



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Autorità Nazionale Anticorruzione

Prot. **Uscita del 05/08/2016**

Numero: **0118396**

Ufficio: **VIG - UVLA Ufficio Vigilanza Lavori**

Al Sig. Prefetto di Roma
protocollo.prefrm@pec.interno.it

all'A.D. di SOGIN S.p.A.
sogin@pec.sogin.it

Rif. Fasc. 2447/2016

Oggetto: Amministrazione straordinaria e temporanea della Maltauro S.p.A. (ai sensi art. 32, comma 1 D.L. 90 del 24.6.2014. Progetto CEMEX, contratto di appalto ID C0355L11 – ZLAV4560900561- Affidamento a terzi tramite contratti di forniture – richiesta di parere.

Con la presente, in riscontro alla richiesta di parere formulata da codesta Prefettura, assunta al prot. ANAC 70507 del 3.5.2016, si comunica che il Consiglio dell'Autorità ha esaminato la questione nell'adunanza del 3.8.2016 e, condividendo l'istruttoria degli Uffici, ha deliberato l'invio delle seguenti considerazioni.

Da quanto riferito le prestazioni contemplate nella categoria OS4 risultano costituite in misura ampiamente prevalente da componenti meccanici di produzione industriale, da realizzarsi pertanto fuori del cantiere, per i quali si prevedono limitate attività di assemblaggio nell'ambito del cantiere stesso.

Ciò appare confermato anche da una lettura delle opere ricondotte alla categoria OS4; a titolo esemplificativo possono richiamarsi le opere contemplate nel Sistema di movimentazione - Edificio di processo, finalizzato alla movimentazione delle fasi di processo dall'ingresso del fusto vuoto, alla movimentazione di questo alla stazione di cementazione, dove il rifiuto radioattivo viene incapsulato in matrice cementizia, fino alla consegna del manufatto radioattivo cementato, dopo verifica di assenza di contaminazione, verso il deposito.

Il sistema si compone di rulliere lineari e girevoli, carroporti, telemanipolatori e montacarichi.

Tali manufatti sono realizzati fuori cantiere da soggetti industriali altamente specializzati; secondo quanto prospettato dagli Amministratori straordinari e temporanei (ai sensi dell'art. 32, comma 1, D.L. 90 del 24.6.2014) della Maltauro S.p.A. l'affidamento a terzi della realizzazione potrebbe ricondursi a subcontratti di forniture, piuttosto che a subappalto.

Aspetti problematici circa la fornitura e posa in opera sono stati affrontati dall'AVCP con determinazione n.12/2001 del 22.5.2001.

La determinazione si è occupata della corretta interpretazione dell'art. 18 della legge n. 55/1990, (all'epoca vigente in materia di subappalto), che equipara al subappalto "*qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedano l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2% dell'importo dei lavori affidati o di importo superiore a 100.000 ecu e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare*", alla

luce della precisazione recata dal comma 5 dell'art. 141 del dpr 554/1999 per cui *“le attività ovunque espletate ai sensi dell'art. 18, comma 12 della legge 19 marzo 1990, n. 55, sono quelle poste in essere nel cantiere cui si riferisce l'appalto”*.

Nella determinazione è stato constatato come il dpr 554/1999 non abbia previsto specifiche disposizioni a riguardo del subappalto se non nell'articolo 141, che ha stabilito un limite del subappalto con l'indicazione di una misura percentuale (30%) che si riferisce, però, alla sola categoria prevalente.

