

## **L'art. 28 allegato II.12 del d.lgs. n. 36/2023 e frazionamento dell'importo dei lavori**

di Anna Libraro

Data di pubblicazione: 4-2-2025

*Ai sensi di quanto previsto all'art. 12, co. 2 del d.l. n. 47/2014 l'operatore economico in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente è ammesso a partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici, anche se privo delle qualificazioni previste dal bando per le categorie scorporabili, alla condizione, però, che affidi in subappalto le lavorazioni riconducibili alle predette categorie, se a qualificazione obbligatoria, ad imprese in possesso delle necessarie qualificazioni.*

*La norma, vigente al momento dell'adozione dei provvedimenti impugnati, è stata invero abrogata solamente con l'articolo 71, comma 1, d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 che ha introdotto all'articolo 226 d.lgs. n. 36/2023 il comma 3bis ai sensi del quale «A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, è abrogato l'articolo 12 del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80».*

*Questa disposizione, introdotta dal correttivo al codice dei contratti pubblici, ha, dunque, confermato la correttezza della interpretazione giurisprudenziale secondo cui l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici non aveva portato ad un'abrogazione implicita dell'art. 12 co. 2 del d.l. n. 47/2014.*

*Inoltre, l'art. 28 allegato II.12 del d.lgs. n. 36/2023 prevede requisiti di ordine tecnico-organizzativo che possono trovare applicazione unicamente negli "appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro" e, dunque, non nel caso di specie in cui l'importo dei lavori è superiore a tale soglia: non si può certo prendere in considerazione l'importo dei lavori corrispondente alla percentuale che la controinteressata si è impegnata ad eseguire, dovendo farsi riferimento all'importo dei lavori indicato nel bando (pari a 222.005,21 euro). Diversamente opinando si finirebbe per ammettere che qualsiasi appalto di importo superiore a detta soglia possa essere eseguito da tante imprese non qualificate purché le stesse eseguano una quota di lavori inferiore ad euro 150.000,00, il tutto con una palese quanto illegittima elusione dell'obbligo di qualificazione prescritto dalla legge"*

Pubblicato il 28/01/2025

**N. 00282/2025 REG.PROV.COLL.**

**N. 02456/2024 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2456 del 2024, proposto da

Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro Ciro Menotti S.C.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B16D02A657, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, corso Venezia 10;

***contro***

Provincia di Brescia, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Magda Poli e Raffaella Rizzardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di Ceranova, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Re e Nicolò Adavastro, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, via S. Damiano,4;

***nei confronti***

C.G.M. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Paire e Andrea Gandino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

- della determinazione n. 41/103 dell'8 agosto 2024, con la quale il Comune di Ceranova ha aggiudicato a CGM Srl la procedura aperta indetta dallo stesso Ente per l'affidamento dell'appalto dei lavori per la realizzazione della nuova scuola secondaria di primo grado di Via Leopardi";

- della nota del 25 settembre 2024, con la quale la Centrale Unica di Committenza Area Vasta Brescia, "sentito il Comune di Ceranova", ha respinto l'istanza di annullamento in autotutela che il CCM aveva indirizzato alla stazione appaltante e allo stesso Comune;

- di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, consequenziale e/o comunque connesso,

con particolare riferimento ai verbali di gara e (ove occorrer possa) a bando della procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Brescia, del Comune di Ceranova e della C.G.M. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2025 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1. Con bando di gara del 29 aprile 2024 la Centrale Unica di Committenza Area Vasta Brescia - su incarico del Comune di Ceranova – ha indetto una procedura aperta per l'affidamento di un appalto di lavori per la realizzazione della nuova scuola secondaria di primo grado di via Leopardi, per un valore a base d'asta di euro 4.000.000, 00 oltre IVA, da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 108, comma 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

2. La gara è stata aggiudicata dal Comune di Ceranova con determinazione n. 41/103 dell'8 agosto 2024 alla C.G.M s.r.l., con il punteggio complessivo di 85,12 punti.

3. Il Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro Ciro Menotti s.c.p.a. - secondo classificato con il punteggio di 81,85 punti - ha impugnato la determinazione di aggiudicazione, la nota del 25.9.2024 con cui la Centrale Unica di Committenza Area Vasta Brescia ha respinto l'istanza di annullamento in autotutela, i verbali di gara e il bando nella parte in cui individua la categoria di lavori OG 9, di valore superiore ad euro 150.000,00, come categoria a qualificazione non obbligatoria.

