

Regolamento appalti: categorie a specializzazione obbligatoria illegittime  
D.P.R. 30.10.2013, G.U. 29.10.2013 (Riccardo Bianchini)



*Sono annullate le disposizioni di cui agli articoli 109, comma 2 (in relazione all'Allegato A, e, in particolare, alla "Tabella sintetica delle categoria"), 107, comma 2, 85, comma 1, lett. b), nn. 2 e 3) del DPR n. 207/2010.*

Un'importante modifica è intervenuta nell'ambito della legislazione sugli appalti pubblici: aderendo al parere dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato, n. 3909/11 del 16 aprile 2013, il Presidente della Repubblica ha infatti accolto un ricorso straordinario avente ad oggetto l'impugnazione di una serie di disposizioni inserite nel DPR 207/2010, costituente il regolamento attuativo del d.lgs 163/2006.

Ora, concentrandosi sulle disposizioni effettivamente modificate in forza dell'accoglimento (parziale) del ricorso proposto da una serie di soggetti, fra i quali l'associazione di categoria rappresentante gli interessi delle imprese qualificate ad eseguire lavori pubblici riconducibili alle opere generali, ha annullato le disposizioni di cui agli artt. 109 comma 2 e 107 comma, e l'art. 85, comma 1 lett. b) e c) del predetto d.p.r.

In particolare, rileva che i ricorrenti avevano mosso le proprie censure avverso:

- gli artt. 109 comma 2, e 107, comma 2, oltre all'Allegato A, 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;
- l'art. 85, comma 1, lett. b), commi nn. 2 e 3, nella parte in cui prevede particolari limiti di qualificazione per le imprese che abbiano subappaltato più del 30 per cento di ciascuna categoria scorporabile a qualificazione non obbligatoria o del 40 per cento nel caso di categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria, con violazione anche delle regole civilistiche, che dispongono che l'esecutore risponde per la totalità delle opere realizzate.

Ora, un primo elemento da sottolineare nella decisione in esame è che il giudicante ha ritenuto che l'associazione di categoria, in quanto ente esponenziale di un interesse diffuso, diversamente dai suoi singoli associati, risulta legittimato a proporre l'impugnazione in via amministrativa.

Questo sul presupposto che in capo ad esso è possibile ravvisare la legittimazione al ricorso anche rispetto a disposizioni regolamentari che contengono norme generali e astratte in quanto l'utilità perseguita con il ricorso non è la rimozione di una lesione già verificatasi nella sfera giuridica della singola impresa, quanto la rimozione di una lesione subita dal gruppo (rispetto ai cui interessi l'ente è rappresentante).

Sulla legittimazione attiva dell'associazione e sulla sindacabilità della norma regolamentare, conclude dunque il provvedimento in esame che *"Non vi è dubbio che la norma regolamentare, pur non potendo, per il suo carattere di generalità e astrattezza, provocare un pregiudizio immediato in capo al singolo (che sarà inciso solo dal provvedimento applicativo), può, tuttavia, essere fonte di prescrizioni che colpiscono indistintamente e in maniera indifferenziata, l'interesse omogeneo di tutti gli appartenenti alla categoria. È questo interesse omogeneo che è oggetto della situazione giuridica soggettiva della quale è titolare l'ente esponenziale."*

Entrando nel merito della vicenda, invece, occorre ricordare che in una procedura regolata dal codice degli appalti, il bando di gara deve indicare l'importo complessivo dell'intervento, la categoria prevalente (generale o specializzata), il suo specifico importo e tutte gli interventi afferenti a categorie di lavori scorporabili, specificando, per ogni tipologia, la categoria e l'importo (ciò però soltanto qualora tali sottoinsiemi di lavorazioni costituiscano un lavoro autonomo e siano di importo superiore al 10 per cento del valore complessivo dell'appalto, ovvero di importo superiore a 150.000 Euro).

E soltanto i soggetti in possesso dei requisiti di partecipazione relativi a tutte le categorie previste nel bando, prevalenti e scorporabili, possono partecipare alla gara.

