

SOA A QUALIFICAZIONE OBBLIGATORIA

INQUADRAMENTO storico QUESTIONE SOA QUALIFICAZIONE OBBLIGATORIA

- *ART. 109, COMMA 2, DPR 207 DEL 2010.*
- *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.]*
(comma annullato dal [d.P.R. 30 ottobre 2013](#), su parere dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato, in relazione all'[allegato A](#); si veda ora l'[articolo 12 della legge n. 80 del 2014](#))

(in origine: 46 SOA su 52) a qualificazione obbligatoria

- Va premesso che con il **decreto del Presidente della Repubblica 30 ottobre 2013**, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 29 novembre 2013, di decisione di un ricorso straordinario al Capo dello Stato, era stato disposto l'annullamento di alcune disposizioni regolamentari del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, costituente il regolamento di esecuzione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Erano state annullate le disposizioni di cui agli articoli 107, comma 2, e 109, comma 2, in relazione, quest'ultimo, alla "Tabella sintetica delle categorie" contenuta nell'Allegato A) del medesimo decreto: quella che distingueva tra categorie, generali e speciali, a qualificazione obbligatoria e no.
- **Il parere n. 3014/2013 del Consiglio di Stato** - Adunanza della Commissione speciale del 16 aprile 2013, alla base del predetto annullamento, aveva accertato che nonostante il principio generale sancito dallo stesso regolamento all'art. 109, comma 1, per il quale l'affidatario dei lavori in possesso della qualificazione nella categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera, anche qualora si aprivo delle relative qualificazioni, il **comma 2 del medesimo articolo introduceva una serie nutritissima di eccezioni (46 categorie su 52) alle quali quella regola generale non si applicava e che "Molte delle categorie specializzate indicate nell'allegato A (del D.P.R. n. 207) come categorie a qualificazione obbligatoria risultano, infatti, prive di connotati di particolare "specialismo", la cui sola presenza, anche alla luce di quanto previsto dall'art. 37, comma 11, del d.lgs. n. 163 del 2006 (che fa riferimento ad opere di "notevole contenuto tecnologico" e di "rilevante complessità tecnica"), potrebbe giustificare l'imposizione della qualificazione obbligatoria e, dunque, la deroga al principio generale sopra ricordato."** Inoltre, il sistema normativo risultante dagli articoli del regolamento 109, comma 2, (alla luce di quanto previsto dal citato allegato A) e, in particolare, dalla Tabella sintetica delle categorie) e 107, comma 2, non aveva adeguatamente considerato "che la qualificazione per una categoria OG (opere generali) comprende, nella normalità dei casi, l'idoneità allo
- [Momento in cui vi erano limiti percentuali al subappalto]

..segue..

- *svolgimento di una serie di prestazioni specialistiche che sono necessarie e complementari nello svolgimento degli interventi descritti dalla categoria generale"..." e che"l'individuazione delle opere specialistiche a qualificazione obbligatoria avrebbe richiesto una più attenta valutazione, al fine di realizzare un più equilibrato temperamento tra due opposte esigenze: da un lato, consentire all'impresa munita della qualificazione OG di potere svolgere direttamente una serie di lavorazioni complementari e normalmente necessarie per completare quello che è l'intervento che costituisce l'oggetto principale della sua qualificazione; dall'altro, imporre, invece, il ricorso a qualificazioni specialistiche in presenza di interventi, che, per la loro rilevante complessità tecnica o per il loro notevole contenuto tecnologico, richiedono competenze particolari. Le norme impugnate non realizzano un adeguato punto di equilibrio tra queste due opposte esigenze ma si limitano, in maniera, come si è detto, contraddittoria e illogica, a imporre il ricorso pressoché generalizzato alle competenze dell'impresa specialistica, così sacrificando illegittimamente gli interessi delle imprese generali."*
- **A seguito di questo annullamento è intervenuto il D.L. 28 marzo 2014, n. 47**, recante "Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015" e, in particolare, l'articolo 12 ("Disposizioni urgenti in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici"), comma 1, nel quale si prevedeva che, "al fine di garantire la stabilità del mercato dei lavori pubblici, nelle more dell'emanazione delle disposizioni regolamentari sostitutive delle sopra citate disposizioni regolamentari annullate, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del citato decreto-legge, sono individuate le categorie di lavorazioni di cui all'Allegato A del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 che, in ragione dell'assoluta specificità strettamente connessa alla rilevante complessità tecnica o al notevole contenuto tecnologico, richiedono l'esecuzione da parte di operatori economici in possesso della specifica qualificazione e, tra di esse, le categorie di lavorazioni per le quali trova applicazione l'articolo 37, comma 11, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163."
- 32.5.3. Nel termine così fissato veniva quindi emanato il decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 24 aprile 2014, che, "Considerato il complesso

..segue..

