

del 18 dicembre 2002

AG/147/02

Chiarimenti in ordine al sistema di qualificazione, al divieto di subappalto e all'appalto integrato di cui alla determinazione n. 27/2002

Considerato in fatto

Con determinazione del 16 ottobre 2002, n. 27 questa Autorità di vigilanza ha proposto agli operatori del mercato dei lavori pubblici alcune indicazioni interpretative relative all'applicazione dell'articolo 7 della legge 1° agosto 2002, n. 166, recante modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni. Al riguardo, con nota dell'11 novembre 2002, l'Ance ha ritenuto di prospettare talune considerazioni in ordine alle conclusioni dell'Autorità in merito a tre questioni che si riferiscono rispettivamente alla lettera C) (*sistema di qualificazione*), alla lettera E) (*divieto di subappalto*) e alla lettera G) (*appalto integrato*) della determinazione medesima. In particolare sono stati avanzati dubbi sull'avviso espresso dall'Autorità in ordine al fatto che la durata delle attestazioni di qualificazione, in attesa della approvazione delle modifiche al d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 previste dalla legge 1° agosto 2002, n. 166, è pari a tre anni; al fatto che il divieto di subappalto si riferisce oltre che alle lavorazioni relative alle categorie di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 anche a quelle relative alle categorie di opere generali; al fatto che per la partecipazione all'appalto integrato non è sufficiente l'attestazione di qualificazione per progettazione e costruzione. Questione analoga alla prima è stata posta anche dall'Aniem.

L'Ance ritiene che la validità delle attestazioni di qualificazione, in base alle disposizioni della legge 166/2002, è stata inequivocabilmente elevata a cinque anni e che la circostanza, prevista dalla medesima legge, della emanazione di norme regolamentari che dovranno disciplinare la verifica, entro il terzo anno del quinquennio di validità dell'attestazione, del permanere del possesso dei requisiti di *ordine generale* nonché dei requisiti di *capacità strutturale*, non comporta che la durata delle attestazioni non sia pari a cinque anni. Per quanto riguarda il divieto di subappalto l'Ance, mentre conviene con il fatto che lo stesso si riferisca alle lavorazioni delle categorie di cui

all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, il cui importo, singolarmente considerato, sia superiore al 15 % di quello complessivo dell'intervento, non concorda con la tesi secondo cui tale divieto si applica, oltre che alle suddette categorie, anche alle categorie di opere generali. Per quanto riguarda la partecipazione agli appalti integrati, infine, l'Ance ritiene che la interpretazione dell'articolo 19, comma *1-ter*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s. m., nel testo novellato dalla legge 166/2002, fornita dall'Autorità non sia condivisibile in quanto comporta l'ininfluenza della attestazione di qualificazione per progettazione e costruzione e, quindi, l'abrogazione implicita del sistema precedente che consentiva alle imprese di costruzione qualificate oltre che nella costruzione anche nella progettazione di partecipare agli appalti integrati senza dimostrare il possesso di ulteriori requisiti.

L'Autorità, data l'importanza che hanno gli aspetti della normativa cui sono state avanzate osservazioni e dubbi interpretativi, ritiene opportuno svolgere ulteriori valutazioni e considerazioni in base alle quali confermare o modificare gli avvisi espressi nella suddetta determinazione 27/2002, ribadendo che si tratta, in ogni caso, di indicazioni che vanno, ove condivise, recepite nei bandi di gara.

Considerato in diritto

Per quanto riguarda il primo quesito (*sistema di qualificazione*) va ribadito che la legge 166/2002 non si è limitata a modificare la durata dell'efficacia dell'attestazione di qualificazione (*elevandola da tre a cinque anni*), ma ha condizionato tale durata ad una verifica, da effettuarsi entro il terzo anno di validità dell'attestazione, in merito al mantenimento nel soggetto qualificato dei requisiti di *ordine generale* e di quelli di *capacità strutturale*. È previsto, inoltre, che le modalità di effettuazione della suddetta verifica devono essere stabilite dal regolamento di qualificazione che l'articolo 7, comma 4, della suddetta legge 166/2002 prevede debba essere modificato, proprio per tenere conto delle nuove disposizioni introdotte in materia.

