



COSTANTINI AVVOCATI

Appalti di lavori: brevi notazioni sulla qualificazione nelle categorie diverse dalla prevalente.

Con il vigente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) la disciplina della qualificazione degli operatori economici che aspirano ad aggiudicarsi lavori di importo superiore ad € 150.000,00 è affidata, essenzialmente, all'art. 100, comma 4, a termini del quale *“Per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati. L’attestazione di qualificazione è rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall’ANAC. Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all’importo delle stesse è disciplinato dall’allegato II.12. Le categorie di opere si distinguono in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate. Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l’esecuzione, a qualsiasi titolo, dell’appalto. In sede di prima applicazione del codice l’allegato II.12 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell’articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l’ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.*

Dal canto suo l’articolo 30 del citato allegato II.12 (Requisiti del concorrente singolo e di quelli riuniti) dispone 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.”*

Nel nuovo Codice, peraltro, non esiste una definizione univoca della “categoria scorporabile”, dal momento che la detta espressione ricorre solo al comma 18 dell’art. 119 (subappalto), a mente del quale *“Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili.....”*. Allo stesso modo, anche gli allegati al Codice danno per presupposta la nozione di categoria scorporabile, laddove (art. 31, comma 7 dell’all.I.7) dispongono che *“Le varie voci di lavoro del computo metrico estimativo vanno aggregate secondo le rispettive categorie di appartenenza, generali e specializzate, allo scopo di rilevare i rispettivi importi, in relazione ai quali individuare: a) la categoria prevalente; b) le categorie scorporabili; c) nell’ambito delle categorie di cui alla lettera b), le categorie di opere relative a lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, individuate ai sensi dell’allegato II.12 al codice”*; ovvero laddove (art. 40, comma 2, n. 9) dello stesso all.I.7), prevedono 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”*.

Fermo restando l’impianto della qualificazione nei lavori pubblici, affidata alle attestazioni SOA organizzate per categorie generali e per categorie specializzate, sembrerebbe dunque che il nuovo Codice, sovvertendo la logica classificatoria del d.lgs n. 50/2016 - che, come si ricorderà, conteneva definizioni vincolanti della



COSTANTINI AVVOCATI

“categoria prevalente” e della “categoria scorporabile”¹ - abbia demandato al progettista il compito di individuare di volta in volta, oltre alla categoria prevalente - che a termini del citato art. 30 dell’all.II.12) è, per sua natura, a qualificazione obbligatoria - le eventuali ulteriori categorie rilevanti ai fini della identificazione dei lavori e, tra queste, quelle a qualificazione obbligatoria; non essendo a tal fine del tutto chiara la rilevanza della soglia del 15% dell’importo totale dei lavori di cui trovasi cenno nell’appena riportato art. 40, comma 2, dell’all.I.7 (anche se sembra rappresentare il limite sotto il quale la qualificazione obbligatoria non può essere pretesa).

Così definite le linee essenziali del vigente quadro normativo, in giurisprudenza la questione della individuazione delle categorie scorporabili e della loro rilevanza in termini di qualificazione degli operatori economici è già affiorata, con esiti invero poco convincenti.

Sul punto si registrano innanzitutto le sentenze del Tar Calabria, Reggio Calabria, del 26 ottobre 2023, n. 782 e del T.A.R. Piemonte del 16.gennaio 2024, n. 23, secondo le quali con la nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici introdotta dal D.lgs. n. 36/2023 e nella dichiarata *“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”*.

L’architrave del detto ragionamento si identifica, come accennato, nella ipotizzata perdurante vigenza del D.L. 28 marzo 2014, n. 47 convertito con modificazioni dalla legge 23 maggio 2014, n. 80, il cui art. 12 (Disposizioni urgenti in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici), per quanto qui interessa, prevede che *“[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 [quindi da subappaltare necessariamente ad imprese qualificate se il concorrente non possedeva le corrispondenti qualificazioni, n.d.r.], 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. [2]. 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*

¹ a termini dell’art. 3, comma 1, lett. *oo-bis*) del d.lgs. n. 50/2016 per «categoria prevalente» doveva intendersi “la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l’intervento e indicate nei documenti di gara”; mentre, a termini della successiva lettera *oo-ter*), per « categoria scorporabile», doveva intendersi “la categoria di lavori, individuata dalla stazione appaltante nei documenti di gara, tra quelli non appartenenti alla categoria prevalente e comunque di importo superiore al 10 per cento dell’importo complessivo dell’opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro ovvero appartenenti alle categorie di cui all’articolo 89, comma 11”.