Per operare un raccordo tra la disposizione di cui al comma 12 dell'articolo 18 della legge 55/90 e quella di cui al comma 5 dell'articolo 141 del dpr 554/90 va tenuto conto che:

a) il comma 12 dell'articolo 18 della legge 55/90 ed il comma 5 dell'articolo 141 del dpr 554/1999 iniziano, con la precisazione che la disciplina in essi contenuta non è generale ma è specifica in quanto è stabilito che le disposizioni sono dettate *“ai fini del presente articolo”*;

b) il comma 12 dell'articolo 18 della legge 55/90 riguarda le ipotesi di prestazioni diverse dai lavori quali le forniture e posa in opera ed i noli a caldo e fa riferimento ad una localizzazione delle relative attività di mano d'opera con l'espressione *“ovunque espletate”*;

c) forniture e posa in opera e noli a caldo si hanno anche in ordine ai lavori di cui si occupa il dpr 554/99 e lo stesso, all'articolo 141, comma 5, precisa che per *“ovunque espletate”* si devono intendere quelle poste in essere nel cantiere cui si riferisce l'appalto.

L'AVCP ha quindi ritenuto che la precisazione del dpr 554/1999 stia a significare che le attività di mano d'opera, relative a prestazioni di fornitura e posa in opera o di noli a caldo che siano presenti nei lavori pubblici da realizzare, devono essere espletate nel cantiere e, quindi, se espletate fuori cantiere, non possono avere la qualificazione che li rendano assimilabili ai lavori; ha ritenuto, tuttavia, come la disposizione del comma 5, dell'articolo 141 del DPR 554/1999, in quanto dettata *“ai fini del presente articolo”* che disciplina il subappalto dei lavori della categoria prevalente, non potesse che avere efficacia in ordine alla assimilabilità ai lavori delle prestazioni di fornitura e posa in opera e noli a caldo qualora relative a alla categoria prevalente.

Ha ritenuto, quindi, che la disposizione contenuta nell'articolo 18, della legge 55/90, continuasse ad avere pieno vigore, come formulata, per lavori subappaltati nelle categorie diverse da quella prevalente intendendo, in tal caso, *“ovunque espletate”* senza limitazioni all'attuazione in cantiere.

Nella determinazione l'AVCP ha anche ricordato, come con atto di regolazione n. 5/2001, avesse già evidenziato come la differenza tra il contratto di appalto e quello di compravendita (costituente il presupposto della fornitura) si correli alla prevalenza funzionale, secondo l'intenzione dei contraenti, della prestazione relativa al trasferimento del bene ovvero di quella concernente la realizzazione di un'opera ovvero di un impianto; si è tratta la conclusione che, in ogni caso in cui è configurabile un'attività prevista dalle declaratorie dell'allegato A al dpr n. 34/2000 (concernente, appunto, la qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici) la funzione caratterizzante da riconoscere al contratto è da individuare nella realizzazione dell'opera o del lavoro che costituiscono, quindi, l'oggetto principale del contratto anche se le descrizioni fanno riferimento a forniture e posa in opera.

Ha precisato, tuttavia, come alcune delle categorie dell'allegato A al dpr n. 34/2000 (quali la OS13, OS18, OS32 e OS33) riguardino la produzione, fornitura ed il montaggio di strutture o componenti prodotte industrialmente, le quali normalmente richiedono lavorazioni integrative o di completamento da eseguirsi direttamente in cantiere e possono costituire, in via alternativa, parti di un lavoro o di un'opera da realizzare oppure un autonomo lavoro o un'autonoma opera. Ad esempio: la realizzazione di un ponte con travi precomprese prefabbricate comporta la fornitura e posa in opera delle travi e la realizzazione in cantiere, oltre che di fondazioni, piloni ecc., anche di solette di completamento per l'inserimento del bene fornito nell'opera da realizzare. In questo caso la fornitura e la posa in opera delle travi non può essere considerata un autonomo lavoro. Al contrario, invece, è da considerarsi

autonomo lavoro l'ipotesi di realizzazione (in calcestruzzo o in acciaio) di un edificio per abitazione o per ufficio, oppure un capannone industriale o commerciale, interamente prodotti in stabilimenti industriali, posti in opera in cantiere con l'esecuzione di lavorazioni integrative o di completamento. Spetta alla stazione appaltante e va adeguatamente motivata la valutazione se alla prestazione di fornitura e posa in opera deve riconoscersi la natura di autonomo lavoro o se invece non è da considerarsi tale.

