

Perizia suppletiva e di variante
(Deliberazione del 9 giugno 2000)

Il Consiglio dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in merito all'interpretazione dell'art. 25 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni ha assunto la seguente determinazione.

Premesso

Con nota n. 3389, del 17 novembre 1999, il sindaco del comune di Bortigali (Nuoro) ha investito l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici della questione relativa alla possibilità di disporre una perizia di variante e suppletiva relativamente a lavori di completamento della rete di illuminazione pubblica appaltati per il complessivo importo di lire 227 milioni.

La perizia di variante, che aumentava l'importo contrattuale di 41 milioni, trovava giustificazione nella prospettata esigenza, manifestatasi successivamente all'appalto, di meglio definire la rete di illuminazione ed implicava l'utilizzazione dei ribassi d'asta avutisi in sede di gara e senza alterazione del finanziamento di lire 350 milioni, complessivamente assentito. La richiesta traeva origine dalla diversità di opinione tra il responsabile dell'area tecnica ed il segretario comunale: mentre il primo aveva espresso parere sfavorevole all'approvazione della variazione contrattuale, il secondo, invece, aveva ritenuto legittimo il ricorso alla variante medesima, sia perché conforme al contratto ed agli atti di gara, sia perché l'art. 25 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni consentirebbe le varianti non eccedenti il quinto complessivo dell'importo del contratto.

Andava considerato, poi, che l'art. 4 della legge regionale della Sardegna 8 luglio 1993, n. 29 implicava la possibilità di utilizzare i ribassi d'asta nelle gare d'appalto per il completamento funzionale delle opere appaltate.

Con altra nota del 24 febbraio 2000, un consigliere del comune di Gattinara (Vercelli) chiedeva il parere della sezione del Piemonte dell'Osservatorio per i lavori pubblici in merito alla legittimità delle delibere di giunta n. 26 e 27 del 1° febbraio 2000, relative all'approvazione di due perizie di variante e suppletive riguardanti i lavori di adeguamento norme ed eliminazione delle barriere architettoniche delle scuole elementari e medie, che prevedevano un aumento di spesa, rispetto al contratto originario, pari rispettivamente al 21,75% per le scuole medie e al 17,40% per le scuole elementari.

Analogo quesito, infine, veniva formulato dal Comune di Verona, il quale richiedeva, in particolare, chiarimenti in merito all'applicazione dell'art. 25, co. 1, lett. b) della legge n. 109/94 e successive modificazioni.

Considerato

L'art. 25 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni elenca le ipotesi in cui, nell'appalto di lavori pubblici, si può procedere a va-

Sezione Terza

rianti in corso d'opera. Ancorché attenuato rispetto all'iniziale prescrizione, il testo della norma, quale risultante dalle modifiche apportatevi dalla legge 18 novembre 1998, n. 415, per la tassatività dell'elencazione, non consente di derogare alla specificità e puntualità delle sue disposizioni.

Sicché è da escludere, con riferimento alla questione proposta dal sindaco del Comune di Bortigali, che si possa procedere ad una variazione del contratto di appalto in relazione alla sola finalità di realizzare il completamento funzionale dell'opera con l'utilizzazione dei ribassi d'asta; e ciò in considerazione del fatto che tale ipotesi non è inquadrabile in alcuna delle fattispecie elencate nelle lettere da *a*) a *d*) del comma 1 dell'indicato art. 25.

Né rileva, per il caso esaminato, il riferimento di cui al comma 3 dello stesso art. 25, il cui secondo periodo consente il ricorso alle varianti, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, sia in aumento sia in diminuzione, se finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità. Per la ricorrenza di tale ipotesi, infatti, oltre alle ulteriori condizioni nella norma indicate, è necessario — il che non si è verificato nel caso di specie — che «l'importo in aumento relativo [alle varianti]», oltre a «trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera» non superi «il 5 per cento dell'importo originario del contratto». Neppure rileva, poi, la legge regionale sarda 8 luglio 1993, n. 29, il cui art. 4 consente di utilizzare i ribassi d'asta per il completamento funzionale delle opere, dal momento che la stessa non trova applicazione, per pacifica ammissione, per i lavori eseguiti dai comuni e non finanziati dalla regione. E tali sono quelli cui si riferisce il caso in esame, che attengono — come già rilevato — al completamento della rete di illuminazione di un comune e che risultano finanziati con mutuo della Cassa depositi e prestiti.

Ad analoga negativa conclusione si deve, poi, pervenire per l'ipotesi riguardante il comune di Gattinara, per il quale le perizie di variante approvate implicano un incremento di spesa, nei confronti del contratto iniziale, rispettivamente del 21,75% e del 17,40% ed in cui le varianti stesse risultano giustificate dalla sola prospettata esigenza, insorta successivamente all'inizio dei lavori, di realizzare alcune migliorie ai lavori appaltati.

Consegue, infatti, l'illegittimità delle stesse, stante la non inquadrabilità dell'ipotesi prospettata in alcuna delle fattispecie indicate dalla norma (art. 25) in precedenza richiamata, non risultando dedotta, in particolare, alcuna esigenza derivante da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari (comma 1, lett. *a*) né indicate cause impreviste ed imprevedibili al momento della stipulazione del contratto (co. 1, lett. *b*). Nemmeno, poi, si è fatto riferimento ad una sorpresa geologica (lett. *c*) ovvero ad errori od omissioni progettuali (lett. *d*) e neppure può trovare applicazione il disposto di cui al successivo secondo periodo del comma 3 dello stesso art. 25, relativo alle variazioni finalizzate al miglioramento dell'opera ed alla sua funzionalità, stante il superamento del già richiamato limite percentuale per le stesse previsto nel 5%.

