

c) qualora fra le categorie sia compresa la categoria 12, se sia obbligatoria o facoltativa l'applicazione della normativa di cui al DPCM 116/95. Occorrerà, poi, valutare, qualora non sia obbligatoria l'applicazione della normativa di cui al DPCM 116/95, se gli elementi, i pesi e la modalità di determinazione dell'*offerta economicamente più vantaggiosa* da indicare nei documenti di gara siano idonei a garantire il rispetto dei principi indicati nell'articolo 1, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche.

Il Ministero dei Lavori Pubblici sentito al riguardo ha rappresentato che i servizi richiesti nel bando non erano riconducibili totalmente a nessuna delle categorie di cui all'allegato 1 del decreto legislativo 157/95 e che quando ci si trovi in tali situazioni occorre applicare il criterio della prevalenza.

La declaratoria dei servizi contenuta nelle CPC n. 865, 866 e 867 e l'oggetto del bando dà ragione alla prima affermazione del Ministero. I servizi richiesti sono a margine delle due categorie 11 e 12 dal momento che le singole attività riguardano servizi di gestione (categoria 11) che incidono, però, su servizi urbanistici, di architettura e di ingegneria (categoria 12).

In tale situazione non può convenirsi in ordine all'applicazione del criterio della prevalenza, in quanto, questo criterio è pertinente ai casi in cui occorra procedere ad una scelta fra due procedure di gara, mentre, nel caso che interessa si tratta di individuare la tipologia dei servizi da affidare. Se più sono queste tipologie, non vi sono ragioni per non indicare tutte le categorie di servizi previsti dall'allegato 1 del decreto legislativo n. 157 del 1995. E ciò per le seguenti concordanti ragioni.

L'indicazione di tutti i servizi ha, in primo luogo, l'obiettivo di far conoscere ai possibili concorrenti, in modo trasparente e completo, l'oggetto del contratto di servizi posto in gara.

Inoltre, nell'ambito dei lavori pubblici la normativa vigente (art. 18, comma 3, della legge n. 55 del 1990) prevede l'obbligo di indicare nel bando di gara tutte le categorie generali e specializzate costituenti l'intervento da appaltare e si tratta di norma esplicativa della necessità di una completa indicazione degli elementi essenziali del bando.

La prassi, infine, è in questi sensi. Lo stesso Ministero dei lavori pubblici, in occasione dei bandi di gara per i servizi di *"consulenza tecnica, economico-finanziaria e di analisi del traffico ai fini della valutazione della sostenibilità economica e finanziaria dell'affidamento in concessione di costruzione e gestione"* dell'autostrada Salerno - Reggio Calabria e della tratta autostradale Pedemontana Veneta, ai sensi degli artt. 9 e 10 della legge 17 maggio 1999, n. 144, rispettivamente pubblicati nelle G.U. del 30 agosto 1999, n. 203 e 23 ottobre 1999 n. 250, ha indicato le due categorie 11 e 12 seguendo così il criterio della doppia indicazione. La stessa doppia indicazione fu adottata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ufficio per Roma Capitale e

Grandi Eventi, in occasione dei bandi per i servizi di monitoraggio relativi alle opere del Giubileo dentro e fuori la regione Lazio rispettivamente pubblicati sulle G.U. 10 luglio 1997, n. 159 e 22 gennaio 1998, n. 17.

Da questa plurima indicazione di categorie di servizi non discende, peraltro, la obbligatorietà di applicare le disposizioni del DPCM n. 116 del 1997 nel caso di bandi per l'affidamento di servizi appartenenti a più categorie, trattandosi, in ogni caso, di servizi con prestazioni di natura intellettuale fra le quali la categoria 12; ma la inesistenza di questo obbligo non esclude, la possibilità di applicazione e richiede che l'una o l'altra soluzione sia motivatamente assunta.

Inoltre, la metodologia di valutazione delle offerte previste nel bando non deve vanificare i principi di trasparenza e di concorrenza che risultano garantiti con il citato decreto 116 del 1997 tutte le volte che si versa nell'ambito degli anzidetti servizi che sono compresi tra quelli oggetto dei bandi di gara in esame.

