

Analogamente sembra, poi, superata la censura di illegittimità dell'articolo 7, derivante dalla limitazione del riconoscimento della qualifica di restauratore di beni culturali ai soli soggetti che hanno conseguito un diploma presso una scuola di restauro statale di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 368, dal momento che il nuovo testo dello stesso articolo 7 estende tale riconoscimento anche ai soggetti che al termine di un adeguato «percorso formativo (ovvero, in via transitoria, anche con riferimento all'esperienza acquisita) sono in grado di poter intervenire sui beni del patrimonio storico-artistico della nazione».

Quanto, infine, alle osservazioni del Ministero dei lavori pubblici, sembra all'Autorità che quella concernente la facoltà riconosciuta al Soprintendente di far rientrare l'intervento nella categoria OG2 di cui all'allegato A del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 è condivisa e appare meritevole di considerazione, in sede di adozione definitiva del Testo, in quanto attribuisce al detto Soprintendente il potere di derogare discrezionalmente ad una disposizione di legge che tale deroga discrezionale non risulta consentire. Per quanto riguarda la previsione del possesso di particolari attrezzature tecniche in aggiunta a quelle in via generale prescritte, per comprovare una specifica idoneità dell'impresa che richiede la qualificazione e la considerazione che con la stessa si impone alle imprese, operanti nel settore, di dotarsi già all'atto della qualificazione di attrezzature che debbono, invece, acquisire o comunque reperire successivamente in sede di esecuzione di appalti, ove previste dai capitolati relativi.

Per rendere poi tale funzione chiara nella sua applicazione, il comma 1, lettera *b*), dell'articolo 2 e l'articolo 3, ultima parte, potrebbero precisare che «l'alternativa» è quella che in ogni caso disciplina l'ipotesi in cui l'impresa, oltre a qualificarsi per la categoria OS2, chieda di qualificarsi in altra categoria.

P.Q.M.

Nei sensi indicati è il parere dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

PAGINA BIANCA

Sezione III

Atti di segnalazione al Governo e al Parlamento

(Art. 4, co. 4, lett. d, l. n. 109/94)

1. Appalti per opere protettive di sicurezza stradali
(barriere stradali di sicurezza)
2. Sistema delle sanzioni per errata comunicazione dei dati

PAGINA BIANCA

1

Appalti per opere protettive di sicurezza stradali
(barriere stradali di sicurezza)
(24 maggio 2001)

Con alcuni esposti, pervenuti a questa Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, sono stati segnalati, da più soggetti operanti nel settore degli appalti finalizzati all'impiego di barriere di sicurezza stradali, fenomeni di turbative delle gare riguardanti tali tipi di opere.

Svolti gli accertamenti preliminari, nell'audizione del 31 maggio, sono stati sentiti i rappresentanti del Ministero dei lavori pubblici, dell'ANAS, dell'Autostrade S.p.a., della F.I.N.C.O., del Centro Prove per barriere di sicurezza di Anagni e dell'ANCE.

È stato quindi acquisito il voto n. 164 reso nell'adunanza del 14 giugno 2000 della 1^a e 5^a, a sezioni riunite, del Consiglio Superiore dei lavori pubblici, in merito alla «gestione del Centro Prove di Anagni da parte della Soc. Autostrade S.p.A.». Considerate le attuali condizioni operative del Centro e la compatibilità dei diversi ruoli ricoperti dalla Società Autostrade S.p.A. in questo settore, nel voto viene espresso parere di revoca dell'autorizzazione concessa con DM n. 2344 del 16 maggio 1996 alla Società Autostrade per l'esecuzione di prove di *crash*, ai sensi dell'art. 9 dell'Allegato 1 al DM n.223 del 18 febbraio 1992.

Analisi della questione

1. Ai fini dell'esame della questione giova premettere che l'attuale quadro normativo di riferimento scaturisce dall'esigenza di sicurezza affermata dal nuovo Codice della strada e dall'intento di assicurare alle pubbliche amministrazioni, e in generale agli enti proprietari delle strade, la fornitura e messa in opera di barriere stradali di sicurezza prodotte a regola d'arte secondo *standard* di sicurezza predeterminati, suffragati da supporti scientifici sicuramente perfettibili, ma dal valore sostanziale indiscusso.

