

Determinazione n. 21/2002 del 30/7/2002

G.u. Serie Generale n. 206 del 3.9.2002

Oggetto: Programma per la costruzione, l'ammodernamento e l'acquisto di immobili destinati a caserme ed alloggi di servizio della Guardia di Finanza, in forza dell'articolo 29 della legge 18 febbraio 1999, n.28.

CONSIDERATO IN FATTO

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze - Comando Generale della Guardia di Finanza - in forza dell'articolo 29 della legge 18 febbraio 1999, n.28, ha pubblicato, sulla G.u.R.I., parte II, del 25 maggio 2002, n. 122, un bando di gara avente ad oggetto la realizzazione di un programma per la costruzione, l'ammodernamento e l'acquisto di immobili destinati a Caserme ed alloggi di servizio. Il bando in sintesi prevede l'affidamento ad un istituto di credito della realizzazione del programma, previo suo finanziamento coperto da contributi pubblici annuali.

A seguito della pubblicazione del suddetto bando di gara l'ANCE (Associazione Nazionale Costruttori Edili), ha inviato all'Autorità una segnalazione in ordine alla sua legittimità ed il Consiglio dell'Autorità, conformemente a quanto disposto nel suo regolamento di funzionamento, stante il rilievo della questione ed il coinvolgimento di molteplici interessi, ha convocato un'audizione che si è tenuta il 17 luglio 2002. All'audizione hanno partecipato i rappresentanti dell'ANCE, della Guardia di Finanza, del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dell'ANIEM (Associazione Nazionale della Piccola e Media Industria Edile ed affini).

In particolare, il Direttore Generale dell'ANCE ha ribadito le perplessità, già manifestate nell'esposto inoltrato, in ordine alla mancata previsione nella legge 18 febbraio 1999, n.28 e successive modificazioni, dell'obbligo della banca di scegliere, ai fini dell'esecuzione del programma *de quo*, un'impresa di costruzioni con qualificazione SOA. Ha rilevato che il modello operativo sotteso al bando di gara, data l'entità e la complessità delle opere da realizzare, ha notevoli ripercussioni sul piano giuridico e su quello economico-produttivo, risultando altresì estromesse dal mercato le piccole e medie imprese. Ha inoltre posto in evidenza che vi sono dubbi di natura tecnica in ordine ai criteri di aggiudicazione, in quanto non sarebbe chiaro nel bando se la percentuale di sconto da offrire riguardi solo il tasso di interesse del finanziamento oppure anche le tariffe dei Provveditorati Regionali alle OO.PP. sulla base dei quali andrebbero determinati i corrispettivi. Ha sottolineato la notevole diversità di queste tariffe e l'impossibilità per i concorrenti di offrire un ribasso medio che andrebbe calcolato ponderando i diversi importi delle opere da realizzare in ogni regione che, invece, al momento dell'offerta risultano ancora individuate. In sostanza il contratto non sarebbe a prestazioni corrispettive ma di tipo aleatorio.

L'Ance si è espressa negativamente sulla configurabilità, nella fattispecie in esame, di un appalto di servizi, in base al rilievo che l'acquisto di immobili da destinare a caserme richiede pur sempre opere di ristrutturazione con costi sicuramente superiori ai valori di acquisto. L'Ance ha, infine, proposto, quale unica possibile soluzione per fare salva la legittimità della procedura di cui trattasi, che il bando prescriva che l'aggiudicatario debba, in fase esecutiva, procedere alla scelta delle imprese esecutrici sulla base di appositi criteri, fra i quali quello di possedere l'attestazione SOA, tesi ad assicurare la scelta di imprese commisurate al tipo di lavori da eseguire. Detta associazione ha ritenuto, inoltre, che occorre inserire nella convenzione ulteriori clausole (quali, ad esempio, il divieto di cessione del contratto o il divieto di subappalto) consentendo in tal modo di superare ogni dubbio in ordine alla configurazione di un appalto di lavori piuttosto che di servizi e riconoscendo al contempo l'eccezionalità dell'istituto in oggetto.