Del tutto estranea, infine, è la fattispecie in esame rispetto all'ipotesi, cui si riferisce anche il quesito del comune di Verona, disciplinata dalla lett. *b bis*) del co. 1 dell'art. 25, che consente la possibilità di varianti in corso d'opera quando si sia in presenza di eventi — che riguardano la natura e la specifici-

Determinazioni

tà dei beni sui quali si eseguono i lavori — verificatisi in corso d'opera o di rinvenimenti imprevisti ed imprevedibili nella fase progettuale.

Al riguardo è, peraltro, da rilevare che, per ciò che concerne la prima delle indicate evenienze, è innanzitutto da escludere che gli eventi che riguardano la natura e la specificità dei beni, cui si riferisce la norma, possano intendersi come quelli che danno luogo alla sorpresa geologica, in quanto tale ipotesi è espressamente disciplinata dalla lettera *c)* del medesimo comma.

Va considerato, inoltre, che la norma in esame non identifica gli eventi a seguito dei quali potrà farsi ricorso alla variante, con la conseguenza che qualunque accadimento non ascrivibile alle cause impreviste ed imprevedibili di cui all'art. 25, comma 1, lett. *b)* ovvero alla sorpresa geologica di cui alla successiva lettera *c)*, può essere preso a presupposto per giustificare la variazione progettuale.

Anche in relazione all'individuazione dei beni cui gli eventi indicati si riferiscono e rispetto ai quali può essere realizzata la variante, il testo normativo non appare, poi, di immediata e facile comprensione; i beni sui quali si può intervenire vengono, infatti, semplicemente connotati per la loro specificità. Tali beni potrebbero essere concretamente identificati come quelli di interesse storico, artistico od archeologico, con ciò operando una precisa individuazione che, ove univocamente accolta, consentirebbe di superare la genericità del dettato letterale della norma.

In secondo luogo, come già rilevato, l'art. 25, co. 1, lett. *b bis)*, prevede un'ulteriore ipotesi al verificarsi della quale si potrà dar luogo ad una variante: sarà possibile fare ricorso a detto istituto qualora nel corso degli interventi si presentino rinvenimenti imprevisti od imprevedibili nella fase progettuale. Anche per questa ulteriore previsione normativa possono ricorrere le medesime considerazioni espresse in precedenza.

Va comunque considerata a tale proposito l'ipotesi, tutt'altro che infrequente, in cui, durante l'esecuzione dei lavori, vengano scoperti reperti o manufatti d'interesse storico, artistico od archeologico, che richiedono l'utilizzo di particolari tecniche ed interventi per la loro salvaguardia.

Ribadita, infine, la tassatività delle ipotesi in cui si può procedere a variazioni contrattuali, va segnalata la possibilità del ricorso alla trattativa privata, ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. *a)* della legge n. 109/94, per i lavori di importo complessivo non superiore a € 300.000 ed ove ricorrano le condizioni di cui all'art. 41 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827. Ne consegue che qualora l'urgenza dei lavori sia tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione (art. 41, co. 1, indicato n. 5, r.d. n. 827/24) e l'urgenza stessa non sia conseguente a comportamento colpevole dell'amministrazione, legittimamente si può ricorrere alla procedura negoziata, anche utilizzando gli eventuali ribassi d'asta al fine del completamento dell'opera appaltata.

In tal caso, peraltro, il ricorso alla trattativa privata con lo stesso appaltatore dei lavori principali è anche compatibile con il principio di economicità che deve contraddistinguere l'azione amministrativa, in considerazione della limitazione dei costi che ne deriva e stante la non indispensabilità del ricorso ad una procedura aperta, tenendo comunque conto del fatto che l'esigenza di lavori aggiuntivi o complementari non sia scaturita da errori od omissioni progettuali imputabili alle amministrazioni appaltanti.

Dpcm 19 gennaio 1991, n. 55. Dimostrazione di lavori eseguiti
(Deliberazione del 14 giugno 2000)

L'ANCE, Associazione Nazionale Costruttori Edili, con nota n. 51 C2/V di protocollo in data 3 febbraio 2000 rappresentava l'anomalia riscontrata nel bando di gara per la realizzazione della variante in galleria di Monte Zucco della linea ferroviaria Treviso-Calalzo. L'anomalia consisteva nella richiesta, ai fini della qualificazione per la partecipazione alla gara, che il concorrente avesse eseguito nell'ultimo quinquennio lavori di costruzione di gallerie naturali con una tecnica determinata e con un importo pari a 0,50 volte l'importo a base d'asta se il requisito veniva dimostrato con un solo lavoro, ovvero pari a 0,60 volte lo stesso importo, se dimostrato con due lavori.

Il Consiglio dell'Autorità, esaminato nell'adunanza del 29 marzo 2000 l'esposto in oggetto e considerate le delucidazioni fornite dalla s.p.a. Ferrovie dello Stato, richiamava la propria determinazione del 28 dicembre 1999 n.15 concernente *Previsione nei bandi dei requisiti relativi alla capacità tecnica e finanziaria*, secondo cui l'ente appaltante non può prevedere nel bando disposizioni maggiormente onerose rispetto a quelle previste dal dpcm 10 gennaio 1991 n. 55 (cosiddetto 'decreto sui bandi tipo'), in vigore fino alla introduzione del nuovo sistema di qualificazione delle imprese, nel rispetto del principio generale, affermato dalla giurisprudenza, della omogeneità di comportamento delle stazioni appaltanti in ordine alle condizioni di gara, volto a garantire la più ampia partecipazione alle gare stesse.