- processo di revisione delle categorie a qualificazione obbligatoria e delle categorie superspecialistiche **volto ad una riduzione delle categorie stesse**, tale da raggiungere un adeguato punto di equilibrio che tenga conto di criteri oggettivi indicativi del livello di specializzazione delle opere riconducibili alle singole categorie oltre che di un attento bilanciamento dei contrapposti interessi tra imprese generali e specialistiche”, all’art. 1 indicava le “Categorie di lavorazioni a qualificazione obbligatoria “come di seguito:*
- “1. 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, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonche' 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 32, OS 33, OS 34, OS 35.”*
- All’art. 3, comma 3, si stabiliva altresì che “Le disposizioni del presente decreto cessano di avere efficacia alla data di entrata in vigore delle disposizioni regolamentari sostitutive delle previsioni di cui agli articoli 107, comma 2, e 109, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010, annullate dal decreto del Presidente della Repubblica 30 ottobre 2013.”*
- 32.5.4. Le disposizioni così introdotte dal decreto ministeriale venivano fatte proprie dalla legge di conversione del D.L. 28 marzo 2014 n. 47, ossia dall’art.1, comma 1, L. 23 maggio 2014, n. 80. La nuova versione dell’art. 12 del decreto legge, per quanto di interesse in questa sede, così recitava:*
- “1. Si considerano strutture, impianti e opere speciali ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le opere corrispondenti alle categorie individuate nell'allegato A del medesimo decreto con l'acronimo OG o OS di seguito elencate: OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 4, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 21, OS 25, OS 30.*

..segue..

- (...) Il predetto Allegato A) veniva ripristinato con l'art. 216, comma 14, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, comma così modificato dall'art. 1, comma 20, lett. gg), n. 1), D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 giugno 2019, n. 55, per il quale. *“Fino all'adozione del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.”*
- Il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è stato quindi abrogato a decorrere dal 1° luglio 2023 dall'art. 226, comma 1, del Decreto legislativo 31.3.2023, n. 36, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici. Il predetto art. 226 non ha tuttavia abrogato il D.L. n. 47/2014.

SOA a qualificazione obbligatoria

ART. 12, COMMA 2, DL 47 / 2014 (Convertito con L. 80 / 2014)

In tema di affidamento di contratti pubblici di lavori, si applicano altresì le seguenti disposizioni:

- a) **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 alla lettera b), 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
- b) **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, del regolamento di cui al d.P.R. 5 maggio 2010, n. 207](#), 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. Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale. Resta fermo, ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il limite di cui all'articolo 170, comma 1, del regolamento di cui al d.P.R. n. 207 del 2010 per le categorie di cui al comma 1 del presente articolo, di importo singolarmente superiore al 15 per cento; si applica l'articolo 92, comma 7, del predetto regolamento.**

La questione con il nuovo Codice

- **È abrogato l'articolo 12?**
- **Tutte le SOA devono ritenersi a qualificazione obbligatoria?**
 - TAR CALBRIA : Pro X critica X
 - TAR PIEMONTE: Pro X critica X
 - TAR BOLZANO: Contro

Questione da affrontare secondo i criteri di risoluzione delle antinomie tra norme (art. 15 preleggi)

TAR CALABRIA

- TAR Calabria (Sez. Reggio Calabria) con Sentenza n. 782 del 26.10.2023 ha affermato il seguente principio:
- << (..) *A prescindere dalla clausola vincolante prevista dalla lex specialis, soccorre, per autorevolezza della fonte, anche la relazione al nuovo codice dei contratti nella quale, invero solo sotto la rubrica dell'art. 119 co.17 ("subappalto"), si riporta che "La questione dell'ammissibilità del subappalto per l'esecuzione dei lavori riguardanti le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria – attualmente desumibile dalla perdurante vigenza dell'art. 12, comma 14, 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".*
- *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.(..)>>*