Ne consegue che nel caso si verta in ipotesi di fornitura di strutture o di componenti prodotti industrialmente che non sia tale da dover essere considerata come un autonomo lavoro, la stazione appaltante non dovrà indicarla nel bando come lavorazione a se stante rientrando essa nell'ambito della categoria prevalente; ed in tal caso l'esecuzione della prestazione da parte dell'aggiudicatario potrà avvenire:

a) acquistando le strutture o i componenti prodotti industrialmente e impiegando la propria organizzazione di impresa e le proprie maestranze per porli in opera e realizzare le lavorazioni integrative e di completamento;

b) acquistando le strutture o i componenti prodotti industrialmente e affidando ad un'impresa subappaltatrice in possesso della necessaria qualificazione la posa in opera e la realizzazione delle lavorazioni integrative e di completamento (in tal caso l'importo del subcontratto incide sulla quota del 30% dell'importo della categoria prevalente subappaltabile soltanto se sono presenti le condizioni di cui all'art. 18, comma 12, della legge n. 55/90 e dell'art. 141, comma 5, del dpr n. 554/1999);

c) affidando l'esecuzione dell'intera prestazione (fornitura, posa in opera ed esecuzione delle lavorazioni integrative e di completamento) ad un subappaltatore in possesso di adeguata qualificazione (in tal caso l'importo del subcontratto incide sulla quota del 30% dell'importo della categoria prevalente subappaltabile soltanto se sono presenti le condizioni di cui all'art. 18, comma 12, della legge n. 55/90 e 141, comma 5, del dpr n. 554/1999).

In sostanza, è evidente come l'AVCP, a seguito di un approfondito esame e dopo aver consultato le categorie degli operatori economici interessati dalla problematica, abbia concluso che la previsione normativa di cui all'art. 141, comma 5 del dpr 554/1999, ove questa stabilisce che per prestazioni di manodopera "*ovunque espletate*" si devono intendere quelle poste in essere nel cantiere, si riferisce esclusivamente alle prestazioni contemplate nella categoria prevalente.

A tale conclusione ha fornito due ordini di giustificazioni:

- uno più legato al testo letterale, ritendo la disposizione del comma 5, dell'articolo 141 del DPR 554/1999, in quanto dettata "*ai fini del presente articolo*" che disciplina il subappalto dei lavori della categoria prevalente, efficace solo in ordine a tale categoria;
- uno più legato alla sostanza della qualificazione di prestazioni quali di subappalto, constatando come, nell'ambito della categoria prevalente possano trovare collocazione componenti prodotti industrialmente, che, tuttavia, non costituendo un lavoro autonomo, in quanto passibili di consistenti lavorazioni integrative o di completamento in cantiere, per acquisire la connotazione di autonoma opera, non sono indicate nei documenti a base di gara quali categorie di lavoro scorporabili.

La seconda motivazione appare quella maggiormente convincente e non limitata al caso della categoria prevalente.

È del tutto evidente, infatti, come possa essere non considerata subappalto la semplice acquisizione dal produttore di componenti prodotti industrialmente e che solo a seguito di consistenti opere integrative in cantiere acquisiscano la connotazione di "opera"; in questo caso i prodotti forniti

provengono da una produzione “di serie”, o al più, adeguati all’esigenza specifica, entro modalità e limiti consentiti nell’ambito dell’ordinario processo produttivo in stabilimento.

Diversa è la fornitura di componenti, sia pure realizzati in uno stabilimento di produzione, usualmente non reperibili sul mercato e appositamente progettati e prodotti per lo specifico intervento.