Da quanto osservato discende che:

- a) i due aspetti, verifica entro il terzo anno del mantenimento nel soggetto qualificato dei requisiti di *ordine generale* e di quelli di *capacità strutturale* e durata quinquennale, costituiscono un *unicum* inscindibile, sia dal punto di vista concettuale sia da quello applicativo;

- b) la disposizione che ha elevato a cinque anni la durata dell'attestazione di qualificazione risulta tecnicamente e praticamente inapplicabile in assenza della intermediazione della disciplina di secondo livello in quanto per la verifica occorre individuare nuovi requisiti cioè requisiti diversi da quelli previsti dal vigente regolamento che hanno consentito e consentono ancora alle SOA di rilasciare le attestazioni di qualificazione.

In base alle suddette considerazioni, deve confermarsi che, pur in assenza di un'esplicita disposizione che sospenda o rinvi in tempo l'applicazione della norma in esame (*estensione a cinque anni della validità delle attestazioni*), l'interpretazione letterale e logico-sistematica della stessa induce a ritenere l'estensione inapplicabile prima dell'introduzione delle necessarie modifiche al d.P.R. 34/2000. Interpretazione confermata dal fatto che le più remote attestazioni di qualificazione hanno ancora un residuo di validità pari a circa 15 mesi nonché dalla constatazione che in sede governativa si sono attivate opportune iniziative e si ha notizia di una prossima emanazione di un atto regolamentare che appresta soluzione ai problemi che insorgerebbero in caso di mancata emanazione delle previste norme regolamentari.

Per quanto riguarda il secondo quesito (*divieto di subappalto*) va in primo luogo osservato (*articoli 72, commi 1, 2 e 3 e 73, commi 1, 2 e 3 del d.P.R. 554/1999*) che:

- a) gli *interventi* cui si riferisce la disciplina sui lavori pubblici sono di norma costituiti da un *insieme di lavorazioni*;
- b) l'*insieme delle lavorazioni* deve essere suddiviso, sulla base dell'appartenenza delle stesse alle categorie del sistema di qualificazione e, quindi, con riferimento alle specifiche relative dichiaratorie, in *sottoinsiemi di lavorazioni*;
- c) il bando di gara deve riportare l'indicazione di tutti i *sottoinsiemi delle lavorazioni* con i relativi importi e categorie;
- d) il *sottoinsieme* di maggiore importo individua la *categoria prevalente*;
- e) i *sottoinsiemi* diversi da quello della categoria prevalente da indicare nel bando di gara sono quelli di importo superiore al 10% dell'importo complessivo dell'appalto o comunque superiore a 150.000 euro, nonché quelli di importo inferiore a tali valori qualora si ritenga necessario che la loro esecuzione sia effettuata da imprese adeguatamente qualificate.

Va poi rilevato che:

- a) l'articolo 74, comma 1, del d.P.R. 554/1999 prevede la regola che le imprese aggiudicatrici (*quindi in possesso della qualificazione nella categoria prevalente*) possono eseguire tutte le lavorazioni di cui si compone l'intervento appaltato oppure possono subappaltarle ad imprese qualificate;

