

L'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici con la determinazione numero 3 del 6 aprile 2005 si occupa delle problematiche, negli appalti misti, di conoscere a quale legislazione debba fare riferimento il bando di gara

Obblighi assicurativi: se si applica la Merloni, sono già predisposti; se si applica un'altra legislazione, bisogna costruirli sul bando, attenzione alle Società di Intermediazione Finanziaria (non comprese nell'elenco di cui alla L. 348/1982)

E' opportuno ricordare che, successivamente a tale documento, è entrata in vigore il 12 maggio 2005 la Legge 62/2005 (legge comunitaria per il 2004, art. 24 comma 2) modificativa anche della Legge Merloni (nonché del decreto legislativo 157/95 in tema di appalti di servizi)

Il novellato articolo della Legge 109/94 s.m.i. così recita:

< Art. 2. (Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge)

1. Ai sensi e per gli effetti della presente legge e del regolamento di cui all'articolo 3, comma 2, si intendono per lavori pubblici, se affidati dai soggetti di cui al comma 2 del presente articolo, le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica. **Nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento. Quest'ultima disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto.>**

L'Ambito di applicazione della corretta Legge, è bene ribadirlo, assume anche un'importanza fondamentale per quanto riguarda la scelte delle garanzie assicurative da richiedere ai partecipanti.

Giova infatti segnalare che , mentre per quanto riguarda la Legge sui lavori pubblici, anche se nel bando se ne fa menzione in maniera parziale, vigono gli obblighi contenuti nell'articolo 30 della L. 109/94 s.m.i. e negli articoli dal 100 al 107 del dpr 554/99, nel silenzio della normativa sui servizi, l'unico modo che l'amministrazione ha di richiedere, ad esempio, la cauzione provvisoria (oneri e obblighi relativi alla partecipazione) e la cauzione definitiva (oneri e obblighi relativi al contratto), è quello di **ESPLICITAMENTE** farne obbligo nella *lex specialis* di gara.

A questo proposito, si sottolinea ancora il fatto che, a norma della Legge L. 348/1982:

< In tutti i casi in cui è prevista la costituzione di una cauzione a favore dello Stato o altro ente pubblico, questa può essere costituita in uno dei seguenti modi:

- a) da reale e valida cauzione (...)
- b) da fideiussione bancaria (...)
- c) da polizza assicurativa (...)>

L'applicazione di questa normativa significa che:

- √ anche se nel bando per un appalto di servizi, l'amministrazione non specifica la possibilità di prestare cauzione (provvisoria o definitiva) attraverso una Banca o una Compagnia, si trova comunque costretta ad accettare, quali garanti, queste due figure di fideiussori;
- √ per rendere attiva, anche nel gioco degli appalti di servizi, la figura del garante che sia un Intermediario Finanziario, l'Amministrazione aggiudicatrice lo deve predisporre sul bando,

tenendo conto, per analogia a quanto accade nel mondo degli appalti di lavori, che dette Società dovrebbero (mentre nei lavori devono) rispondere a due requisiti:

Intermediario finanziario in quanto società iscritta nell'albo speciale di cui all'art.107 del Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385;

avere l'autorizzazione come da < Decreto del presidente della repubblica 30 marzo 2004, n. 115 - Criteri per il rilascio dell'autorizzazione alla prestazione, da parte di intermediari finanziari, di fidejussioni in relazione all'affidamento di lavori pubblici>

pertanto la clausola da inserire nei bandi, potrebbe essere la seguente:

<possono essere prodotte, a titolo di cauzioni provvisorie e definitive, oltre a fidejussioni bancarie e polizze assicurative, anche atti di fidejussione prestate da Intermediari finanziari , iscritti nell'elenco speciale di cui all'art.107 D.Lgs. n. 385/1993 ed in possesso di autorizzazione rilasciata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze ex art. 2 c.1 D.P.R. n. 115 del 30.3.2004>

A cura di Sonia LAZZINI

AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI DETERMINAZIONE 6 aprile 2005 Appalti misti e requisiti di qualificazione. (Determinazione n. 3/2005).

