

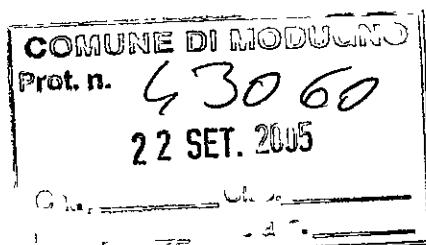


COMUNE DI MODUGNO
(Provincia di Bari)

TORNI

05

I Settore
Ufficio Legale



Prot. n. _____

Modugno, 20 settembre '05

Al Dirigente III Settore

Ing. Emilio Petraroli

SEDE

OGGETTO: Vs.Richiesta parere del 15/9/2005, prot. 41918. Bando di gara relativo a fornitura in opera di pavimentazioni sportive per la qualificazione ed ammodernamento del campo sportivo comunale " prof. Palmiotto" e ripavimentazione del campo polivalente presso il Palazzotto di Via Paradiso.

Si riscontra la Vs. richiesta di parere di cui in oggetto e si espone quanto segue.

La problematica rappresentata si inquadra nel profilo giuridico di un c.d. appalto pubblico misto, in cui l'oggetto della procedura di aggiudicazione, e quindi del successivo contratto, è costituito da prestazioni eterogenee, soggette, in quanto tali, a differenti discipline.

Si tratta, allora, di verificare quale regime giuridico debba trovare applicazione al caso di specie.

Prendendo in esame la normativa comunitaria si può notare come già nella Direttiva n.92/50 il legislatore avesse individuato due criteri per disciplinare la figura degli appalti misti: il criterio dell'accessorietà, secondo cui l'esecuzione di opere funzionali all'installazione ed all'impianto di forniture non muta il regime dell'appalto, che resta appalto di forniture; ed il criterio della prevalenza, non solo con riferimento al valore, ma anche intesa in senso funzionale, secondo cui si avrebbe appalto di lavori quando questi, pur avendo un valore minore rispetto alle forniture, costituiscono l'oggetto principale dell'appalto.

Tali principi sono stati integralmente recepiti nella normativa nazionale (n.157/95) che, con riferimento ai contratti misti prevede che l'appalto debba

considerarsi di servizi, o forniture, “quando i lavori assumono una funzione accessoria rispetto ai primi e non costituiscono l’oggetto principale dell’appalto” (art.3).

Tali parametri sono stati successivamente ripresi dalla Direttiva comunitaria sulle forniture n. 93/36 che, in materia, prevede espressamente trattarsi di appalti di forniture nel caso in cui l’appalto preveda “ a titolo accessorio lavori di posa ed installazione” (art.1 della Direttiva): tale principio è stato sostanzialmente riprodotto dall’art. 1 D.Lgs. n. 358/1992 (così come modificato dal D.Lgs. n. 402/1998), il quale prevede che l’appalto di forniture possa comprendere anche lavori di installazione.

Con l’entrata in vigore della “ Merloni ter” (n. 415/1998), il legislatore italiano ha inteso affiancare al criterio dell’accessorietà, configurato in via esclusiva dal diritto comunitario, quello della “ prevalenza”.

Infatti, modificando sia l’art. 2 della legge quadro in tema di lavori pubblici, sia l’art. 3, comma 3, del D.Lgs. 157/95, si sottopone alla disciplina dettata per gli appalti di lavori i contratti misti di lavori, forniture e servizi, che comprendano lavori accessori, ogni qualvolta “ i lavori assumano rilievo economico superiore al 50%”.

Di conseguenza, la modifica introdotta al testo dell’art.3 del D.Lgs. 157/95, prevede che siano da considerarsi appalti di servizi quelli che, oltre a questi ultimi, comprendano anche l’esecuzione di lavori nel caso in cui i lavori stessi assumano una valenza accessoria rispetto ai primi, siano di importo inferiore al 50% del valore complessivo dell’appalto e non costituiscono l’oggetto principale del contratto.

L’accessorietà dei lavori, intesa dal legislatore, è stata interpretata nel senso di strumentalità del lavoro rispetto alla fornitura, tenendo sempre presente la finalità perseguita dalla stazione appaltante; mentre, l’introduzione del criterio della “prevalenza economica” è stato introdotto dal legislatore per arginare il problema della facile eludibilità della normativa pubblicistica, dovuto alla evidente elasticità del concetto di accessorialità dei lavori previsto dal diritto comunitario.

Tanto, a ben vedere, non comporta una violazione dei principi comunitari, bensì un contemperamento di due elementi diversi tra loro ma che non si escludono l’un l’altro: infatti, partendo dal concetto di accessorialità, vediamo come questo possa rinviare sia a valutazioni di tipo funzionale, cioè si considera come accessorio ciò che non costituisce l’oggetto principale del contratto; sia a valutazione di carattere meramente patrimoniale, con la conseguenza che è qualificabile come accessoria la prestazione economicamente non prevalente. (vedi ad es. C.d.S., Sez. VI Sent. n. 3847/2002).

Il criterio dell'accessorietà dei lavori rispetto all'oggetto principale del contratto è stato mantenuto anche nell'ultima legge in materia, cioè la L. n. 62 del 18/4/2005.

Dalla lettura dell'art. 24 di tale normativa, che va a modificare l'art.2 della legge quadro sui lavori pubblici, si evince che : “ *Nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della presente legge (sui lavori pubblici) qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50%. Quest'ultima disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto*”.

Diversamente da quanto sostenuto da Codesto Ufficio, nella richiesta di chiarimenti inviata all'Autorità di Vigilanza sui LL.PP. in data 8/7/2005 prot. 32753, in cui si parla solo del criterio della prevalenza economica dei lavori superiore al 50%, la normativa ultima in vigore mantiene fermo il criterio dell'accessorietà dei lavori stessi rispetto alla prestazione principale.

Infatti, il criterio dell'accessorietà dei lavori è stato ribadito e confermato dalla Direttiva Comunitaria n. 18/2004, di cui la normativa statale sopra citata costituisce norma di recepimento interno, che, nel X “ considerando”, prevede che: “ sono accessori rispetto all'oggetto principale del contratto i lavori che costituiscono una conseguenza o un completamento del servizio”.

Pertanto, la Determinazione in esame stabilisce che dovranno applicarsi le norme sull'appalto di servizi o forniture anche nel caso in cui i lavori accessori abbiano un valore economico superiore.

Esaminando la giurisprudenza esistente in materia, si può notare come, sia la norma comunitaria, sia quella nazionale di recepimento, rappresentino una conferma di quello che è l'orientamento giurisprudenziale esistente.

A sostegno della tesi di Codesto Ufficio, per cui l'appalto in questione sia da configurare come di fornitura e non di lavori, infatti, si deve citare, oltre a quanto già esposto sinora in diritto, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV n. 3310 del 12/6/2003.