Con l'indicata previsione del bando, si determinava invece un'ingiustificata restrizione del mercato, in contrasto con i principi enunciati dall'art. 1 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni.

Si chiedevano alla S.p.a. Ferrovie dello Stato gli ulteriori provvedimenti in ordine alla procedura in argomento. Detta Società riscontrava e precisava: che lo stato attuale della procedura di gara europea era in fase avanzata, in quanto la scadenza delle offerte era stata fissata per il 10 maggio 2000; che delle 7 domande di invito a partecipare alla gara d'appalto, solo 6 soggetti nazionali (sia individuali, sia raggruppati in ATI) erano stati ritenuti idonei in quanto in possesso dei requisiti previsti nel bando di gara. Nel merito affermava che nel bando di gara erano puntualmente rispettate le percentuali previste dal dpcm n. 55/91 in ordine all'importo dei lavori eseguiti nell'ultimo quinquennio nella categoria prevalente e che il richiesto requisito tecnico relativo ai 5.400 metri lineari di galleria eseguiti a fronte dei 2.700 previsti nel bando «serve unicamente a definire ed accertare l'esperienza maturata nell'attività di scavo di tipo innovativo ... appena sufficiente a garantire, considerate le caratteristiche geologico-ambientali della zona, adeguata esperienza in riferimento alla particolare natura degli stessi.».

Va premesso che il dpcm 10 gennaio 1991, n. 55 recante disposizioni per garantire omogeneità di comportamento delle stazioni committenti, relativamente ai contenuti dei bandi, avvisi di gara e capitolati speciali, nonché di-

Sezione Terza

sposizioni per la qualificazione dei soggetti partecipanti alle gare per l'esecuzione di opere pubbliche, all'art. 6, comma 1, lett. *d*), relativo agli appalti di importo pari o superiore ai cinque milioni di ecu ed inferiore ai trentacinque milioni di ecu, prevede che debba essere dimostrato di avere eseguito nell'ultimo quinquennio uno o due lavori nella categoria prevalente o nelle categorie d'iscrizione previste nel bando, in misura variabile tra 0,40 e 0,50 volte quello a base d'asta, qualora comprovato con un solo lavoro, o nella misura variabile tra 0,50 e 0,60 volte l'importo a base d'asta, qualora comprovato con due lavori. Il comma 4 dello stesso articolo 6 stabilisce altresì che il requisito concernente l'attrezzatura, i mezzi d'opera e l'equipaggiamento tecnico è dimostrato mediante dichiarazione dell'interessato circa la proprietà o l'effettiva disponibilità di essi, in relazione alle caratteristiche dei lavori da realizzare. Non è consentito richiedere attrezzature, mezzi d'opera ed equipaggiamenti tecnici che abbiano l'effetto di favorire determinate imprese o di eliminarne altre. Infine il comma 6 prevede: «le amministrazioni committenti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della capacità economica e finanziaria e capacità tecnica con modalità diverse da quelle previste dal presente articolo.».

In base alle indicate disposizioni può prescindersi dal riferimento operato dall'ANCE, che correla criticamente il requisito quantitativo richiesto dei 5400 m. lineari di galleria (doppio rispetto alla quantità prevista nel bando) con l'importo complessivo dei lavori eseguiti nell'ultimo quinquennio.

Per quanto riguarda, invece, le referenze tecniche richieste dalle Ferrovie dello Stato, le disposizioni del bando si pongono in contrasto con il comma 6 dell'art. 6 sopra citato, secondo cui i requisiti da richiedere ai concorrenti ai fini della partecipazione a gare d'appalto, relativi alla capacità tecnico-economica e finanziaria, non possono assolutamente discostarsi da quelli tassativamente fissati dalla norma di cui trattasi.

Va messo in rilievo che la capacità tecnica dell'imprenditore è provata dall'esecuzione a regola d'arte dei lavori e principalmente dall'importo degli stessi eseguiti nell'ultimo quinquennio, senza che abbiano rilievo le caratteristiche e le modalità di esecuzione dei lavori. La richiesta, quindi, del requisito di aver eseguito una quantità di lavori non inferiore ad un certo valore non è basata su alcun elemento significativo, in quanto nulla cambia in relazione alle modalità di esecuzione dell'opera, se un tratto di galleria si estende oltre una certa lunghezza, trattandosi di categorie di lavoro analoghe e ripetitive di quelle precedentemente eseguite.

Inoltre, costituisce ulteriore e non previsto requisito quello concernente la disponibilità dell'attrezzatura e dei mezzi d'opera necessari per l'esecuzione dei lavori; nella fattispecie: la disponibilità della macchina per l'esecuzione dello scavo meccanizzato, richiamata specificamente nel bando. Ciò in quanto la scelta delle modalità di esecuzione non è fatto che assume rilievo in sede di gara e richiederlo può avere effetti negativi sul principio comunitario della concorrenza e dell'accesso agli appalti.

Ai fini della tutela sostanziale degli interessi dell'amministrazione, possono soccorrere prescrizioni progettuali di capitolato speciale che impongano all'aggiudicatario le necessarie, particolari modalità di esecuzione, ivi compreso l'uso di apparecchiature speciali.

