

Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - Atto di regolazione n. 2 del 13 luglio 1999.

APPLICABILITÀ DELLA LEGGE 11 FEBBRAIO 1994, N. 109, E SUCCESSIVE MODIFICAZIONI AI SETTORI ESCLUSIVI.

in G.U. 10 maggio 2000, n. 107, (Supplemento n. 71)

1. Il fatto e le questioni proposte

A) In data 11 febbraio 1999 la Soc. Italferr S.p.A. procedeva alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee di un bando di gara a procedura ristretta avente ad oggetto la realizzazione di una prima fase dell'ampliamento della ferrovia tra il C.so Vittorio Emanuele II ed il C.so Grosseto a Torino, la costruzione della strada denominata "Spina centrale" e delle opere complementari a carattere urbano, da realizzare nell'ambito degli interventi di potenziamento del nodo ferroviario di Torino, per un importo a base d'asta pari a £. 455.758.000.000.

Il suddetto bando non risulta essere stato ancora pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Venivano, quindi, elencati nel bando in questione i lavori costituenti l'appalto tra cui la realizzazione di:

- sede di binari e di marciapiedi e di sottopassaggi da realizzare in sotterraneo;
- sottopassaggi veicolari;
- fabbricato viaggiatori;
- collettive di fognatura;
- modifica delle fognature interferite dai lavori;
- adeguamento dei servizi di sotto e soprasuolo interferiti;
- adeguamento dei binari e degli impianti ferroviari interferiti;
- viale alberato;
- modifica di strade interferite;
- lavori di arredo urbano;
- impianti semaforici e di segnaletica stradale;
- impianti di illuminazione pubblica;
- opere di demolizione di impianti e strutture;
- monitoraggio della stabilità delle strutture latitanti i cantieri ecc.

La stazione appaltante indicava nel bando le categorie del vigente Albo nazionale dei costruttori relative alle lavorazioni previste nell'intervento, con il corrispondente importo, individuando nelle categorie G3 e G6 le categorie prevalenti.

L'appalto veniva assoggettato alla normativa di cui al decreto legislativo 158/95,

Sicurezza ed Igiene del Lavoro

Raccolta Normativa a cura di *Ettore Bussi* - 10[^] rev. - anno 2001

relativo agli appalti nei settori dei trasporti, acqua, energia e telecomunicazioni.

Nel bando stesso, inoltre, la stazione appaltante richiedeva, tra le condizioni minime di partecipazione, una dichiarazione riportante l'elenco dei lavori eseguiti o in corso di esecuzione negli ultimi 10 anni, "analoghi a quelli oggetto dell'appalto, ossia la realizzazione di gallerie artificiali, in ambito urbano, con paratie di grandi dimensioni e in terreni di varia natura e consistenza, compresi conglomerati e cementati"

B) In data 10 maggio 1999 le imprese Trevi S.p.A. e Ing. Giovanni Bodio & C. Impresa Costruzioni presentavano un esposto a questa Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici relativamente ai seguenti aspetti:

1) I lavori oggetto della procedura di appalto si riferiscono sostanzialmente alla parte infrastrutturale del cosiddetto nodo ferroviario di Torino, con esclusione dell'affidamento di ogni intervento speciale connesso al traffico ferroviario se non per alcuni limitati interventi riferentisi ad "adeguamento dei binari e degli impianti ferroviari interferiti dalle fasi costruttive". Questi ultimi rientrano nella categoria S9, per un importo pari a £. 4.021.000.000, equivalenti a meno dell'1% dell'importo totale dell'appalto.

Le imprese suddette non ritengono, pertanto, applicabile all'appalto in esame la normativa di cui al decreto legislativo 158/95, bensì quella propria della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni per i seguenti motivi:

a) i lavori da realizzare ricadono nelle ipotesi di cui al D.P.C.M. 517/97, non essendo gli stessi strettamente connessi e funzionali all'esecuzione di lavori soggetti alla disciplina del menzionato decreto legislativo 158/95 ed essendo progettabili ed appaltabili separatamente;

b) i lavori stessi non sono condizionati da specificità tecniche proprie dei settori di cui agli articoli da 3 a 6 del decreto legislativo 158/95, tanto che le specifiche tecniche di riferimento sono quelle in vigore presso le FF.SS. ovvero presso il Comune di Torino;

c) "i rilevati aeroportuali e ferroviari" sono sottoposti alla disciplina della legge 109/94 e successive modificazioni, secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 2, lettera b) della legge stessa, fatto salvo che essi non siano progettabili ed appaltabili separatamente dai lavori disciplinati dal decreto legislativo 158/95.