Tale pronuncia, emessa in una causa promossa proprio dalla ditta Dimensioni Nuove e che, caso strano, non viene assolutamente citata dalla società stessa nella missiva del 5/7/2005 prot. 31888, costituisce espressione di un consolidato orientamento giurisprudenziale che ha elaborato, in materia di contratti misti, dei criteri per ritenere prevalenti ora la disciplina delle forniture, ora quella dei lavori, incentrando l'interpretazione del contratto secondo i criteri funzionale, dell'accessorietà e del valore dell'appalto.

In particolare, esaminando la sentenza de qua, si evince il principio secondo cui, per valutare il valore economico dei lavori, ai fini del giudizio di prevalenza sulla fornitura e della conseguente configurazione dell'appalto in termini di fornitura o di lavori, bisogna comparare dei parametri che siano omogenei tra loro.

Infatti, ritiene il Consiglio di Stato, non è ermeneuticamente corretto prendere in considerazione, da una parte, il materiale e, dall'altra, sia il lavoro aggiunto al materiale affinché lo stesso acquisisca le caratteristiche del prodotto finito (oggetto del contratto), sia i lavori occorrenti per l'installazione del prodotto.

Ciò in quanto gli ultimi due parametri ora menzionati sono eterogenei tra loro e non possono essere considerati unitariamente al fine di configurare la procedura di aggiudicazione come appalto di lavori : infatti, l'attività relativa all'adattamento del materiale alle caratteristiche del bene richiesto dal contratto rimane inerente al bene stesso, cioè costituisce un elemento intrinseco del prodotto di cui si chiede la fornitura.

Per tale ragione, quindi, non è possibile “sdoppiare” la procedura di aggiudicazione procedendo, per un verso all'appalto di fornitura e, per ciò che riguarda la posa in opera e quant'altro necessario per far acquisire al prodotto le sue caratteristiche essenziali, ad un appalto di lavori.

Lo stesso Consiglio, nella medesima pronuncia, chiarisce come sia possibile parlare di appalto di lavori nei casi in cui l'attività principale consista in una vera e propria realizzazione di opera o trasformazione in toto della stessa, già esistente, mediante un “ facere”.

Venendo a considerare il bando di gara di Codesto Ufficio, alla luce di quanto dedotto sinora, il contratto risulta determinato dalla fornitura del prodotto, non ricorrendo elementi validi per procedere ad una “ scissione” dell'appalto con quello di lavori.

L'Amministrazione, infatti, tende, come fine principale, a conseguire l'acquisizione di un determinato prodotto che abbia determinate qualità, mentre, per converso, i lavori di posa in opera e sistemazione, costituiscono un chiaro esempio di “lavori accessori” necessari per il completamento del servizio, cioè affinché il prodotto, di cui si chiede la fornitura, acquisisca le caratteristiche oggettive e funzionali che costituiscono l'oggetto del contratto.

Tale principio risulta ribadito da una recentissima sentenza del Consiglio di Stato, Sez.V, del 28 maggio 2005 n. 3465, in cui, avuto riguardo al criterio della prevalenza funzionale, esclude la sussistenza di un appalto di servizi quando il “ facere”

richiesto assume carattere principale e prevalente, anche sotto il profilo economico, rispetto alle tipologie di servizi richiesti.

Nel caso che ci riguarda, i lavori richiesti non possono neanche considerarsi prevalenti, né sotto il profilo funzionale, né sotto quello economico: dalla missiva della S.V. dell'8/7/2005, all'Autorità di Vigilanza, si legge che l'importo complessivo a corpo della fornitura costituisce il 58, 79% del valore totale dell'appalto; mentre, l'importo dei lavori ne costituisce il 41, 21% .

Inoltre, poiché l'oggetto dell'appalto riguarda la fornitura e posa in opera di campo di calcio e campo polivalente, nonché tribune, etc, risulterebbe di tutta evidenza, alla stregua delle pronunce giurisprudenziali commentate e della Direttiva Comunitaria in vigore, come i lavori richiesti attengano esclusivamente alla realizzazione del prodotto, cioè a garantire che lo stesso acquisisca la connotazione giuridica che gli è propria e che costituisce l'oggetto del contratto.

Esaminando, al contrario, la missiva di controparte, si evince una rappresentazione della realtà decisamente difforme dai dati oggettivi in essere.

Infatti, la società Dimensioni Nuove espone la propria teoria, alquanto discutibile, partendo dal presupposto che, oggetto dell'appalto, sia la realizzazione di un'opera pubblica.

Invece, dagli atti, risulta come l'oggetto del contratto non sia la realizzazione di un'opera pubblica, bensì un miglioramento della stessa mediante la fornitura e posa in opera di determinati prodotti quali, appunto, le pavimentazioni sportive.

I lavori, infatti, assumono carattere accessorio in quanto “ propedeutici” alla realizzazione del prodotto richiesto.

La controparte, inoltre, a sostegno delle sue teorie, cita una giurisprudenza decisamente datata (la sentenza più recente è del 1998) e che, tra l'altro, è decisamente favorevole all'Ente.

Infatti, leggendo le massime riportate, si evince come, anche in precedenza, veniva privilegiato il criterio della prevalenza funzionale e non quantitativa al fine di individuare la procedura applicabile.

Benché tali sentenze siano ormai superate dalle normative vigenti, a tutto voler concedere, basta porre in relazione tale criterio con l'oggetto dell'appalto, evidenziandosi che, in realtà, ciò che si chiede è la fornitura di prodotti che, per la loro natura, necessitano di lavori per la realizzazione ed installazione.

Inoltre, a questo punto, ci si chiede come mai la società istante non abbia assolutamente ommesso di citare la Sentenza del Consiglio di Stato n. 3310 del

12/6/2003, sopra ampiamente commentata, in considerazione del fatto che la stessa società era parte del giudizio (forse perché la sua pretesa è stata integralmente rigettata).

Infine, per ciò che concerne la nota dell'Autorità di Vigilanza sui LL.PP., non si può non rilevare una disamina eccessivamente rapida e semplicistica di una questione che, a ben vedere, è stata frutto di diversi interventi in dottrina e giurisprudenza.

Pur rifacendosi alla Determinazione n. 3/2005, la stessa Autorità omette di considerare degli aspetti citati nel medesimo provvedimento, che costituiscono i chiarimenti offerti alla luce dell'adozione della Direttiva unificata n.18/2004/CE, che, invece, sono stati innanzi ampiamente esaminati.

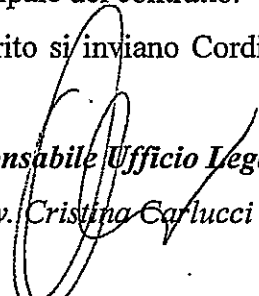
Si è argomentato, da parte della scrivente, come la stessa direttiva comunitaria configuri come lavori accessori, pur se prevalenti al lato economico, "quei lavori che costituiscono una conseguenza eventuale o completamento del servizio" (si rinvia a quanto già esposto in proposito).

Da quanto sinora considerato, la procedura adottata dall'Ente, per l'appalto in oggetto, non sembrerebbe errata laddove, esaminato il contenuto del bando di gara, i lavori richiesti siano accessori e non costituiscono l'oggetto principale del contratto.