**Applicabilità della legge 11 febbraio 1994, n. 109
e successive modificazioni alle opere di urbanizzazione primaria
e secondaria, eseguite a scomputo degli oneri di concessione edili-
zia da una società consortile comunale
(Deliberazione del 13 luglio 2000)**

In data 31 maggio 2000 si è tenuta presso l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici un'audizione in merito all'applicabilità della normativa di cui alla legge quadro sui lavori pubblici in caso di affidamento di appalti di lavori pubblici da parte di una società consortile comunale. Nell'occasione si è anche discusso della questione generale relativa all'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo dei relativi oneri, sulla quale l'Autorità si riserva altra determinazione.

La questione trae origine da un'articolata nota del 1° febbraio 2000 della società "Ex Zuccherificio S.p.a.", con sede in Cesena, che chiedeva all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici un parere in merito all'obbligo di osservare la normativa di cui alla legge quadro sui lavori pubblici nella realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria rientranti tra le sue finalità.

Nella richiesta di parere era dato rilevare che la società «accomuna[va] in un unico scopo consortile i soggetti proprietari o promissari di aree comprese nella zona *ex zuccherificio*» di Cesena individuati nella convenzione di lottizzazione sottoscritta, ai sensi dell'art. 49 della legge regionale n. 47/78, successivamente modificata dalla legge regionale n. 23/80 in data 3 febbraio 1998.

La società era stata costituita in Cesena in data 8 luglio 1994 come società consortile per azioni denominata "Ex Zuccherificio S.p.a." con lo scopo di svolgere, senza fine di lucro ed a favore dei soci consorziati, l'attività di realizzazione delle opere di urbanizzazione nel Comune di Cesena nell'area denominata "ex zuccherificio" di cui al relativo piano particolareggiato di iniziativa pubblica approvato dal Comune medesimo.

Alla stessa partecipava il Comune di Cesena con una quota del 28,59%, insieme alla Cassa di Risparmio di Cesena S.p.a., alla Fondazione Cassa di Risparmio di Cesena e alla Cooperativa Romagna Marche.

La società consortile, nella richiesta di parere, sottolineava le possibili motivazioni che potevano portare al suo mancato assoggettamento alla normativa sui lavori pubblici (legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni), specificando due ordini di motivazioni, uno di carattere soggettivo, l'altro attinente alla natura delle opere da eseguire.

In particolare, veniva dedotto quanto segue.

1. La società consortile "Ex Zuccherificio S.p.a." non può essere ricompresa tra i soggetti di cui all'art. 2, comma 2, lett. b), della l. n. 109/94 e successive modificazioni, in quanto le società di cui all'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142 e successive modificazioni ed all'art. 12 della legge 23 dicembre

Sezione Terza

1992 n. 498 e successive modificazioni, sono società che hanno come oggetto lo svolgimento di servizi pubblici. Inoltre, dette società, essendo costituite come società per azioni, hanno finalità lucrative. La società consortile di cui trattasi, al contrario, non ha finalità di lucro e non svolge un servizio pubblico per cui non può essere ricondotta alle società a maggioranza privata ex art.12 della legge n. 498/92.

2. La società consortile "Ex Zuccherificio S.p.a." non può essere assimilata alle società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, aventi come oggetto la produzione di beni e servizi non destinati ad essere collocati su mercati concorrenziali di cui all'art. 2, comma 2, lett. b) della legge n.109/94 e successive modificazioni, in quanto lo statuto non prevede nessuna produzione di beni o servizi da collocare sul mercato medesimo bensì la realizzazione delle opere di urbanizzazione, realizzazione che potrebbe avvenire anche mediante il ricorso a soggetti terzi.

3. La società consortile "Ex Zuccherificio S.p.a." non può essere ricompresa tra i soggetti di cui all'art. 2, comma 2, lett. c), l. n. 109/94 e successive modificazioni, non ricevendo, da parte dei soggetti di cui alla lett. a) dello stesso comma, alcun contributo che, attualizzato, superi il 50% dell'importo dei lavori.

Valutati gli elementi acquisiti all'esito dell'audizione, il Consiglio dell'Autorità ritiene di svolgere le seguenti

Considerazioni

Tra i soggetti tenuti all'osservanza della legge quadro sui lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, l'art. 2, comma 2, lett. b), della legge stessa indica, tra gli altri, le «società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza». Dal che si desume, innanzitutto, l'irrilevanza del fatto che l'ente persegua o meno una finalità di profitto, essendo sufficiente, al fine del suo assoggettamento alle norme di cui alla legge quadro indicata, la sola sua organizzazione in forma societaria e la partecipazione anche minoritaria di un soggetto pubblico. Deriva, inoltre, la considerazione che, tra le società con partecipazione pubblica, sono esonerate dall'osservanza della legge indicata soltanto quelle che operano in regime di concorrenza, in quanto produttrici di beni o servizi destinati al mercato; vi sono assoggettate, invece — contrariamente a quanto ritiene la società "Ex zuccherificio" — non soltanto quelle che producono beni o servizi destinati ad essere collocati sul mercato in regime non concorrenziale ma — a maggior ragione — anche quelle che producono beni o servizi che, per loro natura, non sono destinati al mercato.