4. Queste le censure dedotte: violazione dell'articolo 12 del d.l. 28 marzo 2014 n. 47 - violazione dell'articolo 100 del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 - violazione dell'articolo 30 dell'allegato II.12 al d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 - violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare - eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto e diritto, illogicità, assenza di motivazione.

5. La ricorrente ha altresì domandato il risarcimento del danno in forma specifica, con subentro nel contratto nelle more eventualmente stipulato, previa declaratoria di inefficacia, e si è riservata di proporre la domanda di risarcimento del danno per equivalente economico in un separato giudizio.

6. Si sono costituiti in giudizio la Provincia di Brescia, il Comune di Ceranova e la controinteressata C.G.M s.r.l., chiedendo il rigetto nel merito del ricorso.

7. Alla camera di consiglio del 23.10.2024 la ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare.
8. Con memoria depositata il 27.12.2024 la ricorrente ha dichiarato di rinunciare alla domanda di subentro.
9. All'udienza del 14 gennaio 2025 il ricorso è stato trattenuto in decisione.
10. Preliminarmente deve darsi atto che il difensore della ricorrente, con memoria deposita il 27.12.2024 e nel corso dell'udienza, ha dichiarato il venire meno, in capo alla sua assistita, dell'interesse alla caducazione dei provvedimenti impugnati, di rinunciare alla domanda di subentro - e ciò nonostante il Comune di Ceranova abbia documentato che i lavori svolti dall'aggiudicataria non hanno raggiunto il 20% dell'importo contrattuale (doc. n. 22 del Comune) e abbia dichiarato che tale avanzamento consentirebbe il subentro dell'impresa ricorrente – e del permanere dell'interesse all'accertamento della illegittimità degli atti unicamente ai fini risarcitori, riservandosi di proporre la domanda di risarcimento per equivalente in un autonomo giudizio.
11. La domanda di annullamento deve essere pertanto dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse; deve, inoltre, darsi atto della rinuncia alla domanda di subentro.
12. I motivi di ricorso saranno, pertanto, esaminati in conformità a quanto previsto all'art. 34, c. 3, cod.proc.amm.
13. La ricorrente ha contestato che la CGM s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara poiché non adeguatamente qualificata.

La controinteressata - qualificata in OG1 per una classifica VI ma priva di attestazione SOA nella categoria OG9 - ha dichiarato di voler subappaltare le lavorazioni di cui alla categoria OG9 nella misura del 49% del relativo valore – e, quindi, di eseguire direttamente la restante parte - senza precisare che si tratterebbe di un subappalto necessario ed in contrasto con la previsione dettata all'art. 12, d.l. n. 47/2014.

Ad avviso della ricorrente non rilevarebbe l'indicazione, contenuta nella tabella n. 2 di cui al punto 3 del bando di gara, della OG9 come categoria a "qualificazione non obbligatoria": il bando avrebbe inteso indicare che si tratta di una categoria a qualificazione non obbligatoria per i partecipanti alla selezione ma obbligatoria per i loro subappaltatori. Di ciò si troverebbe conferma nelle previsioni del bando che richiedono il possesso dell'attestazione di qualificazione SOA, con riferimento alle "lavorazioni di cui al punto 3", disposizione quest'ultima che elenca tutte le lavorazioni oggetto dell'appalto, ivi incluse quelle in categoria OG9 (punto 6.2./6.3 e punto 15.1).

Ove si ritenesse invece che l'indicazione contenuta nella tabella 2 contrasti con la previsione dettata all'art. 12, d.l. n. 47/2014 ne conseguirebbe l'illegittimità della legge di gara.

14. La Provincia di Brescia e il Comune di Ceranova hanno replicato che la mancata espresa

indicazione, da parte dell'aggiudicataria, di fare ricorso ad un subappalto qualificante non rilevarebbe poiché il modello di domanda di partecipazione non richiedeva di specificare tale natura e stante l'indubbia volontà della controinteressata di avvalersi di tale tipologia di subappalto a fronte della dichiarazione espressa di non possedere l'attestazione SOA nella categoria OG9.

