

Determinazioni

Anzi, si può ritenere che il vero procedimento di affidamento sia quello negoziale, rispetto al quale la fase della gara licitazione si pone come mero sub-procedimento, come è stato rilevato nell'atto di regolazione n. 51 del 26 ottobre 2000 di questa Autorità. La gara, infatti, non si conclude con l'aggiudicazione ma solo con l'individuazione delle migliori offerte funzionale alla successiva conclusione della quale si aggiudica la concessione.

Il carattere unitario della procedura di affidamento della concessione, sebbene articolata in due distinte fasi, comporta l'immodificabilità delle regole inizialmente poste fino al provvedimento conclusivo dell'aggiudicazione; diversamente verrebbero a mutare tutte quelle condizioni che hanno indotto alla partecipazione o alla non partecipazione alla gara o alla formulazione dell'offerta, e verrebbero quindi alterate le garanzie della trasparenza e della *par condicio*.

N) È stato chiesto quale sia il rapporto fra la disposizione inserita dall'articolo 7, comma 3, della legge n. 166/2002 nel comma 9 dell'articolo 18 della legge n. 55/1990 ed il comma 12 dello stesso articolo 18.

La nuova disposizione prevede che i termini per il rilascio dell'autorizzazione ai subappalti o ai cottimi di importo inferiore al 2% dell'importo dei lavori affidati o di importo inferiore a € 100.000 sono ridotti alla metà, mentre la disposizione del comma 12 considera subappalto o contratto simile qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di mano d'opera, quali le forniture con posa in opera ed i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2% dell'importo dei lavori affidati o di importo superiore a € 100.000 e qualora l'incidenza del costo della mano d'opera e del personale sia superiore al 50% dell'importo dei lavori da affidare. L'articolo 141, comma 5, del DPR n. 554/1999 ha, poi, precisato che le attività ovunque espletate sono quelle poste in essere nel cantiere cui si riferisce l'appalto.

Per fornire una risposta al quesito va ricordato che l'Autorità, nella determinazione n. 12 del 22 maggio 2001, ha affermato che l'articolo 18 della legge n. 55/1990 è formato da quattordici commi e che i commi da uno ad undici e da tredici a quattordici contengono le disposizioni da applicarsi per il subappalto delle prestazioni che sono qualificate come lavori, mentre il comma dodici opera una definizione legale del subappalto finalizzata ad individuare le regole da applicarsi per l'affidamento dei subcontratti relativi a prestazioni che non sono lavori ma prevedono l'impiego di mano d'opera, come nel caso della fornitura con posa in opera ed i noli a caldo e cioè dei cosiddetti 'contratti similari'.

Tenendo conto della suddette considerazioni, si deve ritenere che la nuova disposizione riguardi esclusivamente il subappalto o i cottimi relativi alle prestazioni da qualificarsi come lavori e, quindi, nessuna variazione è stata apportata alle disposizioni in materia dei cosiddetti 'contratti similari'. Restano quindi pienamente valide tutte le indicazioni che l'Autorità ha fornito in ordine ai 'contratti similari' nelle determinazioni n. 12/2001 e n. 25/2001.

Va precisato, inoltre, al fine di una migliore comprensione delle disposizioni, che i subappalti di lavori e, quindi, anche i contratti similari, ancorché di importo inferiore al 2% dell'importo dei lavori affidati o a € 100.000, inci-

Sezione Quarta

dono sulla percentuale del 30% dell'importo della categoria prevalente liberamente subappaltabile.

Per tutte le esposte considerazioni, nei sensi indicati è l'avviso dell'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici.

Ritenute a garanzia del 5%
di cui all'articolo 22 della legge 3 gennaio 1978, n. 1
Determinazione del 23 ottobre 2002
(G.U. n. 261 del 7 novembre 2002)

Premesso

Ad opera di diverse stazioni appaltanti sono stati prospettati a questa Autorità numerosi interrogativi simili, che possono riassumersi nei due seguenti quesiti, inerenti all'attuale regime delle ritenute a garanzia sul credito dell'appaltatore

1. Se la stazione appaltante che ha precedentemente effettuato, in sede di pagamento degli acconti in corso d'opera, la ritenuta di garanzia del 5% sul credito dell'appaltatore — prevista dall'articolo 22 della legge n. 1/78, a modifica del primo comma del precedente articolo 48 del RD n. 827/24 — possa procedere allo svincolo delle suddette ritenute, previa presentazione da parte dell'appaltatore di polizza fideiussoria assicurativa e senza attendere il riconoscimento della regolare esecuzione dell'opera, dal momento che tale facoltà, introdotta dall'articolo 22 della legge n. 1/78 deve intendersi attualmente preclusa, data l'intervenuta espresa abrogazione dell'articolo in esame ad opera del DPR n. 554/99;
2. se, avendo il regolamento espressamente abrogato all'articolo 231 il solo articolo 22 della legge n. 1/78 e non anche il precedente articolo 48 del RD n. 827/24 relativo ai pagamenti in acconto, debba intendersi attualmente preclusa la sola facoltà di svincolo delle ritenute, ferma restando la possibilità da parte dell'amministrazione di continuare ad operarle ai sensi dell'articolo 48 non espressamente abrogato, ovvero debba ritenersi altresì preclusa anche tale possibilità.

Considerato che i quesiti prospettati concernono problematiche di carattere generale e che con l'emanazione della legge n. 166/02 sono state apportate modifiche al regime della garanzia definitiva, si ritiene opportuno un intervento chiarificatore da parte di questa Autorità.

Ritenuto in diritto

In ordine alle problematiche in esame è necessario anzitutto ricordare che la legge n. 109/94 ed il successivo regolamento d'attuazione hanno — in realtà — introdotto a favore delle stazioni appaltanti tutto un complesso sistema di garanzie ed assicurazioni, stabilendo altresì espressamente — all'articolo 30 della legge quadro — che devono intendersi conseguentemente soppresse tutte le altre forme di garanzia e cauzioni previste dalla normativa vigente.