Nel caso in esame, come rilevato precedentemente, la "Ex Zuccherificio S.p.a." è un ente consortile costituito nella forma della società per azioni, la cui costituzione è stata promossa dal comune di Cesena che vi partecipa nella misura del 28,59% del capitale sociale. La società consortile, inoltre, ha per oggetto, tra l'altro, «lo studio, la progettazione e la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria e dei servizi, nonché l'arredo urbano degli spazi pubblici o destinati ad attività collettiva, a verde pubblico, ad aree residenziali, direzionali e commerciali facenti parte del p.p.i.p.

Determinazioni

“Ex Zuccherificio”. L’oggetto sociale dell’ente attiene, cioè, alla produzione di manufatti i quali, non soltanto non sono destinati ad essere collocati sul mercato ma, sulla base di un consolidato orientamento giurisprudenziale, identificano addirittura opere pubbliche; e ciò in considerazione della loro appartenenza al comune e dell’idoneità a soddisfare esigenze di urbanizzazione non limitate a singole edificazioni e correlate, nel caso in esame, ad «un piano particolareggiato di iniziativa pubblica approvato dal comune di Cesena». Si tratta di opere pubbliche alla cui realizzazione possono direttamente provvedere, in deroga agli ordinari criteri comunitari e nazionali di affidamento delle stesse, «coloro che abbiano la proprietà o altro diritto reale di godimento nel comparto dell’area “Ex zuccherificio”» sulla base della normativa urbanistica che, come è noto, esplicitamente lo consente. Realizzazione, peraltro, la quale, essendo fatta a scomputo degli oneri di urbanizzazione dovuti, non può nemmeno essere considerata conseguente ad una prestazione gratuita, stante la correlazione alla stessa della compensazione, totale o parziale, di un contestuale debito verso il comune. Con la conseguenza che, qualora alla loro realizzazione provvedano non i singoli privati ma un ente (S.p.A.) con partecipazione pubblica, è necessario per la scelta del contraente fare riferimento alla normativa sull’evidenza pubblica.

Per le ragioni esposte

Sembra conseguentemente di dover ritenere, in risposta al quesito formulato dalla società consortile, che la stessa, in quanto «altro ente aggiudicatore», ai sensi dell’art. 2, comma 2, lett. *b*) e comma 6, lett. *d*), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, ha l’obbligo di realizzare le opere di urbanizzazione primaria e secondaria di cui alla convenzione sottoscritta con il comune di Cesena in data 3 febbraio 1998 con assoggettamento, nei limiti indicati dal comma 3 dello stesso articolo 2 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, alla normativa di cui alla stessa legge quadro.

Organismo di diritto pubblico e società miste

(Deliberazione del 13 luglio 2000)

Con determinazione del 21 dicembre 1999, il Consiglio della Autorità, interessato da un esposto proposto da un capogruppo consiliare del comune di Mantova, definiva non legittimi gli affidamenti di alcuni incarichi di progettazione a professionisti esterni alla struttura da parte della "Tea (Territorio Energia Ambiente) S.p.A." costituita dal comune di Mantova.

Preso atto della determinazione dell'Autorità, la "TEA" indicata, con nota del 15 marzo 2000, oltre a segnalare un presunto errore nell'individuazione degli importi dei singoli incarichi di progettazione — che, peraltro, trattandosi di un incarico per complessive lire 185 milioni ed in mancanza di motivazioni giustificative del frazionamento, non incideva sulla soluzione adottata — proponeva due ulteriori questioni interpretative della normativa sui lavori pubblici, in merito alla cui soluzione chiedeva l'avviso dell'Autorità di vigilanza.

La prima questione posta dalla "TEA" attiene al suo assoggettamento alla legge quadro sui lavori pubblici, quando la propria attività «non si ponga in relazione allo svolgimento di un servizio pubblico o alla produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza» ed ove non ricorrano altri specifici presupposti (ad esempio: affidamento di concessione di lavori pubblici) per l'applicazione della legge stessa. A chiarimento del quesito la società evidenzia che, in conformità al suo oggetto sociale, può svolgere attività di progettazione anche su incarico di privati e con riferimento ad opere integralmente private; per cui si chiede se anche in tali casi l'eventuale subaffidamento esterno dell'incarico di progettazione, ove consentito dal committente, debba avvenire nel rispetto delle procedure di cui alla legge n. 109/94.

Al riguardo va considerato che tra gli enti aggiudicatori, sottoposti all'applicazione delle norme di cui alla legge quadro sui lavori pubblici, l'art. 2, comma 2, lett. b), nel testo risultante a seguito delle modifiche di cui alla legge 18 novembre 1998, n. 415, ricomprende le «società di cui all'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142» e cioè le società a mezzo delle quali i comuni e le province possono provvedere alla gestione dei servizi pubblici locali. Si tratta di soggetti i quali costituiscono uno dei possibili modelli organizzativi per la gestione dei servizi pubblici locali e che si caratterizzano — in base alla giurisprudenza pressoché consolidata — per il fatto che identificano un organo diretto dell'ente e che provvedono, pertanto, alla gestione del servizio in quanto immediati e diretti affidatari dello stesso e senza alcuna necessità di ricorrere alla sua concessione.

Contrariamente, poi, a quanto sostenuto dalla "TEA", le società miste indicate vanno distinte dalle «società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente», cui pure si riferisce lo stesso comma 2, lett. b) dell'indicato art. 2, che sono, invece, meri soggetti di diritto privato qualificati da una

Sezione Terza

presenza pubblica nel relativo capitale sociale i quali, per poter eventualmente gestire un servizio pubblico, hanno bisogno di una formale concessione e — in ogni caso, in coerenza con quanto previsto per la categoria (sostanziale) degli organismi di diritto pubblico di cui alla precedente lett. a) del comma 2 dell'indicato art. 2 della legge n. 109/94 — sono assoggettati alle norme della legge quadro quando «abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o di servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza».