L'aggiudicataria, inoltre, potrebbe eseguire direttamente le lavorazioni di cui alla categoria OG9 nella misura del 51% poiché - come è stato confermato nel corso del procedimento avviato successivamente alla presentazione dell'istanza di autotutela da parte della ricorrente - sarebbe qualificata ai sensi dell'art. 28 allegato II.12 del Codice Appalti. Essa potrebbe, pertanto, svolgere direttamente le lavorazioni di cui alla categoria OG9 per il 51% dell'importo previsto dal bando di gara: avendo svolto lavori analoghi per un importo pari a 238.498,72 nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando sarebbe qualificata a svolgere lavori per euro 113.222,66, cioè il 51% dell'importo previsto dal bando, pari a euro 222.005,21.

15. Il motivo è fondato nella parte in cui contestata l'illegittimità della legge di gara.

15.1 L'art. 12, c. 2, d.l. n. 47/2014 prevede che *"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 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. Resta fermo, ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il limite di cui all'articolo 170, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 per le categorie di cui al comma 1 del presente articolo, di importo singolarmente superiore al 15 per cento; si applica l'articolo 92, comma 7, del predetto regolamento".*

15.2 La norma era vigente al momento dell'adozione dei provvedimenti impugnati.

Essa è stata invero abrogata solamente con l'articolo 71, comma 1, d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 che ha introdotto all'articolo 226 d.lgs. n. 36/2023 il comma 3 bis ai sensi del quale «*A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, è abrogato l'articolo 12 del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80*».

Questa disposizione, introdotta dal correttivo al codice dei contratti pubblici ha, dunque, confermato la correttezza della interpretazione giurisprudenziale secondo cui l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici non aveva portato ad un'abrogazione implicita dell'art. 12 co. 2 del d.l. n. 47/2014 (cfr. Tar Toscana, sent. n. 1177/2024; Tar Trentino Alto Adige, Bolzano, sentenza n. 62/2024; Tar Piemonte, Sez. II, 16 gennaio 2024, n. 23).

15.3 Ai sensi di quanto previsto all'art. 12, co. 2 del d.l. n. 47/2014 l'operatore economico in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente è ammesso a partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici, anche se privo delle qualificazioni previste dal bando per le categorie scorporabili, alla condizione, però, che affidi in subappalto le lavorazioni riconducibili alle predette categorie, se a qualificazione obbligatoria, ad imprese in possesso delle necessarie qualificazioni (Cons. Stato, Ad. Plen., 2 novembre 2015, n. 9).

15.4 Nel caso di specie la controinteressata ha previsto di subappaltare il 49% delle lavorazioni relative alla categoria OG9, di importo superiore a 150.000 euro (euro 222.005,21) - categoria a qualificazione obbligatoria in quanto opera generale - e di realizzare direttamente il 51% di esse e ciò nonostante fosse priva della qualificazione e non potesse eseguirle direttamente in forza di quanto previsto dall'art. 12.

15.5 L'ammissione della controinteressata alla procedura di gara è tuttavia conforme a quanto indicato nel bando: nella tabella n. 2, punto 3 del bando di gara, la OG9 è, invero, indicata – pur se erroneamente, come ammesso dalla stessa Provincia di Brescia - come categoria a qualificazione “non obbligatoria”.

La *lex specialis* considera, dunque, la OG9 come categoria per la quale non è richiesto il possesso della specifica attestazione. Né, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, si ricava una diversa indicazione dalle previsioni dettate al punto 6.2./6.3 e punto 15.1 del bando le quali, nel richiedere il possesso dell'attestazione di qualificazione SOA, richiamano genericamente “le lavorazioni di cui al punto 3” e, dunque, quelle ivi indicate come a qualificazione obbligatoria.

La partecipazione alla procedura della controinteressata è pertanto conforme alla legge di gara, la quale deve essere osservata integralmente dalla stessa stazione appaltante e non può essere da quest'ultima disapplicata: l'errore materiale o l'omissione commessa nella *lex specialis* richiede una apposita rettifica del bando e del disciplinare da parte della stazione appaltante fatta con le stesse forme di detti atti (cfr. TAR Lazio, Sez. III Quater, 6 dicembre 2018 n. 11828; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5162; Cons. Stato 7 gennaio 2021 n. 173, Cons. Stato, sez. III, 27 dicembre 2019 n. 8873).