2) L'omessa indicazione nel bando, da parte di Italferr, delle lavorazioni appartenenti alla categoria S21, in cui sono ricomprese quelle lavorazioni cui fa riferimento la stazione appaltante nel bando stesso, cioè la realizzazione di gallerie artificiali in ambito urbano, con paratie di grandi dimensioni ed in terreni di varia natura e consistenza, compresi conglomerati e cementati, appare illegittima.

Dette opere, secondo le citate imprese, rappresentano una percentuale pari al 30% dell'intero appalto e, pertanto, fanno apparire del tutto illegittimo l'operato della stazione appaltante che, in tal modo, ha sancito l'inapplicabilità dell'art. 23 del decreto legislativo 406/91 e dell'art. 13, commi 7 e 8, della legge 109/94.

C) A seguito della richiesta di informazioni e chiarimenti avanzata dall'Autorità, la Soc. Italferr, in data 16 giugno 1999, presentava una nota esplicativa con la quale comunicava di aver sospeso il bando e nel contempo replicava alle contestazioni degli esponenti sulla base delle seguenti osservazioni.

Per quanto attiene all'aspetto di cui al punto B.1), la Soc. Italferr evidenziava la

Sicurezza ed Igiene del Lavoro

Raccolta Normativa a cura di *Ettore Bussi* - 10^a rev. - anno 2001

presunta, forte interconnessione esistente tra le opere civili da realizzare e l'esercizio ferroviario, con complesse problematiche inerenti la disattivazione e l'attivazione di tratti di linea in concomitanza con le fasi realizzative dei lavori.

Affermava, inoltre, che le modalità esecutive dell'opera sono proprie di una tecnica ferroviaria esclusiva, la cui mancata adozione renderebbe addirittura i lavori irrealizzabili.

Inoltre, sosteneva che fosse necessario l'impiego di un armamento non convenzionale circostanza che avrebbe reso assolutamente complementari la progettazione e l'esecuzione delle opere civili rispetto a quelle di attrezzaggio tecnologico ferroviario.

Per quanto attiene, invece, alla contestazione di cui al punto B.2), la Soc. Italferr dichiarava di aver ritenuto rientranti nella categoria G3 anche la realizzazione delle gallerie artificiali in ambito urbano con paratie.

Tuttavia, stante i rilievi mossi dalle imprese esponenti, la società stessa si dichiarava disposta a considerare i lavori delle paratie afferenti alla categoria dell'Albo nazionale dei costruttori S21 e, pertanto, a predisporre un nuovo bando di gara inserendo la suddetta categoria fra quelle previste per la realizzazione dell'intervento.

La Soc. Italferr, infine, richiedeva un incontro con l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici per esporre direttamente gli ulteriori elementi derivanti dal progetto esecutivo relativo all'opera in questione.

Successivamente, durante l'audizione tenutasi presso la sede dell'Autorità in data 1 luglio 1999, la società stessa ha ribadito le argomentazioni oggetto della nota di risposta del 16 giugno 1999, precisando quanto segue.

In primo luogo, sottolineava la particolare rilevanza da attribuire all'esistenza di un forte rapporto di compenetrazione tra le attività di armamento ferroviario ed i lavori civili oggetto dell'appalto in esame, essendo questi complessivamente caratterizzati dalla specificità tecnica propria del settore; rilevava, inoltre, il fatto che pur essendo il valore dei lavori propriamente di armamento ferroviario inferiore all'1% del valore complessivo dell'appalto, ciò non rendeva di per sé inapplicabile l'ipotesi, normativamente prevista, di stretta connessione e funzionalità dei lavori civili rispetto a quelli soggetti alla disciplina del decreto legislativo 158/95.

In secondo luogo, dichiarava che la applicazione della disciplina del decreto legislativo 158/95 all'appalto in esame consentirebbe alla stazione appaltante di non doversi uniformare alle norme contenute nel D.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55, relative al "bando tipo", e, di conseguenza, di poter stabilire requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi delle imprese concorrenti diversi e maggiormente selettivi. Infine, faceva presente l'interferenza dell'esecuzione dei lavori con l'esercizio della linea ferroviaria.