Ne consegue che la risposta al quesito proposto dalla "TEA" dipende dalla tipologia organizzativa perseguita dal comune di Mantova al momento della costituzione della società, dovendosi applicare, sempre e comunque, la normativa di cui alla legge quadro sui lavori pubblici, sia pure nei limiti previsti dalla stessa, nel caso in cui si sia inteso costituire una società mista per la gestione diretta di un determinato servizio pubblico locale, ai sensi dell'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142 e dovendosi applicare la normativa prevista per gli organismi di diritto pubblico qualora si sia voluto, invece, costituire una semplice società per azioni di diritto privato dotata di autonomia funzionale, oltre che organizzativa, rispetto all'ente. In tale seconda ipotesi, qualora l'attività della società attinga alla produzione di beni o servizi non aventi carattere industriale o commerciale e prodotti quindi in regime di monopolio, troverà ugualmente applicazione la disciplina sull'evidenza pubblica; tale normativa non sarà invece applicabile nel caso in cui la società si presenti sul mercato in regime di libera concorrenza, in quanto in tal caso viene meno la funzionalità dell'applicazione della normativa pubblicistica e soccorre, invece, il principio generale relativo alla qualificazione della stessa come soggetto di diritto privato.

Relazione dettagliata sul comportamento dell'impresa
(Deliberazione del 21 luglio 2000)

L'art. 27, comma 4, del DPR n. 34/2000, emanato ai sensi dell'art. 8, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, prevede che l'Autorità definisca lo schema di «relazione dettagliata sul comportamento dell'impresa».

Tale relazione può fornire una casistica utilizzabile ai fini della relazione al Parlamento e degli accertamenti a campione sulla qualificazione delle imprese nonché offrire alle stazioni appaltanti dati relativi al comportamento delle imprese.

I dati contenuti nella detta relazione debbono essere resi, sotto la propria responsabilità, dal direttore dei lavori e dal responsabile del procedimento.

**Calcolo degli oneri di sicurezza e dell'incidenza della manodopera
in attesa del regolamento attuativo**
(Deliberazione del 26 luglio 2000)

Con nota in data 6 giugno 2000, FENEAL-UIL, FILCA-CISL e FILLEACGIL hanno evidenziato una forte discrasia tra le modalità con cui le stazioni appaltanti determinano gli oneri per la sicurezza nei bandi di gara e la normativa vigente in materia, ponendo in essere un rispetto solo formale della stessa.

Gli esponenti sostengono che in taluni bandi nulla è detto in merito alla sicurezza ed ai relativi costi, né ne è stato stabilito l'importo rispetto a quello posto a base di gara.

Gli esponenti hanno chiesto a questa Autorità di intervenire nuovamente sulla questione in quanto, nonostante l'emanazione della determinazione n. 12/1999 *Norme di sicurezza nei cantieri*, le stazioni appaltanti continuano a pubblicare bandi di gara che non rispettano sostanzialmente quanto prescritto dalla normativa in materia di sicurezza e dalla richiamata determinazione.

Considerazioni

L'articolo 31 della legge quadro, come novellato, prevede ai commi 2 e 3, che gli oneri di sicurezza devono essere evidenziati nei bandi di gara e non sono soggetti a ribasso d'asta. *Ratio* della norma è evitare che alcune imprese possano formulare offerte più basse incidendo sugli oneri derivanti dall'osservanza delle norme di sicurezza, previdenza ed assistenza.

Dalla lettura della norma emerge l'onere, per la stazione appaltante, di evidenziare e concretizzare, nel bando di gara, il contenuto di detti oneri.

Il piano di sicurezza, infatti, ai sensi di quanto disposto dall'art. 12 del d.lgs. n.494/96, deve contenere l'individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi e le conseguenti procedure esecutive, gli apprestamenti e le attrezzature atti a garantire, per tutta la durata dei lavori, il rispetto delle norme per la prevenzione degli infortuni e la tutela della salute dei lavoratori nonché la stima dei relativi costi.

Ai sensi dell'art. 3 del suddetto decreto legislativo, la nomina del coordinatore per la progettazione deve essere effettuata «contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione esecutiva» e il piano di sicurezza, ai sensi del successivo articolo 13, deve essere «trasmesso a cura del committente a tutte le imprese invitate a presentare offerte per l'esecuzione dei lavori».

Ciò comporta che la redazione del piano di sicurezza non è più esclusivo compito delle imprese esecutrici, così come previsto dalla normativa di cui alla legge n. 55/90, ma è una funzione che, in via generale, fa capo alla committenza.

Sezione Terza

La particolareggiata elencazione contenuta nell'art.12 del d.lgs.n.494/96 sul contenuto del piano di sicurezza e coordinamento sgombra, altresì, il campo dai dubbi di coloro che consideravano il piano di sicurezza un documento generico. Infatti, caratteristica del piano è la stima dei costi delle misure di sicurezza contenute nel piano stesso, che non può essere effettuata senza definire nel dettaglio le misure di sicurezza.