15.6 La legge di gara è viziata.

L'indicazione di cui alla tabella n. 2, punto 3 del bando di gara contrasta invero con l'art. 12, c. 2, d.l. n. 47/2014 ai sensi del quale le lavorazioni di importo superiore ad euro 150.000,00 relative a opere generali, tra cui quindi la categoria OG9 (euro 222.005,21), *“non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni”*.

La violazione non è stata contestata dal Comune di Ceranova e dalla Provincia di Brescia la quale ha, anzi, ammesso che *“l'indicazione come non obbligatoria riferita alla OG9 deve considerarsi un refuso, trattandosi di qualificazione pacificamente considerata obbligatoria anche dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice”*.

15.7 A questa illegittimità consegue l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione.

15.8 Il Collegio non condivide invero quanto sostenuto dalla Provincia di Brescia, nelle memorie depositate in giudizio, circa il fatto che la controinteressata sarebbe comunque qualificata ai sensi dell'art. 28 allegato II.12 del Codice Appalti.

Ad avviso della Provincia la CGM s.r.l. sarebbe qualificata a svolgere lavori per 113.222,66 euro (il 51% dell'importo previsto dal bando pari a 222.005,21 euro) avendo svolto lavori analoghi per un importo pari a 238.498,72 euro nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, come dichiarato dalla stessa aggiudicataria successivamente all'adozione della determina di aggiudicazione, con nota dell'11.9.2024.

In disparte il fatto che il requisito non è stato dichiarato neppure dichiarato dalla CGM s.r.l. nella domanda di partecipazione e di esso non vi è traccia negli atti di gara, la Provincia non considera che l'art. 28 allegato II.12 del d.lgs. n. 36/2023 prevede requisiti di ordine tecnico-organizzativo che possono trovare applicazione unicamente negli *“appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro”* e, dunque, non nel caso di specie in cui l'importo dei lavori è superiore a tale soglia: non si può certo prendere in considerazione l'importo dei lavori corrispondente alla percentuale che la controinteressata si è impegnata ad eseguire, dovendo farsi riferimento all'importo dei lavori indicato nel bando (pari a 222.005,21 euro) (cfr. Tar Lazio, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 417, che, in una fattispecie analoga, ha affermato che *“diversamente opinando si finirebbe per ammettere che qualsiasi appalto di importo superiore a detta soglia possa essere eseguito da tante imprese non qualificate purché le stesse eseguano una quota di lavori inferiore ad euro 150.000,00, il tutto con una palese quanto illegittima elusione dell'obbligo di qualificazione prescritto dalla legge”*).

16. Per le ragioni esposte la domanda di annullamento deve essere dichiarata improcedibile; deve darsi atto della rinuncia alla domanda di subentro. La domanda di accertamento della illegittimità dei provvedimenti impugnati è fondata nei sensi sopra precisati.

17. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente

pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

dichiarata improcedibile la domanda di annullamento;

dà atto della rinuncia alla domanda di subentro;

accerta l'illegittimità dei provvedimenti impugnati nei sensi di cui in motivazione.

Condanna le resistenti al pagamento delle spese di giudizio, a favore della ricorrente, che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00) – di cui 2.500,00 (duemilacinquecento/00) a carico della Provincia di Brescia e del Comune di Ceranova, in solido tra loro, e 2.500,00 (duemilacinquecento/00) a carico della controinteressata - oltre oneri di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore

Silvia Torraca, Referendario

## Guida alla lettura

Con pronuncia n. **282** dello scorso 28 gennaio, il **TAR Lombardia** ha affermato che: ***“l'articolo 12, co. 2 del d.l. n. 47/2014, vigente al momento dell'adozione dei provvedimenti impugnati, è stato abrogato solamente con l'articolo 71, comma 1, d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, che ha introdotto all'articolo 226 d.lgs. n. 36/2023 il comma 3 bis ai sensi del quale: «A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, è abrogato l'articolo 12 del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80»”.***