Un'eccezione a tale principio è però quella sancita in via generale dal primo comma dell'art. 109 del DPR stesso, secondo cui il concorrente che non abbia i requisiti per le categorie scorporabili, può comunque partecipare alla gara se possiede i requisiti speciali riferibili alla categoria prevalente.

Dunque, posta la distinzione fra categoria prevalente di lavori e categorie scorporabili, per partecipare alla procedura di gara risulterebbe sufficiente il pieno possesso dei requisiti per la categoria prevalente.

A tale assetto il secondo comma dell'art. 109 del regolamento introduce(va) una forte deroga: il concorrente qualificato per la categoria prevalente, in base a tale disposizione, può eseguire anche le lavorazioni appartenenti alle categorie scorporate soltanto se esse non siano a qualificazione obbligatoria.

Se invece le categorie scorporabili sono a qualificazione obbligatoria, il concorrente dovrà obbligatoriamente subappaltare le corrispondenti lavorazioni a soggetti adeguatamente qualificati o procedere alla costituzione di un ATI verticale (un'ATI, cioè, in cui ciascuna impresa esegue una parte diversa delle lavorazioni).

Per le opere di cui al secondo comma dell'art. 107, vi è poi un'ulteriore restrizione: per le categorie c.d. superspecialistiche, è esclusa la possibilità del subappalto oltre la misura del 30%, rendendo così necessaria la partecipazione in ATI alla procedura di gara.

Su tale serie di disposizioni interviene il provvedimento il quale, in sostanza, è giunto a ritenere illogico che l'ordinamento, da un lato, ponga il principio generale secondo cui il possesso della qualificazione nella categoria prevalente consente di eseguire interamente l'opera, e poi, dall'altro lato, introduce una deroga a tale principio generale che a causa dell'estrema ampiezza delle ipotesi in cui risulta applicabile, finisce essa stessa con il diventare la regola (e non più l'eccezione).

In tale senso, viene infatti affermato che l'art. 109 de Regolamento, al comma primo *"sancisce, infatti, la regola secondo cui 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 sia privo delle relative qualificazioni. L'art. 109, comma 2, (letto alla luce del menzionato allegato A e, in particolare, della "Tabella sintetica delle categorie") e l'art. 107, comma 2, non si limitano ad attenuare la portata di*

*tale regola, introducendo deroghe puntuali e giustificate, ma, al contrario, finiscono per svuotarla completamente, annullandola fino a trasformarla, in maniera del tutto contraddittoria, in una eccezione destinata a trovare applicazione in casi marginali."*

Al riguardo, viene ricordato come la Tabella sintetica delle categorie inserita nel regolamento contiene un elenco di categoria a qualificazione obbligatoria riferita a 46 delle 52 categorie complessivamente indicate.

*Conclude quindi il provvedimento con l'affermare che "Considerando, quindi, anche solo il profilo meramente quantitativo, già emerge che 46 categorie su 52 sono a qualificazione obbligatoria e che, quindi, per esse non vale la regola generale di cui all'art. 109, comma 1, del regolamento, secondo cui la qualificazione nella categoria prevalente abilita all'esecuzione delle opere scorporabili. Per 24 categorie, inoltre, l'art. 107, comma 2, non consente nemmeno la scelta tra subappalto ed ATI verticale, ma, di fatto (introducendo per il subappalto il limite del 30 per cento) impone la costituzione dell'ATI."*

L'esito del ragionamento condotto è dunque quello di ritenere che il sistema normativo risultante dagli articoli del regolamento 109, comma 2, e 107, comma 2, sia connotato da profili di contraddittorietà ed illogicità. Questo perché tali norme non hanno adeguatamente considerato che la qualificazione per una categoria OG comprende, nella normalità dei casi, l'idoneità allo svolgimento di una serie di prestazioni specialistiche che sono necessarie e complementari nello svolgimento degli interventi descritti dalla categoria generale. Da ciò l'affermazione conclusiva secondo cui "Le norme impugnate ... 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".

Per approfondimenti:

- Master breve in Diritto degli appalti, Altalex Formazione.

