

L'applicazione della normativa di riferimento per gli appalti di servizi

di Lidia Garbellini

Non sempre l'oggetto del contratto, che la Pubblica Amministrazione pone in essere, è chiaramente definibile. Spesso avviene che insieme alla fornitura di beni sia prevista l'installazione e la posa in opera degli stessi, oppure che nella gestione di un servizio siano compresi dei lavori, o ancora che la realizzazione di opere avvenga mediante fornitura e messa in opera di beni che poi sono destinati ad essere incorporati nell'immobile.

Occorre, quindi, esaminare l'ambito oggettivo della normativa di riferimento degli appalti di lavori, forniture e servizi per stabilire quale disciplina deve essere applicata.

Per i lavori:

- L'art.2 della Legge 109 dell'11 febbraio 1994, così come modificata ed integrata dalla legge 216 del 2 giugno 1995, al comma 1 testualmente recita: "ai sensi e per gli effetti della presente legge e del regolamento di cui all'art. 3, comma 2, si intendono per lavori pubblici, se affidati dai soggetti di cui al comma 2 del presente articolo, le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere e impianti sede di presidio e difesa ambientale, a esclusione di quelli ricadenti nell'ambito di applicazione della normativa nazionale di recepimento della direttiva 92/50 CEE del Consiglio del 18 giugno 1992".

Per i servizi:

- L'art. 3 del D.Lgs. 157/95 di recepimento della Direttiva 92/50/CEE, al 1 comma definisce appalti pubblici di servizi: "i contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto tra un prestatore di servizi ed una amministrazione aggiudicatrice, avente ad oggetto la prestazione dei servizi elencati negli allegati 1 e 2;
- al comma 3 dello stesso articolo, recita: "per gli appalti di servizio sopra soglia (200.000 ECU) qualora accanto alle prestazioni di servizi, vi sia anche l'esecuzione di lavori, siano considerati appalti di servizi quando i lavori assumano funzione accessoria rispetto ai servizi e questi non costituiscano l'oggetto principale dell'appalto".

Per le forniture:

- L'art. 1 del D.Lgs. n.358 del 24.7.1992 espressamente prescrive che: "Il presente testo unico disciplina l'affidamento, da parte di una amministrazione aggiudicatrice e nelle forme indicate dall'art. 2, di pubbliche forniture di beni, compresi gli eventuali relativi lavori di installazione, il cui valore di stima, con esclusione dell'IVA, sia uguale o superiore a 200.000 unità di conto europee".

Individuate le fattispecie concrete si tratta di applicare la normativa che potrà essere quella relativa agli appalti di lavori, alle forniture di beni o di servizi.

Al fine di stabilire quale norma applicare nel caso siano presenti fattispecie riguardanti sia lavori sia forniture di beni o servizi, sembra utile riportare la sentenza T.A.R. Veneto, Sez.I, 16 novembre 1995 n. 1354 Alga S.p.A. contro A.N.A.S., Ministero LL.PP e Sabbadin Costruzioni s.r.l.⁽¹⁾

⁽¹⁾ **Contratti della P.A. - Fornitura di materiale speciale con posa in opera - Prevalenza di valore del materiale- Normativa applicabile - È quella sulle pubbliche forniture ex D.L.vo n. 358 del 1992.**

Indipendentemente dalla qualificazione giuridica data ad una gara pubblica quale appalto per l'aggiudicazione di lavori di installazione, se il valore della fornitura del materiale è prevalente rispetto a quello delle opere da eseguire e se i materiali da installare devono corrispondere a prodotti ad alto contenuto tecnologico, la normativa da applicare, al fine di assicurare un controllo sulla qualità e sulle caratteristiche tecniche dei materiali da fornire, non è quella in vigore per l'esecuzione di appalti di opere pubbliche bensì quella di cui al D.L.vo 24 luglio 1992, n. 358, in materia di appalti pubblici di forniture.

DIRITTO

Omissis

Ciò premesso la Sezione rileva che, alla luce della documentazione fornita e dei chiarimenti resi in ordine al procedimento, i motivi di ricorso risultano fondati.

