

Appalti pubblici con più prestazioni



Prestazione d'opera, fornitura di materiali, fornitura di servizi: gli appalti "multidisciplinari" sfuggono ad un'univoca definizione legislativa. E dove il codice risolve, la Merloni complessifica

Gabriele Pirocchi*

Sin dall'emanazione delle direttive comunitarie in materia di contrattualistica pubblica, all'inizio degli anni '90, si è aperto, in Italia, un inarrestabile dibattito circa la disciplina che deve regolare quei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici debbano affidare, ad un unico contraente, un appalto che abbia ad oggetto sia lavori sia servizi e/o forniture. Sebbene la disciplina codicistica offra tutti gli elementi utili a risolvere - in verità anche con una certa agilità - ogni possibile incertezza, la dialettica, tuttavia, non accenna ad acquietarsi, anche in ragione dei continui, quanto provvisori, interventi del legislatore. L'appalto di opera, come noto, è un contratto tipico, definito e disciplinato dal codice civile agli artt. 1655 e seguenti del codice civile. L'appalto d'opera o di un servizio si contraddistingue per la fiduciarità e personalità del rapporto e ha ad oggetto un'attività di trasformazione della materia, al fine di produrre un nuovo bene, che viene trasferito al committente, a fronte di un corrispettivo, una volta che sia stato diligentemente completato. Nell'appalto d'opera, dunque, l'attività di servizio (i.e. lavoro) non è considerata l'oggetto principale della prestazione, quanto il mezzo per realizzare il bene di interesse



del committente. Anche il Consiglio di Stato, del resto, aveva già da tempo chiarito che nel sistema di realizzazione dei lavori pubblici occorre, sempre e comunque, far riferimento alla disciplina dell'appalto d'opera contenuta nel codice civile per regolare il contenuto del contratto, salvo evidenziare che "l'opera di cui parla la norma (art. 1349 c.c. n.d.r.) non è soltanto il bene funzionalmente compiuto di cui all'art. 812, comma 1, codice civile, o l'opera di cui agli artt. 934 e seguenti dello stesso codice, ma tutto ciò che costituisce il risultato di un'attività di elaborazione e trasformazione della materia, scaturente nella creazione di un bene giuridico qualunque esso sia, a prescindere, cioè, dalla sua indivisibilità e complessità. In altri termini oggetto dell'appalto è il risultato dell'attività, che può essere anche una parte di un bene complesso, seppure a questo collegata da rapporti di pertinenza o accessorietà o, addirittura, un risultato di lavori che bene in senso giuridico propriamente non è, come la manutenzione" (Adunanza Generale del 17 febbraio 2000, Sez. I, N. 38/99, Gab. n. 2/2000 Ministero dell'interno, Quesito in ordine alla possibilità di acquisto di fabbricato su progetto per la sede del comando prov.le dei VV.FF. di Latina). Se il codice, dunque, ha fornito tutti gli elementi necessari a distinguere un appalto d'opera da uno per la fornitura di un bene o di un servizio, la disciplina contenuta nella legge Merloni, art. 2 L. n. 109/94, e nell'art. 3 del D.Lgs. n. 157, è concepita in modo da complicare inutilmente la questione prevedendo entrambe le norme, quale criterio per determinare se un certo contratto sia sottoposto alla disciplina dei lavori ovvero dei servizi, un criterio ulteriore e ultroneo rispetto a quello, di origine codicistica, che considera la funzione cui il contratto assolve e cioè quello della prevalenza economica di una prestazione sull'altra. Sicché, prima dell'emanazione della L. n. 62/05 (Legge comunitaria per il 2005), avevamo che l'art. 2, comma 1 della L. n. 109/94, dopo ripetute modifiche e integrazioni, prevedeva che "ai sensi e per gli

effetti della presente legge e del regolamento di cui all'articolo 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 ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica. Nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento". A sua volta, l'art. 3 del D.Lgs. n. 157/95 prevedeva che "nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi, quando comprendono lavori accessori, si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni qualora i lavori assumano valore economico superiore al 50%". Come emerge chiaramente dalla lettura delle norme richiamate, si evocavano due concetti assolutamente antitetici ovvero il carattere accessorio del lavoro e quello aritmetico della prevalenza economica del servizio o del lavoro. Sul piano pratico il conflitto tra i due criteri dava luogo a potenziali gravi irregolarità nell'affidamento degli appalti con più prestazioni, atteso che applicando la disciplina degli appalti di servizi ad un appalto di lavori si potevano eludere facilmente tutte le cautele poste dalla legge 109/94 in materia di qualificazione delle imprese, gestione dei subappalti, obblighi di preventiva acquisizione di progetti e studi e via di seguito. Al fine di evitare che imprese affidatarie di contratti con più prestazioni possano eseguire i lavori accessori pur in carenza di idonea certificazione SOA era intervenuta, tuttavia, l'interpretazione autentica contenuta nel nuovo comma 11 septies all'art. 8 della L. n. 109/94 (introdotto dalla L. n. 166/2002) a mente del quale "nel caso di forniture e servizi, i lavori, ancorché accessori e di rilievo economico inferiore al 50 per cento, devono essere eseguiti esclusivamente da soggetti qualificati ai sensi del presente articolo". Deve rite-