TAR PIEMONTE. Le premesse

- Con bando del 10.8.2023 la Provincia di Novara ha avviato una procedura aperta, contraddistinta da CIG A001995D37, per l'affidamento di appalto integrato per la progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria per la riqualificazione energetica, miglioramento sismico e la messa in sicurezza dell'edificio ospitante il liceo classico e linguistico Carlo Alberto di Novara, finanziato con fondi PNRR, da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo di € 6.936.323,84, di cui € 6.490.529,00 quale ammontare dei lavori.
- Tra i requisiti di qualificazione, il punto 3.3 del disciplinare prescriveva un'attestazione SOA nella categoria prevalente OS7, in classifica III bis, per un importo di € 1.887.670,02. Oggetto di appalto erano altresì lavorazioni nelle categorie: OG1, classifica III, per € 1.436.557,74; OS21, classifica III bis, per € 1.074.686,63; OS28, classifica III, per € 1.025.631,03; OS6, classifica II, per € 526.193,04; OG9, classifica II, per € 441.041,25; OS30, classifica I, per € 235.863,76; OS3, classifica I, per € 112.474,33; OG 11, classifica I, per € 59.212,16. Nel caso di partecipazione in forma di raggruppamento temporaneo era stabilito che i predetti requisiti fossero soddisfatti dal raggruppamento nel suo complesso (punti 8.2 e 8.3 del disciplinare: doc. 5 di parte ricorrente).

TAR Piemonte. Esclusione RTI

- A seguito di riscontro del 30.8.2023, con provvedimento trasmesso il 6.9.2023 la Provincia di Novara ha escluso il raggruppamento Crea.Mi
- (..) in riferimento al chiarimento richiesto rispetto alle lavorazioni, si ritiene di dover applicare quanto stabilito dall'art. 30 dell'Allegato II.12 del Codice dei Contratti. Il requisito di cui al punto 8.2 I b) [OG 9] non risulta pertanto pienamente soddisfatto” (doc. 2 di parte ricorrente).

TAR Piemonte. Ricorso

- Nella prima parte della censura, la ricorrente, assumendo la titolarità in capo al raggruppamento di qualificazione nella categoria prevalente OS7 in una classifica tale da ricomprendere (per incremento del quinto) anche le categorie scorporabili e di aver indicato, sia nel Dgue sia in sede di soccorso istruttorio, la volontà di subappaltare le opere per la categoria OG9, deduce l'illegittimità dell'esclusione e, in subordine, della legge di gara, per violazione dell'art. 30 dell'Allegato II.12 al D.Lgs. 36/2023.
- Il RTI sostiene di essere qualificato in quanto in possesso della SOA prevalente per l'importo totale dei lavori e di aver dichiarato di subappaltare l' OG 9.

TAR PIEMONTE. La decisione

- Nel caso in esame il ricorso si appalesa come manifestamente infondato

Al riguardo, non risulta provato, in primo luogo, che il raggruppamento sia titolare, nel suo insieme, di una qualificazione per la categoria prevalente OS7 di tale classe di importo da coprire, in virtù dell'incremento del quinto, anche le opere scorporabili delle categorie OG9 e OS21, rispetto alle quali –come ammesso dalla stessa ricorrente (a pag. 14 del ricorso)- nessuna delle imprese associate possiede i pertinenti requisiti di qualificazione.

Come evidenziato in narrativa, la legge di gara indica per la categoria prevalente OS7 un importo di € 1.887.670,02 e per le due anzidette categorie scorporabili importi pari, rispettivamente, a € 441.041,25 (OG9) ed € 1.074.686,63 (OS21), per un totale di € 3.403.397,90.

Tanto rilevato, risultano acquisiti in atti il DGUE di Crea.Mi (doc. 9 di parte ricorrente: in particolare, pag. 3 e pag. 6), che certifica una qualificazione per la categoria OS7 per classe II (fino a € 516.000) nonché l'avvalimento, per la stessa categoria, dell'attestazione della mandante DE.BO (avente, dunque, in specie il ruolo di impresa ausiliaria) e il DGUE della stessa DE.BO attestante una qualificazione per la categoria OS7 per classe III (fino a € 1.033.000) (doc. 10 di parte ricorrente, pag. 3).