In particolare — con riferimento al profilo che in questo caso maggiormente interessa — lo stesso articolo 30, comma 2, ha previsto a carico dell'appaltatore la prestazione a favore dell'amministrazione di una garanzia

Sezione Quarta

fideiussoria da parte di un istituto bancario o di una compagnia di assicurazione autorizzata pari al 10% dell'importo netto dell'appalto, a copertura di tutte le obbligazioni nascenti dal contratto. In tal senso, anche la recente modifica intervenuta con legge n. 166/02, ha ribadito l'efficacia di tale garanzia omnicomprendiva, limitandosi a disciplinarne l'entità percentuale in relazione al ribasso offerto in sede di gara, nonché le modalità di svincolo parziale in corso d'opera.

Il regolamento d'attuazione n. 554/99 — sulla base di tali premesse normative — ha coerentemente disposto l'abrogazione espressa dell'articolo 22 della legge n. 1/78 nonché dell'intero DPR n. 1063 del 16 luglio 1962, il quale tra l'altro disciplinava all'articolo 33 (*Pagamenti in acconto*) le ritenute previste dall'articolo 48 del RD n. 827/1924, stabilendo che le stesse costituivano per l'amministrazione un'ulteriore garanzia dell'adempimento degli obblighi dell'appaltatore.

Avendo pertanto l'articolo 231 del regolamento abrogato sia l'articolo 33 del DPR n. 1063/6, sia l'articolo 22 della legge 1/78 ed avendo inoltre disciplinato nuovamente all'articolo 114 i *Pagamenti in acconto*, dove scompare ogni riferimento al diritto dell'amministrazione ad effettuare le suddette ritenute di legge, può conseguentemente ritenersi che dall'entrata in vigore del regolamento sia preclusa alle amministrazioni appaltanti la possibilità di operare, in sede di pagamento degli acconti in corso d'opera, la ritenuta di garanzia del 5% sul credito dell'appaltatore.

Alla luce della nuova normativa, resta tuttora in vigore la sola ritenuta dello 0,50% che le amministrazioni appaltanti sono autorizzate ad effettuare — ai sensi dell'articolo 7 del nuovo capitolato generale d'appalto — a garanzia dell'osservanza da parte dell'appaltatore delle norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, sicurezza, salute, assicurazione e assistenza dei lavoratori.

La suddetta ritenuta viene svincolata, previa liberatoria degli enti previdenziali interessati, solo con la rata di saldo, corrisposta a fronte del prezzo pattuito per l'opera realizzata sulla base delle risultanze del conto finale.

Ciò premesso, resta ancora da chiarire l'aspetto relativo all'individuazione della disciplina applicabile ai contratti stipulati prima della vigenza dell'attuale regolamento, ponendo come discriminare la data di entrata in vigore della recentissima legge n. 166/02 che, modificando l'articolo 30, comma 2, della legge n. 109/94, ha sancito il nuovo regime della garanzia fideiussoria definitiva.

Infatti, prima del 18 agosto 2002 poteva risultare sufficiente il richiamo all'articolo 232 del DPR n. 554/99 il quale, nel dettare una normativa transitoria intesa a definire l'operatività nel tempo delle specifiche prescrizioni del regolamento, precisava: «le disposizioni riguardanti il modo ed il contenuto delle obbligazioni derivanti da contratto si applicano ai contratti stipulati successivamente alla loro entrata in vigore».

Anche questa Autorità, con la determinazione n. 54/2000, aveva conseguentemente chiarito: «con riferimento all'esecuzione del contratto d'appalto e, in particolare, al contenuto ed alle modalità delle reciproche obbligazioni che ne derivano, il regolamento ha fatto applicazione del principio generale *tempus regit actum*, disponendo che gli stessi si ricollegano alla legge vigente al momento della stipulazione.».

Determinazioni

Ne derivava che solo per i contratti stipulati anteriormente al 28 luglio 2000 — quindi prima dell'espressa abrogazione delle precedenti disposizioni normative — poteva ritenersi legittima la possibilità di continuare ad operare le ritenute del 5%, nonché il conseguente svincolo delle stesse all'atto della presentazione di apposita polizza fideiussoria.

Tuttavia, con l'entrata in vigore delle richiamate modifiche introdotte dalla legge n. 166/02, l'esplicita indicazione — nella versione attuale dell'articolo 30, comma 2 — «le disposizioni di cui ai precedenti periodi si applicano anche ai contratti in corso» porta a ritenere preclusa la possibilità di continuare ad operare le suddette ritenute del 5% sugli acconti corrisposti in corso d'opera.

Dalle considerazioni svolte segue:

1. l'articolo 30, comma 2, della legge n. 109/94, abrogando espressamente ogni altra forma di garanzia e cauzione in essa non contemplata, ha previsto a carico dell'appaltatore la prestazione, in favore dell'amministrazione, di una garanzia fidejussoria (resa da un istituto bancario o da una compagnia assicurativa autorizzata) pari al 10% dell'importo netto dell'appalto, a garanzia di ogni obbligazione nascente dal contratto;
2. e modificazioni introdotte dalla legge n. 166/02 al suddetto articolo 30, comma 2, hanno ribadito l'efficacia di tale garanzia omnicomprensiva, limitandosi a disciplinarne l'entità percentuale in relazione al ribasso offerto in sede di gara, nonché le modalità di svincolo parziale in corso d'opera;
3. alla luce dell'attuale normativa, resta in vigore la sola e distinta ritenuta dello 0,50%, di cui all'articolo 7 del nuovo capitolato generale d'appalto (D.M. 145/00), a garanzia dell'osservanza delle norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e regolamenti sulla tutela, sicurezza, salute, assicurazione e assistenza dei lavoratori;
4. per i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del regolamento resta preclusa alle amministrazioni appaltanti la possibilità di operare in sede di pagamento degli acconti in corso d'opera la ritenuta di garanzia del 5% sul credito dell'appaltatore;
5. stante l'applicabilità ai contratti in corso delle intervenute modifiche in materia di cauzione definitiva di cui alla legge n. 166/02, anche nel caso in cui il contratto d'appalto sia stato stipulato anteriormente all'entrata in vigore della nuova normativa (D.P.R. n. 554/99), le ritenute di garanzia del 5%, se operate, dovranno essere svincolate nei modi di legge, senza attendere il riconoscimento della regolare esecuzione dell'opera.