La formula di assegnazione dei punti relativi all'offerta economica assunta dall'amministrazione è, invece, del tutto diversa da quella del più volte citato DPCM 116 del 1997, in quanto essa non consente una effettiva diversificazione del punteggio assegnato alla offerta economica (previsto in 20 punti) di tutti i concorrenti, con la conseguenza che l'affidamento avviene solo sulla base della valutazione, molto discrezionale, dell'offerta tecnica per cui sono assegnati 80 punti.

Ne segue che risultano fortemente squilibrati i valori attribuiti agli elementi prescelti per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Conclusivamente ed in base alle suesposte considerazioni, in caso di servizi riconducibili a più categorie fra quelle di cui all'allegato 1 del decreto legislativo n.157 del 1995, il bando deve far riferimento a tutte le categorie e non soltanto a quella considerata prevalente; non è obbligatorio per la valutazione dell'*offerta economicamente più vantaggiosa* applicare il DPCM 116 del 1997 ma la mancata applicazione va congruamente motivata e, comunque, i criteri per la valutazione dell'*offerta economicamente più vantaggiosa* non devono, in nessun caso, vanificare i principi della trasparenza e della concorrenza, come avviene nei casi di distribuzione del punteggio che comporti un rilevante squilibrio nella connessa assegnazione, si da rendere decisivo uno solo degli elementi prescelti per la valutazione.

**Individuazione della nozione di "chiunque ne
abbia interesse" per le richieste di ispezioni**
(Deliberazione del 17 novembre 1999)

In base alla disposizione di cui alla seconda proposizione del primo periodo del comma 6° dell'art.4 della legge n. 109/1994 e successive modificazioni ed integrazioni, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici "anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, può disporre ispezioni". La congiunzione iniziale (anche) evidenzia che il relativo procedimento può, pertanto, conseguire, sia ad un atto di iniziativa di ufficio di essa Autorità sia ad una sollecitazione da parte di altro distinto soggetto. Nell'uno e nell'altro caso, tuttavia, per effetto del verbo impiegato (può), è da ritenere che non sussista alcun obbligo ad iniziare il procedimento medesimo, essendo la relativa facoltà rimessa al potere discrezionale dell'Autorità di vigilanza.

Sulla base, poi, dei principi propri del procedimento amministrativo, l'atto di iniziativa di ufficio di quello in esame può, a sua volta, essere costituito o da una decisione interna dell'Autorità, non necessariamente formalizzata, cui segue successivamente un'attività all'esterno rilevante; ovvero, da un atto dell'Autorità stessa contestualmente formalizzato e rilevante all'esterno.

Nel caso, invece, di procedimento sollecitato da altri soggetti, è necessario che l'atto di iniziativa assuma una configurazione qualificata; non essendo, in particolare, sufficiente un qualsiasi atto di impulso procedimentale e dovendo lo stesso assumere la connotazione sostanziale della "richiesta".

In particolare, non basta la mera rappresentazione di fatti e circostanze, ancorché accompagnata dall'auspicio che si dia corso al procedimento.

Se così fosse stato, il legislatore avrebbe fatto riferimento ad atti di "denuncia" "voto" "invito" o atti similari.

Alla rappresentazione indicata occorre, pertanto, sia aggiunta una sollecitazione formale a che si proceda, la quale attribuisca all'atto di impulso la connotazione della "richiesta".

Stante, peraltro, la genericità della formulazione del testo di cui all'indicato comma 6 dell'art.4 della legge 109/1994 è da ritenere nel caso ivi regolato che siffatta sollecitazione possa provenire, oltre che da altra figura soggettiva che agisca quale autorità (come è nel caso della "richiesta" in senso proprio), anche da qualsiasi altro soggetto, pubblico o privato, che agisca in proprio ovvero quale rappresentante di interessi collettivi o diffusi ("richiesta" intesa in senso improprio ed atecnico). La sollecitazione, in ogni caso, deve essere motivata; deve, cioè, contenere l'indicazione delle specifiche ragioni per le quali si chiede l'ispezione.

E' da ritenere, poi, che in caso di accoglimento da parte dell'Autorità di vigilanza della sollecitazione proposta, il richiedente assume la qualità di parte del conseguente procedimento con tutte le facoltà proprie dalla stessa derivanti.