- Non sono stati prodotti, invece, il DGUE o le attestazioni SOA dell'altra mandante F.Ili Picenni, che risultano surrogati da un documento di presentazione della società, estratto dal suo sito internet aziendale (doc. 12 della controinteressata Notarimpresa), il quale enuncia una qualificazione per la categoria OS7 per classe III bis (fino a € 1.500.000).
- Sennonché tale documento non costituisce adeguato mezzo probatorio, in assenza di elementi dai quali possa ricavarsi, in modo univoco, la perdurante efficacia, al momento di partecipazione alla gara, delle attestazioni indicate o, comunque, la concordanza tra quanto ivi unilateralmente affermato e l'effettivo regime di qualificazione imputabile all'impresa.

TAR Piemonte. La decisione. SEGUE

- La dedotta qualificazione del raggruppamento per la categoria OS7 per classe d'importo sufficiente a coprire anche le categorie scorporabili (tramite incremento del quinto) resta, quindi, sguarnita di prova.
- B.1) D'altra parte, anche a voler ritenere dimostrato il requisito dell'adeguata qualificazione del raggruppamento per la categoria prevalente, il provvedimento espulsivo risulta, comunque, immune da censura.
- Nel solco dell'art. 92 D.P.R. 207/2010, l'art. 30 comma 1 dell'Allegato II.12 al D.Lgs. 36/2023 stabilisce che il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente. Il comma 2 precisa che, per i raggruppamenti temporanei, le quote di partecipazione possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate.
- Entrambe le disposizioni vanno lette al lume dell'art. 12 D.L. 47/2014, il quale, in un'ottica concorrenziale, consente all'operatore economico in possesso della qualificazione per la categoria prevalente di partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici, anche se privo delle qualificazioni previste dal bando per le categorie scorporabili, alla condizione, però, che affidi le lavorazioni riconducibili alle predette categorie, se a qualificazione obbligatoria (tra le quali ricade la categoria OG9, in quanto opera generale, ai sensi del comma 2 lett. b) dell'art. 12), ad imprese in possesso delle necessarie qualificazioni.
- **Detta norma non è stata abrogata con l'entrata in vigore del D.Lgs. 36/2023 (cfr. relazione illustrativa al nuovo codice dei contratti pubblici sub art. 119 e T.A.R. Calabria sez. I - Reggio Calabria, 26/10/2023, n. 782) ed anzi, in base alle prime indicazioni giurisprudenziali in tema, il superamento, nell'impianto del nuovo codice dei contratti pubblici, della distinzione tra categorie di lavorazioni a qualificazione "obbligatoria" e "non obbligatoria", avrebbe piuttosto l'effetto di connotare indistintamente tutte le opere scorporabili della natura di lavorazioni a qualificazione obbligatoria (cfr. T.A.R. Calabria sez. I - Reggio Calabria, 26/10/2023, n. 782 cit.).**
- Ciò posto, il subappalto c.d. necessario (o qualificatorio) disciplinato dal citato art. 12 D.L. 47/2014 differisce dal modello classico poiché non è espressione di autonomia organizzativa, ma è imposto dalla circostanza che il concorrente non ha la qualifica per eseguire tutte le lavorazioni; è, perciò, "necessario" perché il subaffidamento (ad un soggetto in possesso delle pertinenti qualificazioni) dell'esecuzione delle lavorazioni è vincolato dal difetto di qualifica ad eseguire tale tipo di prestazioni.

TAR PIEMONTE . SEGUE. Non indicazione subappalto “qualificante”