Ulteriori chiarimenti alle S.O.A.

Determinazione del 6 novembre 2002

(G.U. n. 275 del 23 novembre 2002)

Considerato in fatto

Alcune stazioni appaltanti e associazioni imprenditoriali hanno richiesto all'Autorità ulteriori chiarimenti in ordine ai criteri cui devono attenersi le S.O.A. nello svolgimento dell'attività di qualificazione delle imprese. Le questioni sono state sottoposte all'esame della Commissione Consultiva — prevista dall'articolo 8, comma 3, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s. m. e dall'articolo 5 del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 — del cui parere deve avvalersi l'Autorità per la definizione delle procedure e dei criteri che devono essere seguiti dai soggetti autorizzati nella loro attività di qualificazione. La Commissione ha espresso i propri avvisi nelle sedute del 7 dicembre 2001, del 7 giugno 2002 e del 3 luglio 2002. L'Autorità definisce nella presente determinazione i criteri cui devono attenersi le S.O.A. autorizzate, nella loro attività di qualificazione, tenuto conto delle indicazioni e considerazioni dei suddetti pareri, il cui testo integra le motivazioni del presente documento ed al quale, pertanto, è consentito l'accesso a chi vi abbia interesse.

In primo luogo va precisato che le richieste di chiarimenti riguardano:

- a) la possibilità di riconoscere ad un'impresa da qualificare come "attività indiretta" una parte della cifra d'affari in lavori maturata in capo ad una società di fatto cui una associazione temporanea ha materialmente dato vita;
- b) la possibilità di estendere la previsione prevista per le ditte individuali e per le società di persone (comprendere nel costo complessivo sostenuto per il personale dipendente quello relativo ad una retribuzione convenzionale del titolare e dei soci) anche alle società a responsabilità limitata il cui amministratore unico presta la sua attività lavorativa nella società;
- c) quale delle categorie specializzate di cui all'allegato A al DPR n. 34/2000 sia la più adeguata per la qualificazione delle imprese che svolgono attività nel settore dei sistemi di protezione catodica di strutture metalliche;
- d) quale sia fra le categorie specializzate OS19 e OS30 quella più adeguata per la qualificazione delle imprese che operano nella realizzazione di impianti di trasmissione dati;
- e) la possibilità per una società facente parte di una *holding* di utilizzare, ai fini della qualificazione, avendone la disponibilità, l'attrezzatura ed i mezzi d'opera di proprietà della casa madre;
- f) quale è il momento rilevante ai fini della verifica del requisito del possesso della certificazione di sistema di qualità o del possesso degli elementi significativi e correlati del sistema di qualità e se questi requisiti devono essere posseduti con riferimento all'importo dell'appalto o all'importo delle classifiche di qualificazione;

Sezione Quarta

- g) quali siano i presupposti per classificare le pavimentazioni come rientranti nella categoria generale OG3 oppure nelle categorie specializzate OS6, OS24 e OS26;
- h) la possibilità di utilizzare ai fini della qualificazione nella categoria OS10 le sole certificazioni relative a "fornitura e posa in opera" o anche le certificazioni relative alla sola "fornitura" e se l'impiego di diverse locuzioni nelle declaratorie delle categorie di specializzazione (virgola oppure la "e") costituisce una precisa volontà del legislatore di differenziare la "fornitura" dalla "fornitura e posa in opera";
- i) se nuove imprese (che intendano qualificarsi sulla base di requisiti posseduti da imprese acquisite), che siano costituite in forma di soggetti tenuti alla dimostrazione del requisito di cui all'articolo 18, comma 2, lettera c), del DPR n. 34/2000, qualora non abbiano ancora provveduto al deposito del primo bilancio, possano lo stesso qualificarsi, in quanto la dimostrazione del capitale netto positivo è implicita, essendo il capitale di una neonata società certamente integro;
- j) se le stazioni appaltanti devono o non devono rilasciare le certificazioni di esecuzione dei lavori relativi ad appalti per i quali è sopravvenuta una rescissione contrattuale ancorché limitati agli importi liquidati e fatturati.

Considerato in diritto

- A) Il quesito di cui alla lettera a) dei *considerato in fatto* (possibilità di riconoscere ad una impresa da qualificare come "attività indiretta" una parte della cifra d'affari in lavori maturata in capo ad una società di fatto cui una associazione temporanea ha materialmente dato vita) ha origine dalla prescrizione di cui all'articolo 18, comma 4, del DPR n. 34/2000, che dispone: «La quota della cifra d'affari relativa all'attività indiretta ...» [cioè quella svolta dai consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere e) ed e-bis) della legge n. 109/94 e s.m., nonché dalle società fra imprese riunite di cui all'articolo 96 del DPR 21 dicembre 1999, n. 554, qualora questi abbiano fatturato i lavori eseguiti alla stazione appaltante senza ricevere fatture dai propri consorziati che sono stati i reali materiali esecutori dei lavori] da attribuire ad un consorzio è comprovata dai bilanci dei consorzi e delle società di cui fa parte il suddetto consorzio. Il quesito riguarda il caso in cui i soggetti di un'associazione temporanea non abbiano costituito la società di cui al suddetto articolo 96 del DPR n. 554/1999 ma abbiano realizzato le opere in modo unitario ed indistinto e cioè attraverso una *società di fatto*. Avendo operato in questo modo, le imprese non sono in condizione di presentare a comprova delle cifre d'affari indirettamente imputabili ad esse i bilanci ma soltanto le dichiarazioni IVA della suddetta *società di fatto*. Si chiede se la prova richiesta dalla normativa possa essere costituita da questa dichiarazione. Preliminarmente va osservato che la giurisprudenza (*Cass. civ. Sez. I, 16 luglio 1997, n. 6514; id., 1° aprile 1996, n. 3003*) ha affermato: «società di fatto è quella la cui esistenza non si desume dalle dichiarazioni espresse, ma viene dedotta implicitamente dal comportamento dei soci» nonché (*Cass. civ. Sez. I, 26 agosto 1998, n. 8486*) ha precisato: «ai fini fiscali i criteri di identificazione delle società di fatto non coincidono con quelli previsti dal codi-