Negli stessi sensi si è espresso l'Aniem che peraltro ha prospettato dubbi sulla configurabilità nella fattispecie di un appalto di servizi.

La Guardia di Finanza, in risposta ai dubbi esposti ha dato lettura di una relazione predisposta in occasione dell'audizione. Ha specificato, altresì, che, prima della redazione del bando, erano state contattate la Banca d'Italia e l'ABI, senza che questi enti sollevassero obiezioni circa la possibilità che un istituto di credito realizzi il programma congiuntamente ad un'impresa di costruzioni, e che la legittimità della procedura è stata altresì confermata dal Consiglio di Stato con i pareri allegati alla summenzionata relazione.

In particolare, la Guardia di Finanza ha evidenziato che:

- a) l'art.29 della L.28/99 si limita ad istituire un rapporto bilaterale tra l'Amministrazione e l'Istituto di credito, al quale resta estranea l'impresa esecutrice;
- b) prevale, inoltre, l'aspetto dei servizi, tenendo altresì conto dell'importo degli interessi passivi che la PA deve sostenere e che incidono in misura prevalente.

I rappresentanti della Guardia di Finanza e del Ministero dell'Economia e delle Finanze hanno tuttavia ammesso che la legge 28/99 e s.m. sia equivoca ed ambigua in ordine alla scelta del soggetto esecutore, dando luogo ad una pluralità di interpretazioni tra loro confliggenti, e hanno altresì mostrato la propria disponibilità a modificare il bando di gara nel senso che sarà indicato dall'Autorità.

Considerato in diritto

L'art. 29 della legge 18 febbraio 1999, n. 28, dispone che:

1. Al fine di assicurare una maggiore efficienza nell'attività di contrasto dei fenomeni dell'evasione fiscale, attraverso una migliore articolazione sul territorio delle strutture del Corpo della Guardia di finanza ed una maggiore mobilità del personale, è autorizzata la realizzazione di un programma per la costruzione, l'ammodernamento e l'acquisto di immobili destinati a caserme ed alloggi di servizio, nonché per lo svolgimento delle relative attività di gestione.

2. Le risorse occorrenti per la realizzazione di detto programma sono reperite attraverso la stipula di apposite convenzioni con una o più banche che dispongano di idonee strutture operanti da almeno un quinquennio nel settore immobiliare, con particolare riguardo alle esperienze nella valorizzazione del patrimonio immobiliare, nella conservazione e manutenzione degli immobili e nell'amministrazione del patrimonio, alle quali verrà affidata l'esecuzione del progetto. L'entità delle risorse assicurate dalle banche sarà commisurata ad un piano finanziario di ammortamento compatibile con quanto previsto dal comma 4.

Ciò posto, va rilevato che la soluzione delle questioni interpretative discusse nell'audizione e di cui alle indicate premesse, può rinvenirsi anche senza prendere in esame il problema della individuazione della natura del soggetto cui la legge attribuisce l'esecuzione del programma e del tipo di rapporto intercorrente tra lo stesso e l'amministrazione finanziaria. Il Consiglio di Stato nel parere in atti, dell'Adunanza generale, in data 6 dicembre 2000, n. 1504, ha ritenuto che la norma indicata prevede una sorta di combinazione tra l'istituto del *project financing* (*in cui il promotore presenta alle amministrazioni aggiudicatrici proposte di realizzazione di opere pubbliche da finanziare con risorse totalmente o parzialmente con fondi privati*) e il *general contractor* (*figura di recente introdotta nell'ordinamento interno dalla legge 21 dicembre 2001, n. 443, art. 1, lett. f*) che si riferisce all'esecutore il quale assume su di sé l'obbligo di eseguire con qualsiasi mezzo l'opera pubblica corrispondente alle esigenze del soggetto aggiudicatore garantendo certezza di tempi, costi e buona esecuzione.