2. La valutazione dell'Autorità

Alla luce dei fatti esposti l'Autorità osserva quanto segue.

Va preliminarmente precisato che l'intervento di questa Autorità è finalizzato a stabilire l'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare, soprattutto in presenza di norme che possono ingenerare dubbi applicativi come nella fattispecie in esame, al fine di garantire il rispetto dei principi generali di cui all'art. 1, comma 1, della legge 109/94 e successive modificazioni ed, in particolare, di quello della libera concorrenza fra gli

Sicurezza ed Igiene del Lavoro

Raccolta Normativa a cura di *Ettore Bussi* - 10^a rev. - anno 2001

operatori.

Infatti, l'applicazione della disciplina del decreto legislativo 158/95 in luogo di quella di cui alla legge 109/94 e successive modificazioni, qualora non giustificata sulla base dei criteri fissati dalla normativa vigente, assume particolare rilievo in considerazione del potenziale pregiudizio che potrebbe derivare al richiamato principio della libera concorrenza.

In merito alla problematica di cui al punto B.1), occorre preliminarmente individuare la normativa applicabile ai lavori da appaltare da parte dei soggetti operanti nei settori dei trasporti, energia, acqua e telecomunicazioni.

A tal proposito, occorre precisare che la normativa di recepimento delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE, relative agli appalti nei richiamati settori, e cioè il decreto legislativo 158/95, ha introdotto una innovazione di carattere sostanziale nella parte in cui provvede a delimitare, relativamente ai soli appalti di lavori, una ulteriore e specifica area di esclusione dal proprio campo di applicazione.

Nell'ambito della suddetta area di esclusione, il primo comma dell'art. 8 del decreto legislativo stesso individua una prima categoria di appalti soggetti alla normativa sui lavori pubblici e cioè quelli relativi a lavori che gli enti operanti nei settori considerati affidano per scopi diversi da quelli propri istituzionali.

Per quanto attiene, invece, alla seconda categoria di appalti, cioè quelli correlati agli scopi istituzionali degli enti in questione, l'art. 8, comma 6, demanda ad un apposito regolamento l'individuazione dei lavori il cui contenuto specialistico e tecnico non è direttamente condizionato dalle specificità proprie del settore e per i quali si applica, in luogo del decreto legislativo 158/95, la legge 109/94 e successive modificazioni.

Il combinato disposto del D.P.C.M. 517/97, (emanato in attuazione del suindicato art. 8, comma 6), e dell'art. 2, comma 2, lettera b) della legge 109/94 e successive modificazioni, consente di delineare la disciplina applicabile ai lavori di questa seconda categoria. Vanno, in primo luogo, distinti i lavori a seconda che abbiano o meno contenuto specialistico.

Mentre i lavori che non hanno detto contenuto specialistico dovranno essere sempre appaltati secondo le regole della legge 109/94 e successive modificazioni, i lavori che presentino detto speciale contenuto ricadranno nell'ambito della disciplina sui lavori pubblici, a condizione che siano progettabili ed appaltabili separatamente rispetto a quei lavori che ricadono sotto la disciplina di cui al decreto legislativo 158/95.

Pertanto, la stazione appaltante in tal caso potrà, alternativamente:

- appaltare le opere di ingegneria civile e quelle specialistiche con un unico appalto secondo la normativa della legge 109/94 e successive modificazioni;
- appaltare separatamente i lavori civili e quelli specialistici, impiegando per quelli civili la disciplina di cui alla legge 109/94 e successive modificazioni e per quelli specialistici quella del decreto legislativo 158/95.

Qualora le opere non siano progettabili e appaltabili separatamente, la stazione appaltante dovrà con un unico appalto affidare l'esecuzione dei lavori civili e specialistici sulla base della normativa di cui al decreto legislativo 158/95.

Alla disciplina sopra delineata sono assoggettati anche i rilevati aeroportuali e

Sicurezza ed Igiene del Lavoro

Raccolta Normativa a cura di *Ettore Bussi* - 10[^] rev. - anno 2001

ferroviari, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lettera b) della legge 109/94 e successive modificazioni.