Rimanendo a disposizione per ogni ulteriore chiarimento in merito si inviano Cordiali saluti

Il Responsabile Ufficio Legale

Avv. Cristina Carlucci





COMUNE DI MODUGNO

PROVINCIA DI BARI

III SETTORE LAVORI PUBBLICI – SERVIZI – MANUTENZIONI

Via Rossini n° 49 – 70026 Modugno – tel. +390805354842 – fax +390805865365

mailto: settore3@comune.modugno.ba.it

Prot.n. 0043451

Modugno, 27 SET. 2005

RACCOMANDATA A.R.

EP/ma

- Spett.le Autorità per la Vigilanza
Sui Lavori Pubblici
Servizio Ispettivo
Settore Puglia e Calabria
c.a. Ing. Settimio Picca
Via Ripetta, 246
00186 R O M A

e.p.c. - Spett.le ITALGREEN S.p.A.
Via Molinetto, 3
24030 VILLA D'ADDA (BG)

- Spett.le TENNIS TECNICA s.r.l.
S.P. Modugno-Palese
70123 B A R I

- Spett.le FLOORING s.r.l.
Via Pier Carlo Boggio, 56/F
10138 TORINO

- Spett.le Ing. Antonio MANZARI
Via Abbrescia, 105
B A R I

- Spett. Ing. Giuseppe CAPRIULO
C/o Il Settore Urbanistica
Del Comune di
MODUGNO

- Spett. DIMENSIONI NUOVE s.r.l.
Ufficio Amministrativo
Via Paleocapa, 13/3
17100 SAVONA

- Al Sig. Sindaco
- Al Sig. Segretario Generale
All'Ufficio Legale
LORO SEDI

OGGETTO: Appalto concorso per la fornitura in opera di pavimentazioni sportive per la riqualificazione e ammodernamento del campo sportivo comunale "Prof. S.Palmiotto" e ripavimentazione del campo polivalente presso il Palazzetto Via Paradiso.

Di seguito alla raccomandata Prot.n.39947 del 01.09.2005, anticipata a mezzo FAX, con cui è stata comunicata la sospensione –in via cautelativa- della gara di cui all'oggetto, a seguito di segnalazioni di Codesta Autorità, giusta raccomandata n.33504/05/ISP del 22.08.2005 (Rif.GE-665/05), si comunica che questo Ente proseguirà la procedura di gara già avviata ai sensi del Decreto Legislativo n. 358/92.

Quanto sopra anche alla luce del parere "pro-veritate" reso dall'Ufficio Legale di questo Ente, espresso con nota Prot.n.43060 del 22.09.2005, che, ad ogni buon fine, si allega in copia, unitamente a copia dei seguenti elaborati progettuali richiesti da Codesta Autorità con la predetta nota del 22.08.2005:

- computo metrico estimativo;
- elenco prezzi;
- analisi dei prezzi.

**IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO
DIRIGENTE DEL III SETTORE
(Dott. Ing. Emilio Petraroli)**





COMUNE DI MODUGNO

PROVINCIA DI BARI

III SETTORE LAVORI PUBBLICI – SERVIZI – MANUTENZIONI

Via Rossini n° 49 – 70026 Modugno – tel. +390805354842 – fax +390805865365

mailto: settore3@comune.modugno.ba.it

Prot.n. 41948

Modugno, 15 SET. 2005

EP/

a mano fox

Spett.le

Avv. Cristina CARLUCCI

Ufficio Legale

SEDE

e, p.c.

Al Sig. Sindaco

Al Sig. Assessore ai LL.PP.

Al Sig. Segretario generale

LORO SEDI

Oggetto: Bando di gara relativo a fornitura in opera di pavimentazioni sportive per la qualificazione ed ammodernamento del campo sportivo comunale "prof. S.Palmiotto" e ripavimentazione del campo polivalente presso il Palazzetto di Via Paradiso.

Con riferimento all'oggetto, in considerazione della circostanza secondo cui l'Autorità di Vigilanza sui LL.PP., chiamata in causa dalla Ditta Dimensioni Nuove s.r.l. – Savona, ha eccepito con la nota n. 33504/05/Isp. del 22/08/2005 la legittimità del bando in ordine alla tipologia dello stesso, lo scrivente, al fine di approfondire la problematica connessa al miglior risultato dell'opera per l'Ente, ha sospeso l'iter procedurale dell'appalto.

Nel trasmettere la documentazione e la corrispondenza sopra richiamata, richiede a Codesto Spett. Ufficio Legale un articolato parere in merito, al fine di valutare se proseguire e/o eventualmente annullare la procedura di gara posta in essere.

E' opportuno precisare che ogni decisione assunta potrà comunque esporre l'Ente ad intraprendere possibili contenziosi.

Si ringrazia e si rappresenta l'urgenza.

all/c

IL DIRIGENTE DEL SETTORE

(ing. Emilio Petraroli)



COMUNE DI MODUGNO

PROVINCIA DI BARI

III SETTORE LAVORI PUBBLICI - SERVIZI - MANUTENZIONI

Via Rossini n° 49 - 70026 Modugno - tel. +390805354842 - fax +390805865365

mailto: settore3@comune.modugno.ba.it

Ref. No. 61918

Modugno, 15 SET. 2005

a mossa fox

Spottle
Avv. Cristina CARLUCCI
Ufficio Legale

SEDE

 $e, p, c,$

Al Sig. Sindaco
Al Sig. Assessore ai LL.PP.
Al Sig. Segretario generale

LORO SEDI

1.1.1.1 : Bando di gara relativo a fornitura in opera di pavimentazioni sportive per la qualificazione ed ammodernamento del campo sportivo comunale "prof. S.Palmiotto" e ripavimentazione del campo polivalente presso il Palazzetto di Via Paradiso.

Con riferimento all'oggetto, in considerazione della circostanza secondo cui l'Autorità di Vigilanza sui LL.PP., chiamata in causa dalla Ditta Dimensioni Nuove s.r.l. - Savona, ha eccepito con la nota n. 33504/05/Isp. del 22/08/2005 la legittimità del bando in ordine alla tipologia dello stesso, lo scrivente, al fine di approfondire la problematica connessa al miglior risultato dell'opera per l'Ente, ha sospeso l'iter procedurale dell'appalto.

Nei trasmettere la documentazione e la corrispondenza sopra richiamata, richiede a Codesto Spett. Ufficio Legale un articolato parere in merito, al fine di valutare se proseguire e/o eventualmente annullare la procedura di gara posta in essere.

E' opportuno precisare che ogni decisione assunta potrà comunque esporre l'Ente ad ~~interpendere~~ possibili contenziosi.

Si ringrazia e si rappresenta l'urgenza.

val

IL DIRIGENTE DEL SETTORE
(ing. Emilio Petraroli)

Determinazione 06/04/2005 n. 3

Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - Appalti misti e requisiti di qualificazione

(Gazzetta ufficiale 22/06/2005 n. 143)

IL PRESIDENTE

Considerato in fatto

Sono pervenute a questa Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici alcune richieste di chiarimenti da parte di stazioni appaltanti in merito ai requisiti di qualificazione negli appalti misti. Al riguardo il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 6 aprile 2005, al fine di fornire indicazioni per un'interpretazione uniforme, ha adottato la seguente determinazione.