- b) l'articolo 74, comma 2, prima parte del primo periodo, del suddetto d.P.R. 554/1999, introduce una eccezione alla regola prima indicata stabilendo che le imprese aggiudicatrici non possono eseguire direttamente le lavorazioni relative alle categorie di opere generali ed a quelle delle categorie indicate all'articolo 72, comma 4, (**OS2** - *superficie decorate e beni mobili di interesse storico artistico*; **OS3** - *impianti idrico sanitari*, **OS4** - *impianti elettromeccanici trasportatori*; **OS5** - *impianti pneumatici*; **OS11** - *apparecchiature strutturali speciali*; **OS13** - *strutture prefabbricate in cemento armato*; **OS14** - *impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti*; **OS16** - *impianti per centrali produzione elettrica*; **OS17** - *linee telefoniche ed impianti di telefonia*; **OS18** - *componenti strutturali in acciaio*; **OS19** - *impianti di reti di telecomunicazioni e di trasmissione e trattamento dati*; **OS20** - *rilevamenti topografici*; **OS21** - *opere strutturali speciali*; **OS22** - *impianti di potabilizzazione e depurazione*; **OS27** - *impianti per la trazione elettrica*; **OS28** - *impianti termici e di condizionamento*; **OS29** - *armamento ferroviario*; **OS30** - *impianti interni elettrici, telefonici e televisivi*; **OS33** - *coperture speciali*; **OG11** - *impianti tecnologici*; **OG12** - *opere ed impianti di bonifica e protezione ambientale*) se prive delle relative qualificazioni;
- c) l'articolo 74, comma 1, seconda parte del primo periodo del detto d.P.R. 554/1999 stabilisce che le lavorazioni relative alle categorie di opere generali ed a quelle delle categorie indicate all'articolo 72, comma 4, possono essere subappaltate o scorporate “*fatto salvo quanto previsto dall'articolo 13, comma 7, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.*”;
- d) il combinato disposto dell'articolo 74 del d.P.R. 554/1999 e dell'ultimo capoverso delle premesse all'allegato A al d.P.R. 34/2000 – secondo cui non possono essere eseguite dalle imprese aggiudicatrici se prive delle relative adeguate qualificazioni le categorie di lavori per le quali nell'allegata tabella A “*corrispondenze nuove e vecchie categorie*” è prescritta la qualificazione obbligatoria – fa ritenere che la disposizione che consente l'esecuzione diretta delle lavorazioni soltanto se in possesso delle relative qualificazioni riguardi, oltre alle categorie di opere generali ed a quelle dell'articolo 72, comma 2, del d.P.R. 554/1999, anche le seguenti ulteriori categorie (**OS9** - *impianti per la segnaletica luminosa e la sicurezza del traffico*; **OS10** - *segnaletica stradale non luminosa*; **OS15** - *pulizia di acque marine, lacustri, fluviali*; **OS24** - *verde e arredo urbano*; **OS25** - *scavi archeologici*; **OS31** - *impianti per la mobilità sospesa*) in quanto considerate nella tabella indicata a qualificazione obbligatoria e tanto nella considerazione che le indicate disposizioni non siano da considerarsi in contrasto fra di loro – per cui sarebbe applicabile soltanto la disposizione dell'articolo 74 del d.P.R. 554/1999 sulla base del fatto che essa è entrata in vigore successivamente a quella di cui al d.P.R. 34/2000 (28 luglio 2002 e 1° marzo 2002) – ma sono, invece, da considerarsi integrative e complementari.

Tutto ciò premesso e tornando al divieto di subappalto di cui alla precedente lettera c) va rilevato che la soluzione della questione è collegata alla interpretazione della disposizione “*fatto salvo quanto previsto all'articolo 13, comma 7, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.*” che è stata posta dal legislatore come eccezione al principio della generale subappaltabilità delle lavorazioni riguardanti sia le categorie di generali sia quelle di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999.

Sul punto va ricordato che l'Autorità ha già precisato (*determinazione n. 27/2002*) che la disposizione dell'articolo 13, comma 7, della legge 109/94 e s. m. - in base alla modifica introdotta dalla legge 166/2002 - deve essere interpretata nel senso che il divieto di subappalto si applica per quelle lavorazioni, diverse da quelle della categoria prevalente, il cui importo, singolarmente considerato, superi il 15% dell'importo complessivo dell'intervento.