Il Ministero dei lavori pubblici, adottando con il DM n. 223 del 18 febbraio 1992 il *Regolamento recante istruzioni tecniche per la progettazione, l'omologazione e l'impiego* di detti prodotti, ha per la prima volta regolamentato la materia dei sistemi di contenimento dei veicoli su strada, prima di allora priva di una disciplina sistematica.

Le norme richiamate prevedono, infatti, che i progetti esecutivi relativi alle strade pubbliche extraurbane ed a quelle urbane con velocità di progetto maggiore o uguale a 70 km/h devono comprendere un apposito allegato riguardante i tipi di barriere di sicurezza da adottare, la loro ubicazione e le opere complementari connesse.

Analoga progettazione deve essere svolta in occasione anche dell'adeguamento di tratti significativi di tronchi stradali esistenti oppure della ricostruzione e riqualificazione di parapetti di ponti e viadotti situati in situazione pericolosa.

Il citato DM n. 223 prevede inoltre che le barriere di sicurezza siano realizzate con dispositivi che abbiano conseguito il certificato di idoneità tecnica (omologazione), rilasciato dall'Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale del Ministero dei lavori pubblici, in rispondenza alle istruzioni tecniche allegate allo stesso decreto, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici.

Ai fini dell'omologazione, le barriere stradali di sicurezza sono state classificate in tipi, classi e materiali, in funzione della loro ubicazione e delle caratteristiche merceologiche degli elementi componenti.

Per l'omologazione è prevista la verifica sperimentale dei dispositivi attraverso prove di *crash*, da effettuare presso specifici istituti che, peraltro, vennero per la prima volta a ciò autorizzati solo nell'anno 1996.

I tipi di barriere ritenuti idonei sono inseriti in un catalogo contenente le indicazioni di impiego. La redazione e l'aggiornamento del catalogo sono affidati all'Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale, che pubblica gli atti con i quali viene resa nota l'avvenuta omologazione di almeno due tipi di barriere per ciascuna destinazione e classe.

In rapporto alle esperienze maturate, alle attuali esigenze del traffico e alle più recenti acquisizioni tecnologiche, il regolamento è stato successivamente aggiornato ed integrato con il DM del 15 ottobre 1996, la circolare n. 4622 del 15 ottobre 1996, il DM 3 giugno 1998 e, da ultimo, con il DM 11 giugno 1999.

Con la nuova regolamentazione è stata, peraltro, introdotta una nuova classificazione delle barriere e dei dispositivi di ritenuta speciali, ciò che ha reso necessario un adeguamento della produzione con la necessità per le imprese produttrici di ripetere e/o integrare le prove di *crash* già effettuate presso gli istituti autorizzati.

È stata altresì estesa la possibilità di richiedere l'omologazione di prodotto anche a soggetti non produttori (cosiddetti promotori).

In attesa della piena operatività delle disposizioni del DM 18 febbraio 1992, per evitare che le gare andassero deserte, con il DM 3 giugno 1998 è stato tuttavia previsto che le stazioni appaltanti potessero richiedere nei capitoli speciali, assumendo quale riferimento le istruzioni tecniche allegate allo stesso decreto ministeriale, determinate specifiche tecniche delle barriere e che i prototipi delle barriere stesse fossero preventivamente sottoposti a prove presso i laboratori abilitati.

Per evitare che gli sforzi sino ad allora compiuti dai produttori per adeguare i propri prodotti alle precedenti istruzioni tecniche approvate con il DM 15 ottobre 1996 andassero comunque perduti, con il DM 11 giugno 1999 è stato previsto in via transitoria (fino a due anni dalla pubblicazione dello stesso decreto e sempre che le disposizioni del DM 18 febbraio 1992 non abbiano acquistato efficacia operativa) che gli enti appaltanti, ai fini della partecipazione alle gare, dovessero considerare valide le certificazioni di prova eseguite secondo le precedenti istruzioni tecniche, qualora integrate dalla prova di *crash* eseguita con autovettura con le modalità indicate nelle nuove istruzioni tecniche e corredate da apposita dichiarazione rilasciata dall'Ispettorato generale per la sicurezza e la circolazione stradale, attestante l'avvenuta presentazione della relativa domanda di omologazione nei termini previsti dall'art. 2 del richiamato DM 3 giugno 1998.

2. Nonostante gli ultimi provvedimenti di cui si è fatto cenno, lo svolgimento delle gare per la fornitura e la messa in opera delle barriere di sicurezza risulta fortemente condizionato dalla scarsa disponibilità sul mercato di prodotti idonei.