Sulla base dei principi generali in tema di procedimento amministrativo, a differenza di quanto avviene nei casi di mancato impulso alla iniziativa di ufficio, se viene presentata una richiesta motivata di ispezione, l'eventuale determinazione di non dar luogo alla stessa deve essere motivata; e tanto in relazione all'obbligo generico di provvedere che incombe sulle amministrazioni e che consegue alla presentazione dell'atto formale di sollecitazione di parte. La determinazione conclusiva, in tal caso, può anche riguardare la sola insussistenza dell'obbligo a provvedere; e tanto sia nel caso di una ritenuta irritalità della "richiesta", ovvero della mancanza di legittimazione procedimentale di chi l'ha proposta. In tale evenienza, tuttavia, all'istanza proposta potrà riconoscersi il valore di sola denuncia, da cui può farsi eventualmente scaturire un'iniziativa procedimentale d'ufficio.

La legittimazione alla proposizione della "richiesta", come in precedenza intesa a norma del comma 6 dell'art.4 della legge 109/1994 in esame compete a "chiunque ne abbia interesse".

Concettualmente, la disposizione si ricollega alla norma di cui all'art.9 della legge 7 agosto 1990, n.241, sul procedimento amministrativo, in base alla quale "qualunque soggetto, portatore di interessi, pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento". Entrambe le disposizioni, ancorchè relative a fasi diverse del procedimento medesimo tendono ad assicurare la massima trasparenza e partecipazione al procedimento medesimo. Le due norme, tuttavia, vanno interpretate in maniera coerente con il complessivo ordinamento e tenendo conto del dibattito, sviluppatosi in dottrina e giurisprudenza e che ha portato alla loro formulazione, sulla tutela degli interessi cosiddetti diffusi, siano essi collettivi o adespoti. Dibattito cui si rinvia e le cui conclusioni inducono a far ritenere come, nell'uno e nell'altro caso, non si sia inteso configurare una sorta di generalizzata azione popolare implicante una indifferenziata legittimazione a sollecitare l'inizio del procedimento, ovvero ad intervenire nello stesso per la totalità delle figure soggettive e per la tutela di qualsiasi interesse.

Con specifico riferimento al caso in esame, siffatta interpretazione trova anche giustificazione nel rilievo che l'illimitatezza, che è propria del pronome impiegato (chiunque), trova definizione e contenimento nella prevista correlata necessità dell'avervi interesse. Sicchè nel caso di cui all'art.4 della legge 109/1994, legittimata a proporre una richiesta di ispezione non è una qualsivoglia figura soggettiva; dato che un tale potere viene riconosciuto esclusivamente ai soggetti che dal suo espletamento potrebbero ricevere una particolare utilità o un particolare vantaggio ed a

nulla rilevando che l'utilità ovvero il vantaggio siano propri di altri soggetti che versino nella stessa situazione del richiedente. E' da escludere, tuttavia, la legittimazione procedimentale nel caso in cui l'utilità a cui tende il soggetto non gli appartenga per intero, identificando soltanto una quota di utilità più generale ed indivisibile spettante, unitariamente e complessivamente, ad una collettività più o meno istituzionalizzata e fatte salve, in tal caso, le azioni popolari previste dall'ordinamento (art.4 della legge 3 agosto 1999, n.265).

E' necessario, poi, che il vantaggio o l'utilità perseguiti siano correlati ad interessi giuridicamente rilevanti sotto il profilo oggettivo, e non pertengano invece a mere aspirazioni individuali ed in ogni caso non implicano pretese pretestuose, vessatorie o comunque emulative. In definitiva, pertanto, non appare sufficiente per poter riconoscere la legittimazione alla proposizione dell'istanza di ispezione il solo riferimento ad una possibile evenienza, per effetto del suo accoglimento, di un risultato personalmente favorevole occorrendo l'ulteriore condizione, da verificarsi in concreto e caso per caso, che tale evenienza attenga ad un bene della vita individuale di un soggetto singolo o collettivo oggettivamente rilevante e comunque direttamente o indirettamente collegato al potere di cui viene sollecitata l'esplicazione.

