

Il nuovo regolamento sui contratti pubblici: la partecipazione in ATI delle categorie super specialistiche e le società tra imprese riunite

ATI e categorie super specialistiche

Come oramai noto da tempo agli addetti ai lavori, l'art.107, comma 2 del nuovo regolamento ha ampliato il numero delle categorie super specialistiche. In vero, l'ampliamento è meno consistente di quanto appaia a prima vista. Infatti, alcune delle categorie menzionate nella norma sono state semplicemente sdoppiate. E' il caso, ad esempio, della categoria OS18, che ora appare distinta in due autonome categorie (contraddistinte sotto le lettere A e B), in ragione della diversa tipologia di lavorazioni che le contraddistinguono (rispettivamente, componenti strutturali in acciaio e componenti per facciate continue).

Al di là della individuazione delle categorie in questione, meritano di essere segnalate alcune modifiche inerenti la partecipazione alle gare di tali imprese, con particolare riferimento a quanto previsto all'art. 92 del nuovo regolamento, dedicato alla disciplina dei *"Requisiti del concorrente singolo e di quelli riuniti"*.

In particolare, per quel che rileva in questa sede, il comma 7 di tale norma da attuazione a quanto previsto all'art. 37, comma 11 del Codice a proposito dei requisiti che devono possedere i soggetti affidatari dei lavori quando si tratti di eseguire opere o lavori super specialistici (ossia, quelli indicati all'art. 107 del nuovo regolamento).

Come noto, la menzionata previsione del codice (così come modificata dal D.Lgs 11 settembre 2008 n. 152) prevede che qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere 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 quindici per cento

dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'art. 118 comma 2, terzo periodo, ossia del trenta per cento.

Ora, in riferimento alla menzionata previsione del codice, l'art. 92, comma 7 precisa che ai fini della partecipazione alla gara, il concorrente, singolo o riunito in raggruppamento, che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie di cui all'articolo 107, comma 2, per l'intero importo richiesto dal bando di gara o dalla lettera di invito, deve possedere i requisiti mancanti relativi a ciascuna delle predette categorie di cui all'articolo 107, comma 2, e oggetto di subappalto, con riferimento alla categoria prevalente.

Il successivo comma della medesima norma codicistica prevede inoltre che resta fermo il limite massimo di subappaltabilità nella misura del trenta per cento fissata dall'articolo 170, comma 1, per ciascuna categoria specialistica prevista dal bando di gara o dalla lettera di invito.

In altre parole, la previsione in parola dispone che con riferimento ai lavori menzionati nell'art. 107 comma 2 del regolamento, dal momento che per essi (qualora superino il 15% del valore dell'appalto) vige in divieto di subappalto oltre il limite del 30 % (al pari di quanto accade per la categoria prevalente) il concorrente che partecipa alla gara deve possedere i requisiti per almeno il 70% di tale categoria (questa volta, a differenza di quanto è previsto per la categoria prevalente, dove comunque il concorrente deve coprire integralmente i requisiti di tale categoria, salva poi la facoltà di subappaltarne il 30 per cento); il restante 30 per cento – parliamo sempre delle SIOS scorporabili oltre il 15 % - può essere coperto dai requisiti richiesti per la categoria prevalente.

Ne consegue che se il concorrente che partecipa alla gara per la categoria prevalente dovesse essere privo della categoria relativa ad una delle SIOS di cui all'art. 107, comma 2, e qualora la stessa categoria superi l'anzidetta percentuale (quindi per cento), lo stesso concorrente dovrà costituire un raggruppamento temporaneo tra imprese, in cui dovrà essere chiamato a partecipare un operatore in possesso di detta categoria, almeno nei limiti qui sopra ricordati.

In ogni caso, essendo tutte categorie di lavorazioni di cui trattasi a qualificazione obbligatoria, il soggetto che opererà in subappalto dovrà comunque essere in possesso di qualificazione adeguata alle lavorazioni da eseguire.

In ultimo, la norma precisa che il bando di gara, l'avviso di gara o la lettera di invito, ove prevedano lavorazioni relative ad una o più categorie di cui all'articolo 107, comma 2, di importo non superiore ai 150.000 euro e singolarmente superiore al quindici per cento ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice indicano per ciascuna di esse i requisiti di qualificazione ai sensi dell'articolo 90.

Società tra concorrenti riuniti o consorziati

Si segnala una ulteriore novità introdotta dal regolamento, questa volta in materia società costituite tra le imprese riunite per l'esecuzione dei lavori.

Come noto, i concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori dei lavori, dopo l'aggiudicazione possono costituire tra loro una società anche consortile, ai sensi del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori. Detta società subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nell'esecuzione totale o parziale del contratto, ferme restando le responsabilità dei concorrenti riuniti o consorziati ai sensi del codice.

Orbene l'art. 93 del nuovo regolamento, che riproduce, con taluni adeguamenti, quanto era già previsto all'art. 96 del d.P.R. n. 554/1999, ha introdotto una novità.

Ora è espressamente previsto che *"tutti i concorrenti riuniti devono far parte della società nella medesima percentuale di appartenenza al Raggruppamento"*.

Una tale disposizione non era presente nel precedente regolamento. In considerazione di ciò si è discusso a lungo tra gli addetti ai lavori sulla legittimità o meno di un accordo tra le imprese riunite che, in fase di esecuzione dei lavori, prevedesse una ripartizione degli stessi, senza tener conto di quanto dichiarato in fase di gara dalle imprese costituenti il raggruppamento.

La giurisprudenza in passato – pur in assenza di un esplicito divieto in tale senso - era per lo più incline a ritenere illeciti tali accordi, per essere gli stessi contrari alle norme imperative di diritto pubblico che presiedono ai criteri di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione.

Tuttavia, nella prassi, le stazioni appaltanti, trincerandosi dietro il fatto che la norma non prevedeva alcun obbligo specifico in fase di esecuzione dei lavori, assai spesso hanno trascurato di effettuare controlli sul punto. Ciò anche in considerazione del fatto che la norma di riferimento (art. 96 del d.P.R. n. 554/1999) si limitava a stabilire che la società tra imprese riunite subentrava di fatto nell'esecuzione dei lavori, senza necessità di alcuna autorizzazione o approvazione, fatto salvo il solo obbligo di notifica alla stazione appaltante dell'atto costitutivo della nuova società.

In vero, anche nella previsione dell'art. 94 del nuovo regolamento non è prevista alcuna autorizzazione. Pur tuttavia qualcosa muta. Infatti, dal momento che la norma oggi prevede espressamente che tutti i concorrenti riuniti devono far parte della società nella medesima percentuale di appartenenza al raggruppamento, è ragionevole ritenere che la stazione appaltante ora sarà tenuta ad effettuare controlli in tal senso. Controlli che potranno avere inizio già al momento in cui la stessa stazione appaltante riceverà (ai sensi del comma 3 dell'art. 93 del regolamento) la copia dell'atto costitutivo della società tra le imprese riunite. Ulteriori controlli potranno poi essere effettuati anche durante l'esecuzione dei lavori, tenendo conto delle quote effettive di realizzazione dei lavori. In quest'ultimo caso, sarà l'ufficio di direzione dei lavori a monitorare il rispetto della norma, segnalando, se del caso, eventuali anomalie alla stazione appaltante.

Avv. Arrigo Varlaro Sinisi