- Tanto incide, a valle, sugli oneri dichiarativi dell’operatore economico in sede di partecipazione. Come affermato in giurisprudenza, infatti, *“il concorrente non è tenuto a indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, ma è tenuto senz’altro 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”* (Cons. Stato, Sez. V, 28.3.2023, n. 3180); ciò 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”* (Cons. Stato Sez. V, 1.7.2022, n. 5491 richiamata nella citata Cons. Stato, Sez. V, 28.3.2023, n. 3180).
- Tutto ciò chiarito in linea generale, la condotta procedimentale della ricorrente e il tenore delle dichiarazioni rese nella domanda di partecipazione non si allineano alle predette coordinate normative e giurisprudenziali.
- Posto che il subraggruppamento per la categoria OG9 prevede la partecipazione della mandataria Crea.Mi, in misura del 50,01%, e della mandante F.Ili Picenni, per il restante 49,99% (cfr. doc. 22 di parte ricorrente, pag. 2), nel proprio DGUE Crea.Mi ha manifestato il proposito di subappaltare *“parte delle opere della cat. OG9 nei limiti di legge”* (doc. 9 di parte ricorrente, pag. 7), in tal modo circoscrivendo il subappalto solo a una porzione -non altrimenti specificata- dei lavori. Successivamente, con nota del 30.8.2023, la stessa, ferme le superiori quote di partecipazione, ha dichiarato di voler subappaltare le pertinenti opere *“nella percentuale del 100%”* (doc. 13 di parte ricorrente, pag. 2), senza, peraltro, menzionare la finalità qualificatoria del subappalto. Infine, nell’istanza di annullamento in autotutela del 12.9.2023, consta l’assegnazione a Crea.Mi. e a F.Ili Picenni di quote di esecuzione dei lavori pari al 3,24% per ciascuna (cfr. doc. 22 di parte ricorrente, pag. 2).
- Rilevato, pertanto, che, fin dal soccorso istruttorio, la Provincia di Novara aveva sollecitato parte ricorrente a spiegare le modalità di esecuzione delle opere nel difetto dell’occorrente qualificazione (cfr. doc. 4 di parte ricorrente), la motivazione dell’esclusione, incentrata sul richiamo all’art. 30 All. II.12 D.Lgs. 36/2023, risulta legittima -anche sotto i contestati profili dell’adeguatezza d’istruttoria e motivazione- attesa l’incoerenza delle dichiarate quote di partecipazione ed esecuzione del raggruppamento rispetto alla contestuale carenza di un’univoca volontà di ricorso al subappalto qualificatorio, nonostante il difetto del requisito prescritto per eseguire i lavori della categoria OG9.
- La questione non si pone in termini meramente nominalistici (l’inserimento del predicato “facoltativo” o “necessario”), ma investe la sussistenza stessa di elementi idonei a manifestare in modo esplicito e incontrovertibile la volontà di applicare il subappalto per la categoria OG9 a fini di qualificazione;

TAR BOLZANO (6 marzo 2024, n. 64)

- Il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è stato quindi abrogato a decorrere dal 1° luglio 2023 dall'art. 226, comma 1, del Decreto legislativo 31.3.2023, n. 36, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici. Il predetto art. 226 non ha tuttavia abrogato il D.L. n. 47/2014.
- Sussistono pertanto tutte le disposizioni necessarie per poter applicare l'art. 12, comma 2, lett. a) e b) del D.L. n. 47/2014, come convertito, alla fattispecie in esame .

Il TAR Bolzano. IL CASO

- La ricorrente, non essendo in possesso delle qualificazioni per le categorie OS1 e OS23, temendo la propria esclusione dalla gara, ha impugnato, con il ricorso introduttivo, il Disciplinare di gara in *parte qua* (doc. 1), ritenendo che le disposizioni dell'art. 1, comma 2.3 - per il quale *“Le categorie a qualificazione obbligatoria ai sensi dell'allegato II. 12 del D.lgs. n. 36/2023 sono eseguibili direttamente dall'aggiudicatario solo se in possesso della relativa adeguata qualificazione. In caso contrario l'offerente sarà tenuto a subappaltare le predette lavorazioni.”* - in particolare con riguardo alle categorie OS1 e OS23 a qualificazione obbligatoria, fossero illegittime, e dovessero essere dichiarate nulle o annullate per i seguenti motivi:
- *“1. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 12, comma 2, del D.L. 28 marzo 2014, n.47, e legge di conversione del 23 maggio 2014, n. 80; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 100, comma 4, e dell'art. 30 dell'Allegato II.12 del d.lgs. 36/2023 (...)*

SEGUE..

- Holzer sostiene che le disposizioni dell'art. 1, comma 2.3, del Disciplinare di gara, in particolare con riguardo alle categorie OS1 e OS23 ritenute a qualificazione obbligatoria, violino l'art. 12, comma 2, lett. a) e b), del D.L. 28 marzo 2014, n. 47, (d'ora in poi "D.L. n. 47/2014") che regola l'affidamento di contratti pubblici di lavori. Secondo quest'articolo, l'affidatario può eseguire direttamente tutte le lavorazioni se è in possesso della qualificazione nella categoria prevalente, oppure può subappaltare le lavorazioni specializzate a imprese qualificate. Non può eseguire direttamente, senza le qualificazioni adeguate, lavorazioni di importo superiore ai limiti indicati solo per alcune categorie specifiche, che nel presente caso non rileverebbero.
- La ricorrente ritiene che il Disciplinare di gara non possa derogare alla suddetta normativa, poiché rappresenterebbe una disciplina di rango superiore e non prevedrebbe espressamente la possibilità di deroga.