Ed invero i tipi di barriera già omologati, da notizie fornite dall'Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale (dati giugno 2000) sono solo sei, mentre risultano tuttora avanzate richieste di omologazione per 60 tipi di barriere.

In mancanza di tipi omologati, si è consentita — come già detto — la presentazione di idonee certificazioni di *crash test* da parte anche di soggetti non produttori.

Queste prove, del tipo prescritto ai fini dell'omologazione, rappresentano, nell'attuale regime transitorio, l'elemento essenziale per la partecipazione alle gare, cosicché la certificazione da parte del laboratorio delle prove effettuate consente l'accesso al mercato ma costituisce al tempo stesso il punto critico del sistema, come si dirà in seguito.

D'altra parte, non si può non rilevare che le prescrizioni relative alle modalità tecniche di svolgimento delle prove, dettate dalla delicatezza del bene oggetto di tutela, ha determinato e determina una notevole selezione dei soggetti presenti sul mercato.

Le imprese tecnicamente più evolute, pur tra le difficoltà causate dalla disponibilità dei campi prova, hanno eseguito o almeno programmato l'esecuzione, presso gli istituti autorizzati, di prove di *crash*, adeguando i propri prodotti ai requisiti richiesti dalle nuove norme.

3. Le richiamate circostanze, che caratterizzano il settore dei dispositivi di sicurezza, producono effetti limitativi della libera concorrenza negli appalti di forniture e condizionano l'aggiudicazione anche degli stessi appalti dei lavori.

La partecipazione agli appalti di lavori pubblici comprendenti anche la fornitura e la posa in opera delle barriere da parte di operatori non produttori di tali dispositivi, è, come già detto, condizionata dalla disponibilità delle certificazioni di prova che vanno esibite all'atto della gara medesima.

Essendo tali certificazioni disponibili in numero limitato presso un numero ristretto di produttori, ne deriva che questi ultimi possono condizionare la partecipazione alle gare dei soggetti qualificati all'esecuzione dei lavori e alla posa in opera delle barriere, fornendo o meno la certificazione.

Considerazioni

Gli esiti degli accertamenti svolti e i contributi forniti dagli operatori del settore che hanno partecipato all'audizione del 31 maggio 2000 hanno confermato nella sostanza gli elementi e le circostanze evidenziate in sede di analisi.

Circa gli elementi critici del sistema devesi rilevare quanto segue.

a) Autonomia ed indipendenza dei centri prova per barriere di sicurezza stradali

La dipendenza dell'unico istituto italiano autorizzato all'esecuzione delle prove di *crash* dalla Società Autostrade costituisce un elemento critico del procedimento, in particolare nel periodo transitorio fino all'omologazione, che condiziona l'accesso alle gare delle ditte installatrici.

Il Consiglio superiore dei lavori pubblici, nel richiamato parere, ha ritenuto opportuna la revoca dell'autorizzazione già concessa con DM n. 2344 del 16 maggio 1996 alla Società Autostrade, in quanto il fatto che questa Società è, oltre che stazione appaltante, anche promotore di omologazione di prodotto, determina il venir meno delle condizioni di terzietà ed indipendenza del Centro prove, il quale è una struttura della medesima Società.

La questione è attualmente all'esame del Ministero dei lavori pubblici per l'eventuale adozione dei provvedimenti di competenza.

Al riguardo va rilevato che l'eventuale revoca dell'abilitazione concessa all'unica struttura esistente in Italia non potrà che provocare gravi ostacoli al completamento delle procedure avviate per la normativa emanata, con l'inevitabile accentuarsi del contenzioso già in atto.

Inoltre la necessità di ricorrere agli altri due laboratori attualmente riconosciuti, in Francia e in Germania, potrà avere importanti effetti negativi per la competitività delle ditte italiane, per i conseguenti maggiori oneri rispetto alla concorrenza estera.

È perciò di tutta evidenza la necessità di una soluzione diversa del problema, che risponda alle esigenze evidenziate.

Idonea a questo fine sarebbe la costituzione di un centro prove avente autonoma soggettività giuridica (s.p.a.) che ne assicuri la trasparenza e consenta la verifica dell'attività svolta, con la partecipazione azionaria, al fine di garantire l'obiettività di comportamento, dei vari operatori del settore (ANAS, società concessionarie di autostrade, associazioni di categoria ecc.), con la supervisione tecnica dello stesso Ispettorato generale per la circolazione e sicurezza stradale.