Ritenuto in diritto

Per appalto misto si intende quello in cui l'oggetto della procedura di aggiudicazione e del successivo contratto è costituito da prestazioni eterogenee, ascrivibili a settori assoggettati a differenti discipline pubblicistiche (lavori, servizi, forniture), sicché sorge il problema dell'individuazione della disciplina applicabile a seconda della qualificabilità dell'appalto stesso in termini di lavori, servizi o forniture.

A tal fine, con riferimento al settore dei lavori pubblici, deve richiamarsi l'art. 2, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., ai sensi del quale «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».

Il parametro da utilizzare nell'individuare il regime giuridico proprio degli appalti a prestazioni eterogenee, di cui alla suddetta disposizione, è quello della prevalenza economica.

Con riferimento a tale disposizione, tuttavia, con procedura di infrazione n. 2001/2182 ex art. 226 del Trattato, la Commissione ha formulato alcuni rilievi circa la compatibilità della norma italiana in materia di contratti misti al diritto comunitario.

È stato rilevato, infatti, che all'individuazione dell'oggetto principale di un appalto misto concorrono, tra gli altri, non solo la rilevanza economica delle singole prestazioni, ma anche la connotazione dell'accessorietà o meno della componente lavori rispetto alle altre prestazioni e viceversa.

Nel recepire tale impostazione concettuale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nella Circolare n. 2316 del 18 dicembre 2003, in materia di «disciplina dei contratti misti negli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi», ha focalizzato il concetto di «oggetto principale del contratto» precisando che il criterio utilizzato dal legislatore comunitario mira ad identificare la natura propria dell'appalto, facendo perno su di un concetto di prevalenza della prestazione parziale intesa non tanto (e non solo) in senso economico, quanto piuttosto come prestazione che deve esprimere l'oggetto principale del contratto, definendo conseguentemente il carattere dell'appalto. La Circolare invita, altresì, le amministrazioni aggiudicatrici all'osservanza del criterio comunitario in esame, confermando allo stesso i futuri bandi di gara.

Successivamente nella Direttiva unificata n. 18/2004/CE - relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi - con riferimento agli appalti misti (lavori con forniture e/o servizi), è stato precisato che (X considerando) l'appalto va definito di lavori se il suo oggetto riguarda specificamente l'esecuzione di lavori «anche se può riguardare la fornitura di altri servizi necessari per l'esecuzione dei lavori stessi»; tale precisazione va però letta con quanto previsto per l'appalto di servizi, laddove si precisa che se il contratto contiene lavori qualificabili accessori rispetto ai servizi, il contratto si definisce comunque di servizi. Il riferimento è dunque alla nozione di accessorietà dei lavori e non alla prevalenza economica. Ciò viene chiarito sempre nel X considerando della direttiva dove si afferma che sono accessori rispetto all'oggetto principale del contratto i lavori che «costituiscono solo una conseguenza eventuale o un completamento del servizio». E, per ulteriore chiarezza, viene precisato anche che il fatto che detti lavori

(accessori) facciano parte dell'appalto non può giustificare la qualifica di appalto pubblico di lavori dell'appalto di servizi. Analogamente dispone l'art. 1, comma 2 della Direttiva. Di conseguenza, al fine di rendere la normativa interna conforme al diritto comunitario, nel senso indicato, nel disegno di legge comunitaria 2004 (Disegno di legge C 5179 - Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004. Testo approvato dal Senato (S 2749) e trasmesso all'esame dell'assemblea della Camera dei Deputati [ndr La legge comunitaria 2004 e' stata approvata il 13 aprile 2005]) e' prevista l'introduzione nell'art. 2 sopra citato, del criterio dell'accessorietà così come inteso nel diritto comunitario.

Si prevede, infatti, la sostituzione dell'art. 2, comma 1, della legge n. 109/1994 e s.m., con il seguente testo «nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendono 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». Tale disposizione recepisce, dunque, le indicazioni della Direttiva n. 18/2004/CE, sebbene non contenga alcuna precisazione in ordine al significato da attribuire al criterio della «accessorietà», sicché per comprenderlo occorrerà fare riferimento a quanto disposto dalla Direttiva stessa.

Così alla luce delle modifiche normative in itinere, può osservarsi quanto segue:

la normativa sui lavori pubblici troverà applicazione qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento rispetto al valore dell'appalto;

la normativa de qua, ai sensi della nuova e futura versione dell'art. 2, comma 1, legge quadro, non sarà applicabile quando i lavori rivestono carattere accessorio ossia (ai sensi della direttiva n. 18/2004) quando «costituiscono solo una conseguenza eventuale o un completamento del servizio». Sicché troverà applicazione la normativa su servizi o forniture anche qualora i lavori, accessori nel senso appena spiegato, siano di valore economico superiore a questi ultimi. Ma ragionando al contrario, può altresì ammettersi l'applicazione della normativa sui lavori pubblici ove i lavori stessi «caratterizzino» l'appalto (in quanto costituenti l'oggetto principale dello stesso) e (poiché la norma nulla dispone al riguardo), può aggiungersi, anche se di valore inferiore rispetto a quello di servizi e forniture.

La suddetta interpretazione dell'art. 2 (nella futura versione) sembra, peraltro, in linea con le pronunce dell'Autorità sull'argomento, la quale nell'atto di regolazione n. 5 del 31 gennaio 2001 e nelle determinazioni numeri 13 del 28 dicembre 1999 e 22 del 10 dicembre 2003, ha espresso avviso per cui nell'ordinamento italiano il criterio dell'accessorietà, contenuto nelle direttive comunitarie, è integrato con il criterio della prevalenza economica.

Conseguentemente (come precisato nelle citate pronunce dell'Autorità) la normativa in tema di lavori pubblici troverà applicazione in entrambi i seguenti casi:

1. in tutti i casi in cui l'oggetto del contratto sia sostanzialmente un lavoro pubblico, cioè quando la sua funzione, ossia il risultato che dallo stesso l'amministrazione pubblica intende conseguire è quello della realizzazione dell'opera pubblica;

in tal caso, pur se sono previsti servizi o forniture, anche di valore economico prevalente, essi conservano una funzione meramente strumentale;

2. nei casi in cui la prestazione di lavori assuma rilievo prevalente e economico superiore al 50% del valore complessivo del contratto.

Occorre, inoltre, considerare che le previsioni comunitarie in materia di appalti misti e le conseguenti modifiche che saranno apportate all'art. 2, comma 1, della legge quadro, come illustrato in precedenza, devono coniugarsi con il regime di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici previsto nella legge quadro.

Al riguardo, sembra opportuno richiamare l'art. 8, comma 1, della legge n. 109/1994 e s.m. «(...) tutti i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati (...)»; così ai sensi del successivo comma 11-septies «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».