LA DECISIONE

- **Ad avviso del Collegio le censure della ricorrente sono fondate.**
- Il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è stato quindi abrogato a decorrere dal 1° luglio 2023 dall'art. 226, comma 1, del Decreto legislativo 31.3.2023, n. 36, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici. **Il predetto art. 226 non ha tuttavia abrogato il D.L. n. 47/2014.**
- **Sussistono pertanto tutte le disposizioni necessarie per poter applicare l'art. 12, comma 2, lett. a) e b) del D.L. n. 47/2014, come convertito, alla fattispecie in esame.**
- **IL TAR BOLZANO** *accerta l'illegittimità degli atti impugnati ai fini risarcitori ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a.;*

IL SUBAPPALTO QUALIFICANTE – NECESSARIO. Presupposto normativo

Con la Sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 15.02.2021 n. 1308, è stata nuovamente affermata la legittimità del subappalto cd. qualificante: <<Sebbene l'istituto non sia espressamente previsto nel Codice dei contratti pubblici, esso è compatibile con l'assetto delineato dall'art. 105 in tema di subappalto, non è smentito dalle norme del Codice concernenti il possesso dei requisiti da parte degli esecutori dei lavori pubblici ed è tuttora praticabile per la **confermata vigenza dell'art. 12 [ex ART. 109, COMMA 2, DPR 207 DEL 2010.]** del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80.>>.

Sull'ammissibilità del ricorso al subappalto "necessario" (o "qualificante") si veda *ex multis* anche: Consiglio di Stato, sez. V 20 agosto 2019, n. 5745, Consiglio di Stato, 4 giugno 2020, n. 3504 e 13 agosto 2020, n. 5030; TAR Calabria, 15.11.2021 n. 878; TAR Piemonte, Sez. II; 17.01.2018 n. 94; TAR Campania Napoli, Sez. I, 1.03.2018 n. 1336.

Da segnalare sul punto anche la pronuncia del TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 03/ 09/ 2021, n.1965 che ben delinea la ragion d'essere del subappalto qualificante: << **lo strumento del subappalto necessario o qualificante persegue l'obiettivo dell'apertura del mercato dei contratti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori economici ma anche delle stesse amministrazioni aggiudicatrici.**>> (così anche: TAR Calabria, 15.11.2021 n. 878; TAR Lombardia, Milano, 30.11.2021 n. 2641).

Ammissibile a prescindere dalla *lex specialis*

- Il subappalto qualificante o necessario può trovare applicazione a prescindere dalla sua previsione all'interno della *lex specialis* di gara.
- In tal senso si veda TAR Calabria, 15.11.2021 n. 878: << *Alla luce delle descritte coordinate, normative ed interpretative, non convince la tesi della ricorrente che, come detto, denuncia che, in assenza di specifiche previsioni del bando che contemplino espressamente l'applicabilità dell'istituto anche per i requisiti in discorso, il subappalto necessario non potrebbe sopperire alla carenza di idoneità professionale del concorrente.*>> (Così anche TAR Lazio, Sez. II 6 marzo 2019 n. 3023.)

SUB. QUAL. RELAZIONE AL CODICE

- <<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'art. 12, comma 14, 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.>>

Sub. qualif. **QUALI OBBLIGHI DICHIARATIVI?**

-Deve indicarmi il nominativo?

Posto che con l'articolo 10, comma 1, della legge n. 238 del 2021, è stato definitivamente abrogato l'articolo 105, comma 6, del Codice che imponeva l'indicazione della terna dei subappaltatori, l'operatore economico potrebbe, in astratto, non dover necessariamente indicare in sede di gara il nominativo del subappaltatore qualificato (Consiglio di Stato, sez. V, 01.07.2022 n. 5491).

Ma allora, cosa deve dichiarare in sede di gara l'operatore economico che intende avvalersi del subappalto qualificante?