IL PRESIDENTE

Considerato in fatto

Sono pervenute a questa Autorita' per la vigilanza sui lavori pubblici alcune richieste di chiarimenti da parte di stazioni appaltanti in merito ai requisiti di qualificazione negli appalti misti. Al riguardo il Consiglio dell'Autorita', nell'adunanza del 6 aprile 2005, al fine di fornire indicazioni per un'interpretazione uniforme, ha adottato la seguente determinazione.

Ritenuto in diritto

Per appalto misto si intende quello in cui l'oggetto della procedura di aggiudicazione e del successivo contratto e' costituito da prestazioni eterogenee, ascrivibili a settori assoggettati a differenti discipline pubblicistiche (lavori, servizi, forniture), sicche' sorge il problema dell'individuazione della disciplina applicabile a seconda della qualificabilita' dell'appalto stesso in termini di lavori, servizi o forniture.

A tal fine, con riferimento al settore dei lavori pubblici, deve richiamarsi l'art. 2, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., ai sensi del quale «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».

Il parametro da utilizzare nell'individuare il regime giuridico proprio degli appalti a prestazioni eterogenee, di cui alla suddetta disposizione, e' quello della prevalenza economica.

Con riferimento a tale disposizione, tuttavia, con procedura di infrazione n. 2001/2182 ex art. 226 del Trattato, la Commissione ha formulato alcuni rilievi circa la compatibilita' della norma italiana in materia di contratti misti al diritto comunitario.

E' stato rilevato, infatti, che all'individuazione dell'oggetto principale di un appalto misto concorrono, tra gli altri, non solo la rilevanza economica delle singole prestazioni, ma anche la connotazione dell'accessorieta' o meno della componente lavori rispetto alle altre prestazioni e viceversa.

Nel recepire tale impostazione concettuale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nella Circolare n. 2316 del 18 dicembre 2003, in materia di «disciplina dei contratti misti negli appalti

pubblici di lavori, forniture e servizi», ha focalizzato il concetto di «oggetto principale del contratto» precisando che il criterio utilizzato dal legislatore comunitario mira ad identificare la natura propria dell'appalto, facendo perno su di un concetto di prevalenza della prestazione parziale intesa non tanto (e non solo) in senso economico, quanto piuttosto come prestazione che deve esprimere l'oggetto principale del contratto, definendo conseguentemente il carattere dell'appalto. La Circolare invita, altresì, le amministrazioni aggiudicatrici all'osservanza del criterio comunitario in esame, conformando allo stesso i futuri bandi di gara.

Successivamente nella Direttiva unificata n. 18/ 2004/CE – relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi - con riferimento agli appalti misti (lavori con forniture e/o servizi), e' stato precisato che (X considerando) l'appalto va definito di lavori se il suo oggetto riguarda specificamente l'esecuzione di lavori «anche se puo' riguardare la fornitura di altri servizi necessari per l'esecuzione dei lavori stessi»; tale precisazione va pero' letta con quanto previsto per l'appalto di servizi, laddove si precisa che se il contratto contiene lavori qualificabili accessori rispetto ai servizi, il contratto si definisce comunque di servizi.

Il riferimento e' dunque alla nozione di accessorietà dei lavori e non alla prevalenza economica. Cio' viene chiarito sempre nel X considerando della direttiva dove si afferma che sono accessori rispetto all'oggetto principale del contratto i lavori che «costituiscono solo una conseguenza eventuale o un completamento del servizio». E, per ulteriore chiarezza, viene precisato anche che il fatto che detti lavori (accessori) facciano parte dell'appalto non puo' giustificare la qualifica di appalto pubblico di lavori dell'appalto di servizi.

Analogamente dispone l'art. 1, comma 2 della Direttiva.

Di conseguenza, al fine di rendere la normativa interna conforme al diritto comunitario, nel senso indicato, nel disegno di legge comunitaria 2004 (Disegno di legge C 5179 - Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004. Testo approvato dal Senato (S 2749) e trasmesso all'esame dell'assemblea della Camera dei Deputati [ndr La legge comunitaria 2004 e' stata approvata il 13 aprile 2005]) e' prevista l'introduzione nell'art. 2 sopra citato, del criterio dell'accessorietà così come inteso nel diritto comunitario.

Si prevede, infatti, la sostituzione dell'art. 2, comma 1, della legge n. 109/1994 e s.m., con il seguente testo «nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento. Quest'ultima disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto».