Va poi osservato che la disposizione non individua con chiarezza se l'eccezione alla subappaltabilità si riferisce soltanto alle lavorazioni delle categorie indicate all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999 o anche alle categorie di opere generali. La complessiva disposizione, infatti, è inserita nella seconda parte dell'articolo 74, comma 2, del d.P.R. 554/1999 e, quindi può essere interpretata in due modi opposti e precisamente ritenendo che:

- a) “esse (*categorie di opere generali e categorie di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999*), fatto salvo quanto previsto dall'articolo 13, comma 7, della legge 109/1999 (*cioè fatto salvo che il loro importo, singolarmente considerato, superi il 15% dell'importo complessivo*), sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Le medesime lavorazioni sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazione temporanee di tipo verticale.”
- b) “esse (*categorie di opere generali e categorie di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999*), fatto salvo quanto previsto dall'articolo 13, comma 7 (*cioè fatto salvo per quelle di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999 qualora il loro importo, singolarmente considerato, superi il 15% dell'importo complessivo*), sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Le medesime lavorazioni sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazione temporanee di tipo verticale.”

L'incertezza della interpretazione letterale della disposizione comporta la necessità di una interpretazione logico-sistematica. In base a tale criterio interpretativo è stata ritenuta corretta l'interpretazione di cui alla lettera a) in quanto l'interpretazione di cui alla lettera b) porterebbe a risultati illogici e irrazionali: comporterebbe, infatti, che in un appalto in cui siano previste come categoria prevalente la OG3 (*autostrada e ponti*) e come categorie diverse dalla prevalente sia la OG4 (*galleria*) e sia la OS13 (*strutture prefabbricate in cemento armato*) o la OS18 (*componenti strutturali in acciaio*) – entrambe di importo, singolarmente considerato, superiore al 15% dell'importo complessivo dell'intervento – il divieto di subappalto si applicherebbe per la OS13 e per la OS18 e non per la OG4; oppure che in un appalto in cui siano previste come categoria prevalente la OG9 (*impianti per la*

produzione di energia elettrica) e come categorie diverse dalla prevalente sia la OG1 (*edifici civili ed industriali*) e sia la OS4 (*impianti elettromeccanici e trasportatori*) – tutte e due di importo, singolarmente considerato, superiore al 15% dell'importo complessivo dell'intervento – il divieto si applicherebbe per la OS4 e non per la OG1.

La correttezza di questa interpretazione trova fondamento oltre che nelle considerazioni esposte nelle determinazioni del 20 dicembre 2001, n. 25, e del 16 ottobre 2002, n. 27, anche dal fatto che l'ordinamento (*articolo 13, comma 7, della legge 109/94 e s. m.*) prevede il divieto di subappalto e, di conseguenza, l'obbligo per l'aggiudicatario di essere in possesso della relativa qualificazione, sulla base della ricorrenza di due elementi: le lavorazioni siano relative ad “*opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica quali strutture, impianti ed opere speciali*” e che esse “*superino altresì in valore il 15% dell'importo totale dei lavori*”. Non si può negare che il contenuto tecnologico o la complessità tecnica della categoria OG3 non è minore di quelli della categoria OS13 e OS18 e così per la categoria OG1 e OS4; e, quindi, una interpretazione logico-sistematica della disposizione non può portare ad affermare altro che l'eccezione alla subappaltabilità riguarda sicuramente le categorie di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999 ma anche le categorie di opere generali che presentano l'indicata medesima caratterizzazione di specializzazione.

Va inoltre rilevato che l'articolo 13, comma 7, della legge 109/94 e s. m. ha demandato al regolamento attuativo della legge di *definire altresì l'elenco delle opere* di cui al comma stesso e ciò è avvenuto sia attraverso la definizione dell'articolo 2, comma 1, lettera g), del d.P.R. 554/1999 e sia con le indicazioni contenute nell'articolo 72, comma 4, e nell'articolo 74 del suddetto d.P.R. 554/1999.