PAGINA BIANCA

Norme di sicurezza nei cantieri

(Deliberazione del 15 dicembre 1999)

Con esposto pervenuto il 23 novembre 1999 le organizzazioni sindacali FILLEA/CGIL, FENEAL/UIL, FILCA/CISL esponevano una situazione di mancata osservanza delle norme di sicurezza nei cantieri edili e l'esame della normativa evidenziava una situazione di incertezza circa i termini in cui debbono essere applicate coerenti misure, situazione che richiede un intervento dell'Autorità che offra alle amministrazioni appaltatrici e alle imprese chiari elementi di riferimento per l'adempimento dei relativi obblighi, di particolare significazione sociale.

In base alla normativa vigente, è da ritenere quanto segue:

- La mancata emanazione del regolamento governativo in materia di piani di sicurezza nei cantieri, di cui all'art. 31, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni (legge quadro sui lavori pubblici), non esclude l'immediata vigenza delle norme dettate in materia di sicurezza dalla legge stessa, quali risultanti dalle indicazioni contenute nella legge 18 novembre 1998, n. 415.
- Fermi restando, pertanto, per il periodo antecedente, gli obblighi in materia di sicurezza imposti dalla normativa al momento vigente, a decorrere dalla data di entrata in vigore della indicata legge 18 novembre 1998, n. 415, le amministrazioni appaltanti hanno l'obbligo di evidenziare nei bandi di gara gli oneri relativi ai piani di sicurezza, oneri da ritenersi non soggetti a ribasso d'asta.
- Pur in mancanza di parametri normativi di riferimento e che saranno precisati nel regolamento di cui al punto 1, alla determinazione degli oneri suddetti, le stazioni appaltanti devono provvedere caso per caso, in maniera non elusiva delle prescrizioni normative, sulla base della specificità dei lavori ed in ogni caso nei limiti dei contenuti minimi dei piani.
- Alle disposizioni vigenti, e come in precedenza individuate, vanno conformati i bandi in corso di definizione; laddove, per i bandi già definiti, dovranno comunque essere adottate le opportune misure atte a garantire la sicurezza dei lavoratori nelle lavorazioni in atto.
- Ne consegue la illegittimità dei bandi che non contengono la predetta indicazione o che prevedano oneri in misura inadeguata e pertanto comportanti un'applicazione elusiva alle prescrizioni normative.

Ciò in base alle seguenti considerazioni.

L'obbligo di assicurare un ambiente di lavoro che garantisca l'incolumità fisica degli addetti, per le opere pubbliche, ha avuto, per la prima volta, enunciazione generale con l'art. 18, comma 7 e 8, della legge 19 marzo 1990, n. 55. La norma ha previsto una serie di adempimenti a carico dell'appaltatore tenuto, tra l'altro, ad adottare un piano di sicurezza da coordinare, eventualmente, con analoghi piani redatti dai possibili subcontraenti o subappaltatori operanti nei cantieri.

Era previsto un indiretto coinvolgimento e responsabilizzazione anche dell'amministrazione committente, che era tenuta preventivamente ad acquisire il piano per tenerlo a disposizione delle autorità preposte ai controlli.

Responsabile diretto della attuazione del piano di sicurezza era il direttore tecnico di cantiere.

Il coinvolgimento del committente in materia di sicurezza nei cantieri veniva, peraltro, accentuato con l'art. 24 del decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406, attuativo della direttiva comunitaria 89/440/CEE relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti di importo superiore ai 5 milioni di ECU. Con tale disposizione si stabiliva, infatti, che le stazioni appaltanti dovessero richiedere ai partecipanti alle gare di dichiarare di avere tenuto conto, nella predisposizione delle offerte, degli oneri correlati agli obblighi derivanti dalle disposizioni di legge in tema di sicurezza vigenti nei luoghi ove erano eseguiti i lavori.

