se la ragionevolezza porta a questa conclusione pure in assenza di definizione (nel nuovo sistema la categoria prevalente è citata solo all'articolo 103 (per appalti di importo superiore a 100 milioni di euro) e all'articolo 119, comma 1 (in materia di subappalto), mentre le categorie scorporabili, identificate come tutte le altre categorie presenti e diverse dalla prevalente, sono citate incidentalmente all'articolo 119, comma 18, come prestazioni scorporabili e, ambedue le fattispecie, agli articoli 23 e 30 dell'Allegato II.12.
3. Quanto al punto sub. b), l'unica distinzione, che non rileva ai fini della qualificazione, è puramente nominale tra categorie di opere generali (dalla OG1 alla OG13) e opere specializzate (dalla OS1 alla OS35) di cui alla Tabella A dell'Allegato II.12 (che riprende la Tabella Sintetica delle categorie annessa al d.P.R. n. 207 del 2010, senza però distinguere le categorie a qualificazione obbligatoria o non obbligatoria, aggiornata all'articolo 12 del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito dalla legge 23 maggio 2014, n. 80 (in breve «**decreto Expo**»). Questa fattispecie di opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali sono citate incidentalmente all'articolo 104, comma 11, del Codice poi richiamato dall'articolo 119, comma 2, (ancora una volta senza una loro individuazione specifica) limitatamente alla possibilità, attribuita alla Stazione appaltante, di prevederne l'esecuzione in capo al solo offerente (ergo, limitandone prima l'avvalimento e poi il subappalto).
4. in realtà il nuovo Codice coinvolge "di striscio" le fattispecie apparentemente scomparse e, precisamente, prima all'articolo 31, comma 7 e poi all'articolo 40, comma 2, lettera f), numero 9) dell'Allegato I.7 che, trattando della Verifica preventiva della progettazione dei lavori pubblici

¹ Ovvero la categoria di più elevato importo tra quelle in appalto e le categorie, diverse dalla prevalente, di importo superiore al 10% del totale dell'appalto o superiore a 150.000 euro, di cui all'articolo 48 del vecchio Codice e, prima ancora, di cui all'articolo 37 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

² Ovvero le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali di importo superiore al 10% del totale dell'appalto a prescindere dal loro importo in valore assoluto, di cui all'articolo 89, comma 11, del vecchio Codice, elencate dal d.m. 1° ottobre 2016, n. 248 e, prima ancora, di cui all'articolo 37, comma 11 del decreto legislativo n. 163 del 2006

(quindi di un ambito specifico del sistema, non agevolmente estensibile all'intera disciplina dei contratti o alla speciale disciplina della qualificazione) dispone che il controllo dei verificatori al suddetto fine deve estendersi a che «*il computo metrico estimativo e lo schema di contratto individuino la categoria prevalente, le categorie scorporabili e subappaltabili a scelta dell'affidatario, le categorie con obbligo di qualificazione e le categorie 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 15 per cento dell'importo totale dei lavori*», norma che non mette in discussione la sopravvivenza (o meglio, la problematica sopravvivenza) dell'articolo 12 del decreto Expo del 2014) mentre è certa l'impossibilità di richiamare per alcun motivo sia l'articolo 37, comma 11, dell'abrogato decreto legislativo n. 163 del 2006 che il d.m. n. 248 del 2016; peraltro con una delega generica da parte dell'articolo 42 del Codice il quale rinvia all'Allegato I.7 i contenuti e le modalità delle attività di verifica, nonché i soggetti che vi provvedono ma non l'articolazione o la definizione della categorie dei lavori. Peraltro, anche la nuova aliquota del 15 per cento qualifica la speciale fattispecie delle «*categorie per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali*» ma nulla dispone circa i precedenti divieti (di avvalimento) o limiti (al subappalto) essendo confinata a una delle ipotesi nelle quali la Stazione appaltante può prevedere limiti all'avvalimento o l'obbligo di esecuzione in capo all'Appaltatore (che è di fatto un limite al subappalto), previa motivazione ai sensi rispettivamente dei citati articoli 104, commi 2 e 3 e 119, comma 2, terzo periodo, del Codice,

Non si può evitare di dubitare fortemente che una norma procedimentale (destinata alla verifica di progetto) possa introdurre delle disposizioni che sono vere e proprie nuove normative che riguardano la qualificazione degli esecutori di lavori pubblici e la concorrenza, quali «*i lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali,*» che oggi non trovano alcuna definizione ma solo l'invenzione dell'aliquota del 15% sconosciuta nell'ordinamento attualmente vigente ^[3].