La disciplina, che regola i casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici debbano affidare, ad un unico contraente, un appalto che abbia ad oggetto sia lavori sia servizi e/o forniture, è oggetto in Italia di un inarrestabile dibattito.

nersi, dunque, definitivamente scongiurata l'ipotesi che lavori accessori a qualificazione obbligatoria, nell'ambito di un appalto con più prestazioni, possano oggi essere eseguiti da imprese prive di certificazione SOA, resa ai sensi della disciplina contenuta nel D.P.R. n. 34/2000. Restava aperto invece il problema di appalti di lavori che, in base ad un'applicazione erronea del criterio della prevalenza economica, fossero regolati nel bando e in tutti gli atti di gara (i.e. contratto e capitolato speciale), come un appalto di servizi. In realtà, deve ritenersi che il criterio volto ad individuare la funzione economico - sociale del contratto da stipulare sia l'unico criterio accettabile, se mai temperato, nella sua applicazione concreta, dalla possibilità per gli enti appaltanti di frazionare o scorporare determinati appalti, ma garantendo l'unità strutturale e funzionale del contratto, come del resto opportunamente sottolineato anche dall'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione n. 5/2001. La disciplina dei contratti con più prestazioni, così come sopra ricostruita, è stata oggetto di reclamo alla Commissio-



Se il codice ha fornito gli elementi necessari a distinguere un appalto d'opera da uno per la fornitura di un bene o di un servizio, la disciplina contenuta nella legge Merloni complica la questione.

ne UE, ex art. 226 del Trattato, la quale con parere motivato del 15.10.2003 rilevava il contrasto tra la disciplina in questione e l'orientamento assunto in materia dalla Corte di Giustizia del Lussemburgo. La Commissione ha ritenuto infatti che, in base ai principi affermati dalla Corte nella sentenza *Gestion Hotelera* (19.4.1994, causa C-331.92) "ai fini della determinazione delle regole applicabili a un appalto misto di lavori e servizi, occorre individuare quale sia l'oggetto principale del contratto e che la prevalenza economica delle prestazioni non è che uno degli indici che contribuiscono all'individuazione di detto oggetto principale". Si osserva che il rilievo mosso dalla Commissione trova fondamento nell'esigenza di tutelare la concorrenza nel mercato degli appalti pubblici evitando che la disciplina nazionale, anche in ragione della differenza di soglie applicative tra disciplina degli appalti di lavori (attualmente 5.923.626 euro) e quelle di servizi e forniture (attualmente 236.945 euro), "abbia per effetto di consentire l'attribuzione senza le procedure di messa in concorrenza a livello comunitario previste dalle direttive 92/50CEE e 93/36CEE degli appalti misti di servizi e lavori, di forniture e lavori o di forniture, lavori e servizi, il cui importo sia superiore alle soglie di appli-

cazione di queste ultime ma inferiore a quelle relative agli appalti di lavori di cui alla direttiva 93/37/CEE, per il solo fatto che i lavori, benchè abbiano carattere accessorio, sono prevalenti sul piano economico". Conseguentemente, anche il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con la Circolare 18 dicembre 2003, n.2316, "Disciplina dei contratti misti negli appalti pubblici di lavori, forniture", dovette adeguarsi alle indicazioni fornite dalla Commissione nel citato parere, prescrivendo alle amministrazioni destinatarie, sino alla modifica delle norme criticate dalla Commissione, di applicare il criterio espresso dalla Commissione. Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha recentemente riconosciuto

nell'identificazione dell'oggetto principale dell'appalto l'unico criterio utilizzabile al fine di determinare la disciplina di riferimento per un appalto con più prestazioni (Consiglio di Stato Sez. IV, 21.2.2005, n. 537). Nel frattempo la proposta di modifica delle disposizioni che regolano gli appalti con più prestazioni è stata inserita nella legge comunitaria 2004, L. n. 62/05, prevedendosi una modifica di entrambe le norme, l'art. 2, comma 1, della L. n. 109/94 e l'art. 3, comma 3, le quali prevedono ora che nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi, quando comprendano lavori, si applichino le norme della L. n. 109/94 quando quest'ultimi assumano rilievo superiore al 50%, salvo che abbiano carattere accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto. La modifica sembrerebbe risolvere la questione posta dalla Commissione, sebbene il permanere del riferimento al criterio della prevalenza economica possa ancora costituire un elemento di incertezza nella valutazione circa l'accessorietà dei lavori l'elemento della incidenza economica sul valore complessivo del contratto risulterebbe svilito sebbene la Commissione lo abbia comunque indicato come uno degli indici utile ad accertare l'accessorietà stessa dei lavori da eseguire.

**Avvocato, Studio legale Pirocchi, Roma.*