Successivamente, con il decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, veniva emanata, in attuazione di alcune direttive comunitarie in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, una regolamentazione generale della materia della sicurezza e che, tra l'altro, equiparava i datori di lavoro pubblici e privati quanto all'osservanza degli obblighi al riguardo previsti nel decreto. Seguiva il decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, di attuazione della direttiva comunitaria n. 92/54/CEE concernente le misure minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei e mobili, che rinviava all'osservanza dei principi e delle misure generali indicati nel precedente decreto meglio definendo la materia e spostando, tuttavia, sul committente, pubblico o privato che fosse, la principale responsabilità in materia di sicurezza, imponendogli di predisporre piani di sicurezza e di coordinamento da elaborare unitamente alla progettazione esecutiva dell'opera ed ancor prima della individuazione delle imprese cui affidare i lavori. Il coinvolgimento del committente, poi, non riguardava la sola fase della progettazione, bensì anche quella successiva di esecuzione dei lavori. Era prevista, infatti, l'indicazione da parte del committente medesimo, oltre che di un coordinatore della sicurezza in fase di progettazione, anche di un coordinatore della sicurezza nella fase di esecuzione dell'opera; con attribuzione ad entrambi di competenze concretamente operative e tese ad individuare le effettive misure necessarie a prevenire gli infortuni.

In definitiva, pertanto, si può dire, che sulla base della disciplina contenuta nei due indicati decreti legislativi, è stato ribaltato il principio, in precedenza operante, e secondo cui responsabile sostanziale della sicurezza era il solo appaltatore e non anche il committente che risulta, invece, ora direttamente e specificamente coinvolto sin dalla fase della progettazione dell'opera.

Da sottolineare al riguardo, poi, che, ai sensi degli art. 12, comma 2, e art. 13, comma 2, del decreto legislativo 494/1996, per il settore pubblico, le

disposizioni contenute nel medesimo decreto si applicano fino alla emanazione del regolamento in materia di piani di sicurezza previsto dall'art. 31, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 ed attualmente, come già rilevato, non ancora emanato.

E' da ritenere che la previsione di cui agli indicati decreti legislativi circa, in particolare, l'obbligo per il committente (art. 4, comma 1, d. lgs. 494/1996) della predisposizione di un piano di sicurezza e di coordinamento, ovvero, per i lavori particolarmente complessi, di un piano generale di sicurezza, abbia assorbito, implicitamente abrogandola, la disposizione di cui al menzionato art. 18 della legge n. 55/1990 relativo al piano della sicurezza fisica dei lavoratori cui era tenuto l'appaltatore (in tali sensi si è anche espressa la circolare del Ministero del lavoro n. 41/1997 del 18 marzo 1997). Ed ancorché sia da precisare che detta abrogazione non possa considerarsi, tuttavia, sussistente nelle ipotesi in cui non ricorrano concretamente le condizioni per l'applicazione dell'indicato decreto legislativo 494/1996 (conforme parere del Consiglio di Stato n. 1533 del 1 luglio 1997 e circolare dello stesso indicato Ministero del lavoro n. 30/1998 del 5 marzo 1998).

Con la legge 18 novembre 1998, n. 415 sono state introdotte, infine, alcune modifiche al delineato sistema. In particolare, è stata prevista la facoltà per l'appaltatore e per il concessionario di redigere e consegnare alla stazione appaltante e al concedente proposte di integrazione del piano di sicurezza ove predisposto dal committente, ovvero un suo piano di sicurezza sostitutivo di quelli del committente ove non obbligatori (con implicita confermata reviviscenza, in tale seconda ipotesi, dell'obbligo di cui all'indicato art. 18 della legge n. 55/1990).

E' stato, poi, stabilito che l'appaltatore o il concessionario sono tenuti, comunque, a predisporre un piano operativo di sicurezza complementare e di dettaglio rispetto a quelli di competenza del committente e contenente l'indicazione delle concrete proposte operative riguardanti i singoli cantieri.

E' previsto, altresì, che gli indicati atti relativi alla sicurezza devono essere considerati come parti integranti del contratto di appalto; ed infine, è stabilito che gli oneri relativi alla sicurezza devono essere indicati nel bando di gara e non sono soggetti a ribasso.