Appare inoltre opportuno che il Ministero dei lavori pubblici definisca ed indichi ufficialmente i requisiti richiesti, nonché le modalità istruttorie finalizzate al rilascio dell'autorizzazione dei centri per l'esecuzione delle prove di *crash*, facendo possibilmente riferimento alle principali norme internazionali che regolamentano il settore, al fine di garantire alle ditte italiane il più ampio accesso al mercato. Si citano ad esempio le norme della serie EN 45000 e successive modificazioni.

La fissazione dei requisiti consentirebbe di chiarire le regole del sistema e consentirebbe forse anche ad altri soggetti di proporre la propria candidatura.

b) Condizioni di accesso all'appalto

Nell'audizione, l'ANAS ha avanzato la proposta di rendere obbligatoria per la partecipazione alle gare di appalto la costituzione di ATI, di tipo verticale, che comprenda anche i produttori di barriere di sicurezza stradali. Secondo l'ipotesi formulata, la partecipazione in associazione dei produttori dovrebbe minimizzare all'atto della gara gli effetti di eventuali situazioni di conflitto di interesse conseguenti al controllo di alcuni produttori di ditte installatrici.

La proposta richiederebbe modifiche del quadro legislativo, non essendo previsto dalle norme vigenti, per il caso di specie, di richiedere per l'accesso alle gare la costituzione obbligatoria di una ATI.

Peraltro, l'innovazione non sarebbe opportuna poiché, considerato il limitato numero dei produttori di barriere stradali (attualmente circa 14) e che ciascuno di essi può non produrre tutte le tipologie di barriera previste nel

singolo appalto, potrebbe rendersi necessario, in ipotesi, che, per la partecipazione ad un appalto, la ATI debba essere costituita con più produttori.

Il numero limitato di produttori, l'obbligo della loro costituzione in ATI e il divieto per la singola impresa di partecipare a un dato appalto con più ATI, sarebbero tutte condizioni che verrebbero di fatto a limitare il numero dei soggetti partecipanti alla gara.

Si determinerebbero quindi effetti limitativi della concorrenza, senza peraltro conseguire i risultati dell'eliminazione delle situazioni di conflitto di interesse, ma solo quello di renderle maggiormente trasparenti.

La proposta non appare pertanto risolutiva del problema.

La proposta di rinviare la presentazione dei *crash-test* ad aggiudicazione avvenuta, avanzata a questa Autorità dall'Associazione Italiana Segnaletica e Sicurezza (AISES), si ritiene invece più equilibrata per i costi e i benefici che determina.

I paventati rischi per l'amministrazione appaltante, derivanti da un mancato realizzo dei lavori, sono infatti minimizzati dall'obbligo della cauzione a vantaggio della stessa amministrazione.

Dopo l'aggiudicazione, anche il produttore/fornitore che eventualmente controlla ditte installatrici avrebbe comunque interesse a vendere il proprio prodotto.

Inoltre si deve rilevare che non risulta funzionale richiedere alle ditte installatrici certificazioni tecniche del prodotto in sede di gara, in quanto il produttore/fornitore ha l'obbligo di fornire dette certificazioni solo quando assume l'obbligo di fornire il prodotto e prima dell'aggiudicazione e, con l'assenza di un contratto con la ditta installatrice, potrebbe intervenire con un censurabile rifiuto con effetti pregiudizievoli sulla possibilità di partecipare da parte delle imprese.

In conclusione: l'applicazione concreta della normativa in tema di barriere ha trovato solo parziale e limitata applicazione, con effetti distorsivi della concorrenza.

L'Autorità, con la determinazione n. 13/2001 del 24 maggio 2001, ove è indicato il proprio indirizzo sul punto, ha inteso dare un contributo per il superamento di tali effetti distorsivi.

Appare pertanto indispensabile che gli organi ministeriali competenti intensifichino la loro azione e che, anche mediante idonea regolamentazione, imprimano alle procedure, specie quelle di esecuzione e di valutazione tecnica delle prove, la necessaria accelerazione, eliminando ogni causa di intralcio o di appesantimento nello svolgimento delle prove medesime e dell'istruttoria della richiesta di omologazione.