Determinazioni

ce civile, e ciò in quanto in materia fiscale l'esigenza non è quella di tutelare l'affidamento dei terzi, bensì quella di verificare l'esistenza dei presupposti per l'applicazione delle norme impositive». Tale società è inoltre necessariamente una *società irregolare*, in quanto priva di iscrizione nel Registro delle imprese di cui all'articolo 2188 c.c., istituito con legge 29 dicembre 1993, n. 580, le cui norme attuative sono contenute nel DPR 7 dicembre 1995, n. 581.

Va poi osservato che nel caso al quale si riferisce il quesito vi è stata una violazione della norma imperativa di cui all'articolo 18, comma 2, secondo periodo, della legge 19 marzo 1990, n. 55, che stabilisce: «le imprese, le associazioni, i consorzi aggiudicatari sono tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori compresi nel contratto» e «il contratto non può essere ceduto, a pena di nullità». È possibile soltanto che le imprese associate, al fine di un'esecuzione unitaria dei lavori totale o parziale, costituiscano — ai sensi dell'articolo 96, commi 2, 3 del DPR n. 554/1999 — una società anche consortile tra quelle previste dal libro V, titolo V, capi 3 e seguenti del codice civile (società in nome collettivo, società in accomandita semplice, società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata). Fra queste società non è prevista la *società di fatto*. Né può valere la circostanza che la società di fatto avente per oggetto attività commerciale ai fini dei rapporti con il fisco, ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera b), del DPR 22 dicembre 1986, n. 917, è considerata una *società in nome collettivo*; perché si verifichi il subentro tra le imprese associate e la società costituita per l'esecuzione unitaria dei lavori, occorre infatti che l'atto costitutivo sia notificato alla stazione appaltante e che la società sia iscritta nel registro delle imprese.

Esaminato il quesito sul piano tributario, va osservato che la tesi che l'esecuzione di un'opera indivisibile affidata ad un'associazione comporta necessariamente la costituzione di un soggetto tributario passivo ai fini dell'imposta sui redditi e sul valore aggiunto ha avuto risposte da parte dell'amministrazione finanziaria differenti nel tempo. Inizialmente la tesi è stata condivisa (*risoluzioni 17 novembre 1983, n. 782 e 30 marzo 1979, n. 571*) poi invece rigettata (*risoluzione 9 giugno 1992, n. 530742*). D'altra parte, l'ipotesi di un'associazione che abbia fatturato direttamente alla stazione appaltante senza ricevere fatture dalle imprese non trova giustificazione, in quanto le società di fatto, come prima affermato, sono equiparate a società in nome collettivo. D'altra parte l'amministrazione finanziaria ha sempre affermato: «il soggetto autonomo d'imposta deve emettere fatture assoggettate all'IVA nei confronti della stazione appaltante, mentre le singole imprese devono fatturare all'ante consortile i rispettivi lavori eseguiti» (*risoluzioni 4 agosto 1987, n. 460437 e 30 ottobre 1982, n. 350845*).

In base alle suddette considerazioni e al conforme parere della Commissione Consultiva prima indicato, l'Autorità è dell'avviso che non può essere attribuita per "attività indiretta" alle imprese temporaneamente riunite in associazione la cifra d'affari in lavori maturata in capo alla *società di fatto* cui la riunione temporanea avrebbe materialmente dato vita.

- B) Il quesito di cui alla lettera b) dei *considerato in fatto* (possibilità di estendere la previsione prevista per le ditte individuali e per le società di persone di

Sezione Quarta

comprendere nel costo complessivo sostenuto per il personale dipendente quello relativo ad una retribuzione convenzionale del titolare e dei soci anche alle società a responsabilità limitata il cui amministratore unico presta la sua attività lavorativa nella società) va esaminato tenendo conto che l'Autorità ha precisato nella determinazione 7 maggio 2002, n. 8: «per organico medio annuo le disposizioni intendono fare riferimento esclusivamente al personale dipendente e cioè al personale stabilmente e regolarmente incardinato nell'impresa».

Il diverso regime che le norme prevedono per le ditte individuale e per le società di persone trova fondamento nel fatto che la posizione del socio d'opera è diversa dalla posizione del prestatore di lavoro subordinato. La giurisprudenza (*Cass. civ. sez. lavoro*, 14 aprile 1994, n. 3650) ha infatti affermato: «nelle società di persone, che non sono enti giuridici distinti dai singoli soci, un rapporto di lavoro subordinato fra la società ed uno dei soci è configurabile solo in via eccezionale nella sola ipotesi in cui il socio presti la sua attività lavorativa sotto il controllo gerarchico di un altro socio, munito di supremazia e sempre che la suddetta prestazione non integri un conferimento previsto nel contratto sociale».

