

Parere n. 73 del 15/04/2010

Protocollo PREC 151/09/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa GP di Piola Giorgio & C S.n.c. – Fornitura di materiali e messa in opera nonché di servizi inerenti l'infrastruttura passiva fonia-dati delle sedi comunali – Importo a base d'asta €600.000,00 – S.A.: Città di Torino

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 25 marzo 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa istante GP di Piola Giorgio & C S.n.c. ha chiesto all'Autorità di esprimere il proprio avviso in merito alla natura dell'appalto in oggetto, rappresentando che l'appalto in questione è stato identificato dalla stazione appaltante come fornitura mentre trattasi di lavori, come emerge – a suo giudizio – sia dall'art. 1 del Capitolato Speciale d'Appalto, secondo il quale l'appalto ha per oggetto la fornitura di materiali e messa in opera, sia dall'art. 2 dello stesso Capitolato, in base al quale all'aggiudicatario sarà richiesta la realizzazione tanto di singoli nuovi posti di lavoro in siti già cablati quanto l'implementazione del cablaggio esistente all'interno delle varie sedi dell'Amministrazione, e che prevede, inoltre, che potrà essere richiesta la realizzazione di cablaggi quali la fornitura di tratte in fibra ottica, armadi di rete, interconnessioni fra sedi o sottosedi e che in tutte le sedi dotate di fonia tradizionale potrebbe essere necessario provvedere a opere di spostamento di cavi, prese, box e armadi. L'impresa istante possiede i requisiti per la realizzazione delle opere indicate, essendo in possesso di attestazione SOA per la categoria OS30 (impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi), ma l'inquadramento dell'appalto quale fornitura sottrae il lavoro alla disciplina di riferimento, creando una discriminante nella scelta dei concorrenti.

Sulla base di tali considerazioni, l'istante ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere sull'oggetto del contratto in questione, che – a suo avviso – dovrebbe essere inquadrato quale appalto di lavori per i quali necessitano i requisiti previsti dall'art. 40 del D.Lgs. n. 163/2006 e dal D.P.R. n. 34/2000.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con note pervenute il 14 ottobre e il 10 novembre 2009 la Città di Torino ha rilevato che la prestazione principale del contratto d'appalto consiste nella fornitura e posa in opera di materiali, mentre è da intendersi prestazione secondaria quella relativa a servizi accessori presso i vari uffici comunali, in linea con quanto stabilito dall'art. 14, comma 2, lett. a), del D.Lgs. n. 163/2006, e che la G.P. di Piola Giorgio & C. S.n.c. è stata esclusa dalla procedura indicata in oggetto nella seduta pubblica del 25 marzo 2009 in quanto nell'istanza di partecipazione si è limitata a riportare integralmente quanto previsto dall'art. 3, n. 1, lett. h), del Capitolato Speciale d'Appalto, senza indicare l'elenco delle forniture effettuate nel triennio antecedente. Il provvedimento di esclusione è stato comunicato all'impresa istante con fax prot. 1561 del 26 marzo 2009 e con determinazione dirigenziale n. 114 del 24 settembre 2009, l'appalto è stato aggiudicato in via definitiva alla PROMELIT S.p.A..

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere indicata in epigrafe consiste nello stabilire se la prestazione principale del contratto di appalto in affidamento è identificabile nell'esecuzione di lavori, come sostiene l'impresa istante, o se si tratta invece di un contratto misto con prestazione principale consistente in forniture.

Al riguardo, occorre rilevare che i contratti misti, quale quello in esame, sono disciplinati dall'art. 14 del D.Lgs. n. 163/2006, il quale stabilisce, tra l'altro, che gli stessi sono considerati appalti pubblici di lavori, o di servizi, o di forniture, o concessioni di lavori, secondo le disposizioni che seguono: "a) un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un «appalto pubblico di forniture»; b) un contratto pubblico avente per oggetto prodotti e servizi di cui all'allegato II è considerato un «appalto pubblico di servizi» quando il valore dei servizi supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto; c) un contratto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato II e che preveda attività ai sensi dell'allegato I solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto è considerato un «appalto pubblico di servizi»."