Quest'ultimo comma, introdotto dalla legge 1° agosto 2002, n. 166 (c.d. Merloni quater) stabilisce, dunque, che nei contratti di forniture e servizi con lavori accessori, pur non disciplinati dalle norme della legge quadro sui lavori pubblici in ragione del peso della componente lavori inferiore al 50 per cento, ma anche (alla luce della direttiva n. 18/2004/CE e delle modifiche normative in itinere dell'art. 2, comma 1, legge n. 109/1994 e s.m.), in ragione dell'accessorietà degli stessi, rispetto a servizi e/o forniture, i lavori devono essere svolti esclusivamente da soggetti qualificati ai sensi dell'art. 8 della stessa legge quadro.

Come precisato dall'Autorità nella determinazione n. 27 del 16 ottobre 2002, infatti, tale norma deve essere interpretata nel senso che nei contratti di fornitura e servizi, i lavori, ove previsti ed anche se accessori e di rilievo economico inferiore al 50% dell'importo dell'appalto, devono essere eseguiti esclusivamente da imprese in possesso di attestazione di qualificazione.

Si deroga, dunque, alla regola generale dell'art. 2, comma 1, della legge quadro, (anche nella futura versione): in tema di qualificazione, infatti, le regole della legge quadro si applicano ogni qualvolta l'appalto misto comprende l'esecuzione di lavori, a prescindere dal valore e dall'accessorietà degli stessi rispetto ai servizi o alle forniture, e fatta salva per il resto l'applicazione della normativa relativa alla tipologia alla quale il contratto è riconducibile (forniture o servizi).

Si tratta peraltro di un'esigenza sempre più sentita in ordine a nuove tipologie contrattuali, come il global service e simili, spesso sottratti all'applicazione della legge quadro n. 109 del 1994.

Esigenza già evidenziata dall'Autorità, la quale con deliberazione n. 254 del 21 giugno 2001, esaminando un bando della Consip per la fornitura di servizi di global service immobiliare, ha ritenuto le clausole del relativo bando di gara compatibili solo con la prestazione di servizi e non anche con l'esecuzione di lavori pubblici, non essendo ivi previsto, ex ante, quale requisito di partecipazione alla gara il possesso della qualificazione ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000 n. 34, necessario invece per l'esecuzione di lavori (nella fattispecie di manutenzione).

La disposizione dell'art. 8, comma 1-septies, della legge n. 109/1994 e s.m., invece, dispone chiaramente l'obbligo di far eseguire i lavori esclusivamente a soggetti qualificati.

Consequentemente deve ritenersi che nei bandi relativi ad appalti misti dovranno essere opportunamente evidenziate la categoria e la classifica, con i relativi importi, dei lavori da eseguire, ancorché accessori o di valore inferiore al 50 per cento, mentre i concorrenti dovranno dimostrare di essere in possesso della richiesta qualificazione, di importo e tipologia corrispondente a detti lavori.

Allo stesso modo, si ritiene che negli appalti misti debba trovare applicazione la disposizione di cui all'art. 3, comma 6, del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000, ogni qualvolta la componente lavori, anche se accessoria o di valore inferiore a 50 per cento dell'appalto, superi la soglia dei 20.658.276 di euro.

La disposizione in parola stabilisce infatti che «per gli appalti di importo a base di gara superiore a lire 40.000.000.000 (Euro 20.658.276), l'impresa, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a tre volte l'importo a base di gara; il requisito è comprovato secondo quanto previsto all'art. 18, commi 3 e 4, ed è soggetto a verifica secondo l'art. 10, comma 1-quater, della legge».

Consequentemente, ove detta disposizione trovi applicazione negli appalti misti, come sopra precisato, il requisito di cui all'art. 18, commi 3 e 4, del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000 dovrà essere comprovato con riferimento alla cifra d'affari in lavori, e non anche in servizi e/o forniture.

Sulla base delle suesposte considerazioni

Il Consiglio

Ritiene che:

- 1) nei contratti misti la normativa sui lavori pubblici trova applicazione quando i lavori costituiscono l'oggetto principale del contratto stesso, a prescindere dalla rilevanza economica;
 - 2) le disposizioni della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m. in materia di qualificazione si applicano ogni qualvolta l'appalto misto comprende l'esecuzione di lavori, a prescindere dal valore e dall'accessorietà degli stessi rispetto ai servizi o alle forniture;
 - 3) nei bandi relativi ad appalti misti devono essere opportunamente evidenziate le categorie e le classifiche relative ai lavori da eseguire, ancorché accessori o di valore inferiore al 50 per cento dell'importo dell'appalto; i concorrenti devono dimostrare di essere in possesso della qualificazione richiesta per l'esecuzione di detti lavori;
- negli appalti misti, qualora la componente lavori, anche se accessoria o di valore inferiore a 50 per cento dell'appalto, superi la soglia dei 20.658.276 di euro, trova applicazione la disposizione di cui all'articolo 3, comma 6, del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000, per cui l'impresa concorrente, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, dovrà dimostrare di aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari in lavori non inferiore a tre volte

IMC

l'importo a base di gara; detto requisito di cui all'art. 18, commi 3 e 4, del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000 e' comprovato esclusivamente con riferimento alla cifra d'affari in lavori, e non anche in servizi e forniture.

Roma, 6 aprile 2005

Il Presidente: Rossi Brigante

[Torna su](#) [Home](#)

Maggioli Editore
Omni@ppalti

Consiglio di Stato sez.IV 12/6/2003 n. 3310

Contratti della p.a. - Appalto di lavori e fornitura con posa in opera - Criteri distintivi - Individuazione - Fattispecie

**CONTRATTI DELLA P.A. - APPALTO DI LAVORI E FORNITURA CON POSA IN OPERA - CRITERI DISTINTIVI -
INDIVIDUAZIONE - FATTISPECIE**

La giurisprudenza che ha elaborato, nel caso di contratti misti, i criteri per ritenere prevalenti ora il profilo della fornitura dei beni, ora il profilo della prestazione di un facere, che caratterizza invece l'appalto di lavori, ha incentrato l'interpretazione del contratto sui criteri funzionale, dell'accessorietà e del valore dell'appalto.

Per valutare il valore economico dei lavori, ai fini del giudizio di prevalenza sulla fornitura e della conseguenza configurazione dell'appalto in termini di fornitura o di lavori, bisogna comparare parametri tra loro omogenei. Non è corretto ermeneuticamente prendere in considerazione, da una parte, il materiale e, dall'altra, sia il "lavoro aggiunto" al materiale perché acquisisca le caratteristiche oggettive e funzionali che costituiscono il "prodotto" oggetto del contratto, sia i lavori occorrenti per l'installazione del prodotto.