È, invece, orientamento costante della giurisprudenza che sia la configurabile un rapporto di lavoro subordinato in capo ad un componente di un consiglio di amministrazione di una società di capitali, qualora risulti provato che il dipendente amministratore sia assoggettato al potere direttivo di controllo e disciplinare da parte di sopraordinati organi della società ma ciò, ha affermato la giurisprudenza (*Cass. civ.* 24 maggio 2000, n. 6819), non può verificarsi per l'amministratore unico della società. La giurisprudenza (*Cass. civ. sez. III*, 16 novembre 2000) ha altresì ritenuto che non può assimilarsi una società a responsabilità limitata — anche se con un unico socio — con una società di persone.

L'Autorità, in base alle suddette considerazioni e al conforme parere della Commissione consultiva prima indicato, è dell'avviso che non può applicarsi in via estensiva la disposizione di cui all'articolo 18, comma 10, ultimo periodo, del DPR n. 34/2000 all'amministratore unico di una società a responsabilità limitata, fatto salvo che figuri come dipendente, in quanto in tal caso si applica direttamente l'articolo 18, comma 10, primo periodo, e comma 11, del suddetto DPR n. 34/2000.

- C) Il quesito di cui alla lettera c) dei *considerati in fatto* (quale delle categorie specializzate di cui all'allegato A al DPR n. 34/2000 sia la più adeguata per la qualificazione delle imprese che svolgono attività nel settore dei sistemi di protezione catodica di strutture metalliche) pone alcuni problemi in ordine alla collocazione all'interno delle categorie del sistema di qualificazione delle attività di progettazione, costruzione, misurazioni e manutenzione dei sistemi di protezione catodica di strutture metalliche, per la cui collocazione l'Autorità aveva già espresso il proprio avviso nella determinazione del 27 settembre 2001, n. 19, stabilendo che esse rientravano nella categoria OG10. Il quesito non contesta apertamente la suddetta collocazione ma pone dubbi sulla stessa, in quanto ritiene che la protezione catodica abbia una sua posizione precisa nel mondo industriale e di ciò non si è tenuto adeguatamente conto nella suddetta determinazione.

Determinazioni

L'Autorità, in base alle considerazioni di natura tecnica svolte nel parere della Commissione consultiva di cui ai *considerato in fatto*, è dell'avviso di dover modificare la precedente indicazione, stabilendo che le attività nel settore dei sistemi di protezione catodica rientrano nella categoria specializzata OS16.

- D) Il quesito di cui alla lettera *d*) dei *considerato in fatto* (quale sia fra le categorie specializzate OS19 e OS 30 quella più adeguata per la qualificazione delle imprese che operano nella realizzazione di impianti di trasmissione dati) ha origine nel fatto che in entrambe le declaratorie si parla di reti di trasmissione dati.

L'Autorità, anche in base alle considerazioni contenute nel parere della Commissione consultiva di cui ai *considerato in fatto*, è dell'avviso che l'appartenenza delle reti trasmissione dati alle due categorie derivi dal posizionamento delle stesse rispetto all'opera dove sono inserite. La declaratoria della OS30 si riferisce, infatti, ad impianti interni e cioè impianti che sia dal punto di vista funzionale sia da quello della localizzazione riguardano uno o più ambienti operativamente tra loro collegati e nel loro insieme circoscritti. La declaratoria di cui alla OS19 fa riferimento, invece, ad impianti con connotazione di servizio pubblico e, quindi, ad impianti dislocati sul territorio, con una pluralità di accessi.

- E) Il quesito di cui alla lettera *e*) dei *considerato in fatto* (possibilità di una società facente parte di una *holding* di utilizzare, ai fini della qualificazione, avendone la disponibilità, l'attrezzatura ed i mezzi d'opera di proprietà della casa madre) rientra nella più vasta problematica relativa all'utilizzabilità, da parte di ciascuno dei soggetti facenti parte del medesimo gruppo di imprese organizzato in forma di *holding*, del complesso dei requisiti maturati singolarmente in capo ad ognuno di essi.

Va in primo luogo osservato che la normativa non riserva alcuna attenzione al fenomeno del gruppo di imprese. Le uniche indicazioni riguardano la possibilità per le imprese di utilizzare, ai fini della loro qualificazione, le cifre d'affari in lavori maturate dai consorzi e della società per la esecuzione delle opere (cosiddetta *attività indiretta*, di cui all'articolo 18, comma 4, del DPR n. 34/2000), la possibilità per i consorzi di cooperative e per i consorzi artigiani di utilizzare, ai fini delle loro qualificazioni, la dotazione stabile e l'organico medio annuo dei loro consorziati e la possibilità per i consorzi stabili di utilizzare, ai fini delle loro qualificazioni, le qualificazioni possedute dai propri consorziati.

In secondo luogo va considerato che la giurisprudenza comunitaria e nazionale ha esaminato la questione di una società controllante che vuole utilizzare per la sua qualificazione i requisiti delle società controllate e che non risultano pronunce in ordine alla possibilità di una società controllata di utilizzare ai fini della propria qualificazione i requisiti posseduti dalla società controllante.

L'Autorità, in base alle suddette considerazioni nonché a quelle contenute nel parere della Commissione consultiva di cui ai *considerato in fatto*, è dell'avviso che non sia possibile per una società facente parte di una *holding* di utilizzare, ai fini della qualificazione l'attrezzatura ed i mezzi d'opera di proprietà della casa madre.

- F) Il primo aspetto del quesito di cui alla lettera *f*) dei *considerato in fatto* (quale

Sezione Quarta

è il momento rilevante ai fini della verifica del requisito del possesso della certificazione di sistema di qualità o del possesso degli elementi significativi e correlati del sistema di qualità) riguarda la questione se il possesso del requisito di qualità debba sussistere già al momento della stipula del contratto con la S.O.A. oppure soltanto al momento del rilascio dell'attestazione.

In primo luogo va osservato che le norme stabiliscono che spetta agli organismi di qualificazione attestare l'esistenza nei soggetti che essi hanno qualificato del possesso della certificazione di sistema di qualità oppure della dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità. Tali certificazioni devono essere possedute dalle imprese qualificate secondo la cadenza temporale, articolata in rapporto alle classifiche, di cui all'allegato B al DPR n. 34/2000 e costituiscono, ai sensi dell'articolo 15, comma 1, del DPR n. 34/2000, un presupposto per il rilascio dell'attestazione di qualificazione.

