

Martedì, 17 maggio 2005

Dott. Francesco Nardocci

La disciplina nazionale e comunitaria degli appalti pubblici c.d. misti.

1.- Per la migliore comprensione del tema e delle problematiche da esso scaturenti è opportuno chiarire subito che la definizione in termini di *appalti misti* degli appalti pubblici (ma anche privati) aventi ad oggetto prestazioni composite di lavori, servizi e forniture appare impropria, poiché sottende il richiamo alla categoria giuridica dei contratti misti con cui ha ben poco in comune.

Nella disciplina del codice civile infatti alla nozione di contratto misto corrisponde una fattispecie contrattuale che presenta caratteristiche appartenenti a più contratti tipici, (la vendita, la somministrazione, la locazione, l'appalto, ecc.), e dunque (o in alternativa) una causa mista. Tale nozione peraltro rileva poiché, in presenza di un contratto misto, si pone il problema di individuare la disciplina positiva alla quale esso è soggetto, sia per ciò che concerne gli aspetti non espressamente regolamentati dalle parti, sia per risolvere eventuali questioni di interpretazione.

A tale scopo dottrina e giurisprudenza hanno coniato due diversi criteri, che a ben vedere sono i medesimi che si applicano anche alla (diversa, lo si ripete) ipotesi degli *appalti misti* e che pertanto è necessario analizzare.

Il primo criterio, principale e preferibile, è quello *della composizione o combinazione*, in virtù del quale ogni qual volta un contratto presenti caratteristiche tipiche di più fattispecie nominate e le relative discipline non risultino inconciliabili, trova applicazione, in relazione a ciascun elemento del regolamento contrattuale, la disciplina prevista dallo schema tipico cui esso è riferibile¹.

E' questo è un criterio ideale, perché consente di evitare qualsiasi tipo di conflitto, ma com'è intuibile, non sempre può essere applicato: vi sono numerosi casi in cui le discipline dei singoli schemi tipici sono fra loro

¹ Così R. GAROFOLI, *La disciplina degli appalti pubblici misti dopo la Merloni-ter e il D.L.G. n. 65 del 2000*, in Foro Amm. – CdS 2002, pp. 527 ss.

confliggenti ed inconciliabili. Per queste ipotesi la giurisprudenza ha formulato il c.d. criterio dell'*assorbimento*, per cui, posta l'incompatibilità delle varie discipline che compongono il negozio, si individua quella di esse "più importante" e se ne stabilisce la prevalenza rispetto alle altre. Così ad esempio, in presenza di un contratto misto di vendita e di appalto si andrà alla ricerca di quale dei due profili causali (scambio di cosa contro prezzo o realizzazione di un *opus* contro prezzo) sia quello prevalente ed al negozio si applicherà la disciplina del tipo corrispondente². Per stabilire quale profilo debba essere considerato preponderante si ricorre ai parametri della *prevalenza economica* e della *prevalenza funzionale*. Il primo fa riferimento al valore economico delle prestazioni, il secondo invece alla funzione principale che i contraenti hanno inteso assegnare al negozio.

2.- Fatta questa premessa risulta evidente la non riconducibilità degli appalti misti alla categoria civilistica dei contratti misti, i primi infatti, indipendentemente dall'oggetto (lavori, servizi o forniture), sono tutti contratti di appalto, dunque non negozi misti, ma fattispecie tipiche ed integralmente disciplinate dalla normativa pubblica e privata sugli appalti.

In effetti la disciplina degli appalti misti ha origini e scopo peculiari.

Per lungo tempo la normativa dettata in tema di appalti pubblici ha preso in considerazione solo l'appalto di opere pubbliche, trascurando invece pressoché integralmente l'appalto di servizi e quello di forniture, senza che pertanto la fattispecie assumesse un particolare rilievo per il legislatore.