(Altalex, 10 gennaio 2014. Nota di Riccardo Bianchini)

/ Riccardo Bianchini /

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 30 ottobre 2013

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto da AGI - Associazione imprese generali ed altri contro la Presidenza del Consiglio dei ministri ed altri per l'annullamento del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 ed in particolare delle seguenti disposizioni in parte qua: articolo 109, comma 2, articolo 107, comma 2; Allegato A, articolo 79, commi 17, 19 e 20; articolo 85, commi 1 e 2; articolo 86, comma 1, articolo 83, comma 4, articolo 357, comma 12; articolo 92, comma 2. (13A09526)

(GU n. 280 del 29-11-2013)

#### IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visto il ricorso straordinario dell'8 aprile 2011 proposto da AGI - Associazione Imprese Generali; Astaldi S.p.A.; Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A.; Grandi Lavori Fincosit S.p.A.; Impregilo S.p.A.; Impresa S.p.A.; Itinera S.p.A.; Impresa Costruzioni G. Maltauro S.p.A.; Impresa Pizzarotti & C. S.p.A.; Salini Costruttori S.p.A.; Vianini Lavori S.p.A.; nei confronti della Presidenza del Consiglio dei ministri, in persona del Presidente del Consiglio pro-tempore; Presidenza del Consiglio dei ministri -

Dipartimento delle politiche comunitarie; Ministero per le politiche europee, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare; Ministero per i beni e le attività culturali; Ministero dello sviluppo economico; Ministero dell'economia e delle finanze; per l'annullamento del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE», ed in particolare delle seguenti disposizioni in parte qua: art. 109, comma 2; art. 107, comma 2; allegato A («tabella sintetica delle categorie»); art. 79, commi 17, 19 e 20; art. 85, commi 1 e 2; art. 86, comma 1; art. 83, comma 4; art. 357, comma 12; art. 92, comma 2; di ogni altro atto e/o provvedimento preliminare, preordinato, connesso, consequenziale e/o in qualsiasi modo correlato ai precedenti, seppure non conosciuto o non conoscibile;

Visto il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 e successive modificazioni;

Visto il regio decreto 21 aprile 1942, n. 444 con il quale e' stato approvato il Regolamento per la esecuzione delle leggi sul Consiglio di Stato;

Visto il decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 recante norme per la semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi;

Visto l'art. 3, comma 4, della legge 21 luglio 2000, n. 205 sulle disposizioni in materia di giustizia amministrativa;

Udito il parere n. 3909/2011 con il quale si e' espresso il Consiglio di Stato, nell'adunanza della Commissione speciale del 16 aprile 2013, in ordine al ricorso straordinario in epigrafe, il cui testo e' allegato al presente decreto e le cui considerazioni si intendono qui integralmente riprodotte;

Su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti;

Decreta:

I ricorsi proposti da Astaldi S.p.A., Societa' Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., Grandi Lavori Fincosit S.p.A., Impregilo S.p.A., Impresa S.p.A., Itinera S.p.A., Impresa Costruzioni G. Maltauro S.p.A., Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., Salini Costruttori S.p.A., Vianini Lavori S.p.A. sono dichiarati inammissibili; il ricorso proposto dall'AGI va parzialmente accolto con riferimento all'impugnazione degli articoli 109, comma 2 (in relazione all'allegato A, e, in particolare, alla «Tabella sintetica delle categorie»), 107, comma 2, 85, comma 1, lettera b), numeri 2 e 3), nel senso specificato in motivazione; respinto con riferimento all'impugnazione dell'art. 86, commi 1, dell'art. 83, comma 4, dell'art. 79, commi 17, 19 e 20 e dell'art. 92, comma 2; dichiarato improcedibile con riferimento all'impugnazione dell'art. 357, comma 12, e agli allegati B e B1. Dispone che a cura del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti venga data pubblicita' del presente decreto nelle medesime forme dell'atto annullato.

Roma, addi' 30 ottobre 2013.

NAPOLITANO

Lupi, Ministro delle infrastrutture e dei trasporti

( da [www.altalex.it](http://www.altalex.it) )