In base a tali disposizioni si può affermare che le attestazioni di qualificazione rilasciate alle imprese, ad iniziare dal 1° gennaio 2002, per le categorie e negli scaglioni di validità previsti dal citato allegato B, devono riportare l'attestazione del possesso della certificazione di sistema di qualità dell'impresa, ovvero del possesso della dichiarazione della presenza nell'impresa di un sistema semplificato di qualità di cui all'allegato C al DPR n. 34/2000. Allo scopo l'impresa che aspira alla qualificazione deve produrre alla S.O.A., che dovrà attestarne l'esistenza, la certificazione del sistema di qualità conseguito nei tempi utili all'istruttoria della stessa S.O.A.

È da ritenersi che nel caso di procedure di attestazione *in itinere* alla data di decorrenza di uno degli scaglioni temporali previsti dall'allegato B, è onere della S.O.A. avvertire l'impresa in valutazione circa l'indispensabilità dell'acquisizione della certificazione di qualità prevista per le categorie e gli importi richiesti dalla stessa impresa prima di procedere al rilascio dell'attestazione, a pena di declassamento di tali categorie/importi alla soglia consentita in carenza del detto requisito di qualità. Peraltro la certificazione degli istituti di accreditamento circa la sussistenza in capo all'impresa del sistema di qualità, ancorché semplificato secondo l'allegato C, costituisce solo un accertamento del pregresso conseguimento da parte dell'impresa di un determinato *standard* qualitativo dell'impresa che, come tale, possedeva già di fatto tale requisito (ora certificato) al momento della stipula del contratto con la S.O.A.

Nel caso, invece, di attestazioni rilasciate prima del 1° gennaio 2002 in carenza di certificazioni di qualità ovvero, in seguito, nel progressivo divenire delle prescrizioni del più volte citato allegato B, resta cura dell'impresa attestata acquisire il requisito della qualità da fare attestare dalla S.O.A., accedendo al meccanismo a tariffa ridotta di cui al punto 3 dello schema allegato alla determinazione n. 40/2000 dell'Autorità, appositamente previsto per tale successivo evento qualificante.

L'Autorità, per le considerazioni esposte nonché a quelle contenute nel parere della Commissione consultiva di cui ai *considerato in fatto*, è dell'avviso che il possesso, nei limiti e con le scadenze temporali di cui all'allegato B al DPR n. 34/2000, della certificazione del sistema di qualità di un'impre-

Determinazioni

sa, in termini generali oppure semplificati come da allegato C al suddetto decreto, non è un mero titolo abilitante all'esecuzione dei lavori ma presupposto stesso per la qualificazione degli esecutori di lavori pubblici e, di conseguenza, ritiene che la relativa certificazione deve essere prodotta contestualmente alla documentazione di base per la stipula del contratto con la S.O.A. e comunque in tempo utile allo svolgimento dell'istruttoria da parte della S.O.A. stessa.

Al secondo aspetto del quesito (se questi requisiti devono essere posseduti con riferimento all'importo dell'appalto o all'importo delle classifiche) si collega il contenuto della delibera dell'Autorità del 15 maggio 2002, n. 139 che merita, però, un'indicazione più puntuale. Il quesito può così sintetizzarsi: possono o non possono più imprese, in associazione oppure in consorzio di tipo orizzontale o verticale — qualora in possesso di attestazione per classifica pari o inferiore ad una classifica per la quale, ai sensi dell'allegato B del DPR n. 34/2000, non è obbligatorio, o non è ancora obbligatorio, il possesso del requisito qualità — partecipare ad un appalto di importo tale per cui i concorrenti — qualora impresa singola — devono essere in possesso del suddetto requisito? In sostanza, occorre stabilire se l'obbligo del possesso della qualità è connesso all'importo dell'appalto oppure è un requisito connesso alla classifica delle attestazioni.

L'Autorità, per le considerazioni esposte nonché per quelle contenute nel parere della Commissione consultiva di cui ai *considerato in fatto*, ed in particolare per la considerazione che il sistema di qualificazione attiene alla soggettività dell'impresa, al fatto che le attestazioni costituiscono condizione necessaria e sufficiente per eseguire i lavori fino ad un certo importo, è dell'avviso che il requisito è connesso alla classifica della qualificazione.

Spetta, quindi, alle stazioni appaltanti che bandiscono appalti l'obbligo del controllo che l'attestazione di qualificazione per la classifica corrispondente all'importo dei lavori che il concorrente intende assumere, come impresa singola oppure come associata o consorziata in associazione o consorzio di tipo orizzontale o verticale — qualora tali importi rientrino in una delle fasce di progressivo obbligo del possesso della qualità integrale o semplificata — riporti l'indicazione di tale possesso e, nel caso di mancanza, l'obbligo dell'esclusione dalla gara dello stesso, fatto salvo che il concorrente dichiari e dimostri di aver conseguito la certificazione di qualità solo dopo il rilascio dell'attestazione di qualificazione e che abbia in itinere l'adeguamento della propria attestazione.

- G) Il quesito di cui alla lettera g) dei *considerato in fatto* (quali siano i presupposti per classificare le pavimentazioni come rientranti nella categoria generale OG3 oppure nelle categorie specializzate OS6, OS24 e OS26) riguarda la classificazione delle "pavimentazioni speciali" ad uso non stradale.