Se infatti il trasferimento all'esecutore del programma dei poteri pubblicistici relativi alle operazioni giuridiche e materiali concernenti l'esecuzione delle singole opere richiama nuovamente nell'ordinamento italiano un'ipotesi di concessione di servizi (*di committenza*) quale elaborata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, con la quale, in particolare, *in relazione ad attività molto complesse, al concessionario viene fatto carico di svolgere una serie di servizi inerenti anche alle fasi organizzative dell'intervento, dalla progettazione sino allo svolgimento delle gare, alla direzione dei lavori e collaudi* (*Consiglio di Stato., sez. II, 21 dicembre 1994, n. 2698, e sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54*), è anche vero che parlare di realizzazione di un programma di costruzione e ammodernamento e di esecuzione del progetto richiama connotati dell'appalto di lavori.

Quel che emerge con certezza, come pure rilevato nell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, che l'art. 29 della legge 28/1999 in esame, prevede sostanzialmente un procedimento anomalo (*rispetto alle modalità ordinarie di esecuzione dei lavori pubblici*) per la realizzazione del(*l'ivi*) programmato intervento.

L'aver stabilito, in particolare, che all'ente finanziatore venga anche affidata *l'esecuzione del progetto* è stato inteso dall'amministrazione finanziaria come autorizzazione a redigere (*come è stato fatto in concreto*) il solo *programma complessivo dei previsti interventi*, rimettendo alla banca o alle banche finanziatrici le attività concernenti la progettazione, l'affidamento, la direzione e la collaudazione dei lavori, per quanto ora interessa, in esso compresi.

Ma questa interpretazione concretatasi negli atti di gara non ha trovato risposta nel mercato per cui è da chiedersi se essa sia coerente con la realtà e se per la fattibilità dell'intervento non debba appellarsi a differente costruzione da rinvenirsi in clausole contrattuali che trovano conferma nelle norme dell'unione Europea. A questo fine è da considerarsi che nel caso in esame, come pure indicato dalla adunanza generale del Consiglio di Stato, l'esecutore provvede alla realizzazione dei singoli interventi in sostituzione e per incarico (*su mandato*) dell'amministrazione finanziaria. Diverso problema è, però stabilire se l'esecutore sia tenuto ad osservare la normativa interna e comunitaria, concernente l'esecuzione dei lavori pubblici cui si riferisce il programma. In questa prospettiva non viene in rilievo il riconoscimento (*che occorre rendere*) dell'autonomia privata di cui gode l'amministrazione. Questa autonomia sussiste nei limiti in cui non sia limitata dalle regole comunitarie concernenti l'esecuzione dei lavori pubblici la cui applicazione prescinde dalla forma dell'incarico (*si possa cioè parlare o meno di contratti meramente privatistici di mandato senza rappresentanza*) ed attiene all'attività connessa. La legge 29/1999 è norma speciale di deroga alla

disciplina della legge quadro (*ancorché non ne sia stata prevista esplicitamente questa natura*), ma per questa sua natura non può innovare al di là dei termini strettamente ed espressamente in essa indicati. Inoltre si deve dare la prevalenza in sede interpretativa a criteri che rendono applicabili le disposizioni generali se non espressamente derogate.

Rimangono allora fermi l'obbligo di esternalizzazione dei lavori di cui al comma 5 bis dell'art. 2, legge 11 febbraio 1994 e successive modificazioni, nonché a quello per cui l'esecuzione dei medesimi può essere affidata esclusivamente a soggetti dotati di qualificazione e selezionati con gara pubblica, con le limitazioni previste dalla legge per quanto riguarda il subappalto. Questi obblighi di osservanza di detta normativa esistono, ad avviso dell'Autorità, in quanto trovano applicazione le conclusioni alle quali, in data successiva a quella in cui è stato reso l'avviso del Consiglio di Stato, è pervenuta la Corte comunitaria secondo cui, ai fini dell'osservanza della direttiva 93/37/CEE, non deve essere necessariamente l'amministrazione ad applicare le procedure di aggiudicazione ivi previste, potendo l'effetto utile della direttiva medesima essere ugualmente garantito qualora tale prescrizione sia resa obbligatoria per il privato esecutore (*Corte giust. CE, sez. IV, 12 luglio 2001 in causa C-399/98*).