La situazione è radicalmente mutata con l'ingresso dell'Italia nella Comunità Europea e con il conseguente assoggettamento del nostro ordinamento a quello comunitario, che impone l'esperimento delle procedure

² "La distinzione tra vendita e appalto, nei casi in cui la prestazione di una parte consista sia in un dare, sia in un *facere*, non si esaurisce nel dato meramente oggettivo del raffronto fra il valore della materia e il valore della prestazione d'opera, essendo, all'uopo, necessario avere riguardo alla volontà dei contraenti, per cui si ha appalto quando la prestazione della materia costituisce un mezzo per la produzione dell'opera ed il lavoro è lo scopo essenziale del negozio, in modo che le modifiche da apportare alle cose, pur rientranti nella normale attività produttiva del soggetto che si obblighi a fornirle ad altri, consistono non già in accorgimenti marginali e secondari diretti ad adattare alle specifiche esigenze del destinatario della prestazione, ma sono tali da dare luogo ad un *opus perfectum*, inteso come effettivo e voluto risultato della prestazione..." Cass. civ. II, 21.6.2000 n. 8445, in *Contratti*, 2001, 55, n. MUCIO.

concorsuali ad evidenza pubblica per l'affidamento degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, che superino la c.d. soglia di rilevanza comunitaria: gli appalti pubblici che per valore economico della prestazione risultino superiori ad una certa soglia devono così essere aggiudicati seguendo le procedure concorsuali ad evidenza pubblica previste e disciplinate dalla normativa comunitaria. L'aggiudicazione degli appalti pubblici che invece si collocano al di sotto della soglia può invece essere disciplinata più o meno liberamente da ciascuno Stato membro, sempre però nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità.

Le procedure in questione, seppure plasmate sul medesimo modello (le gare per l'affidamento dei lavori pubblici), presentano ciascuna caratteristiche specifiche in relazione all'oggetto del contratto, inoltre la diversa rilevanza economica dei lavori pubblici rispetto ai servizi ed alle forniture ha determinato la fissazione di soglie comunitarie differenti: circa 250.000 euro per servizi e le forniture e circa 6.000.000 di euro per i lavori³.

Proprio da queste circostanze origina la disciplina degli appalti pubblici misti: si è infatti posto il problema di stabilire quale procedura adottare quando ci si fosse trovati in presenza di un appalto dall'oggetto complesso, ricomprendente due (lavori/servizi, lavori/forniture, servizi/forniture) o addirittura tutte e tre le tipologie (lavori/servizi/forniture).

La fattispecie nasce dunque allo scopo di regolamentare non tanto il rapporto dedotto in contratto, quanto la procedura di gara per il suo affidamento⁴. Infatti, da una parte si tratta di individuare il tipo di procedura più funzionale agli interessi dell'amministrazione aggiudicatrice e così alla selezione del soggetto maggiormente qualificato per le specifiche prestazioni

³ Più in particolare, la Direttiva 2004/18/CEE del 31.3.2004, c.d. direttiva unificata di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, non ancora recepita, fissa all'art. 7 le seguenti soglie al netto di IVA: a) 162.000 euro per gli appalti pubblici di fornitura e di servizi aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che siano autorità governative centrali; b) 249.000 euro per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle centrali nonché per gli appalti pubblici di servizi aggiudicati aventi per oggetto servizi di ricerca e sviluppo o servizi di telecomunicazioni; c) 6.242.000 euro per gli appalti pubblici di lavori.

⁴ Così anche P. DELLA PORTA, *Appalti misti e disciplina di settore*, in *Contratti Stato e Enti pubbl.* n. 3/2004.

da appaltare; dall'altra, quando l'oggetto del contratto prevede l'esecuzione di lavori, è necessario anche stabilire se a tale contratto debba essere applicata la soglia comunitaria per i lavori, ovvero quella molto più bassa, stabilita per gli appalti di servizi e/o forniture, con le ovvie conseguenze in merito alla eventuale rilevanza comunitaria dell'appalto ed alla conseguente disciplina della procedura di gara.

3.- Per risolvere le questioni sopra accennate la Comunità europea ha fatto ricorso al già analizzato criterio dell'assorbimento, nella sua duplice applicazione secondo il metodo della prevalenza funzionale e della prevalenza economica. In particolare, per gli appalti misti di lavori e servizi e di lavori e forniture (cioè quando i lavori costituiscono una delle due prestazioni) è stabilito il criterio della prevalenza funzionale: i *“lavori non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e non costituiscono l'oggetto dell'appalto”*⁵

Per gli appalti misti di servizi e forniture è invece adottato il criterio della prevalenza economica: *“Se un appalto pubblico ha per oggetto sia dei prodotti di cui alla direttiva 77/62/CEE che dei servizi di cui agli allegati IA e IB della presente direttiva, esso rientra nel campo d'applicazione della presente direttiva qualora il valore dei servizi in questione superi quello dei prodotti previsti dal contratto”*⁶.