Sulla base di quanto sopra illustrato, si può ritenere che pur in mancanza del regolamento generale di cui all'articolo 31, comma 1, della legge n. 109/94 e s.m.i., le amministrazioni appaltanti debbano provvedere all'individuazione e all'evidenziazione nei bandi di gara degli oneri relativi alla attuazione degli anzidetti piani di sicurezza.

Al fine di dare attuazione a quanto disposto dall'art. 31 della legge 'Merloni *ter*', che stabilisce che l'appaltatore o il concessionario sono tenuti comunque a predisporre un piano operativo di sicurezza complementare e di dettaglio rispetto a quello di competenza del committente, contenente concrete proposte operative per il singolo cantiere, è necessario che il piano di sicurezza predisposto dal committente evidenzi ogni singola voce dello stesso, in modo di non implicare alcuna elusione delle prescrizioni di legge.

Sulla base, quindi, della sufficientemente chiara e delineata normativa in materia di sicurezza nei lavori pubblici (d.lgs. n. 626/94 e n. 494/96 e disposizioni di cui all'art. 31 l. n. 109/94) ed in attesa dell'emanazione del regolamento sui costi della sicurezza, si ritiene di specificare linee guida per la determinazione dell'incidenza della mano d'opera, in quanto, per una esatta determinazione di detta incidenza, è necessaria una corretta individuazione degli oneri della sicurezza ai sensi dell'articolo 12 del d.lgs. n. 494/96 e successive modificazioni. Si è così offerto e consigliato un metodo semplice e immediato che consenta di individuare, come vuole l'ordinamento, partendo dai prezzi unitari e attraverso operazioni che implicano la definizione dei costi di sicurezza, la percentuale del costo della mano d'opera.

Linee guida per la determinazione dell'incidenza della mano d'opera()*

- Calcolo dell'incidenza percentuale della quantità di mano d'opera per categoria di lavorazione e dell'indice della sicurezza
- Calcolo dei prezzi dei materiali, noli e trasporti costituenti il primo prezzo di lavorazione
- Calcolo dei prezzi dei materiali, noli e trasporti costituenti il secondo prezzo di lavorazione
- Calcolo dei prezzi dei materiali, noli e trasporti costituenti il terzo prezzo di lavorazione

(*) Si omettono le quattro tabelle sotto elencate.

**Ulteriori integrazioni su requisiti e modalità
per il rilascio dell'autorizzazione alle S.O.A.**
(Deliberazione del 27 luglio 2000)

Con la determinazione n. 23/2000 del 7 aprile 2000 sono stati precisati gli elementi necessari ai fini della costituzione delle Società Organismo Attestazione e le condizioni alle quali è sottoposta la fase dell'istanza e della relativa autorizzazione all'attività di tali organismi da parte dell'Autorità.

Numerosi quesiti pervenuti a questa Autorità hanno segnalato ulteriori questioni interpretative, riguardanti in particolare i requisiti e le condizioni previste dal Regolamento per l'autorizzazione all'attività di attestazione alle S.O.A..

Con il presente atto si precisano gli ulteriori elementi relativamente ai seguenti punti.

1. Organigramma della S.O.A.

L'articolo 9 del DPR n. 34/2000, relativo ai requisiti tecnici delle S.O.A., prevede che il loro organico minimo sia costituito da figure professionali assunte a tempo indeterminato.

La suddetta previsione indica, pertanto, la capacità tecnica organizzativa che devono necessariamente possedere le S.O.A.

La previsione è tesa a garantire la presenza di idonee competenze tecniche all'interno della struttura adeguate all'importanza della funzione che tali figure professionali devono svolgere.

La funzione e la specificità della struttura, previste come minime dal Regolamento, sembrerebbero pertanto incompatibili con contratti *part time*.

Il quesito circa la possibilità di ricorrere all'assunzione con contratti *part time* è stata posta anche con riferimento alle figure professionali ulteriori, rispetto all'organico minimo, eventualmente presenti nella struttura organizzativa della S.O.A. ed, in particolare, per i dipendenti pubblici.

A tale riguardo si precisa che le modalità e le condizioni di assunzione del personale della struttura organizzativa della S.O.A. è materia che esula dalle competenze di questa Autorità, che può esclusivamente rimandare alla specifica disciplina vigente in materia e cioè al diritto del lavoro.

Pertanto, fermo restando il rapporto degli appartenenti all'organico, assunti a tempo indeterminato, i limiti alle altre forme di assunzione si correlano sia a quanto appresso indicato sia al problema dell'interpretazione dell'art. 12, co. 2, del DPR n. 34/2000.

Sotto il primo profilo, l'aspetto che interessa l'Autorità è infatti legato alla necessità che la S.O.A. e, pertanto, la sua struttura organizzativa, garantisca il principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori e conseguentemente, per quanto riguarda il pro-

Sezione Terza

blema del dipendente pubblico *part time*, che non ricorra un conflitto di interesse con l'attività svolta dal pubblico dipendente presso l'amministrazione di appartenenza. La posizione del dipendente pubblico *part time* e conseguentemente la non ricorrenza di un conflitto di interessi deve essere dichiarata dal legale rappresentante e comunicata a questa Autorità.

Ha suscitato, altresì, diversi quesiti la previsione dell'articolo 9, comma 1, lettera a) del Regolamento che prevede: «il direttore tecnico, al momento dell'attribuzione dell'incarico, deve essere iscritto al relativo albo professionale».

La formula usata dal legislatore ha ingenerato la convinzione che la locuzione «al momento dell'attribuzione dell'incarico» debba essere interpretata nel senso che il direttore tecnico debba cancellarsi dall'albo subito dopo la sottoscrizione del contratto.