A tanto si aggiunga che in attuazione del suddetto art. 89, comma 11, si ricorderà che fu emanato il decreto ministeriale (MIT) 10 novembre 2016, n. 248, che, per quanto qui interessa, definiva l’elenco 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, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione. In tale prospettiva il citato d.m. individuava, in particolare, le opere per le quali non era ammesso l’avalimento, qualora il loro valore superasse il 10% dell’importo totale dei lavori e per le quali, ai sensi dell’articolo 105, comma 5 del Codice previgente, l’eventuale subappalto non poteva superare il 30% dell’importo delle opere e, non poteva essere suddiviso senza ragioni obiettive.

Benché il detto decreto ministeriale non figura tra le norme abrogate dal nuovo Codice (tanto che risulta a tutt’oggi vigente sul portale “Normattiva”), è peraltro vero che il comma 11 dell’art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 prevede che *“Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese 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, siano direttamente svolti dall’offerente o, nel caso di un’offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento”*. Il che suggerisce che, anche per quanto riguarda i limiti all’avalimento, il Codice vigente ha abdicato alla pretesa di definirne i limiti in via astratta e generale, delegando invece detto compito al progettista.



COSTANTINI AVVOCATI

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 decreto del Presidente della Repubblica 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.

Benché si tratti di norma che si iscrive chiaramente nel quadro del cosiddetto “Codice De Lise” approvato con il d.lgs. n. 163/2006 e quindi abrogato dal d.lgs. n.50/2016, le due sentenze appena citate traggono conforto della supposta perdurante vigenza del citato decreto legge in un passaggio della relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 36/2023, nella quale, sotto la rubrica dell’art. 119 co.17 (“subappalto”) si legge 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** [neretto del redattore]– attiene alla qualificazione degli operatori economici, di cui in particolare, all’art. 100”.*

Resta peraltro francamente incomprensibile perché, assumendo la perdurante vigenza dell’art. 12 del d.l. 47/2014, le due sentenze sopra ricordate abbiano concluso che tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate, dovranno, dal 1° luglio 2023, considerarsi a qualificazione obbligatoria, dal momento che il sopra riportato comma 2, lett. b) dell’art. 12 dispone, testualmente che *“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 decreto del Presidente della Repubblica 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 [vedi sopra, n.d.r.]”*; circoscrivendo quindi la cosiddetta qualificazione obbligatoria alle categorie generali e solo ad alcune categorie specializzate, a condizione che le une e le altre superassero ben definiti limiti di importo.

Nella prospettiva (peraltro, come si vedrà tra poco, assai discutibile), della perdurante vigenza dell’art. 12 del d.l. n. 47/2014, più convincente è la recente sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione Autonoma di Bolzano, del 7 marzo 2024, n.62/2024, secondo cui sussistono *“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”*; ragione per cui la regola generale che consente all’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 di eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l’opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure di subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative



COSTANTINI AVVOCATI

qualificazioni, trova deroga solo quando le opere diverse dalla prevalente rientrino nelle categorie indicate dalla sopra riportata lettera b).

Secondo taluni *“La pronuncia [del Tribunale altoatesino, n.d.r.] colma quindi un’oggettiva lacuna del nuovo Codice, ed individua la fonte da cui attingere per l’individuazione delle categorie a qualificazione obbligatoria.”* (così Elvis Cavalleri, in <https://www.giurisprudenzappalti.it/sentenze/nuovo-codice-questo-t-a-r-sconfessa-la-tesi-secondo-cui-tutte-le-scorporabili-sarebbero-a-qualificazione-obbligatoria/>).

Premesso che colmare una ipotetica lacuna del nuovo Codice facendo ricorso ad una norma contenuta in un decreto legge che si innestava in un contesto regolatorio risalente a quasi venti anni fa e superato da quasi dieci anni desta qualche perplessità, muovere dall’idea che il Codice vigente sia lacunoso quanto alla disciplina delle categorie rilevanti per la qualificazione degli aspiranti all’esecuzione di lavori pubblici di importo superiore ad € 150.000,00 ne tradisce lo spirito innovativo e ne distorce l’impianto complessivo. Non basta infatti un fugace passaggio della relazione di accompagnamento al Codice stesso per offuscarne uno dei caratteri distintivi e più qualificanti, rappresentato dalla notevole estensione dei margini di autonomia organizzativa, operativa e negoziale delle amministrazioni aggiudicatrici e dei soggetti alle stesse assimilati, che trova fondamento negli artt. 1 (principio di risultato), nell’art. 2 (principio della fiducia), nell’art. 3 (principio dell’accesso al mercato) nell’art.7 (principio di auto-organizzazione), nell’art. 8 (principio di autonomia contrattuale) e che trova puntuale declinazione non solo negli artt. 31 e 40 dell’all. I.7 sopra citati sui contenuti del progetto dell’opera, ma anche nel comma 11 dell’art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 (citato in nota 2), secondo il quale è demandato alla stazione appaltante, in deroga alla generale ammissibilità dell’avvalimento, definire di volta in volta *“nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese 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, siano direttamente svolti dall’offerente o, nel caso di un’offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento”*; ovvero ancora nei commi 2 e 17 dell’art. 119, che, in deroga al principio delle generale ammissibilità del subappalto, affidano alle stazioni appaltanti il compito di definire *“nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell’aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell’appalto, ivi comprese quelle di cui all’articolo 104, comma 11, in ragione dell’esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali”*.