Quanto all'esame del bando di gara in questione, la tipologia delle lavorazioni ivi descritte appare riconducibile in considerevole proporzione a quei lavori elencati all'art. 2 del D.P.C.M. 517/97, e cioè, in particolare:

- lavori di terra con eventuali opere connesse in muratura e cemento armato di tipo corrente: demolizione e sterri, - realizzazione di edifici civili, industriali, monumentali completi di impianti e di opere connesse ed accessorie;

- opere speciali in cemento armato;

- impianti tecnologici e speciali relativi ad opere civili, nonché fornitura in opera di componenti speciali;

- gallerie, costruzioni e pavimentazioni stradali;

- lavori relativi ad acquedotti, fognature, impianti di irrigazione e di difesa e sistemazioni idrauliche, dighe.

Trattandosi di lavori propri di ingegneria civile, l'unica residuale ipotesi che consentirebbe l'esclusione dalla applicazione della legge 109/94 e successive modificazioni, potrebbe essere la non separabilità della progettazione ed esecuzione di questi lavori da quelli specialistici del settore.

A tal fine, la soc. Italferr basa fundamentalmente le proprie argomentazioni sulla forte interconnessione fra questi lavori civili da realizzare e l'esercizio ferroviario.

Sul punto si deve, in primo luogo, considerare che le norme citate non prevedono alcuna deroga nè richiamano in alcun modo come condizione ostativa all'applicazione della legge 109/94 e successive modificazioni, la connessione dei lavori da realizzare con aspetti relativi alla gestione ed all'esercizio. Al contrario, l'unica condizione prevista dalla normativa è che i suddetti lavori non siano separabili in quanto connessi e funzionali all'esecuzione di lavori specialistici propri del settore.

In secondo luogo, è da rilevarsi che la circostanza che i lavori civili di cui trattasi debbano essere eseguiti in presenza e in mantenimento dell'esercizio ferroviario può ben essere indicata nel bando di gara, quale peculiarità del luogo e del progetto da realizzare, al fine di rappresentare ai concorrenti la necessità di effettuare lavorazioni secondo speciali accorgimenti tecnici ed in conformità con le vigenti disposizioni sulla sicurezza, ma non può essere invocata quale motivo di esclusione dalla applicazione della legge 109/94 e successive modificazioni.

D'altra parte, le diverse specificità dei lavori sono il fondamento su cui sono costruiti i piani di sicurezza previsti dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626 e successive modificazioni e dal decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494. Inoltre, l'applicazione della legge 109/94 e successive modificazioni impone all'impresa esecutrice, ai sensi dell'art. 31, comma 1 bis, lettera c), la redazione "di un piano operativo di sicurezza per quanto attiene alle proprie scelte autonome e relative responsabilità nell'organizzazione del cantiere e nell'esecuzione dei lavori" che, pertanto, dovrà tener conto dei problemi derivanti dall'esecuzione dei lavori in presenza di esercizio.

In terzo luogo, in riferimento a quanto affermato dalla Soc. Italferr relativamente al fatto di poter fissare autonomamente requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi

Sicurezza ed Igiene del Lavoro

Raccolta Normativa a cura di *Ettore Bussi* - 10[^] rev. - anno 2001

necessari per partecipare alla gara, in conseguenza della non applicazione del D.P.C.M. 55/91, va rilevato che tale mancata applicazione, che potrebbe avere come conseguenza una restrizione della concorrenza, è giustificata quando i lavori hanno una specifica caratteristica tecnica e non quando, come affermato dalla stessa Italferr, trattasi di lavori la cui esecuzione deve avvenire con accorgimenti particolari conseguenti al fatto della presenza di una linea in esercizio.

Infine, l'assoluta complementarietà delle opere civili rispetto a quelle specialistiche ferroviarie, sostenuta da Italferr, non risulta dimostrata, stante l'elencazione dei lavori contenuta nel bando di gara, in cui la parte di lavorazioni effettivamente riconducibili alla specialità del settore appare essere limitata ad alcuni interventi che non solo hanno un valore che rappresenta una ridotta parte dell'intero appalto, ma non condizionano l'esecuzione delle altre lavorazioni in quanto sono eseguibili in fasi successive.

Per quanto attiene, poi, agli aspetti di cui al punto B.2), è opportuno fare riferimento alla disciplina prevista dalla legge 109/94 e successive modificazioni.