In primo luogo va ricordato che l'Autorità ha più volte precisato (*determinazioni* 12 ottobre 2000 n° 48, 22 maggio 2001, n. 12, 20 dicembre 2001, n. 25) che, a norma delle premesse dell'allegato A al DPR n. 34/2000 ed all'articolo 72, commi 2 e 3, del DPR n. 554/1999, le opere generali sono costituite da un insieme di lavorazioni, alcune proprie della categoria medesima e altre appartenenti a categorie di opere specializzate e, pertanto, il fatto che la categoria OG3 contenga nella declaratoria anche le pavimentazioni ha il

Sezione Quarta

solo significato che la realizzazione di un intervento stradale comporta anche l'esecuzione di lavorazioni di tipo particolare. Quindi il quesito si riduce a stabilire quali pavimentazioni — stante la valenza di lavoro autonomo, inteso come un lavoro che, indipendentemente dalla categoria che identifica l'intervento dal punto di vista ingegneristico nel quale esse sono comprese e dal fatto che la sua descrizione si trova concisamente, indirettamente o in parte compresa anche in una categoria generale prevalente — non hanno bisogno di lavorazioni appartenenti ad altre categorie per esplicare la loro funzione e, pertanto, rientrano nella categoria specializzata OS6, oppure nella categoria specializzata OS24 oppure nella categoria specializzata OS26.

L'Autorità, in base alla considerazione precedente e all'analisi delle declaratorie delle tre suddette categorie nonché alle considerazioni contenute nel parere della Commissione consultiva di cui ai *considerato in fatto*, è dell'avviso che

- a) le pavimentazioni stradali relative ad interventi destinati alla mobilità su gomma, ferro e aerea sottoposti a carichi notevoli, come nel caso delle piste aeroportuali, rientrano nella categoria specializzata OS26;
 - b) le pavimentazioni sportive di qualsiasi tipo e materiale (ligneo, plastico, metallico e vetroso) relative ad impianti sportivi al coperto ed allo scoperto rientrano nella categoria specializzata OS6, stante la prevalenza della lavorazione di finitura di opera generale;
 - c) le pavimentazioni sportive in verde rientrano nella categoria OS24;
 - d) le pavimentazioni stradali relativi ad interventi destinati alla mobilità su gomma, ferro e aerea sottoposti a carichi normali rientrano fra le lavorazioni proprie della categoria OG3.
- H) Circa il primo aspetto del quesito di cui alla lettera h) dei *considerato in fatto* (possibilità di utilizzare ai fini della qualificazione nella categoria OS10 le sole certificazioni relative a fornitura e posa in opera o anche le certificazioni relative alla sola fornitura), va rilevato che, pur riferito ad una specifica categoria di qualificazione, ha portata generale e riferibile a tutte le categorie di cui all'allegato A al DPR n. 34/2000.

In primo luogo va ricordato con riferimento al primo aspetto del quesito che l'Autorità ha già osservato (*determinazioni 28 dicembre 1999, n. 13, 22 maggio 2001, n. 12, 20 dicembre 2001, n. 25 e atto di regolazione 31 gennaio 2001, n. 5*) che le categorie generali o specializzate riportate nell'allegato A al DPR n. 34/2000 si riferiscono a lavori, cioè ad complesso di attività che hanno come connotazione essenziale il *facere*, cioè operazioni tecniche di elaborazione e trasformazione della materia per produrre un nuovo bene, sia nella forma di "opera" vera e propria, sia più in generale nella forma di "lavoro". A conferma di ciò, il secondo periodo del comma 1, dell'articolo 2 della legge n. 109/1994 e s.m. assoggetta alla legge stessa i contratti misti di fornitura e posa in opera per i quali i lavori assumono rilievo economico superiore al 50%.

Circa il secondo aspetto del quesito (se l'impiego di diverse locuzioni nelle declaratorie delle categorie di specializzazione — virgola oppure la "e" — costituisce una precisa volontà del legislatore di differenziare la "fornitura" dalla "fornitura e posa in opera"), non può non rilevarsi che anch'esso deve essere risolto alla luce delle precedenti conclusioni, risultando in concreto

Determinazioni

irrilevante la forma della locuzione rispetto alla sostanza del contesto e dei fini cui è rivolta, cioè l'effettiva qualificazione per l'esecuzione dei lavori pubblici.

Anche nel caso che fra "fornitura" e "posa in opera" vi sia una virgola, il sostantivo "fornitura" non può essere né avulso dal contesto concretamente realizzativo che sostanzia la legge quadro sui lavori pubblici e i suoi decreti attuativi, né elemento considerabile a sé stante e isolato dalla più completa elencazione che la declaratoria propone. Pertanto, anche sotto l'angolazione proposta dal secondo aspetto del quesito, la mera "fornitura" non può essere valutata tra i "lavori" necessari a garantire la qualificazione nella categoria ai sensi del DPR n. 34/2000.

Va inoltre osservato che mentre per le 13 categorie OG l'elencazione è strutturata mediante la virgola di interpunzione fin dal primo termine (ad eccezione della sola OG8, per la quale la prima virgola è sostituita dalla congiunzione "e"), per le 34 categorie OS il legislatore ha utilizzato, tra i primi 2 termini (generalmente fornitura/posa o costruzione/montaggio/manutenzione), per 11 volte la "e", per 22 volte la virgola (la categoria OS20 non reca elencazione), separando gli altri termini fra loro con la virgola. È noto, fra l'altro, che in un'elencazione la congiunzione coordinante copulativa "e" ha gli stessi effetti della interpunzione "virgola", con la sola particolarità che la prima è utilizzata di preferenza tra due termini, la seconda fra più. In un lungo elenco è stilisticamente preferibile infatti utilizzare sempre la virgola, lasciando la "e" ai soli primi due termini o agli ultimi due. Va invece precisato che vi è una differenza fra posa in opera e montaggio. Il secondo termine è usato preferibilmente quando la fornitura riguarda componenti o apparecchiature che non debbono essere modificate ma soltanto installate ma tale differenza terminologica non ha alcun effetto sul piano della qualificazione.

