

FAQ N. 6

Domanda: Relativamente alla qualificazione per la categoria OG11 scorporabile e subappaltabile, si chiede se l'operatore economico può dichiarare in fase di prequalifica di volerla subappaltare al 100% ad impresa qualificata e certificata. L'avviso di indagine di mercato prevede, per questa categoria, solo il ricorso all'avvalimento in discordia all'art. 146, comma 3, del Codice degli Appalti.

Inoltre la categoria OG11, secondo la normativa vigente è totalmente subappaltabile, principio ribadito anche dal Tar Toscana Sez. 1, sentenza 20 maggio 2021, n. 752, con la quale viene evidenziato che la qualifica nella categoria OG11 è integralmente subappaltabile.

Risposta: i lavori riconducibili alla cat. OG 11 sono essenzialmente impianti idraulici, come cpv 45332000-3 - Lavori di installazione di impianti idraulici e di evacuazione delle acque residue. Il vostro contestato disposto ricorso all'avvalimento da ritenersi illegittimo in quanto in contrasto con l'art. 146 comma 3 del d. lgs. n. 50/16 che preclude l'operatività dell'istituto, non trova conferma nella sentenza del Tar Lazio, Roma, sez. II-ter, 08 luglio 2019, n. 9038 che ha stabilito: *"Il divieto di ricorso all'avvalimento, previsto dall'art. 146 comma 3 d. lgs. n. 50/16, riguarda i soli contratti di cui al capo III ovvero quelli che, ai sensi dell'art. 145 comma 1 d. lgs. n. 50/16, hanno ad oggetto "i beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, recante Codice dei beni culturali e del paesaggio"*.

L'interpretazione letterale e teleologica della norma, finalizzata alla tutela dei beni culturali, induce a ritenere che le disposizioni in esame si applichino solo ove l'appalto abbia direttamente a oggetto beni che sono tutelati dal d. lgs. n. 42/04 e cioè quelli che, secondo quanto previsto dagli artt. 10-15 del testo normativo in esame, possono essere definiti come beni culturali per legge (art. 10 comma 2 d. lgs. n. 42/04: raccolte di musei, pinacoteche, gallerie ecc.), per dichiarazione della soprintendenza (art. 13 d. lgs. n. 42/04) o che si presumono culturali fino alla verifica negativa dell'insussistenza di tale interesse (art. 12 d. lgs. n. 42/04: cose immobili e mobili appartenenti ad enti pubblici e a persone giuridiche private senza fine di lucro e realizzate da oltre 50 anni per i mobili e 70 anni per gli immobili).

Contrariamente a quanto prospettato nella doglianza, l'art. 146 comma 3 d. lgs. n. 50/16 non è applicabile all'appalto oggetto di causa in quanto non riguarda specificamente beni culturali ma solo lavori di installazione di impianti idraulici e di evacuazione delle acque residue. (anche) beni culturali ma che, in quanto tali, non rientrano nell'ambito dei beni definiti come culturali dal d. lgs. n. 42/04

Pertanto, l'art. 146 comma 3 d. lgs. n. 50/16, da considerarsi norma di stretta interpretazione in quanto derogatoria di un istituto di ordine generale ai fini della partecipazione, quale è l'avvalimento, non è applicabile alla fattispecie".

In merito al subappalto, come già chiarito con la FAQ n. 4 il Decreto semplificazioni-bis, art. 49

“modifiche alla disciplina del subappalto” (Decreto legge 31 maggio 2021 n. 77 convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108) prevede che dal 1° novembre 2021, le stazioni appaltanti, previa adeguata motivazione da esplicitare nella determina a contrarre, dovranno indicare nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell’aggiudicatario in ragione:

- delle specifiche caratteristiche dell’appalto, ivi comprese quelle di cui alle categorie SIOS;
- dell’esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e 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, a meno che i subappaltatori siano iscritti nelle “white list”.

Da tale data (1° novembre 2021), quindi, verrà definitivamente meno ogni limite generale ed estratto per il ricorso al subappalto e verrà, invece, rimessa ad una valutazione “gara per gara” delle stazioni appaltanti un’eventuale limitazione del ricorso a tale istituto, che dovrà essere motivata sulla base delle specifiche esigenze indicate dal medesimo articolato e descritte in precedenza.

In conclusione: in questa fase non è stata ancora effettuata la valutazione di cui sopra, ma la categoria può essere subappaltata.