L'art. 34 della legge 109/94, come modificato dalla legge 415/98, interviene, modificandolo ulteriormente, sull'art. 18 della legge 55/90.

Al comma 3 del suddetto articolo 18 è previsto l'obbligo per il soggetto appaltante di indicare nel bando di gara e nel progetto la categoria o le categorie prevalenti dell'Albo nazionale dei costruttori con il relativo importo dei lavori nonché le ulteriori categorie relative a tutte le lavorazioni previste in progetto, anch'esse con il relativo importo, che sono tutte subappaltabili.

Parimenti, la legge 57/62, all'art. 2, secondo comma, prevede l'obbligo per l'esecutore dei lavori di avvalersi delle ditte iscritte per le categorie specializzate, qualora debba provvedere all'esecuzione di impianti o lavori speciali riportati nella tabella allegata alla legge stessa, fra cui figurano quelli oggi rientranti nella categoria S21.

Queste discipline hanno la finalità di garantire la più ampia partecipazione alle gare consentendo alle imprese di concorrere agli appalti in uno dei seguenti modi:

- come impresa singola;
- come raggruppamento temporaneo di imprese di tipo orizzontale;
- come raggruppamento temporaneo di imprese di tipo verticale.

Peraltro, va rilevato che il suddetto obbligo viene confermato dall'art. 73, comma 2, dello schema di regolamento della legge 109/94 e successive modificazioni, in corso di approvazione, che fa riferimento, in particolare, alle parti costituenti l'opera o il lavoro con i relativi importi e categorie che, a scelta del concorrente, sono subappaltabili o affidabili a cottimo, oppure scorporabili. E ciò al fine, evidentemente di rispettare il principio della libera concorrenza tra le imprese.

Nel bando di gara in esame la società Italferr ha ommesso di indicare, tra le categorie di lavorazioni la S21, che riguarda "Fondazioni speciali, consolidamento dei terreni, pozzi". Il genere di lavorazioni specificato nella declaratoria di cui al decreto ministeriale 15 maggio 1998, n. 304 è indubbiamente e specificamente presente nell'appalto di cui trattasi, come d'altra parte riconosciuto dalla stessa Italferr nella sua nota di risposta.

La società ha anche sostenuto di aver inteso ricomprendere questo tipo di lavorazione nell'ambito della categoria G3, considerata prevalente.

Sicurezza ed Igiene del Lavoro

Raccolta Normativa a cura di *Ettore Bussi* - 10^a rev. - anno 2001

Ad integrazione di quanto detto è utile richiamare il dettato dell'art. 13, comma 7, della legge 109/94 e successive modificazioni che prevede il caso in cui nell'oggetto dell'appalto rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere che richiedano lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, ciascuno dei quali superi il valore del 15% dell'importo totale dei lavori, vietandone il subappalto ed imponendo, obbligatoriamente, la costituzione di una riunione verticale di imprese.

Tale disposizione, anche se non applicabile nel caso in esame in quanto non tutte le lavorazioni indicate nel bando superano il 15% dell'intero importo, dimostra, tuttavia, l'importanza attribuita dal legislatore all'indicazione nel bando di gara di tutte le lavorazioni costituenti l'opera.

Alla luce di quanto suesposto, risulta chiaro che i lavori di cui alla categoria S21 previste nel progetto in esame non possono essere considerate facenti parte della categoria G3, ma necessitano di apposita ed autonoma indicazione nel bando.

3. Conclusioni

Per i motivi suesposti, l'Autorità ritiene che:

1) ai lavori oggetto dell'appalto in esame deve applicarsi la normativa di cui alla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, in quanto trattasi di lavori il cui contenuto specialistico e tecnico non è direttamente condizionato dalle specificità tecniche dei settori di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158 ed in quanto gli stessi possono essere progettati ed appaltati separatamente dai lavori soggetti alla disciplina di cui al suddetto decreto legislativo 158/95;

2) nel bando di gara deve essere indicata la categoria di lavorazioni dell'Albo nazionale dei costruttori S21, in quanto, ai sensi dell'art. 18, comma 3, della legge 19 marzo 1990, n. 55 il soggetto appaltante è tenuto ad indicare nel progetto e nel bando di gara la categoria o le categorie prevalenti con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie, relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch'esse con il relativo importo.

Roma, 17 luglio 1999.