Tale disposizione recepisce, dunque, le indicazioni della Direttiva n. 18/2004/CE, sebbene non contenga alcuna precisazione in ordine al significato da attribuire al criterio dell'«accessorietà», sicché per comprenderlo occorrerà fare riferimento a quanto disposto dalla Direttiva stessa.

Così alla luce delle modifiche normative in itinere, può osservarsi quanto segue:

la normativa sui lavori pubblici troverà applicazione qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento rispetto al valore dell'appalto;

la normativa de qua, ai sensi della nuova e futura versione dell'art. 2, comma 1, legge quadro, non sarà applicabile quando i lavori rivestono carattere accessorio ossia (ai sensi della direttiva n. 18/2004) quando «costituiscono solo una conseguenza eventuale o un completamento del servizio». Sicché troverà applicazione la normativa su servizi o forniture anche qualora i lavori, accessori nel senso appena esplicitato, siano di valore economico superiore a questi ultimi.

Ma ragionando al contrario, può altresì ammettersi l'applicazione della normativa sui lavori pubblici ove i lavori stessi «caratterizzino» l'appalto (in quanto costituenti l'oggetto principale dello stesso) e (poiché la norma nulla dispone al riguardo), può aggiungersi, anche se di valore inferiore rispetto a quello di servizi e forniture.

La suddetta interpretazione dell'art. 2 (nella futura versione) sembra, peraltro, in linea con le pronunce dell'Autorità sull'argomento, la quale nell'atto di regolazione n. 5 del 31 gennaio 2001 e

nelle determinazioni numeri 13 del 28 dicembre 1999 e 22 del 10 dicembre 2003, ha espresso avviso per cui nell'ordinamento italiano il criterio dell'accessorietà, contenuto nelle direttive comunitarie, è integrato con il criterio della prevalenza economica.

Conseguentemente (come precisato nelle citate pronunce dell'Autorità) la normativa in tema di lavori pubblici troverà applicazione in entrambi i seguenti casi:

1. in tutti i casi in cui l'oggetto del contratto sia sostanzialmente un lavoro pubblico, cioè quando la sua funzione, ossia il risultato che dallo stesso l'amministrazione pubblica intende conseguire è quello della realizzazione dell'opera pubblica; in tal caso, pur se sono previsti servizi o forniture, anche di valore economico prevalente, essi conservano una funzione meramente strumentale;

2. nei casi in cui la prestazione di lavori assuma rilievo prevalente e economico superiore al 50% del valore complessivo del contratto.

Occorre, inoltre, considerare che le previsioni comunitarie in materia di appalti misti e le conseguenti modifiche che saranno apportate all'art. 2, comma 1, della legge quadro, come illustrato in precedenza, devono coniugarsi con il regime di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici previsto nella legge quadro.

Al riguardo, sembra opportuno richiamare l'art. 8, comma 1, della legge n. 109/1994 e s.m. «(...) tutti i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati (...); così ai sensi del successivo comma 11-septies «nel caso di forniture e servizi, i lavori, ancorché accessori e di rilievo economico inferiore al 50 per cento, devono essere eseguiti esclusivamente da soggetti qualificati ai sensi del presente articolo».

Quest'ultimo comma, introdotto dalla legge 1° agosto 2002, n. 166 (c.d. Merloni quater) stabilisce, dunque, che nei contratti di forniture e servizi con lavori accessori, pur non disciplinati dalle norme della legge quadro sui lavori pubblici in ragione del peso della componente lavori inferiore al 50 per cento, ma anche (alla luce della direttiva n. 18/2004/CE e delle modifiche normative in itinere dell'art. 2, comma 1, legge n. 109/1994 e s.m.), in ragione dell'accessorietà degli stessi, rispetto a servizi e/o forniture, i lavori devono essere svolti esclusivamente da soggetti qualificati ai sensi dell'art. 8 della stessa legge quadro.

Come precisato dall'Autorità nella determinazione n. 27 del 16 ottobre 2002, infatti, tale norma deve essere interpretata nel senso che nei contratti di fornitura e servizi, i lavori, ove previsti ed anche se accessori e di rilievo economico inferiore al 50% dell'importo dell'appalto, devono essere eseguiti esclusivamente da imprese in possesso di attestazione di qualificazione.