In base alle considerazioni indicate, in ordine al problema del divieto di subappalto, conclusivamente e sinteticamente si può affermare che i *sottoinsiemi delle lavorazioni* qualora:

- a) siano di importo inferiore al 15% dell'importo complessivo dell'appalto e siano appartenenti a categorie a *qualificazione non obbligatoria* sono subappaltabili e/o scorporabili nonché eseguibili dall'aggiudicatario anche se non è in possesso delle corrispondenti qualificazioni;
- b) siano di importo inferiore al 15% dell'importo complessivo dell'appalto e siano appartenenti a categorie a *qualificazione obbligatoria* sono subappaltabili e/o scorporabili nonché eseguibili dall'aggiudicatario se esso è in possesso delle corrispondenti qualificazioni;

c) siano di importo superiori al 15% dell'importo complessivo dell'appalto e siano appartenenti ad una *categoria generale* o *alle categorie di cui all'articolo 72, comma 4 del d.P.R. 554/1999* non sono subappaltabili con la conseguenza che l'aggiudicatario deve eseguirle direttamente (*nella misura non inferiore al settanta per cento secondo l'avviso espresso nella determinazione n. 25/2001*) e, quindi, essere qualificato oltre che nella categoria prevalente anche con riferimento alle stesse.

Va constatato, infine, che molte stazioni appaltanti (*per esempio: Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Provveditorati regionali per il Lazio, per la Campania, per la Sicilia, per la Puglia; la STA S.p.A. – Roma; la ADR – Aeroporti di Roma; l'Autostrade S.p.A.; l'Anas – compartimento per l'Emilia e Romagna; la ATM – Azienda torinese per la mobilità; la INSULA S.p.A. – Venezia; l'Amministrazione provinciale di Napoli; Amministrazione provinciale di Venezia; Azienda ospedaliera – Istituto ospitalieri di Verona; Comune di Accadia (FG); Comune di Viddalba (SS)*), indicano nei loro bandi quali lavorazioni vanno considerate subappaltabili e scorporabili e quali soltanto scorporabili e specificano la possibilità per le imprese di partecipare alle gare che prevedono una o più delle categorie OS3, OS5, OS28 e OS30 anche se sono in possesso della qualificazione in OG11. Così sono resi edotti i concorrenti delle specifiche regole previste per la gara, con effetti positivi sulla correttezza, imparzialità, tempestività, trasparenza efficacia delle procedure e piena rispondenza al principio della libera concorrenza.

Per quanto riguarda il terzo quesito (*appalto integrato*), va in primo luogo osservato che il problema della partecipazione delle imprese agli appalti integrati ha trovato una specifica regolamentazione legislativa solo con la legge 166/2002. In precedenza, tale aspetto era disciplinato dagli articoli 3, commi 1 e 8, e 18, comma 7, del d.P.R. 34/2000, che prevedono disposizioni per la qualificazione per progettazione e costruzione e per la partecipazione agli appalti integrati in assenza di tale qualificazione. La qualificazione per progettare e costruire era ottenuta, ed è ancora oggi ottenuta, oltre che sulla base dei normali requisiti di ordine generale e speciali, sulla base della sola presenza nell'organico del soggetto da qualificare di un numero crescente di tecnici (*da due a sei*) in rapporto all'importo della classifica di qualificazione e, pertanto, la qualificazione non era e non è differenziata in rapporto alle categorie di opere generali o specializzate previste dal regolamento di qualificazione. La disposizione comporta, quindi, che la suddetta qualificazione non fornisce alcuna attestazione di aver espletato in precedenza l'attività di progettazione nella specifica o nelle specifiche categorie che costituisce o costituiscono l'intervento cui si riferisce l'appalto integrato.