L'Autorità, in base alle suddette considerazioni nonché a quelle contenute nel parere della Commissione consultiva di cui ai *considerato in fatto*, è dell'avviso che manca il presupposto normativo perché le mere "forniture" di beni (quale la segnaletica stradale, di cui si tratta), originate da contratti di fornitura e non di lavori, possano essere computate nel novero dei "lavori" necessari a dimostrare l'adeguata idoneità tecnica al fine di essere qualificati per poter eseguire "lavori pubblici" con contratti di appalto, nella fattispecie di categoria OS10.

L'Autorità è inoltre dell'avviso che manca anche il presupposto logico a tale computo in quanto, se ciò avvenisse, si qualificherebbe ad eseguire "lavori pubblici" in appalto il titolare di semplici contratti di compravendita e non il soggetto in possesso dei requisiti di ordine speciale (in particolare: l'aver eseguito lavori nelle quantità e tipologie previste e possedere l'adeguata attrezzatura tecnica e l'organico tecnico-operativo di cui all'articolo 18 DPR n. 34/2000), necessari invece per poter eseguire lavori pubblici.

Ovviamente, le forniture strumentali rispetto all'esecuzione unitaria del contratto di appalto ed utilizzate dall'appaltatore per realizzare il contratto dovranno essere computate nell'importo complessivo del "lavoro" cui sono funzionali e connaturate, anzi senza le quali il lavoro non potrebbe neppure essere realizzato.

Sezione Quarta

- I) Il quesito di cui alla lettera *i*) dei *considerato in fatto* (se nuove imprese — che intendano qualificarsi sulla base di requisiti posseduti da imprese acquisite — che siano costituite in forma di soggetti tenuti alla dimostrazione del requisito di cui all'articolo 18, comma 2, lettera *c*), del DPR n. 34/2000, qualora non abbiano ancora provveduto al deposito del primo bilancio, possano lo stesso qualificarsi, in quanto la dimostrazione del capitale netto positivo è implicita, essendo il capitale di una neonata società certamente integro) va esaminato tenendo presente che, nel caso di nuove imprese che intendono qualificarsi in base ai requisiti posseduti da imprese acquisite, il quinquennio di riferimento è stabilito coincidente con il quinquennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la S.O.A., come stabilito dall'articolo 22 del DPR n. 34/2000. L'Autorità ha anche precisato nel comunicato n. 18 che per le imprese di recente costituzione, cioè che esistono da meno di cinque anni, la media annua dovrà essere calcolata sugli anni di effettiva esistenza dell'impresa stessa e i bilanci e la documentazione da presentare saranno quelli relativi agli anni di effettiva operatività. Va inoltre osservato che l'articolo 18, comma 2, lettera *c*), del DPR n. 34/2000 dispone che le società tenute alla redazione del bilancio devono dimostrare un valore positivo del capitale netto desunto dall'ultimo bilancio approvato.

L'Autorità, in base alle considerazioni precedenti è dell'avviso i nuovi soggetti che non sono tenuti all'obbligo della redazione del bilancio e, pertanto, non sono tenuti al soddisfacimento del requisito di cui all'articolo 18, comma 2, lettera *c*), possono qualificarsi avvalendosi della documentazione attestante i requisiti posseduti dalle imprese acquisite, mentre i neonati soggetti che, invece, sono assoggettati alla dimostrazione del requisito di cui all'articolo 18, comma 2, lettera *c*), possono qualificarsi solo successivamente all'approvazione del primo bilancio, avvalendosi, eventualmente, anche dei requisiti posseduti dalle imprese acquisite.

- J) Il quesito di cui alla lettera *j*) dei *considerato in fatto* (se le stazioni appaltanti devono o non devono rilasciare le certificazioni di esecuzione dei lavori relativi ad appalti per i quali è sopravvenuta una rescissione contrattuale, ancorché limitati agli importi liquidati e fatturati) va inquadrato nell'ambito più generale della validità, ai fini della qualificazione dell'impresa, di una certificazione dei lavori che riporti l'indicazione di vertenze giudicate in sede arbitrale o giudiziaria.

In primo luogo va osservato che l'articolo 22, comma 7, del DPR n. 34/2000 indica che i certificati dei lavori sono redatti in conformità allo schema di cui all'allegato D e contengono l'espressa dichiarazione dei committenti che i lavori sono stati eseguiti regolarmente e con buon esito; se hanno dato luogo a vertenze in sede arbitrale o giudiziaria ne viene indicato l'esito. Il precedente comma del medesimo articolo prevede che i lavori da valutare ai fini della qualificazione dell'impresa sono quelli eseguiti regolarmente e con buon esito.

Alla luce di tali indicazioni, non vi è dubbio che nell'ipotesi di risoluzioni contrattuali in danno (grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali che abbiano compromesso la buona riuscita delle opere) i lavori non sono stati eseguiti con buon esito e, pertanto, è da escludersi che l'impresa possa utilizzarli ai fini della propria qualificazione.

Determinazioni

Va inoltre tenuto presente che, nell'ipotesi di rescissione in danno dovuta al mancato adeguamento delle lavorazioni eseguite ai contenuti progettuali dell'opera, l'importo liquidato non sarà significativo della regolarità e del buon esito dei lavori eseguiti ed inoltre che la liquidazione dei lavori eseguiti non dimostra il loro buon esito, dato che in seguito alla delibera di risoluzione del contratto, il responsabile del procedimento redige lo stato di consistenza delle opere eseguite, quantificandone l'importo, e in sede di liquidazione finale determina, escutendo anche la cauzione, l'onere da porre a carico dell'appaltatore inadempiente.

L'Autorità, in base alle considerazioni precedenti, è dell'avviso che per i lavori relativi ad appalti per i quali è sopravvenuta una rescissione contrattuale non possono essere rilasciati i certificati di esecuzione e, qualora rilasciati, non possono essere valutati ai fini della qualificazione.

Per tutte le suesposte considerazioni, nei sensi indicati è l'avviso dell'Autorità per la vigilanza per i lavori pubblici.