Sistema delle sanzioni per errata comunicazione di dati (5 dicembre 2001)

Analisi della questione

L'articolo 10, comma 1 *quater*, della legge quadro prevede l'esclusione del concorrente dalla gara, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti sanzionatori di cui all'articolo 4, comma 7 della legge quadro stessa, in caso di mancata prova, da parte delle imprese sorteggiate in sede di gara, dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiamati dalla norma citata e necessari per la partecipazione alla gara medesima, norma che resterà in vigore, anche dopo l'entrata a regime del sistema di qualificazione, per i lavori di importo inferiore a € 150.000 o superiore a circa 20 milioni di euro. Da ciò la permanenza dell'attualità del problema.

Considerazioni

L'esperienza maturata dall'Autorità, in relazione a 2.152 segnalazioni ricevute alla data odierna, ha consentito di riscontrare che i comportamenti tenuti dalle stazioni appaltanti sono tra loro discordanti ed incerti e impostati ad un eccessivo formalismo.

Le suddette difformità di comportamento da parte delle stazioni appaltanti sono certamente dipese, oltre che dal carattere fortemente innovativo della norma, anche dalla procedura ivi prevista, di notevole difficoltà. Tale procedura, infatti, investe la complessa problematica che ha dato origine alla vasta giurisprudenza sui presupposti dei provvedimenti di esclusione dalla gara ed incide, inoltre, sul principio della continuità della gara stessa, sospesa legalmente per un tempo notevolmente ristretto e sovente rivelatosi inadeguato alla produzione dei documenti richiesti, specie quando essi non siano nell'immediata disponibilità dell'impresa.

Inoltre si richiedono alla stazione appaltante valutazioni non di rado delicate e complesse, come ad esempio quelle relative alla sussistenza dell'errore scusabile e, in generale, ai confini della discrezionalità nell'apprezzamento della sussistenza dei presupposti della segnalazione all'Autorità.

Né contribuisce a rendere più agevole detta procedura la valutazione distinta ed autonoma del medesimo fatto omissivo, che la legge demanda da una parte alla stazione appaltante ai fini dell'escussione della cauzione e, dall'altra, all'Autorità per l'emanazione della sanzione.

Gli inadempimenti riscontrati sono prevalentemente ascrivibili a difficoltà di carattere organizzativo, specie per le imprese di piccole dimensioni, di far fronte ai complessi adempimenti richiesti dalla normativa: al riguardo, dopo l'emanazione, da parte di questa Autorità, dell'atto di regolazione n. 15/2000, sono pervenute numerose segnalazioni che hanno evidenziato i caratteri ingiustificatamente formalistici che hanno assunto le procedure di verifica a campione da parte delle stazioni appaltanti, sì da indurre questa

Autorità a fornire indicazioni operative mirate a graduare i provvedimenti conseguenti, in proporzione agli interessi da tutelare.

Sulla base delle 2.152 segnalazioni presentate, occorre considerare che 327 sono state archiviate in quanto infondate; in 382 casi è stato istruito un procedimento ispirato al rispetto del principio del contraddittorio e della salvaguardia dei diritti dei soggetti passibili di sanzione e per 376 casi il procedimento si è concluso senza sanzioni per l'impresa, in quanto ravvisabile l'ipotesi dell'errore scusabile. Delle restanti 1067 segnalazioni, 250, pur non essendo ancora stato adottato il provvedimento definitivo, sono state ritenute archiviabili dal Servizio.

In sostanza: l'applicazione della norma ha comportato in molti casi pregiudizio per le imprese che, in conseguenza dell'attività di verifica dell'Amministrazione, hanno subito l'esclusione alla gara e l'automatica escussione della cauzione, anche quando l'inadempimento non sussisteva o presentava connotati tali da non pregiudicare il corretto svolgimento della gara.

Sussiste l'opportunità di non escludere dalle gare le imprese sorteggiate che, pur in possesso dei requisiti, sono incorse in errori formali o materiali nella produzione dei documenti, sempre che sia agevole la rilevazione degli errori stessi nell'esame degli atti da parte della stazione appaltante.

In effetti, già nell'atto di regolazione n. 15/2000 l'Autorità, nell'evidenziare il carattere perentorio del termine di dieci giorni assegnato all'impresa per dimostrare quanto dichiarato, ha precisato che l'amministrazione può decidere in sede amministrativa ad istanza dell'impresa di attenuare gli effetti sanzionatori per fatti non imputabili alla stessa; attenuazione questa da valutare con estremo rigore e tenuto conto principalmente dei casi in cui l'adempimento interverga in ritardo ma in tempo utile per l'utilizzazione in sede di gara.