Il caso dell’avvalimento è, ai fini che qui interessano, forse ancora più significativo di quello del subappalto, dal momento che, come ricordato in nota 1, sotto il regime previgente l’elenco delle categorie non passibili di avvalimento era definito a priori dal decreto ministeriale (MIT) del 10 novembre 2016, n. 248. Ove si ragionasse con il “metro” delle sentenze sopra ricordate, poiché il detto decreto, al pari del D.L. n. 47/2014, non è mai stato formalmente abrogato, si dovrebbe concludere che a tutt’oggi anche le categorie non passibili di avvalimento – e non solo quelle a qualificazione obbligatoria – vadano individuate ricorrendo ad una fonte previgente al d.lgs. n.36/2023, così andando a comprimere l’autonomia attribuita alle singole amministrazioni dal comma 11 dell’art. 104.

In realtà, la lettura sistematica ed organica del d.lgs. n. 36/2023 induce e ritenere che la mancata individuazione in via generale ed astratta delle categorie a qualificazione obbligatoria, così come delle categorie non passibili di avvalimento e di quelle non passibili di subappalto non esprima una lacuna



COSTANTINI AVVOCATI

legislativa, ma una precisa volontà di affidare al prudente e concreto apprezzamento delle singole amministrazioni aggiudicatrici la definizione delle coordinate della qualificazione dei concorrenti, sulla base di una articolata combinazione delle categorie nelle quali l'appalto viene suddiviso e dei limiti all'avvalimento e al subappalto.

Si pensi al caso di un'amministrazione aggiudicatrice che, ai sensi del comma 2 dell'art. 119 del Codice vigente, decida di vietare il subappalto di una o più categorie dei lavori non già per ragioni tecniche, bensì per prevenire il rischio di infiltrazioni criminali; e si ipotizzi che una o più delle dette categorie rientrino nel novero di quelle "a qualificazione obbligatoria" ai sensi del citato art. 12 del D.L. 47/2014. Ove si ritenesse che il detto articolo sia a tutt'oggi vigente, il divieto di subappalto per ragioni di prevenzione della criminalità si andrebbe a combinare con gli effetti della "qualificazione obbligatoria ivi disciplinata, costringendo quindi il concorrente, anche se qualificato nella categoria prevalente per l'intero importo dei lavori, ad associare altra impresa qualificata nella categoria scorporabile. E ciò, si badi bene, anche quando la limitazione del subappalto non risponda a ragioni tecniche, bensì a ragioni, *latu sensu*, di polizia.

E' evidente che nell'esempio appena formulato, mentre la limitazione del subappalto trova una oggettiva ragion d'essere, l'assoggettamento di quella stessa lavorazione al vincolo della qualificazione obbligatoria stride sensibilmente con il principio fondamentale dell'accesso al mercato, comportando una compressione dell'autonomia organizzativa delle imprese concorrenti senza alcuna ragionevole giustificazione, andando così a collidere anche con i principi del risultato e della fiducia. Molto più logico e coerente con il vigente impianto normativo sarebbe, per restare all'esempio prospettato, lasciare all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di limitare il subappalto di una categoria diversa dalla prevalente ove ne sussistano adeguate ragioni di prevenzione della criminalità, senza al contempo vincolare il concorrente in possesso di qualificazione nella categoria prevalente per l'intero importo dell'appalto a qualificarsi obbligatoriamente anche nella categoria diversa dalla prevalente, quando non ne sussistano adeguate ragioni tecniche.

Per concludere, in questo come sicuramente in altri ambiti della disciplina dei contratti pubblici si ha la misura della difficoltà che i nuovi e quasi rivoluzionari principi del risultato e della fiducia incontrano ad affermarsi in un ambiente culturale legato ai principi di legalità e di tipicità dell'azione amministrativa, che presuppone una normazione pervasiva e tendenzialmente totalizzante. Prima ancora della giurisprudenza, solo una amministrazione pubblica che sappia coniugare coraggio, etica della responsabilità e rigore nella motivazione potrà effettivamente realizzare il disegno e gli obiettivi del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Roma, 23 marzo 2024

avv. Alberto Costantini