Gli ultimi due parametri sono assolutamente eterogenei tra loro e quindi non possono essere considerati unitariamente ai fini della configurazione giuridica del contratto in termini di appalto di lavori: l'attività relativa all'adattamento del materiale alle caratteristiche del bene richiesto in contratto attengono, per l'appunto al bene, cioè al prodotto di cui si chiede la fornitura, e resta pertanto inerente al "prodotto" e quindi all'oggetto della fornitura; per converso, l'attività idonea a concorrere alla qualificazione del contratto in termini di appalto di lavori è essenzialmente quella concernente l'intervento consistente nel facere sull'immobile oggetto di trasformazione attraverso i lavori: quindi, nel caso di specie, l'attività di posa in opera della fornitura nel traforo, nel contesto più generale dei relativi complessi interventi edilizi e di ripristino.

(Osserva il Collegio, come, nella fattispecie - fornitura e la posa in opera di circa mq. 75.000 di pannelli ricurvi premontati, per il rivestimento del traforo del Monte Bianco - il contratto risulta determinato dalla fornitura del prodotto, mentre nessun elemento concorre a ritenere possibile una scindibilità del negozio, nel senso di poter considerare l'esecuzione dei lavori come oggetto di un appalto autonomo: l'amministrazione, infatti, vuole assicurarsi un prodotto con determinate qualità, e su questo delinea l'oggetto principale del contratto, mentre non intende assolutamente curare direttamente un appalto dei lavori di installazione del materiale prodotto, che anzi l'aggiudicatario è autorizzato a far svolgere da terzi).

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 707 del 2002, proposto dalla società Dimensioni Nuove, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati L. Levati, G. Cavasola e P. Cavatola ed elettivamente domiciliata in Roma, via A. Depretis 86

c o n t r o

SITMB – Società Italiana per il Traforo del Monte Bianco, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Sanino ed elettivamente domiciliata presso lo stesso in Roma, viale Parioli 180

e ATMB – Società Autoroutes et Tunnel du Montblanc, non costituita

e nei confronti di

INTEKNA s.p.a., ATI Turbo del S.p.A., ATI Oberosler Cav. Pietro S.p.A., ATI Crezza Prefabbricati S.r.l., ATI YUROUS EURO PEENNE DES FLUIDES, non costituite

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta 1° ottobre 2001 n. 66

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata SITMB;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

• Visti gli atti tutti della causa;

• Relatore, alla pubblica udienza del 18 febbraio 2003, il Consigliere Filippo Patroni Griffi; uditi gli Avv.ti G. Cavasola e M. Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con due distinti ricorsi al Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta, la società Dimensioni Nuove ha impugnato gli atti della procedura di gara per la fornitura e la posa in opera dei rivestimenti e di opere connesse relative al traforo del Monte Bianco.

Il Tribunale amministrativo, con sentenza 1° ottobre 2001 n. 66, ha respinto il ricorso.

Il primo giudice ha ritenuto, in particolare, che la gara in questione sia stata correttamente qualificata dalla stazione appaltante come appalto di fornitura e non di lavori. Tale natura si evince dai caratteri oggettivi dell'appalto nonché dalle risultanze di una consulenza tecnica disposta dal giudice. A tale riguardo, il Tribunale amministrativo, nel corso del giudizio di primo grado, dopo aver precisato che le risultanze in questione non assumono comunque rilievo decisivo ai fini della qualificazione dell'appalto, ha dichiarato inammissibile per tardività l'istanza di ricusazione proposta dalla ricorrente sul rilievo che la Regione, incaricata della verifica, ha una partecipazione azionaria pari al 10% della società appellata.

Il giudice di primo grado, conseguentemente alla ritenuta legittimità dell'esclusione della società Dimensioni Nuove dalla gara, ha finalmente ritenuto inammissibili i motivi di ricorso volti a censurare la legittimità della gara e l'ammissione delle altre concorrenti.

Avverso la sentenza interpone appello la società Dimensioni Nuove.

• L'appellante ripropone la tesi della qualificazione della gara come appalto di lavori, con ciò contestando la sua esclusione.

• Contesta, poi, la declaratoria di inammissibilità delle censure concernenti la gara e l'ammissione delle altre imprese, rilevando la sussistenza della legittimazione e dell'interesse strumentale a contestare l'andamento della gara e l'ammissione delle altre imprese anche a fronte di una sua esclusione in ipotesi legittima.

Resiste, con memoria, la SITMB.

All'udienza del 18 febbraio 2003, la causa è stata decisa.

DIRITTO

1. La causa ha ad oggetto la legittimità della procedura di gara inerente alla realizzazione dei rivestimenti del traforo del Monte Bianco. Il contratto riguarda, in particolare, la fornitura e la posa in opera di circa mq. 75.000 di pannelli ricurvi premontati, di un telaio in acciaio in corrispondenza delle trentasette uscite e di un corrimano, denominato Filo di Arianna, sui pannelli posti in corrispondenza del piedritto nord. La fornitura in questione, per un valore di oltre 16.500 euro, costituisce uno dei lotti in cui sono stati suddivisi i complessi lavori di riattamento del traforo.

L'originaria impugnazione riguarda, innanzi tutto, l'esclusione dell'appellante dalla gara, sul rilievo che la stessa non ha i
14/09/2005

requisiti richiesti per la partecipazione alla stessa. La circostanza è da ritenere accertata in punto di fatto, in quanto ammessa dall'appellante medesima nella domanda di partecipazione e ribadita nell'atto di appello (pag.8). L'appellante contesta, peraltro, la qualificazione della gara in termini di appalto di fornitura, assumendo che nella specie il contratto vada qualificato come appalto di lavori, rispetto al quale essa ha i requisiti.

La questione principale da risolvere è dunque la corretta qualificazione dell'appalto, come appalto di fornitura o di lavori.

2. La Sezione ritiene che l'appalto in esame sia stato correttamente qualificato come appalto di fornitura, secondo quanto esattamente deciso anche dal Tribunale amministrativo.

Il decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358, come modificato dal decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 402, all'articolo 1, disciplina l'affidamento di "pubbliche forniture di beni, compresi gli eventuali lavori di installazione" e l'articolo 2 definisce le "pubbliche forniture" come "contratti a titolo oneroso aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione" dei beni medesimi. L'articolo 1 della direttiva comunitaria recepita (93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993), alla lettera a), precisa che "la fornitura di tali prodotti può comportare, a titolo accessorio, lavori di posa e installazione".

Le parti hanno entrambe correttamente richiamato la giurisprudenza che ha elaborato, nel caso di contratti misti, i criteri per ritenere prevalenti ora il profilo della fornitura dei beni, ora il profilo della prestazione di un *facere*, che caratterizza invece l'appalto di lavori. La giurisprudenza – come è noto – ha incentrato l'interpretazione del contratto sui criteri funzionale, dell'accessorietà e del valore dell'appalto. E tali canoni di ermeneuti contrattuale non possono che essere confermati, dovendosene piuttosto assicurare la corretta riferibilità alle fattispecie concrete.