Invero la gara in questione si caratterizza non solo per il prevalente valore del materiale rispetto al costo delle operazioni di posa in opera dello stesso ma altresì per le caratteristiche tecniche che i materiali debbono possedere, nel senso che per essi si richiede la corrispondenza a determinati standards di qualità previsti dalle norme comunitarie (adozione nella fase produttiva di sistemi a norma UNI-EN 29001 o ISO 9001).

Giurisprudenza

Oltre alle norme surrichiamate, è opportuno fare riferimento alla giurisprudenza, che negli ultimi anni si è formata anche se con orientamenti a volte contrastanti che di seguito sono riportati come massime ⁽²⁾:

- Consiglio di Stato con sentenza n. 980 del 4 ottobre 1993 nella quale aveva in sostanza confermato la Sentenza del T.A.R. Lazio, II Sezione, 13 settembre 1990 n. 1628, in T.A.R. 1990, I, 3421.
“Contratti della P.A. - Contratto di fornitura - Servizio di mensa scolastica. È tale - Conseguenze. Costituisce contratto di fornitura e non di appalto, e come tale soggetto alla disciplina di cui alla L. 30 marzo 1981 n. 113, modificata dalla legge 23 marzo 1983 n. 83, il contratto per il servizio di mensa scolastica, consistente nella fornitura di pasti e in prestazione di attività a carattere strumentale e accessorio”.
- T.A.R. Lazio n. 445 del 15 marzo 1995 -
“Contratti della P.A. - Appalto servizi - diversità dall'appalto opere- Individuazione - Conseguenze. Contratti della P.A. - Appalto servizi - Comune di Roma - Trasformazione e gestione impianti riscaldamento e condizionamento - Partecipazione alla gara - Requisiti - Prescrizioni grado elevato di qualificazione - Legittimità Considerata la diversità del contenuto della prestazione nell'appalto di servizi (inteso come produzione di un'utilità il cui risultato richiede la necessità di un'attrezzatura tecnica, in guisa da creare una species nova, comunque utile per il committente) e nell'appalto di opere in senso stretto (ove il risultato dell'elaborazione si sostanzia comunque nella produzione di un nuovo bene

Ne consegue che per questa parte la gara (avendo ad oggetto la fornitura di materiale speciale, non comune e di importo rilevante rispetto al valore delle opere) non può che rientrare nella normativa specifica degli appalti di forniture di cui al d. Lgs. n. 358/1992.

Né può inficiare tale conclusione la circostanza che per la posa in opera dei materiali si richieda una parimenti complessa attività lavorativa definita “non accessoria”.

Nel caso infatti che l'appalto riguardi fornitura di beni e relativa posa in opera l'amministrazione non ha, dopo il recepimento delle direttive comunitarie in materia, che due alternative.

E precisamente: applicare l'art.1 del D.Lgs. n. 358/1992 nella parte in cui prevede l'estensione della normativa anche agli “eventuali relativi lavori di installazione” se ritenga che tali lavori possono essere ricompresi nella capacità tecnica, economica e finanziaria dei concorrenti e da quella che discende dalla iscrizione nei registri professionali (art.12, 13 e 14 del D.Lgs. n.358/1992) ovvero dichiarare che la gara è mista e che essa riguarda sia forniture di beni che lavori di particolare complessità e che per questa ragione, le ditte concorrenti (che possono essere associazioni di imprese) debbono soddisfare ambedue i requisiti tecnico economici e finanziari previsti dalle norme sulla disciplina delle forniture e da quelle relative all'appalto dei lavori.

In questo caso la scelta del contraente potrà essere effettuata, per non eludere in alcun caso le norme comunitarie, applicando le norme comuni ai due tipi di gara o comunque privilegiando uno dei sistemi nell'ambito di quelli consentiti dalla disciplina normativa richiamata, tenuto conto del fatto che il criterio del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa costituiscono in realtà metodi di aggiudicazione comuni sia all'appalto di lavori che a quello di forniture (si veda la legge n.216/95 per i primi ed il D.L.gs. n. 358/92 per i secondi).