Sono stati, verosimilmente, i limiti propri di tale modalità di qualificazione che hanno indotto il legislatore – stante anche il presumibile maggiore impiego dell'appalto integrato – a introdurre nell'articolo 19 della legge 109/94 e s.m. il comma *1-ter* contenente una specifica disciplina relativa alla partecipazione delle imprese a tale tipo di appalto. La prima parte del primo periodo del suddetto comma dispone, in particolare, che la partecipazione ad una tale gara è subordinata al possesso da parte del concorrente dei *requisiti progettuali previsti nel bando di gara* oppure all'*avvalersi di progettisti indicati nell'offerta o associati*. La seconda parte specifica che i requisiti richiesti al progettista (*e quindi all'impresa oppure ai progettisti indicati o associati*) sono quelli richiesti dalla normativa in materia di gare di progettazione che non può che essere posta in relazione al titolo IV del d.P.R. 554/1999.

Il combinato disposto dell'articolo 18, comma 7, del d.P.R. 34/2000 e dell'articolo 19, comma *1-ter*, della legge 109/94 e s.m., danno fondamento all'interpretazione secondo cui il legislatore della legge 166/2002 ha configurato l'appalto integrato come appalto misto di lavori e progettazione, con conseguente necessità di tenere conto anche della disciplina relativa agli affidamenti dei servizi di natura tecnica e, pertanto, con il derivato effetto di dover ritenere che la qualificazione di progettazione e costruzione non sia sufficiente per partecipare alle relative gare. Il legislatore ha ritenuto, nondimeno, che tale qualificazione consente alle imprese di dimostrare il possesso dei requisiti progettuali previsti dal bando, in conformità a quanto richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione, anche attraverso l'attività di progettazione svolta dal proprio organico. Il che, peraltro, risponde al principio della *par condicio*; solo in tal modo, infatti, i requisiti di partecipazione alla gara non sono diversi fra l'impresa in possesso di qualificazione di progettazione e costruzione e l'associazione costituita da una impresa in possesso di qualificazione di sola costruzione e da un progettista. Determinante è la constatazione che la proposta interpretazione risponde, inoltre, alla necessità di essere sicuri che la progettazione esecutiva sarà svolta da soggetti in possesso di adeguate capacità progettuali.

Qualora l'importo della progettazione esecutiva previsto nel bando di gara sia, invece, pari o inferiore a euro 100.000 – stante che la normativa in materia di gare di progettazione non prevede per tale caso specifici requisiti – la qualificazione di progettazione e costruzione è condizione necessaria e sufficiente per partecipare alla gara.

Le esposte considerazioni, sorreggono la conferma dell'avviso già espresso nella determinazione n. 27/2002 e cioè che:

- a) le attestazioni di qualificazione, in assenza delle disposizioni regolamentari in ordine alla prevista verifica triennale delle stesse, hanno una durata pari a tre anni;
- b) il divieto di subappalto riguarda le lavorazioni appartenenti alle categoria di opere generali ed alle categorie di cui all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. 554/1999 (OS2, OS3, OS4, OS5, OS11, OS13, OS14, OS16, OS17, OS18, OS19, OS20, OS21, OS22, OS27, OS28, OS29, OS30, OS33, OG11, OG12);
- c) il divieto di subappalto si applica qualora l'importo delle lavorazioni, singolarmente considerato, superi il 15% dell'importo complessivo dell'intervento;
- d) le imprese in possesso di qualificazione per progettazione e costruzione possono partecipare alle gare per l'appalto integrato senza indicare o associare progettisti qualora siano in possesso dei requisiti previsti dal bando in conformità a quanto richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione di cui al titolo IV del d.P.R. 554/1999;
- e) è opportuno specificare – al fine di rendere edotti i concorrenti delle specifiche regole previste nei bandi di gara che costituiscono la *lex specialis* della stessa – quali lavorazioni siano subappaltabili e scorporabili e quali siano soltanto scorporabili; quali ulteriori requisiti debbano possedere le imprese in possesso dell'attestazione di progettazione e costruzione per partecipare alla gara nel caso questa sia relativa ad un appalto integrato, nonché che la partecipazione alla gara che prevede come categoria prevalente o scorporabile una o più delle categorie OS3, OS5, OS28 e OS30 è consentita anche alle imprese in possesso di adeguata qualificazione in OG11.

Il Relatore

Il Presidente

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

Il Segretario