Va tenuto presente che limitare l'eccessivo rigorismo formale delle stazioni appaltanti nell'esclusione dalle gare delle imprese vale a garantire la più ampia partecipazione alla gara stessa, in conformità ai principi comunitari di efficienza, economicità e garanzia della concorrenza.

Appare opportuno, inoltre, effettuare un'autonoma considerazione per quanto attiene all'escussione della cauzione da parte dell'amministrazione. Essa, secondo l'interpretazione del dettato normativo, costituisce per la stazione appaltante atto dovuto ed automatico in presenza delle circostanze descritte dalla norma.

Peraltro la procedura comminatoria prevista a carico del concorrente dall'articolo 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109/1994 prevede un doppio intervento da parte di diversi organismi — soggetto aggiudicatore ed Autorità — che potrebbe apparire una duplicazione di azioni non correlate fra loro nel merito; infatti il seggio di gara provvede all'esclusione dalla gara; conseguentemente, la stazione appaltante procede alla dovuta escussione della cauzione provvisoria ed alla relativa comunicazione all'Autorità, la quale procederà ad una valutazione nel merito sulla sanzionabilità della fattispecie.

Appare evidente quindi che, ferma restando la disciplina in merito all'esclusione dalla gara, attesa la necessità di rispettare i tempi di svolgimento della procedura stessa, sembra opportuno un intervento del legislatore che subordini l'escussione della cauzione da parte della stazione appaltante alla pronuncia dell'Autorità in merito, senza che occorra — come indicato dalla

giurisprudenza del giudice amministrativo — escutere la cauzione e poi procedere, in base a detta pronuncia, all'adozione di un provvedimento di revoca da parte dell'amministrazione appaltante. In tali sensi potrebbe essere introdotta apposita modifica normativa.

Sezione IV

Atti di regolazione e determinazioni

PAGINA BIANCA

Appalti di forniture e appalti di lavori

Atto di regolazione del 31 gennaio 2001

(G.U. n. 38 del 15 febbraio 2001)

Con nota del 7 giugno 2000, inviata per conoscenza a questa Autorità di vigilanza, l'Associazione nazionale costruttori di impianti (ASSISTAL) segnalava che, in un bando di gara riguardante lo stabilimento della Nuova manifattura tabacchi di Lucca, l'Ente tabacchi italiani aveva fatto riferimento alla normativa concernente gli appalti pubblici di fornitura e non a quella relativa agli appalti per lavori che era, invece, quella aderente al contenuto del bando. Dalla descrizione dell'oggetto dell'appalto si sarebbe evinto, infatti, che l'attività di «progettazione e installazione» di impianti vari (elettrici, di condizionamento, termici ed altri, tutti riconducibili alla categoria OG11) — che ne costituiva il principale contenuto — identificava una «attività di costruzione di opere e di impianti» che rientra nell'ambito oggettivo (articolo 2) di applicazione della legge quadro 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni. Indiretta conferma sarebbe anche derivata dal fatto che erano stati individuati alcuni requisiti di partecipazione propri dei tipi di gare relativi ai lavori.

Richiesto di fornire chiarimenti, l'Ente tabacchi, con nota pervenuta il 26 giugno 2000, precisava che l'appalto in questione non rientrava nell'ambito di applicazione della legge-quadro sui lavori pubblici, dal momento che concerneva prevalentemente la fornitura di macchinari realizzati da produttori secondo consolidati *standard* di progettazione, aggiungendo che, tuttavia, al fine di assicurare la trasparenza e la *par condicio* tra i concorrenti, era stato previsto che i partecipanti alla gara possedessero determinati requisiti di qualificazione.

Stante la rilevanza generale della questione prospettata, in quanto relativa all'individuazione della disciplina pubblicistica applicabile ai contratti implicanti pluralità eterogenee di prestazioni, il Consiglio dell'Autorità decideva di procedere ad un'audizione delle parti e delle rappresentanze delle categorie interessate al cui esito, stralciata la questione relativa alla natura dell'Ente tabacchi e conseguentemente alla sua assoggettabilità alla normativa sull'evidenza pubblica, adottava il seguente Atto di regolazione.