-Deve dichiarare solamente la volontà di subappaltare?

-Deve dichiarare la volontà di avvalersi del subappalto qualificante?

-Deve dichiarare espressamente di avvalersi del subappalto qualificante per i requisiti di cui è carente indicando le lavorazioni oggetto del subappalto?

(..Segue..) Indicazione del nominativo? NO

- Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2015, la quale, seppur in vigenza del Codice De Lise, ha affrontato puntualmente la questione, giungendo alla **conclusione della non obbligatorietà, in generale, dell'indicazione del nominativo del subappaltatore qualificato.**
- Più recentemente (nello stesso senso): [Consiglio di Stato, sez. VII, 25.01.2023 n. 808](#)

Può la *lex specialis* richiedere l'indicazione del nominativo?

l'art. 71 (Subappalto) della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici dispone al punto 2 che <<Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.>>.

La direttiva ha quindi rimesso alla discrezionalità degli Stati o, comunque, delle Stazioni Appaltanti la scelta di richiedere o meno l'indicazione del nome del subappaltatore, ai fini della partecipazione alla gara.

Orbene, la scelta del legislatore interno di sospendere temporaneamente l'obbligo dichiarativo in discussione **non preclude alle stazioni appaltanti di introdurlo nella legge di gara, in conformità al diritto euro-unitario e al principio di proporzionalità.**

Detto obbligo dichiarativo vieppiù risulta di ragionevole e proporzionata applicazione ogniqualvolta sia utile, come nel caso del subappalto "necessario", per consentire alla stazione appaltante di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un'impresa, la quale dichiari e dimostri di possedere non in proprio, ma attraverso l'apporto altrui, le qualificazioni necessarie per l'aggiudicazione del contratto; in tal modo si consente inoltre alla stazione appaltante di equiparare, ai fini della possibilità di verifica immediata del possesso dei requisiti di partecipazione, tutti i concorrenti sin dal momento della presentazione delle offerte, in ossequio al principio della par condicio (così Consiglio di Stato, sez. V, 15.02.2021 n. 1308).

DEVE ESSERE INDICATA LA NATURA ‘NECESSARIA-QUALIFICANTE’ DEL SUBPPALTO?

- **TAR LAZIO 24.01.2024, n. 1405**
- **Non persuade, inoltre, l’eccezione con cui la Stazione appaltante afferma l’insufficienza della dichiarazione presentata dal Consorzio ricorrente in quanto *“nel caso in cui il concorrente intenda ricorrere al subappalto nelle categorie scorporabili a base di gara per sopperire ad un difetto di qualificazione (cd. Subappalto qualificante/necessario) nella dichiarazione di subappalto dovrà espressamente manifestare la volontà di avvalersi di subappalto “necessario”, cioè di subappaltare i lavori della/e categoria/e perché privo di corrispondente qualificazione”*.**
- I requisiti per il subappalto necessario vengono infatti pienamente integrati dalla dichiarazione effettuata dal Consorzio ricorrente, effettuata in modo espresso e non meramente eventuale, emergendo nel DGUE presentato dallo stesso l’inequivocabile intenzione di avvalersi del subappalto per qualificarsi nella categoria OS 18-A per la quale è richiesta obbligatoriamente la qualificazione, così assicurando alla Committente che, una volta giunti alla fase di esecuzione del contratto, lo stesso sarà eseguito da un soggetto in possesso delle opportune garanzie.
- Nel caso che qui ci impegna, infatti, la dichiarazione resa da CEC non presenta alcun elemento di ambiguità, atteso che con l’utilizzo dell’avverbio *“intende”* – diversamente da quanto erroneamente sostenuto dall’Amministrazione resistente – la parte ricorrente appare aver inequivocabilmente manifestato l’intenzione di adottare l’istituto del subappalto con riferimento alla categoria OS-18 A, garantendo la copertura in fase esecutiva da parte di un subappaltatore fornito dei requisiti richiesti.

..SEGUE..