Con riferimento all’appalto in esame le disposizioni richiamate, in base alle quali l’AVCP ha basato le proprie condivisibili considerazioni, sono sostituite dall’art. 118, comma 11 del d.lgs. 163/2006 e dall’art.170, comma 5 del dpr 207/2010, che replicano in buona parte le precedenti.

Si rileva, tuttavia, come l’art. 170 del dpr 207/2010, si differenzi, per alcune parti, dal precedente art. 141 del dpr 554/1999; in particolare, il comma 2 di tale articolo, differenziandosi dalle precedenti disposizioni, prevede quanto segue:

2. *Il subappaltatore in possesso dei requisiti relativi alle categorie appresso specificate e l’esecutore in possesso degli stessi requisiti, possono stipulare con il subcontraente il contratto di posa in opera di componenti e apparecchiature necessari per la realizzazione di strutture, impianti e opere speciali di cui all’articolo 107, comma 2, lettere f), g), m), o) e p).*¹

Tale previsione appare riferita a categorie che non necessariamente assumono la veste di categoria prevalente dell’appalto, ed, in particolare, alla stessa categoria OS4; si potrebbe, pertanto, ritenere superata l’indicazione dell’AVCP, nella determinazione n.12/2001, circa l’applicabilità alla sola categoria prevalente della previsione normativa che stabilisce che per prestazioni di manodopera “*ovunque espletate*” si intendono quelle poste in essere nel cantiere ove si svolgono i lavori.

Tuttavia, sotto un profilo sostanziale, anche questo illustrato nella determinazione n.12/2001, questa indicazione si ritiene vada comunque limitata alle sole forniture che, di per sé, non costituiscono un’opera pressoché autonoma, appositamente realizzata fuori di una produzione “di serie”.

Si ritiene, di contro, che non possa essere assimilata a mera fornitura la realizzazione, sia pure presso uno stabilimento di produzione, di un’opera complessa appositamente realizzata sulla base di uno specifico progetto.

Nel caso posto all’attenzione dell’Autorità, le opere ricadenti nella categoria OS4 sono elencate nei Sistemi 52 (di carico, stoccaggio e movimentazione inerti), 53A (di movimentazione manufatti Edificio di Processo), 53B (movimentazione manufatti Edificio di Deposito).

Approfondendo si osserva che, secondo la descrizione fornita, le opere del Sistema di movimentazione dell’Edificio di Processo (di maggiore peso rispetto all’importo complessivo) costituiscono un insieme complesso di opere meccaniche, strumentazione e quadristica di controllo, oggetto di specifica progettazione interdisciplinare e realizzazione, nell’ambito del quale non sembrano individuabili prodotti di serie, nemmeno in relazione ai singoli componenti, presumibilmente appositamente progettati e realizzati per l’intervento specifico.

Come illustrato dai Commissari “il loro dimensionamento, la produzione, l’assemblaggio e messa punto necessitano di un consolidato know-how affinché il sistema riesca ad essere correttamente integrato”; si tratterebbe, pertanto, della realizzazione, pur in larga parte in stabilimento con solo successive limitate operazioni di montaggio in cantiere, non di un prodotto industriale di serie, bensì di un impianto caratterizzato da specificità di progettazione e realizzazione, che, come tale, risulterebbe riconducibile, al pari degli impianti complessi realizzati nell’ambito della realizzazione di edifici civili o industriali, a “lavoro”.

In questo caso, pertanto, non appare coerente ritenere che per prestazioni di manodopera “*ovunque espletate*”, come indicato dall’art. 118, comma 11 del d.lgs. 163/2006 ai fini della qualificazione

¹ ora categorie OS 4, OS 5, OS 18-A e OS 18-B dell’allegato A e dell’art. 12, comma 2, lettera b), legge n. 80 del 2014.

quale subappalto delle attività affidate dall'appaltatore a terzi, possano intendersi esclusivamente quelle poste in essere nel cantiere e non anche quelle espletate in stabilimento.

Raffaele Cantone