In base al disposto di cui al comma 1 dell'articolo 2 della legge n. 109/1994, rientrano nell'ambito di applicazione della legge quadro in materia di lavori pubblici tutte le attività, qualunque ne sia il valore, inerenti a beni o impianti che si concretino in una rielaborazione o trasformazione della materia; ne restano, invece, escluse, ai sensi anche dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 358/92, come modificato dal decreto legislativo n. 402/1998, le attività di posa in opera o di mera installazione di beni o di impianti che formano oggetto di un contratto di fornitura, a meno che i lavori assumano rilievo economico superiore al 50% dell'importo complessivo del contratto. Ed è stato sottolineato in giurisprudenza che la differenza tra il contratto d'appalto e quello di compravendita (che costituisce il presupposto della

fornitura) si desume dalla prevalenza, non solo quantitativa ma soprattutto funzionale, secondo l'intenzione dei contraenti, della fornitura della materia (vendita) ovvero della prestazione relativa al lavoro (appalto d'opera). Con la conseguenza che «quando l'interesse del committente non sia tanto quello di ottenere la proprietà di un determinato impianto, quanto quello di installarlo in un complesso immobiliare a cura del fornitore, e correlativamente l'impegno di quest'ultimo sia essenzialmente quello di collocare l'impianto funzionante in un determinato complesso di opere (come avviene per qualsiasi impianto di cui si chiedi l'istallazione durante la costruzione di un'opera edilizia), si ha un contratto di appalto d'opera e non un contratto di compravendita "implicante una mera fornitura" di beni» (Cons. St., sez. V, 2 aprile 1996, n. 375). Sempre in giurisprudenza, è stato anche ritenuto che «il negozio misto nel quale siano presenti gli elementi della compravendita e dell'appalto, deve essere assoggettato alla disciplina unitaria del contratto i cui elementi costitutivi debbono considerarsi prevalenti, salvo che gli elementi del contratto non prevalente, regolabili con norme proprie, non siano incompatibili con quelli del contratto prevalente, dovendosi in tal caso procedere, nel rispetto dell'autonomia contrattuale (articolo 1322 c. c.), al criterio dell'integrazione delle discipline relative alle diverse cause negoziali che si combinano nel negozio misto» (Cass. civ., sez. II, 2 dicembre 1997, n. 12.199).

È pacifico che, nel caso in cui si abbia prestazione di lavoro e istallazione di impianti che portino ad una modificazione strutturale o funzionale di un bene, ed in ogni caso in cui è configurabile una delle attività di cui alle declaratorie dell'allegato A al DPR n. 34/2000, la funzione caratterizzante da riconoscere al contratto è da individuare nella realizzazione dell'opera, del lavoro pubblico, che costituiscono, quindi, l'oggetto principale del contratto medesimo. Questa interpretazione che si basa, appunto, su un criterio funzionale, consente di rendere caso prospettato *per absurdum* quello che discenderebbe da diversa soluzione e secondo cui, siccome in ogni costruzione edilizia le forniture (calcestruzzo, mattoni, travi, componenti ed altro) sono di valore economico prevalente rispetto agli oneri di lavorazione, si potrebbe ipotizzare che esse acquistino valenza di autonoma prestazione che allora si affianca a quella concernente i lavori e fa qualificare il contratto come di fornitura.

Viceversa, è da ritenere che, anche se economicamente di valore superiore alla prestazione di lavoro, la fornitura sia funzionalmente subvalente e pertanto al relativo contratto è applicabile la disciplina giuridica riguardante il lavoro.

A questa stessa conclusione deve pervenirsi anche nel caso, come quello in esame, di contratto implicante, oltre alla fornitura di impianti, anche prestazioni di lavoro, che ineriscano ad un'opera di ingegneria civile con i necessari adattamenti della stessa. Ai fini dell'individuazione della normativa applicabile, occorre sempre fare riferimento al criterio basato sulla valutazione della prevalenza funzionale delle rispettive prestazioni. Ciò nel senso che quando l'impianto è funzionale, oltre che alla realizzazione, anche alla modificazione di un'opera di ingegneria civile, si applica la normativa dei lavori pubblici, quale che sia l'importo economico della fornitura e del lavoro. È configurabile un contratto di fornitura con posa in opera nel caso in cui, con il contratto di fornitura, si intenda conseguire una prestazione a-