Sulla base di quanto precede, si può ritenere che, allo stato - pur in mancanza del previsto regolamento generale sulle misure minime di sicurezza nei lavori pubblici - la normativa in materia di sicurezza nei cantieri appare sufficientemente chiara e delineata anche per quanto riguarda il settore delle opere pubbliche, dovendo applicarsi allo stesso tutte le disposizioni di cui ai menzionati decreti legislativi n. 626/1994 e n. 494/1996 relative ai piani di sicurezza. A tale conclusione induce, innanzitutto, la considerazione relativa alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 494/1996 attuativo della direttiva comunitaria n. 92/57 CEE, che ha generalizzato l'obbligo dei piani di sicurezza e che è successiva a quella di cui alla legge 2 giugno 1995, n. 216 che già prevedeva il rinvio alla disciplina regolamentare per la parametrizzazione dei relativi costi;

vale, inoltre, la considerazione che l'emananda disciplina regolamentare, ai sensi di quanto disposto dal comma 1 dell'art. 31 della legge quadro sui lavori pubblici, dovrà essere comunque adottata " in conformità alle direttive 89/391 CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, 92/57 CEE del Consiglio, del 24 giugno 1992, e alla relativa normativa nazionale di recepimento", sicché non potrà mai incidere il contenuto minimo dei piani. Al che si aggiunge la considerazione che trattasi di materia di elevata rilevanza sociale oggetto di disciplina a livello comunitario, la cui applicazione non può essere condizionata da adempimenti interni correlati ad esigenze di tipo meramente economico.

Consegue quindi anche la necessità che siano attualmente le amministrazioni appaltanti a dover provvedere alla individuazione ed alla evidenziazione nei bandi di gara degli oneri relativi alla attuazione degli anzidetti piani di sicurezza; oneri che saranno determinati dalla amministrazione medesima tenendo conto delle specifiche esigenze di cantiere e che dovranno, in ogni caso, essere fissati in maniera adeguata e tale da non implicare elusione delle prescrizioni in essi contenute.

Contratti misti

(Deliberazione del 28 dicembre 1999)

Con alcuni esposti a questa Autorità veniva sottoposta questione riguardante le procedure di affidamento di barriere spartitraffico nelle sedi autostradali.

Va dato atto del rilievo delle questioni interpretative prospettate che consigliano gli opportuni approfondimenti.

Va, poi, considerato che la questione interpretativa relativa alla individuazione della normativa applicabile all'esaminata fattispecie va risolta tenendo conto, innanzitutto, di quanto disposto dal comma 1 dell'art. 2 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo sostituito dall'art. 1 della legge 18 novembre 1998, n. 415. Lo stesso, in particolare, stabilisce che "nei contratti misti, di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento".

Va ancora tenuta presente, poi, la norma di cui all'art. 3, comma 3, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, nel testo risultante dalle modifiche apportatevi dal comma 75 dell'art. 9 della stessa indicata legge n.415/1998. Disposizione secondo cui "gli appalti che, insieme alle prestazioni di servizi, comprendono anche l'esecuzione di lavori, sono considerati appalti di servizi qualora i lavori assumano funzione accessoria rispetto ai servizi, siano complessivamente di importo inferiore al 50 per cento del totale, e non costituiscano l'oggetto principale dell'appalto".

Dalle norme ora indicate si desume che il legislatore nazionale ha operato una scelta univoca al fine di individuare il regime giuridico da osservare, sia nel caso di contratti misti di lavoro, forniture e servizi sia nel caso in cui i lavori siano accessori rispetto a forniture o servizi, che costituiscano, invece, oggetto principale del contratto. Si precisa, al riguardo, che i contratti misti anzidetti, sono quelli in cui sono previste prestazioni di lavoro, forniture e servizi.

In entrambe le ipotesi ora indicate, nell'ordinamento italiano il criterio dell'accessorietà contenuto nelle direttive comunitarie 92/50 e 93/36 è integrato - o è meglio dire - specificato con il criterio della prevalenza economica, che costituisce nella normalità dei casi, concreta evidenziazione della sussistenza di una situazione di accessorietà.

Le relative disposizioni, in tal modo interpretate, possono ritenersi compatibili con quanto previsto, per i contratti misti, dalle direttive comunitarie 92/50 e 93/36 relative, rispettivamente, agli appalti pubblici di servizi ed agli appalti pubblici di forniture.

E' pur vero, infatti, che le direttive stesse fanno riferimento, per la individuazione della disciplina applicabile a tali contratti, al solo criterio

della accessorialità della prestazione, per cui, i lavori compresenti in un contratto di servizi "non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui (essi) sono accessori e non costituiscono oggetto dell'appalto" (16° considerando della direttiva 92/50/CEE); ed analogamente, deve considerarsi di fornitura anche l'appalto che prevede "a titolo accessorio lavori di posa in opera ed installazione" (art. 1, direttiva 93/36/CEE).