Ciò che rileva è che non si prescinda nella disciplina della gara dal possesso dei requisiti richiesti per ambedue i tipi di appalto unificati e cioè che non vengano meno per un verso le garanzie riferite alla qualità ed alle caratteristiche tecniche dei prodotti da fornire e per altro verso le capacità tecnico economiche e finanziarie riferite al tipo di lavori richiesto per la messa in opera dei beni richiesti.

Questo è quanto nella specie non ha fatto l'A.N.A.S. il quale mentre nel bando dichiara di indire una gara per “lavori di installazione di appoggi in acciaio teflon del tipo fisso, unidirezionale e multidirezionale sulle spalle e sulle pile dei viadotti sulla S.P. n. 83 e sulle F.F.S.S.” di fatto ha indetto surrettiziamente e contestualmente una gara per la fornitura di tali speciali appoggi senza richiamare le norme sulle forniture ed ignorando che se i lavori sono specialistici anche i prodotti in questione devono corrispondere a caratteristiche specifiche di sicurezza a norma comunitaria e che pertanto non è indifferente né il costo né la qualità, né il soggetto che fornisce tale materiale, tenuto conto del fatto che nella specie la percentuale riferita alla spesa per i lavori di posa in opera non supera (il dato è fornito dal ricorrente ma l'A.N.A.S. non ne fornisce uno diverso) il 10/15% del costo dei materiali da installare.

Si verte pertanto nella specie in un caso di evidente disapplicazione della normativa comunitaria recepita in sede nazionale e quindi di un vizio assorbente del procedimento che rende invalidi gli atti successivi di aggiudicazione in favore della controinteressata ditta Sabbadin S.r.l.

In ogni caso la Sezione deve altresì rilevare che pur avendo espressamente richiesto se il materiale fornito dall'impresa vincitrice (la gara è stata aggiudicata con un ribasso inusitato del 62,22% sul prezzo base) corrispondesse o meno a standards di qualità obbligatoriamente richiesti da norme comunitarie recepite in ambito nazionale con il suddetto decreto n. 358/1992, non ha ricevuto altro chiarimento se non quello che le “capacità tecniche delle imprese partecipanti alla gara si identificano con l'iscrizione all'A.N.C.” ed in particolare alla categoria specifica dei lavori oggetto di appalto e che per tale ragione non vengono preventivamente richiesti certificati di qualità ma che nel contempo vengono individuate tutte le caratteristiche tecniche e gli standards di qualità a cui i materiali utilizzati per i lavori debbono rispondere.

Ne viene implicitamente confermato che caratteristiche tecniche e standards di qualità erano essenziali ma che non sono state indicate nel bando (né è chiaro quando e da chi siano state individuate successivamente) e comunque che i beni in questione sono stati forniti da un ditta le cui uniche capacità tecniche sono riferite alla categoria lavori e non a quella specifica prevista per i fornitori di materiali dall'art. 14 del citato D.L.gs. n. 358/1992.

I ricorsi, vanno pertanto accolti con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Le spese e le competenze di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura di cui al dispositivo.

⁽²⁾ Alcune sentenze e commenti sono tratti dalla Relazione “I criteri di distinzione tra appalti di lavori pubblici, servizi e forniture” del Dr. Claudio Galtieri - Consigliere della Corte dei Conti - La relazione è una rielaborazione di alcune parti del volume “Appalti pubblici di servizi” (I.del Castillo ed U. Ralfonzo, edito dal Il Sole 24ore - Pirola)

materiale, da considerare assolutamente prevalente), consegue che detta diversità esplica la sua efficacia oltre che sugli obblighi dell'appaltatore, sulle distinte clausole che concorrono a formare il bando di gara e ciò anche se gli appalti di servizi sono disciplinati da norme comuni alle pubbliche gare e non da norme speciali.