La ragione dell'adozione di due diversi criteri va ricercata nelle peculiari caratteristiche dei lavori (anche sotto il profilo della rilevanza economica), che inducono le amministrazioni aggiudicatrici a richiedere requisiti soggettivi di qualificazione in genere particolarmente restrittivi, che invece non si giustificano ed anzi collidono con il generale principio di massima partecipazione dei soggetti alla gara, quando oggetto dell'affidamento sia un contratto in cui i lavori, indipendentemente dal loro valore economico, non coincidono con la causa principale del negozio.

⁵ Dir. 92/50/CEE del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, XVI Considerando.

⁶ Dir. 92/50/CEE, art. 2; v. anche Dir. 93/36/CEE art. 1 e Dir. 93/38/CEE, art. 1 n. 4 ult. co.

Questi criteri non sono stati modificati dalle nuove direttive appalti⁷, le quali però, è opportuno notare, si muovono nel senso di una maggiore unificazione delle varie discipline, come dimostra il fatto che si sia scelto di dar vita ad un unico provvedimento che disciplinasse le tre fattispecie nei settori ordinari e ad un altro che invece avesse ad oggetto i settori c.d. speciali.

Va inoltre segnalato che la Corte di Giustizia ha considerato il criterio della prevalenza funzionale alla stregua di un canone generale di cui quello della prevalenza economica rappresenta una mera specificazione⁸.

4.- La disciplina comunitaria sopra sintetizzata non ha posto particolari questioni in sede del suo primo recepimento⁹. Notevoli problemi invece sono sorti in occasione della emanazione della l. 18.11.1998, n. 415 (c.d. *Merloni ter*) di modifica della l. 11.2.1994, n. 109, legge quadro sui lavori pubblici.

Con la *Merloni ter* infatti si è modificato il testo dell'art. 2 co. 1 della legge quadro e si è così affermato che: “*nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture e servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50%*”. In tal modo il legislatore italiano si è discostato dalla disciplina comunitaria ed ha esteso la regola della prevalenza economica anche agli appalti misti caratterizzati dalla presenza di lavori.

Senonché la circostanza che spesso il valore economico dei lavori è comunque superiore a quello delle prestazioni relative ai servizi ed alle forniture¹⁰ ha condotto ad una serie di conseguenze estremamente negative:

⁷ Cfr. Dir. 2004/17/CEE, XVI considerando e artt. 1, par. 2 e 33; e Dir. 2004/18/CEE, X considerando e artt. 1 par. 2 e 22.

⁸ Corte Giust. CE, 19.4.1994, n. 331/92, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit. 1994, 1238 e ss.

⁹ Il criterio della prevalenza funzionale per gli appalti misti in cui una delle prestazioni fosse di lavori era contenuto (prima delle modifiche subite ad opera del d.lgs. 25.2.2000 n. 65) all'art. 3 co. 3 del d.lgs. 17.3.1995, n. 157; il successivo comma 4 stabiliva invece il criterio della prevalenza economica per gli appalti misti di servizi e forniture.

¹⁰ Così C. ZOPPOLATO, in TASSAN MAZZOCCO – ANGELETTI – ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni ter)*, Milano 1999, 9.

- la più restrittiva normativa dei lavori pubblici è stata spesso applicata a fattispecie in cui l'esecuzione di opere rivestiva un ruolo del tutto marginale, con indebito aggravamento delle procedure;

- tutti gli appalti misti in cui il valore delle prestazioni relative ai servizi o alle forniture fosse stato superiore alla soglia (fino all'emanazione delle nuove direttive pari a circa 200.000 euro), ma inferiore al valore dei lavori, sono stati automaticamente sottratti alle procedure di affidamento comunitarie tutte le volte che i lavori siano risultati di importo inferiore rispetto alla soglia. Infatti la prevalenza economica dei lavori rispetto alle altre prestazioni determinava la necessità di applicare la normativa lavori e la relativa soglia (che prima delle modifiche introdotte con le direttive unificate era pari a circa 5.000.000 di euro).

Per queste ragioni non di rado la giurisprudenza¹¹ ha forzato l'interpretazione letterale dell'art. 2 co. 3 della l. 109/94 allo scopo di riaffermare la centralità (o comunque la rilevanza) del criterio della prevalenza funzionale ed in dottrina non sono mancate voci che hanno altresì denunciato la aperta violazione della disciplina comunitaria¹².

Anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha avuto modo di pronunciarsi in proposito, e in tutte le occasioni ha assunto un atteggiamento difensivistico, tendente da una parte ad affermare la coerenza del sistema introdotto con la *Merloni ter* e dall'altra a rimarcare la perfetta compatibilità con la normativa comunitaria, configurando il criterio della prevalenza economica adottato in via esclusiva dal legislatore interno, come una mera specificazione del criterio della prevalenza funzionale¹³.

Coerentemente con l'atteggiamento dell'Autorità, il legislatore, quando con la legge 1.8.2002, n. 166 (c.d. *Merloni quater*) provvide alla ennesima modifica della legge quadro sui lavori pubblici, non ritenne di emendare la disposizione contenuta all'art. 2 co. 1, confermando così l'impostazione della *Merloni ter*. Ciò indusse la Commissione europea ad

¹¹ Cons. St. V, 11.9.2000, n. 4795 e 11.6.1999, n. 630; VI 16.12.1998, n. 1680.

¹² *Ex multis* v. C. ZOPPOLATO, *op. cit.*

¹³ Aut. Vig. LL.PP., Dett. n. 22 del 22.12.2003 e n. 13 del 28.12.1999; Del. n. 403 del 22.11.2001; Atto di regolazione n. 5 del 31.1.2001.

aprire nei confronti dell'Italia un procedimento di infrazione¹⁴ tendente, fra l'altro, ad imporre modifiche legislative tali da evitare che *“norme nazionali relative al campo di applicazione della direttiva sugli appalti pubblici di opere non conformi al diritto comunitario abbiano per conseguenza la mancata pubblicazione al livello comunitario di appalti pubblici che andrebbero invece pubblicati a norma delle direttive in tema di forniture e servizi, le cui soglie di applicazione sono molto inferiori a quelle disposte dalla direttiva riguardante le opere”*.

5.- Allo scopo di ripristinare la conformità alla normativa comunitaria il Ministero delle Infrastrutture ha quindi emanato una Circolare¹⁵ nella quale si invitavano le amministrazioni aggiudicatrici a tener conto del criterio della prevalenza funzionale nella predisposizione dei bandi.

Senonché poiché le Circolari ministeriali non costituiscono una fonte di interpretazione autentica (e perciò vincolante) si è determinata una gravissima incertezza interpretativa alla quale ha posto fine recentissimamente il legislatore, che con la legge 18.4.2005, n. 62, art. 26 (c.d. legge Comunitaria)¹⁶, ha di nuovo modificato il testo dell'art. 2 co. 1 della l. 109/94, che oggi risulta del seguente tenore: *“nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento. Quest'ultima disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto”*. Analoga modifica è stata apportata anche all'art. 3 co. 3 del d.lgs. 157/95.

Di conseguenza è stato ripristinato il criterio della prevalenza funzionale che opera in tutte le ipotesi in cui il contratto preveda l'esecuzione di lavori e questi risultino accessori rispetto all'oggetto principale del contratto; il

¹⁴ Procedimento C-2001/2182 ai sensi dell'art. 226 del Trattato.

¹⁵ Min. Infrastrutture e trasporti, Circolare 18.12.2003 n. 2316, *Disciplina dei contratti misti negli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi*, in G.U. 3.4.2003 n. 79 s.g.- v. il commento di M. GENTILE e A. VARLARO SINISI, in *Urbanistica e Appalti* n. 6/2004.

¹⁶ Per un commento v. D. PALLOTTINO, *Global service, norme servizi anche per lavori prevalenti* in *Edilizia e Terr.* n. 15 del 18-23.4.2005 p. 12; per le prime applicazioni v. *Aut. Vig. LL.PP.*, *Dell.* 25.5.2005, n. 49 e 23.2.2005, n. 20 (quest'ultima fa espresso riferimento alla circolare ministeriale n. 2316/03).

criterio economico resta, ma solo quando i lavori hanno comunque carattere funzionalmente prevalente.

6.- In conclusione si ritiene opportuno segnalare, che nonostante non vi siano più problemi di compatibilità della disciplina interna con quella comunitaria, permane tuttavia in alcuni casi una estrema difficoltà nello stabilire quale sia la prestazione del contratto funzionalmente più rilevante. Vi sono infatti numerose ipotesi, che non è il caso di analizzare in questa sede, che si collocano in una zona d'ombra ed il cui inquadramento ha dato luogo a numerosi contrasti, anche in dottrina. Esempari al riguardo sono i casi delle attività di manutenzione, del c.d. *global service* e del *leasing immobiliare*.

Al riguardo sarebbe forse auspicabile un intervento specifico del legislatore.