- Pertanto, stante l'inequivoco tenore letterale delle proprie dichiarazioni, appare diversa – contrariamente da quanto sostenuto dalla resistente – la volontà rappresentata dal Consorzio nell'ambito del DGUE nelle due dichiarazioni, avendo lo stesso rappresentato la sola eventuale possibilità di subappaltare le lavorazioni con riferimento alla categoria OG3, a fronte di una volontà certa e inequivoca di subappaltare per le lavorazioni in OS18/A.
- **Non appare inoltre dirimente ad avviso del Collegio la mancata espressa specificazione della natura necessaria e/o qualificatoria del subappalto relativo alla predetta categoria, stante l'inequivoca manifestazione di volontà di subappaltare per la stessa e il possesso dei requisiti per la categoria prevalente.**
- Secondo il più recente indirizzo di questa Sezione (Tar Lazio, Sez. Quarta, n.15165/2023), infatti *“La questione giuridica che pone l'esame del presente motivo è se l'operatore in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e che abbia formalizzato la richiesta di subappaltato per le lavorazioni a qualificazione obbligatoria possa essere escluso dalla gara per la mera circostanza di non aver specificato nella domanda di gara che il subappalto cui faceva ricorso era da intendersi “qualificatorio” e/o “necessario”.*
- *È opinione del Collegio che a tale quesito debba darsi risposta negativa.*

DEVE ESSERE INDICATA LA NATURA ‘NECESSARIA-QUALIFICANTE’ DEL SUBPPALTO?

- SI, O QUANTOMENO DEVE POTERSI EVINCERE INEQUIVOCABILMENTE (CdS. 5545, del 06.06.2023)
- in caso di generica dichiarazione di subappalto (senza possibilità di ricondurre neanche implicitamente all’ipotesi del subappalto necessario) si deve escludere senza possibilità di soccorso istruttorio

[Consiglio di Stato, sez. V, 29.12.2022 n. 11596](#) 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).

SOCCORSO ISTRUTTORIO SUBAPPALTO QUALIFICANTE

- **È ammesso laddove non comporti una modificazione / integrazione della documentazione**
- Ad esempio, **non è ammesso** il soccorso istruttorio quando:
 - l'O.E. abbia dichiarato genericamente di “Subappaltare nei limiti di legge” (CdS. n. 8761 del 09.10.2023);
 - l'O.E. abbia dichiarato di voler subappaltare talune lavorazioni/categorie senza indicare le lavorazioni / categorie a qualificazione obbligatoria per le quali vorrebbe integrare ex post la dichiarazione;
 - l'O.E. abbia dichiarato di ricorrere al “subappalto qualificante” per le categorie X e Y e genericamente al subappalto per la categoria Z e poi pretenda ex post di far rientrare anche la categoria Z nel subappalto qualificante (CdS. 11596 del 29.12.2022)

SOCCORSO ISTRUTTORIO SUBAPPALTO QUALIFICANTE

- **È ammesso** quando risulti in modo chiaro anche se implicitamente dalle dichiarazioni. (CdS. 5545, del 06.06.2023)
- la Società (controinteressata) aveva dichiarato di subappaltare la categoria OG 11 per cui non aveva la classifica adeguata senza specificare la natura necessaria del subappalto.
- <<la dichiarazione della volontà di subappaltare le lavorazioni della categoria OG11, formulata dalla SICE nel DGUE, non solamente è ben diversa da una generica indicazione di subappalto, ma, soprattutto non può essere intesa atomisticamente, senza tener conto di quanto precisato dalla società in precedenza circa il possesso da parte sua, per la categoria OG11, della classifica II, anziché della III-bis: orbene, la lettura coordinata di siffatti due elementi fa ritenere che la società abbia dichiarato la volontà di ricorrere al subappalto proprio per sopperire con questo ad una categoria necessaria per l'esecuzione dei lavori, che la società stessa aveva dichiarato di non possedere, e che quindi, in ultima analisi, abbia reso nel DGUE la dichiarazione del c.d. subappalto necessario;>>

Esempio SOA qualificazione obbligatoria

CASO SOA N. 1 :

- OG 1, classifica II (400.000)
- OS 1, classifica I (180.000 mila)
- TOTALE LAVORI: 580.000

PUO PARTECIPARE CHI HA SOLO OG 1 IN CLASSIFICA II? **SI**

CASO SOA N. 2

- -OG 1, classifica II (400.000)
- -OS 28, classifica I (180.000 mila)
- -TOTALE LAVORI: 580.000

• PUO PARTECIPARE CHI HA SOLO OG 1 IN CLASSIFICA II? **NO**



BERTELLI FRANCESCO

Segreteria@smartprocurementsrls.it

www.supportoappalti.com