La gara indetta dal Comune di Roma con l'intento di ottenere oltre che la semplice trasformazione degli impianti di produzione del calore e dell'acqua calda, la gestione unitaria del servizio finalizzata a conseguire una diminuzione nella spesa di gestione degli impianti sull'intero complesso degli immobili di pertinenza comunale, è compatibile col pubblico interesse a realizzare economie nel bilancio del Comune ed è tale da giustificare la richiesta nelle imprese partecipanti di elevati requisiti e di complesse modalità di qualificazione - peraltro compatibili con l'art. 6 del D.P.C.M. 10 gennaio 1991 n. 55. Omissis"

- T.A.R. Piemonte Sez. II, 24 ottobre 1989 - n. 586 -
".....il contratto con il quale una parte si obbliga non solo a fornire combustibile per riscaldamento, ma a fornire calore a una certa temperatura a un complesso di edifici e a provvedere a tutte le necessarie opere di manutenzione anche straordinarie e all'adeguamento alle norme di sicurezza dei relativi impianti di riscaldamento è da qualificare, ai fini della normativa sugli appalti pubblici, come appalto di opera e non come appalto di forniture o servizi"
- T.A.R. Lazio, Sez. I, 16 luglio 1986 n. 1015, e, sostanzialmente conforme alla sentenza T.A.R. Lombardia, Brescia, 21 gennaio 1986 n. 1:
"...l'affidamento della gestione, conduzione e manutenzione degli impianti di produzione termica e di condizionamento estivo e invernale di un edificio pubblico si è ritenuto configurare appalto di servizi, ossia di produzione di un'utilità tale da soddisfare un interesse del committente senza elaborazione della materia, e non contratto di somministrazione o di fornitura, qualora il combustibile di cui l'appaltatore deve servirsi sia in termini di cubatura degli ambienti e di temperatura garantita e non già in termini di quantità da fornire, né si è ritenuto mutare la natura di appalto di servizio il fatto che nello schema delle prestazioni siano comprese la predisposizione di progetti e la successiva esecuzione di lavori di trasformazione e ammodernamento degli impianti, poiché tali attività e lavori rientrano nel concetto di manutenzione e gestione"
- T.A.R. Basilicata, 1 novembre 1987 n. 422:
"..ha ritenuto che l'appalto di fornitura e installazione di mobili ed altre parti di arredamento di un edificio implica l'iscrizione all'A.N.C. da parte degli aspiranti alla gara, qualora si tratti di cose che, sebbene realizzate separatamente da quella principale, sono tuttavia destinate a farne funzionalmente parte in modo stabile, o a rimanere definitivamente incorporate in essa"
- Il Consiglio di Stato, Sez. V, 4 ottobre 1994 n. 1101:
"..ha annullato in appello la sentenza del T.A.R.Lazio, Sez.I, 24 febbraio 1990 n. 229, nella quale quest'ultimo aveva affermato che l'affidamento della ristrutturazione muraria e dell'adeguamento impiantistico del blocco operativo e della sala-parto di un ospedale non costituisce appalto di opera pubblica, in quanto per "opera", nella legislazione sui lavori pubblici si intende il prodotto di una trasformazione o elaborazione di cose preesistenti, che si concreti in un bene immobile e la cui realizzazione richieda la previa elaborazione di un progetto. Il Consiglio di Stato ha infatti ritenuto che quando i lavori costituiscono un insieme di modificazioni di un immobile unitariamente considerato e non già un insieme di lavori di lavori eterogenei il contratto ha natura di appalto d'opera".
- T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 21 giugno 1994 n. 1060:
".. ha ritenuto che l'affidamento dell'illuminazione votiva cimiteriale costituisca una concessione di pubblico servizio, nell'ambito della quale, la realizzazione delle opere necessarie al funzionamento delle lampade assume un aspetto del tutto secondario rispetto alla gestione dell'impianto, per cui la realizzazione delle opere è talmente marginale da impedirne l'applicazione della normativa sulle opere pubbliche.