Il terzo comma del citato articolo 14 precisa, poi, che, ai fini dell'applicazione delle disposizioni richiamate, "l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto".

In ogni caso, l'affidamento di un contratto misto secondo il citato articolo 14 non deve avere come conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza (art. 14, comma 4, D.Lgs. n. 163/2006).

La disciplina richiamata induce a ritenere che, con particolare riferimento all'individuazione dell'oggetto degli appalti misti di lavori e forniture – quale quello di specie – rilevi, più che altro, il carattere accessorio o meno delle prestazioni e non tanto l'incidenza economica proporzionale dei lavori (Cons. Stato, sez. II, 26 novembre 2008, n. 4125). Pertanto, anche ove vi fosse un divario delle proporzioni tra importo della componente forniture e importo della componente lavori superiore al criterio legale del 50% – ipotesi che non è chiaro se ricorra nella fattispecie, perché la documentazione prodotta e gli elementi di valutazioni forniti dall'istante e dalla stazione appaltante non consentono di chiarire tale aspetto – per individuare correttamente l'oggetto contrattuale occorre avere riguardo alla prevalenza della funzione obiettiva del contratto in relazione alle finalità perseguite dall'Amministrazione che ha indetto la gara, la quale comporta la svalutazione della rilevanza economica delle prestazioni a favore del criterio sostanzialistico della funzione obiettiva dell'appalto (Cons. Stato, sez. II, 26 novembre 2008, n. 4125).

Tali coordinate possono essere seguite anche nel caso di specie, perché dall'esame del bando di gara emergono chiaramente le finalità dell'Amministrazione che ha indetto la gara, le quali consistono nell'intenzione di fornire l'infrastruttura passiva fonia-dati delle sedi comunali di particolari materiali, con relativa messa in opera, oltre che relativi servizi (punti II.1.2, II.1.5).

A conferma di ciò, l'art. 1 del Capitolato Speciale d'Appalto stabilisce che l'appalto ha per oggetto la fornitura di materiali e messa in opera, nonché di servizi, inerenti l'infrastruttura passiva fonia-dati delle sedi comunali. A titolo esemplificativo vengono descritti alcuni lavori complementari e

per una migliore descrizione della forniture e dei lavori connessi viene richiamato l'allegato 3 (che non è stato trasmesso all'Autorità). Il comma 2 del citato art. 1 del Capitolato precisa, inoltre, che la fornitura s'intende per un periodo di tre anni dalla data dell'aggiudicazione, mentre il comma 3 ribadisce, anche ai sensi dell'art. 37, comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006, che la prestazione principale è costituita dalla fornitura e posa in opera di materiali. L'ultimo comma del medesimo art. 1 del Capitolato in questione stabilisce, poi, che l'elenco dei materiali indicati per quantità (su stima triennale) nell'elenco allegato 3 non è vincolante per l'Amministrazione, la quale provvederà ad eseguire ordinativi secondo le necessità del caso concreto. Ulteriori precisazioni sono, infine, contenute nell'art. 2 del Capitolato Speciale d'Appalto, recante disposizioni in tema di caratteristiche dei materiali richiesti e requisiti della fornitura.

In sostanza, la *lex specialis* di gara non risulta contenere particolari disposizioni che inducono a mettere in dubbio che le finalità dell'Amministrazione che ha indetto la gara consistano nell'approvvigionamento di materiali e nella relativa posa in opera e, quindi, a dubitare della funzione obbiettiva del contratto, che caratterizza l'oggetto contrattuale prevalente in termini di fornitura di materiali destinati all'infrastruttura passiva fonia-dati delle sedi comunali.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione e allo stato degli atti, che l'oggetto prevalente del contratto consiste nella fornitura di materiali destinati all'infrastruttura passiva fonia-dati delle sedi comunali della Città di Torino.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2010