è, inoltre, di palmare evidenza, che il mancato assoggettamento dell'istituto di credito alla normativa pubblicistica implicherebbe rilevanti pregiudizievoli conseguenze. Basti accennare alla sostanziale elusione dei divieti di subappalto e di cessione del contratto, ben potendo l'impresa incaricata della realizzazione delle caserme cedere liberamente il contratto o subappaltarne una parte al di fuori di qualsiasi vincolo legale. Non soltanto la normativa vigente, ma anche l'indirizzo politico legislativo, manifestatosi in occasione dell'esame del "collegato infrastrutture", ed i segnali di pericolo pervenuti dalle sedi competenti per possibili situazioni agevolanti infiltrazioni delinquenziali portano a privilegiare nell'interpretazione il soddisfacimento dell'interesse pubblico a che sia assicurata una continuità di realizzazione dell'opera pubblica e garantita l'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore (*principio che risulta derogato solo in presenza di apposite disposizioni, quali ad esempio quelle relative al caso del fallimento dell'appaltatore, che permettono di affidare i lavori al secondo e al terzo classificato nella gara*). Contrasterebbe con questa *ratio* un'interpretazione della legge 28/99 che consentisse di ritenere che l'istituto di credito possa scegliere il soggetto esecutore di lavori pubblici, prescindendo dalla normativa pubblicistica vigente.

Deve essere anche tenuto presente che, secondo la comunicazione interpretativa della Commissione Cee del 12 aprile 2000, non è esclusa la configurabilità negli ordinamenti interni degli Stati membri di tipologie di concessioni diverse da quelle di lavori pubblici e caratterizzate dal fatto che *tra concessionario e concedente, esista una forma di delega interorganica che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice*. Tali concessioni, *come del resto ogni atto dello Stato che stabilisca le condizioni cui è soggetta una prestazione di attività economiche, ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36) e da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del Trattato o dei principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte e cioè dei principi di non discriminazione, disparità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità*. Linea interpretativa, quella indicata, seguita anche dalla giurisprudenza interna secondo cui " *in tema di affidamento, mediante concessione, di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli articoli 43 e 49 del Trattato CE), nonché dai principi generali che governano la materia dei contratti pubblici (enucleabili dalle direttive in materia di appalti di lavori, servizi, forniture e settori esclusi), impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercè l'utilizzazione di procedure competitive selettive* (Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253).

Per le considerazioni esposte, ed esplicitando altresì i criteri relativi a possibili pattuizioni della convenzione, si esprime l'avviso che:

a) l'articolo 29 della legge 18 febbraio 1999, n. 28 abbia configurato un'ipotesi di un *contratto atipico* avente ad oggetto il finanziamento e la realizzazione di un programma per la costruzione, l'ammodernamento e l'acquisto di immobili destinati a caserme ed alloggi di servizio del Corpo della Guardia di Finanza il cui relativo affidamento è regolato dai principi comunitari di cui agli articoli da 28 a 30 e da 43 a 55 del Trattato.

b) nell'atto di affidamento costituiscono clausole coerenti con la disciplina comunitaria la previsione, che:

- 1) l'aggiudicatario è assoggettato, per l'attuazione dei singoli interventi cui si riferisce il programma, all'osservanza della normativa, comunitaria e nazionale, relativa all'esecuzione dei lavori pubblici;
- 2) la scelta di soggetti esecutori avvenga previa adeguata pubblicità;
- 3) i soggetti esecutori siano adeguatamente qualificati e siano tenuti, a loro volta, all'osservanza delle disposizioni vigenti in materia di subappalto;
- 4) il corrispettivo per le prestazioni affidate sia determinato a progettazione esecutiva completata ed approvata, purché siano contrattualmente previsti i criteri per il suo calcolo (*per esempio un*

referimento ad un unico elenco prezzi unitari da applicarsi, al netto del ribasso offerto, alle quantità delle varie lavorazioni e forniture risultanti dal progetto esecutivo approvato) e l'affidamento avvenga con uno dei criteri disciplinati dalle normative comunitarie.