E' altrettanto vero, tuttavia, che il criterio della accessorialità richiamato dalle indicate direttive, anche alla luce della prevalente dottrina, non va inteso come correlato ad una soggettiva e discrezionale valutazione di strumentalità o secondarietà di una prestazione rispetto ad altra, da parte delle amministrazioni appaltanti. Si deve, invece, ed in coerenza con l'indisponibilità della disciplina pubblicistica dei relativi settori da parte delle amministrazioni medesime, a tale criterio attribuire una obiettiva valenza funzionale che non può non riferirsi anche all'effettiva consistenza economica delle singole concorrenti prestazioni.

Perciò non può ritenersi confliggente con l'enunciazione in sede comunitaria dell'indicato principio di accessorialità una previsione normativa interna - quale è, appunto, quella di cui al secondo periodo del comma 1 del richiamato art. 2 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 - che ha provveduto ad integrarlo, ponendo, nel caso di contratti con prestazioni eterogenee, un limite invalicabile (50 per cento) all'apprezzamento soggettivo dell'amministrazione appaltante circa l'incidenza, nella configurazione complessiva del contratto, del valore della prestazione di lavori che, qualora economicamente ad altre prevalente, non può essere ritenuta alle stesse funzionalmente subvalente al fine della individuazione della normativa complessivamente applicabile.

Ciò non esclude, tuttavia, proprio in base all'individuato principio della obiettiva valenza funzionale del criterio dell'accessorialità, che il dato della prevalenza economica che ha funzioni di evidenziatore della accessorialità di altra prestazione, non conservi valenza determinante in fattispecie non disciplinate nel nostro ordinamento in cui il contratto che prevede lavori e forniture e servizi ma in special modo lavori e forniture possa essere considerato misto solamente in senso improprio.

Ci si riferisce ai casi in cui l'oggetto del contratto sia sostanzialmente un lavoro pubblico. Ciò si ha quando la sua funzione, cioè il risultato che dallo stesso l'amministrazione pubblica intende conseguire, è quella della realizzazione dell'opera pubblica, che costituisce l'oggetto principale del contratto. In questa ipotesi, pur se sono previste forniture di materiali o di componenti, come consentito dalla moderna tecnica, di valore economico prevalente rispetto agli oneri di lavorazione, queste forniture conservano una funzione meramente strumentale, non acquistano valenza di autonoma prestazione che si affianchi a quella concernente lavori, il contratto non diviene misto, la fornitura costituisce mera componente dell'unitaria prestazione di lavoro pubblico, prestazione - si ripete - intesa a che sia realizzata l'opera pubblica.

Conclusivamente, si deve quindi ritenere che al contratto di fornitura e posa in opera di beni (nella specie inerenti la sicurezza della circolazione stradale) qualora implicanti prestazione di lavori assumentesi rilievo economico superiore al 50 per cento del complessivo contratto ed ancorché la prestazione relativa ai lavori sia funzionalmente ritenuta subvalente rispetto alla fornitura del bene, deve trovare applicazione la normativa di cui alla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni. Questa normativa si applica anche nei casi in cui la fornitura, quale ne sia l'entità economica, abbia una valenza meramente strumentale rispetto alla unitaria funzione del contratto che, per essere inteso alla realizzazione di un'opera pubblica costituisce un contratto in senso proprio unitario e concernente lavori pubblici.

PAGINA BIANCA

Applicazione del D.P.C.M. 10 gennaio 1991 n. 55

(Deliberazione del 28 dicembre 1999)

Il Collegio Costruttori Edili della Provincia di B. segnalava, con atto pervenuto il 4 novembre 1999, che il bando di gara, per l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione della residenza universitaria I., di importo a base d'asta di MLD 4,395, conteneva le seguenti prescrizioni in tema di requisiti dei partecipanti alla gara:

- a) fatturato per lavori di ristrutturazione non inferiore a L. 7.000.000.000 per ciascun anno;
- b) elenco dei lavori di ristrutturazione svolti e relative referenze da parte delle committenze, che attestino che i lavori di ristrutturazione eseguiti dall'impresa sono stati svolti in modo soddisfacente.