A tale riguardo si precisa che la previsione dell'iscrizione all'albo professionale al momento dell'attribuzione dell'incarico sembrerebbe stata concepita dal legislatore nella convinzione che il soggetto che sottoscrive il contratto, in qualità di direttore tecnico di una S.O.A., debba possedere tutti i requisiti non solo di natura tecnica ma anche di carattere deontologico garantiti dall'iscrizione all'albo e non nella convinzione di un successivo dovere del direttore tecnico di cancellarsi dall'albo.

Correlata all'iscrizione all'albo ma diversa nei contenuti è la questione, che ha formato oggetto di diversi quesiti, circa la possibilità per il direttore tecnico di svolgere incarichi professionali e se, nel caso, tale possibilità riguardi l'attività professionale per conto di committenza sia pubblica sia privata. Anche per questa questione occorre valutare non tanto la natura del soggetto per conto del quale il direttore tecnico potrebbe svolgere l'incarico professionale, ma il conflitto di interessi tra l'incarico professionale che il direttore tecnico potrebbe svolgere per conto di committenza pubblica e/o privata e la funzione che dovrebbe esercitare nell'attività di attestazione in qualità di direttore tecnico della S.O.A.

In ragione del potenziale conflitto di interessi tra l'attività oggetto dell'incarico professionale e la funzione esercitata dal direttore tecnico nell'attività di attestazione, è da escludere la possibilità per il direttore tecnico di svolgere incarichi professionali per conto di committenza pubblica e/o privata. Tale divieto ricorre chiaramente anche per i laureati se iscritti ai relativi albi professionali.

Sempre in tema di direttore tecnico, si precisa che lo stesso soggetto deve dichiarare, nella forma di dichiarazione sostitutiva di atto notorio di cui all'art. 4 della legge 4 gennaio 1968 n. 15, di non svolgere analogo incarico presso altre S.O.A. e tale dichiarazione costituisce documento da allegare all'istanza di autorizzazione.

In tema di struttura organizzativa della S.O.A. è stata richiesta la compatibilità tra l'essere azionista della società organismo di attestazione e contemporaneamente esserne dipendente.

Al riguardo occorre chiarire che tale possibilità non sembra preclusa alla S.O.A. ancorché società per azioni di diritto speciale, per la quale, pertanto, valgono le disposizioni dettate dal codice civile in materia.

Determinazioni

2. Prestazioni di soggetti esterni all'organizzazione aziendale

L'articolo 12, comma 2, del DPR n. 34/2000 prevede che per l'espletamento delle loro attività le S.O.A. non possono ricorrere a prestazioni di soggetti esterni alla loro organizzazione aziendale.

La previsione del divieto di prestazioni di soggetti esterni all'organizzazione aziendale è da intendersi nel senso che l'attività di attestazione è di esclusiva competenza della S.O.A. e che tale attività la S.O.A. non può deferire a soggetti estranei alla sua organizzazione, in ragione del rilievo pubblicistico che riveste la funzione di attestazione, che giustifica i doveri a cui le S.O.A. devono attenersi nello svolgimento dei relativi compiti.

Nella sua organizzazione aziendale la S.O.A. potrà, pertanto, far ricorso a forme di collaborazione o consulenza solo per l'espletamento delle attività strumentali o presupposte alle fasi nelle quali si attuano le valutazioni rilevanti ai fini dell'attestazione, di esclusiva competenza degli appartenenti all'organico delle S.O.A.

Ferma restando l'ammissibilità del ricorso a strumenti di *marketing*, quali attualmente praticati nel mercato secondo gli usi, ai fini della garanzia dell'indipendenza di valutazione all'atto dell'attestazione, le S.O.A. dovranno comunicare le modalità di contatto già avute o che intendono avere con i potenziali clienti e al fine, altresì, di garantire la trasparenza di questa attività, specificare se con gli stessi siano state attuate forme di impegno a svolgere attività di qualsiasi contenuto che possano condizionare l'indipendenza di valutazione all'atto della qualificazione.

3. Partecipazione azionaria al capitale S.O.A.

Sulla materia della partecipazione azionaria sono pervenuti numerosi quesiti relativi alla partecipazione illegittima all'azionariato S.O.A. sotto il duplice profilo del requisito dell'indipendenza e della presenza di interessi commerciali.

Come già segnalato nella determinazione n. 23/2000, la sola verifica caso per caso dei diversi soggetti pubblici o privati presenti nell'azionariato può far emergere l'incoerenza della partecipazione, sia in ragione degli specifici interessi di cui sono portatori i diversi soggetti sia in ragione della misura della partecipazione di ciascun socio alla società; misura la cui diversa gradualità può, per la sua frammentazione o per la sua concentrazione, non essere coerente con il rispetto del principio di indipendenza, di imparzialità e di non discriminazione.

L'indipendenza delle S.O.A. deve essere intesa in senso funzionale e non strutturale, il che si traduce nel controllo che determinate partecipazioni semplici o mediate non si traducano concretamente in compressione della imparzialità della funzione svolta. L'indipendenza non è situazione suscettibile di essere definita con esattezza secondo termini e contenuti predefiniti, ma va accertata caso per caso in relazione alla specifica funzione di cui si vuole garantire l'imparzialità.

Al fine di agevolare la suddetta verifica caso per caso da parte di questa Autorità ed al fine di evitare i tempi istruttori necessari per richiedere ulte-