- T.A.R. Toscana, Sez. II, sent. 15 aprile 1996 n. 187:
“In una gara per l'affidamento in concessione della gestione di un parcheggio comunale, in virtù dell'art. 56 lett.c) legge n. 142/90 deve applicarsi la normativa prevista per lo Stato e quindi l'art.3 del R.D. 2440/1923. La gestione del parcheggio, infatti rientra nella figura giuridica della fornitura di servizi e non di beni”

Appalti di manutenzione alla luce della L.109/1994 modificata ed integrata dalla l. 216/95

Il Consiglio di Stato, Sez. V, 4 ottobre 1994 n. 1102 - ha smentito in appello la sentenza del T.A.R. Lazio, Sez. I, 4 giugno 1990 n. 550: *nella quale il T.A.R. aveva ritenuto che l'affidamento della manutenzione di immobili di un ente costituisce appalto di servizi e non appalto d'opera, il giudice al contrario di quanto affermato dal T.A.R. ha ritenuto che l'attività di manutenzione di immobili pubblici costituisce oggetto di appalto d'opera pubblica e non appalto di servizi.*

Emerge pertanto, che sopra soglia si dovrebbe applicare la disciplina sulle opere pubbliche nei casi in cui i servizi di manutenzione da aggiudicare **non** siano quelli elencati nell'allegato 1, del D.L.gs. 157/95, applicando in ogni caso il criterio della prevalenza già citato.

Sotto soglia potrebbe, invece, prevalere l'orientamento a favore dell'applicazione della legge “Merloni”.

Appalti di servizi indicati nell'allegato 1 e 2 del D.Lgs. 157/95 sotto soglia

Prima dell'entrata in vigore del Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di aggiudicazione di pubbliche forniture di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario D.P.R. N. 573 del 18.4.1994. La mancanza di norme specifiche riguardanti gli appalti di servizi ha indotto ad applicare la normativa di carattere generale contenuta nella L. n. 2440/23 e nel regolamento di attuazione n. 827/24 (legge e regolamento sulla contabilità dello Stato).

Ora però l'applicazione del D.P.R. N. 573/94 non appare del tutto pacifica poichè solo in alcuni punti fa riferimento agli appalti di servizi:

- al 2 comma dell'art. 1 ove si esclude dall'ambito di applicazione del D.P.R. “gli acquisti di beni e **servizi** in economia”;
- all'art. 3 che detta norme in merito alla programmazione per le forniture di beni e **servizi**;
- all'art. 10 ove si prevede l'emanazione di un regolamento per gli acquisti di beni e **servizi** in economia;
- all'art. 13 recante norme sulla verifica di congruità dei prezzi dei beni e **servizi**.

Ciononostante appare comunque più razionale la tesi di chi individua nella disciplina normativa del D.P.R. n. 573/94 quella da applicare agli appalti di servizi sotto soglia.

Appalti di servizi sopra soglia

Col Trattato CEE il legislatore intendeva vietare discriminazioni in base alla nazionalità e di consentire la libera professione in tutti gli stati membri dell'unione alle stesse condizioni di quelle esercitate nel proprio Stato.

La Dir. 92/50/CEE, recepita con D.L.gs. 157/95, ha finito per assumere una rilevanza tale da tutelare anche i prestatori di servizio appartenenti al medesimo Stato, tant'è che all'art. 12, dello stesso D.L.gs. per quanto riguarda l'esclusione dalla partecipazione alle gare al 2 comma dispone che:

“Le persone giuridiche che, in base alla legislazione dello Stato membro in cui sono stabilite, sono autorizzate a svolgere la prestazione del servizio di cui si tratta, non possono essere escluse dalle gare sulla base di disposizioni nazionali che non consentono l'esecuzione di tale prestazione da parte delle medesime; tuttavia, ad esse può essere richiesto di indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione, il nome e le qualificazioni professionali delle persone che effettuano la prestazione del servizio stesso”.

Tale norma ha modificato la legislazione italiana consentendo alla Società di ingegneria di partecipare agli appalti di servizi per la progettazione.

Non va tralasciato che nel caso di contratto misto “prestazioni di servizi e lavori” qualora nei requisiti per l'ammissione alla gara venisse richiesta anche l'iscrizione all'A.N.C., verrebbero svantaggiati quei prestatori di servizi nazionali non in possesso dell'iscrizione, dal momento che tale requisito non può essere richiesto ai prestatori stranieri, con la conseguenza che opererebbe come discriminante per i soli concorrenti italiani.