Il Collegio dei Costruttori Edili sosteneva nell'atto citato che il bando innanzi detto era illegittimo perché in contrasto con il D.P.C.M. 10 gennaio 1991 n.55, recante disposizioni per garantire omogeneità di comportamenti alla stazione committente relativamente ai contenuti dei bandi, avvisi di gara e capitolati speciali, nonché disposizioni per la qualificazione dei soggetti partecipanti alle gare per l'esecuzione di opere pubbliche.

L'art. 4, comma 2, del citato D.P.C.M. dispone, infatti, che per gli appalti di importo superiore ad un milione e inferiore a cinque milioni di ECU, quale l'appalto in esame, l'ente committente può richiedere, oltre al certificato dell'Albo Nazionale dei Costruttori, ulteriori requisiti afferenti alla cifra d'affari in lavori, variabile tra 1 e 1,50 volte l'importo a base d'asta, il costo del personale dipendente, non inferiore allo 0,1% della cifra d'affari richiesta nel limite anzidetto, nonché, per gli appalti di importo pari o superiore 3,5 milioni di ECU, l'esecuzione di lavori nella categoria prevalente per un importo complessivo variabile tra 0,30 e 0,40 volte l'importo a base d'asta.

La stazione appaltante A., cui il Collegio dei Costruttori aveva richiesto con nota 10 settembre 1999 n.1020/D.1 la modifica del bando, non contestava l'asserito contrasto con il D.P.C.M. 55/91, ma sosteneva che, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 9 della legge 11 febbraio 1994 n.109, come modificato dalla legge 18 novembre 1998, n.415, l'applicazione del D.P.C.M. citato non era più un obbligo ma una mera facoltà della stazione appaltante.

Secondo l'A., infatti, l'espressione "la partecipazione... è altresì ammessa in base al D.P.C.M. 10 gennaio 1991, n.55", usata dal legislatore della L.415 in luogo di quella del testo previgente dell'art.9: "la partecipazione ... è regolata dal D.P.C.M. 10 gennaio 1991, n.55" avrebbe l'effetto di privare il citato D.P.C.M. dell'efficacia propria di norma d'ordine pubblico, e di ridurlo invece ad un insieme di regole meramente dispositive.

La stazione appaltante esponeva quindi i motivi per cui non aveva ritenuto, per il caso in esame, di fare ricorso alla facoltà di applicare il D.P.C.M. citato, indicandoli nella particolare complessità della natura dell'intervento e nel particolare rilievo urbanistico della zona interessata dai lavori.

La tesi della stazione appaltante non può essere condivisa.

Va osservato, in primo luogo, che la norma di cui all'art. 9 della L. 109 del 1994 nella sua formulazione definitiva, fa espresso riferimento anche alla legge 10 febbraio 1962, n. 57. Tale circostanza che, secondo le indicazioni interpretative sostenute da detta stazione, porterebbe ad escludere perfino l'obbligatorietà della stessa iscrizione all'ANC, contribuisce in realtà a chiarire il significato dell'espressione contenuta nel testo novellato dell'art.9, c.1, della citata legge n. 109/94.

La disposizione in esame va, infatti, letta, in conformità ai generali principi di ermeneutica, nell'intero contesto della legge n. 109/94, come modificata dalla legge 415/98.

Così operando, vengono in rilievo le modifiche apportate al testo di altro articolo, l'8, che prevede la possibile operatività del nuovo sistema di qualificazione, anche anteriormente al 31 dicembre 1999.

Il legislatore della novella del 1998, col precisare che la partecipazione è "ammessa in base" e non più è "regolata", ha voluto consentire che la disciplina della partecipazione stessa potesse rinvenirsi anche nel D.P.C.M. del 1991, pur se emanata la normativa sul nuovo sistema di qualificazione.

Le norme in tema di requisiti di partecipazione di cui alla legge 10.2.1962, n.57 e del D.P.C.M. 10.1.1991, n.55 conservano, pertanto, piena efficacia fino a detta data del 31 dicembre 1999, salve le particolari disposizioni transitorie che potranno essere emanate in ordine al passaggio dal precedente al nuovo sistema di qualificazione delle imprese.