3. Nel caso in esame, sotto il profilo funzionale e della considerazione delle prestazioni nel contesto del contratto, va, in primo luogo, considerato che l'appalto in questione è la risultante di una suddivisione in più lotti dei complessivi lavori di ripristino del traforo del monte Bianco, per interventi complessivamente stimati in 390 miliardi di lire, rispetto ai quali gli interventi relativi al rivestimento (lotto 4GC) comportano una spesa di circa 32 miliardi di lire. Non si tratta, cioè, dei lavori di ripristino del traforo, ma più semplicemente degli interventi di rivestimento interno, rispetto ai quali, già in via di prima approssimazione logica, appare ragionevole configurare un contratto di fornitura e posa in opera dei relativi prodotti.

L'esame degli atti propedeutici alla procedura e delle condizioni del contratto da stipulare confermano la corretta configurazione dell'appalto in termini di contratto di fornitura di beni e non di lavori.

L'avviso di prequalifica è incentrato sulla fornitura del prodotto, non solo nella descrizione dell'oggetto di gara, ma anche nelle specifiche condizioni: i termini di esecuzione del contratto sono, infatti, specificamente riferiti alla fornitura del bene (centoventi giorni) e al "montaggio in opera" (sessanta giorni); i criteri di aggiudicazione sono quelli indicati dalla normativa comunitaria e di recepimento in tema di appalti di forniture; mai si parla di realizzazione di opere o di lavori.

Lo stesso capitolato d'oneri è incentrato sulla descrizione della fornitura, anche quando detta le "specifiche per la messa in opera" dei materiali (pagg. 2 segg., 4 segg. del capitolato, quale risulta dalla stampa del cd rom versato in atti); è prevista la possibilità che all'imprenditore sia richiesto un prototipo del prodotto; la garanzia ventennale si estende alla fornitura delle parti di ricambio e alla comunicazione al committente delle evoluzioni tecnologiche dei materiali (pag. 20).

Inoltre, nell'avviso di prequalifica è espressamente contemplata la possibilità che il soggetto aggiudicatario della fornitura del prodotto possa demandare ad altro soggetto, purché "in possesso della citata qualificazione", l'attività di posa in opera del prodotto stesso. E la corretta analisi di tale condizione contrattuale assume significativa rilevanza nell'interpretazione del negozio, perché sintomatica della natura accessoria dei lavori rispetto all'oggetto principale del contratto (cfr. sent. Corte di giustizia 19 aprile 1994, causa C-331/92; vd., in particolare, le conclusioni dell'Avvocato generale). Il contratto, infatti, resta determinato dalla fornitura del prodotto, mentre nessun elemento concorre a ritenere possibile una scindibilità del negozio, nel senso di poter considerare l'esecuzione dei lavori come oggetto di un appalto autonomo: l'amministrazione, infatti, vuole assicurarsi un prodotto con determinate qualità, e su questo delinea l'oggetto principale del contratto, mentre non intende assolutamente curare direttamente un appalto dei lavori di installazione del materiale prodotto, che anzi l'aggiudicatario è autorizzato a far svolgere da terzi.

Anche la lettera di invito denota l'assoluta prevalenza della considerazione della fornitura sulla prestazione di *facere* nell'economia dell'appalto in questione.

I criteri di aggiudicazione sono, infatti, quelli previsti dalla normativa comunitaria in materia di pubbliche forniture, con un fattore ponderale prevalente attribuito alle caratteristiche funzionali, tecniche e di qualità del prodotto. E' possibile offrire "due tipologie alternative di fornitura" ed è necessario, già all'atto della presentazione delle offerte, fornire "giustificazioni

riguardanti l'economicità del processo di fabbricazione o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui gode l'offerente per fornire i prodotti oppure l'originalità del prodotto proposto dall'offerente".

4. La considerazione economica del contratto impone una preliminare precisazione in punto di diritto.

Nel valutare l'incidenza economica del prodotto sui lavori di posa in opera, l'appellante sembra ritenere che l'attività occorrente per la fornitura di un prodotto con determinate caratteristiche, non rinvenibile in quanto tale immediatamente sul mercato, costituisca prestazione di un *facere* da far rifluire nella considerazione economica dei *lavori* da eseguire.

L'impostazione non può essere condivisa.

Per valutare il valore economico dei lavori, ai fini del giudizio di prevalenza sulla fornitura e della conseguenza configurazione dell'appalto in termini di fornitura o di lavori, bisogna comparare parametri tra loro omogenei. Non è corretto ermeneuticamente prendere in considerazione, da una parte, il materiale e, dall'altra, sia il "lavoro aggiunto" al materiale perché acquisisca le caratteristiche oggettive e funzionali che costituiscono il "prodotto" oggetto del contratto, sia i lavori occorrenti per l'installazione del prodotto.

Gli ultimi due parametri sono assolutamente eterogenei tra loro e quindi non possono essere considerati unitariamente ai fini della configurazione giuridica del contratto in termini di appalto di lavori: l'attività relativa all'adattamento del materiale alle caratteristiche del bene richiesto in contratto attengono, per l'appunto al bene, cioè al prodotto di cui si chiede la fornitura, e resta pertanto inerente al "prodotto" e quindi all'oggetto della fornitura; per converso, l'attività idonea a concorrere alla qualificazione del contratto in termini di appalto di lavori è essenzialmente quella concernente l'intervento consistente nel *facere* sull'immobile oggetto di trasformazione attraverso i lavori: quindi, nel caso di specie, l'attività di posa in opera della fornitura nel traforo, nel contesto più generale dei relativi complessi interventi edilizi e di ripristino.

Tanto precisato in punto di diritto, la Sezione ritiene che siano da condividere le conclusioni cui perviene il Tribunale amministrativo in ordine alla valutazione economica del contratto, anche sulla scorta della verifica tecnica.

Questa è contestata dall'appellante, oltre che nel merito, perché svolta dall'amministrazione regionale in asserita situazione di incompatibilità. La relativa istanza di riconsiderazione, proposta in primo grado sul rilievo della partecipazione azionaria della Regione, nella misura del 10,625%, al capitale della SITMB, è stata ritenuta inammissibile dal Tribunale per tardività.

L'appellante, nel secondo motivo, non contesta la ritenuta tardività, ma lamenta che il primo giudice non si sia avvalso della facoltà di disporre la rinnovazione della consulenza tecnica di ufficio.

La Sezione ritiene, in punto di rito, che il giudice di primo grado correttamente non si sia avvalso della facoltà di rinnovare la consulenza tecnica, tenuto conto sia della circostanza che gli elementi attinenti al profilo funzionale dell'appalto appaiono di per sé idonei a consentire la qualificazione giuridica dell'appalto, sia del fatto che la consulenza fornisce elementi di fatto che possono essere autonomamente valutati dal giudice.

In particolare, una volta che sia stato precisato in punto di diritto come debbano essere considerate le attività occorrenti per la fornitura del prodotto con determinate caratteristiche, è da ritenere che anche sotto il profilo economico la fornitura debba essere considerata prevalente sui lavori e, quindi, anche sul punto la statuizione del Tribunale amministrativo merita conferma.

5. Una volta ritenuto che l'appalto in questione sia stato esattamente qualificato come appalto di fornitura, con la conseguente rilevanza dei primi tre motivi di appello, restano da esaminare le censure proposte con gli altri motivi, con le quali si deducono l'insussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara in capo alle altre imprese ammesse (quarto motivo) e altri vizi attinenti alla procedura di gara (motivi quinto, sesto e settimo).