5. Per affrontare la questione è necessario appurare se sia o meno vigente, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice, l'articolo 12 del «decreto Expo», che non è stato abrogato né sospeso ma ha conservato la sua efficacia e condizionato il sistema di qualificazione dei lavori per tutta la vigenza del vecchio Codice, riverberandosi sulla qualificazione dei Raggruppamenti temporanei, sull'avvalimento e sul subappalto. Detto decreto Expo, non abrogato né ripreso o citato nel nuovo Codice o nei suoi allegati, era centrale nel sistema precedente ma oggi esso si dibatte tra:

— la sua abrogazione tacita perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore (ex articolo 15 delle preleggi)

— la sua sopravvivenza, sostenuta incidentalmente da ANAC nel proprio «*documento di analisi dell'ANAC [dove] vengono indicati i principi generali e i principali cambiamenti introdotti, con il nuovo Codice, con particolare riferimento gli appalti sotto soglia e al subappalto*», anche per il suo carattere di specialità e perché la sua abrogazione comporterebbe un vero e proprio vuoto legislativo. Come se non bastasse, tale articolo 12 del decreto Expo ha cessato di trovare applicazione il 19 gennaio 2017 (con l'entrata in vigore del decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248) in forza dell'articolo 216, comma 15, del vecchio Codice; se fosse stato abrogato il problema non si porrebbe: l'abrogazione (nel 2023) della norma abrogatrice della norma già abrogata non comporta la riviviscenza della norma già abrogata (scusate il bisticcio di parole): tuttavia non si è trattato di abrogazione ma di cessazione "a tempo" dell'applicazione di una norma valida e l'abrogazione (nel 2023) della norma che aveva disposto la cessazione della sua applicazione comporta o non comporta la ripresa di efficacia della norma della quale era

³ Anche se già presente nei due codici precedenti (del 2006 e del 2016).

solo cessata l'applicazione ma non la validità e l'efficacia?

6. Venuta meno la distinzione tra categorie a qualificazione obbligatoria e categorie a qualificazione non obbligatoria, noi siamo propensi a dare credito ad ANCE, ovvero "tutte le categorie necessitano di qualificazione" se superiori a 150.000 euro (prescindendo dall'incidenza percentuale del 10% o del 15%)
7. Inoltre, l'articolo 12 dello stesso decreto era ed è obsoleto nei propri riferimenti a norme non più attuali, quali gli articoli 108 e 109 del d.P.R. n. 207 del 2010, il secondo annullato dal d.P.R. 30 ottobre 2013, su parere dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato, il primo inefficace in quanto incardinato sul secondo e quale l'articolo 37, comma 11, del decreto legislativo n. 163 del 2006 sostituito dall'articolo 89, comma 11, del vecchio Codice, abrogato dal 1° luglio e non surrogabile, nemmeno per analogia, con norme del nuovo Codice. Quindi, per concludere è decisiva la sopravvivenza o meno del decreto Expo, se il decreto non sopravvive, effettivamente il nuovo sistema travolge l'esperienza consolidata, se invece fosse ancora applicabile il nuovo sistema si discosterebbe dall'esperienza consolidata ma potrebbe o dovrebbe tenerne conto in buona parte sia in relazione alla redazione degli atti di gara che alla qualificazione delle imprese, all'avvalimento e al subappalto.
8. Scarso o nessun conforto è fornito dalla relazione illustrativa del nuovo Codice, dove al terzo comma di pagina 170, a commento dell'articolo 119 (subappalto) così recita: «*La disposizione proposta, così come quella attuale, non affronta il tema del subappalto c.d. qualificatorio o necessario, perché, a rigore, è quest'ultimo istituto ad essere eccentrico rispetto alla causa del contratto di subappalto quale delineata nel comma 2. La questione dell'ammissibilità del subappalto per l'esecuzione dei lavori riguardanti le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria - attualmente desumibile dalla perdurante vigenza dell'articolo 12, comma 14,^[4] del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80 - attiene alla qualificazione degli operatori economici, di cui, in particolare, all'art. 100*».
9. Sul punto interviene T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782, il quale dopo aver preso correttamente atto che nel nuovo Codice dei contratti non è più rinvenibile la distinzione tra categoria di lavorazioni a qualificazione "obbligatoria" e "non obbligatoria" dà per scontato che l'articolo 12 del decreto Expo è da intendersi tacitamente abrogato ai sensi dell'articolo 15 delle preleggi. Tale pronuncia, pur essendo "inquinata" da specifiche argomentazioni (in materia di contratti di avvalimento e di subappalto, molto interessanti ma estranee al tema al momento in discussione) e da alcune disposizioni autovincolanti della legge di gara (non impugnate e pertanto non scrutinate) afferma in modo perentorio e in parte contraddicendosi^[5] che «*con la nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici introdotta dal decreto legislativo n. 36 del 2023 e nell'attuale vigenza dell'articolo 12 decreto-legge n. 47 del 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*». Beato chi ne è convinto, la vigenza dell'articolo 12 del decreto Expo risolverebbe alcuni problemi come tappabuchi di carenze del nuovo codice ma, visto anche che sentenza non è ancora cosa giudicata essendo del 26 ottobre, la correttezza dei comportamenti degli operatori resta in un limbo.

⁴ Alla faccia della perdurante vigenza, nessuno ha detto agli autori del codice "autoapplicativo" che non è mai esistito un comma 14, visto che l'articolo 12 richiamato aveva solo undici commi sin dall'origine, poi ridotti a sei in seguito alle abrogazioni del 2016.

⁵ Difficile che una stessa norma sia contemporaneamente abrogata e con attuale vigenza.