Si deroga, dunque, alla regola generale dell'art. 2, comma 1, della legge quadro, (anche nella futura versione): in tema di qualificazione, infatti, le regole della legge quadro si applicano ogni qualvolta l'appalto misto comprende l'esecuzione di lavori, a prescindere dal valore e dall'accessorietà degli stessi rispetto ai servizi o alle forniture, e fatta salva per il resto l'applicazione della normativa relativa alla tipologia alla quale il contratto è riconducibile (forniture o servizi).

Si tratta peraltro di un'esigenza sempre più sentita in ordine a nuove tipologie contrattuali, come il global service e simili, spesso sottratti all'applicazione della legge quadro n. 109 del 1994.

Esigenza già evidenziata dall'Autorità, la quale con deliberazione n. 254 del 21 giugno 2001, esaminando un bando della Consip per la fornitura di servizi di global service immobiliare, ha ritenuto le clausole del relativo bando di gara compatibili solo con la prestazione di servizi e non anche con l'esecuzione di lavori pubblici, non essendo ivi previsto, ex ante, quale requisito di partecipazione

alla gara il possesso della qualificazione ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000 n. 34, necessario invece per l'esecuzione di lavori (nella fattispecie di manutenzione).

La disposizione dell'art. 8, comma 1-septies, della legge n. 109/1994 e s.m., invece, dispone chiaramente l'obbligo di far eseguire i lavori esclusivamente a soggetti qualificati.

Conseguentemente deve ritenersi che nei bandi relativi ad appalti misti dovranno essere opportunamente evidenziate la categoria e la classifica, con i relativi importi, dei lavori da eseguire, ancorche' accessori o di valore inferiore al 50 per cento, mentre i concorrenti dovranno dimostrare di essere in possesso della richiesta qualificazione, di importo e tipologia corrispondente a detti lavori.

Allo stesso modo, si ritiene che negli appalti misti debba trovare applicazione la disposizione di cui all'art. 3, comma 6, del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000, ogni qualvolta la componente lavori, anche se accessoria o di valore inferiore a 50 per cento dell'appalto, superi la soglia dei 20.658.276 di euro.

La disposizione in parola stabilisce infatti che «per gli appalti di importo a base di gara superiore a lire 40.000.000.000 (Euro 20.658.276), l'impresa, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attivita' diretta ed indiretta, non inferiore a tre volte l'importo a base di gara; il requisito e' comprovato secondo quanto previsto all'art. 18, commi 3 e 4, ed e' soggetto a verifica secondo l'art. 10, comma 1-quater, della legge».

Conseguentemente, ove detta disposizione trovi applicazione negli appalti misti, come sopra precisato, il requisito di cui all'art. 18, commi 3 e 4, del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000 dovra' essere comprovato con riferimento alla cifra d'affari in lavori, e non anche in servizi e/o forniture.

Sulla base delle suesposte considerazioni

Il Consiglio

Ritiene che:

nei contratti misti la normativa sui lavori pubblici trova applicazione quando i lavori costituiscono l'oggetto principale del contratto stesso, a prescindere dalla rilevanza economica;

le disposizioni della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m. in materia di qualificazione si applicano ogni qualvolta l'appalto misto comprende l'esecuzione di lavori, a prescindere dal valore e dall'accessorieta' degli stessi rispetto ai servizi o alle forniture;

nei bandi relativi ad appalti misti devono essere opportunamente evidenziate le categorie e le classifiche relative ai lavori da eseguire, ancorche' accessori o di valore inferiore al 50 per cento dell'importo dell'appalto; i concorrenti devono dimostrare di essere in possesso della qualificazione richiesta per l'esecuzione di detti lavori;

negli appalti misti, qualora la componente lavori, anche se accessoria o di valore inferiore a 50 per cento dell'appalto, superi la soglia dei 20.658.276 di euro, trova applicazione la disposizione di cui all'articolo 3, comma 6, del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000, per cui l'impresa concorrente, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, dovra' dimostrare di aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari in lavori non inferiore a tre volte l'importo a base di gara; detto requisito di cui all'art. 18, commi 3 e 4, del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000 e' comprovato esclusivamente con riferimento alla cifra d'affari in lavori, e non anche in servizi e forniture.

Roma, 6 aprile 2005

Il Presidente: Rossi Brigante