Inoltre, il T.A.R. Lombardia ha affermato che: ***“l'art. 28 allegato II.12 del d.lgs. n. 36/2023 prevede requisiti di ordine tecnico-organizzativo che possono trovare applicazione unicamente negli “appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro” e, dunque, non nel caso di specie in cui l'importo dei lavori è superiore a tale soglia: ad avviso del Collegio non si può certo prendere in considerazione l'importo dei lavori corrispondente alla percentuale che la controinteressata si è impegnata ad eseguire, dovendo farsi riferimento all'importo dei lavori indicato nel bando (pari a 222.005,21 euro). Diversamente opinando -infatti- si finirebbe per ammettere che qualsiasi appalto di importo superiore a detta soglia possa essere eseguito da tante imprese non qualificate purché le stesse eseguano una quota di lavori inferiore ad euro 150.000,00, il***

**tutto con una palese quanto illegittima elusione dell'obbligo di qualificazione prescritto dalla legge".**

La Corte, per esaminare la vicenda sottoposta al suo vaglio, muove dall'**art. 12, c. 2, d.l. n. 47/2014**, il quale prevede che *"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 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. Resta fermo, ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il limite di cui all'articolo 170, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 per le categorie di cui al comma 1 del presente articolo, di importo singolarmente superiore al 15 per cento; si applica l'articolo 92, comma 7, del predetto regolamento".*

I Giudici evidenziano che la norma, vigente al momento dell'adozione dei provvedimenti impugnati, **è stata abrogata solamente con l'articolo 71, comma 1, d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 che ha introdotto all'articolo 226 d.lgs. n. 36/2023 il comma 3 bis ai sensi del quale «A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, è abrogato l'articolo 12 del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80».**

Questa disposizione, **introdotta dal correttivo al codice dei contratti pubblici, ha confermato la correttezza della interpretazione giurisprudenziale secondo cui l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici non aveva portato ad un'abrogazione implicita dell'art. 12 co. 2 del d.l. n. 47/2014.**

Dunque, ai sensi di quanto previsto all'art. 12, co. 2 del d.l. n. 47/2014 **l'operatore economico in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente è ammesso a partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici, anche se privo delle**

**qualificazioni previste dal bando per le categorie scorporabili, alla condizione, però, che affidi in subappalto le lavorazioni riconducibili alle predette categorie, se a qualificazione obbligatoria, ad imprese in possesso delle necessarie qualificazioni (Cons. Stato, Ad. Plen., 2 novembre 2015, n. 9).**

Il Collegio, dopo aver ritenuto conforme alla legge di gara- la quale prevedeva erroneamente che i lavori appartenenti alla categoria OG9 non fossero a qualificazione obbligatoria- la partecipazione alla procedura della controinteressata nonostante fosse priva della qualificazione e non potesse eseguirle direttamente in forza di quanto previsto dall'art. 12., **ha tuttavia dichiarato l'illegittimità della stessa *lex specialis* e, conseguentemente, l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione.**

L'indicazione di cui alla tabella n. 2, punto 3 del bando di gara, sottolineano i Giudici, **contrasta con l'art. 12, c. 2, d.l. n. 47/2014 ai sensi del quale le lavorazioni di importo superiore ad euro 150.000,00 relative a opere generali, tra cui quindi la categoria OG9 (euro 222.005,21), “non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni”.**

Il Collegio non ha condiviso quanto sostenuto dalla stazione appaltante, nelle memorie depositate in giudizio, circa il fatto che la controinteressata sarebbe comunque qualificata ai sensi dell'art. 28 allegato II.12 del Codice Appalti.

Ad avviso della Quarta Sezione del TAR Lombardia infatti, **l'art. 28 allegato II.12 del d.lgs. n. 36/2023 prevede requisiti di ordine tecnico-organizzativo che possono trovare applicazione unicamente negli “appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro” e, dunque, non nel caso di specie in cui l'importo dei lavori è superiore a tale soglia: rimarca il Collegio che non si può certo prendere in considerazione l'importo dei lavori corrispondente alla percentuale che la controinteressata si è impegnata ad eseguire, dovendo farsi riferimento all'importo dei lavori indicato nel bando (pari a 222.005,21 euro).**

I Giudici menzionano una sentenza del TAR Lazio (sez. III, 14 gennaio 2019, n. 417) che, in una fattispecie analoga, ha affermato che: **“Diversamente opinando si finirebbe per ammettere che qualsiasi appalto di importo superiore a detta soglia possa essere eseguito da tante imprese non qualificate purché le stesse eseguano una quota di lavori inferiore ad euro 150.000,00, il tutto con una palese quanto illegittima elusione dell'obbligo di qualificazione prescritto dalla legge”.**