I motivi sono inammissibili, come esattamente ritenuto anche dal Tribunale amministrativo.

Una volta accertata la legittimità dell'esclusione della ricorrente, sulla base della corretta qualificazione del contratto come appalto di fornitura e della certa, perché dichiarata dalla parte, insussistenza dei requisiti di partecipazione in capo all'appellante, deve ritenersi che questa non possa dolersi di profili di illegittimità concernenti la gara medesima e l'ammissione di altre concorrenti.

La sussistenza dell'interesse, e della correlata legittimazione, è dedotta dall'appellante sulla scorta di quella giurisprudenza, anche di questo Consiglio di Stato (V, 10 maggio 1999 n. 546), secondo cui l'impresa non prescelta né

esaminata può impugnare l'affidamento di lavori a trattativa privata ad altro soggetto, in quanto titolare di un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura di affidamento; dovendosi demandare a quella sede l'accertamento della sussistenza dei requisiti per la partecipazione alla gara in capo all'impresa ricorrente.

La richiamata giurisprudenza non appare pertinente alla fattispecie in esame.

Se può riconoscersi a un'impresa esclusa da una gara l'interesse strumentale a ottenere la rinnovazione della procedura di gara indipendentemente dall'accertamento del possesso dei requisiti di partecipazione, l'interesse va, per converso escluso, quando, come nella specie, il possesso dei requisiti di partecipazione a quel *tipo* di gara è escluso per esplicita ammissione della stessa impresa, la quale si limita a contestare proprio il ricorso a quel *tipo* procedura di gara. Se non che, una volta che sia stato riconosciuta corretta la procedura seguita, nessun interesse strumentale al rinnovo della procedura può essere riconosciuto all'impresa che da quella gara rimarrebbe di nuovo immediatamente esclusa.

☞ Anche sul punto, quindi, la sentenza del Tribunale amministrativo merita conferma.

☞ Ne consegue l'infondatezza anche della domanda di risarcimento del danno, riproposta in appello, atteso che nessuna delle illegittimità denunciate è riscontrabile nei provvedimenti impugnati.

6. Alla stregua delle svolte considerazioni, l'appello deve essere respinto, con l'integrale conferma della sentenza del Tribunale amministrativo.

La complessità della questione induce a ritenere sussistenti i giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente grado.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, rigetta l'appello e conferma la sentenza del Tribunale amministrativo.

Spese del presente grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 18 febbraio 2003, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta – riunito in camera di consiglio con l'intervento dei Signori:

Gaetano TROTTA Presidente

Giuseppe BARBAGALLO Consigliere

Filippo PATRONI GRIFFI Consigliere, estensore

Aldo SCOLA Consigliere

Nicola RUSSO Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO

DIMENSIONI NUOVE S.R.L.

Sede:
Piazza Carracci, 1
00196 Roma

Ufficio amministrativo:

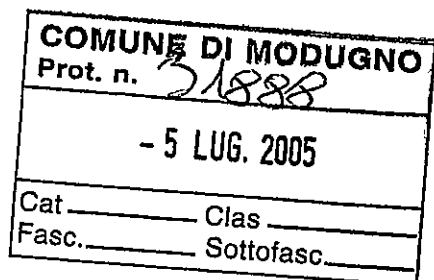
Via Paleocapa 13/3, 17100 Savona
Telefono 019 848 4504 - 019 840 2374
Fax 019 848 5930

Ufficio del Reg. delle Imp. di Roma N°545943

N° REA della C.C.I.A.A. di Roma N° 838607

Cod. Fisc. e Part. IVA N° 05091311000

ANC N°9763589



spett. Comune di Modugno
Via Rossigni 49
70026 Modugno BA
fax 0805865365

E p.c. **AUTORITA' PER LA VIGILANZA
DEI LAVORI PUBBLICI**
C/o MINISTERO DEI LL.PP.
VIA NOMENTANA 1
00161 ROMA

Savona, 22/06/2005

Oggetto: bando di gara relativo a : fornitura in opera di pavimentazioni sportive per la riqualificazione ed ammodernamento del campo sportivo comunale " prof. S. Paliotto" e ripavimentazione del campo polivalente presso il palazzotto di via Paradiso

La scrivente DIMENSIONI NUOVE S.r.l., con sede in 00196 Roma Piazza Carracci 1, ed ufficio amministrativo in 17100 Savona via Paleocapa 13 tel 0198484504 fax 019 8485930 con codice fiscale e partita I.V.A. n° 05091311000, iscritta al Registro delle Imprese di Roma al n° 545943/1996 Rep. Economico Amministrativo n° 838607,

In persona del suo legale rappresentante Giancarlo Riolfo nato a Savona il 12/08/64

Con riferimento al bando in oggetto fa ricorso contro il bando stesso e ne chiede l'annullamento e la ripubblicazione secondo norme di legge.

Oggetto del ricorso : il bando è predisposto come pubblica fornitura in opera invece che come pubblico appalto di lavori.

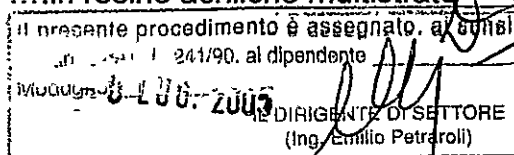
Visto l' avviso di gara per i lavori di cui in oggetto, esaminato il progetto ed il computo metrico estimativo fa osservare quanto segue :

il bando al punto 3 recita "Ha per oggetto la fornitura, comprensiva dei relativi oneri per il montaggio, di materiale prestazione di noleggi e manodopera per la **realizzazione** di :

nuova pavimentazione del campo da calcio.....in manto erboso sintetico di 3 generazione....e sottofondo

campo di minicalcio con pavimentazione avente le stesse caratteristiche
pavimentazione del campo polivalentein resine acriliche multistrato

copertura tribune esistenti



Dimensioni Nuove S.r.l.
17100 Savona
via Paleocapa 13
019 848 4504

DIMENSIONI NUOVE S.R.L.

Sede:
Piazza Carracci, 1
00196 Roma

Ufficio amministrativo:
Via Paleocapa 13/3, 17100 Savona
Telefono 019 848 4504 – 019 840 2374
Fax 019 848 5930

Ufficio del Reg. delle Imp. di Roma N°545943
N° REA della C.C.I.A.A. di Roma N° 838607
Cod. Fisc. e Part. IVA N° 05091311000
ANC N°9763589

ristrutturazione spogliatoi e servizi

riqualificazione zone esterne della pista di atletica e campo calcio

già la descrizione di dettaglio indica palesemente opere e non forniture

esistono 19 tavole progettuali riguardanti chiaramente un progetto di lavori

il computo metrico estimativo è suddiviso in 5 parti relative alle diverse lavorazioni ciascuna lavorazione è complessa con molteplici e diverse lavorazioni per un totale di 39 lavorazioni differenti

n. 3 lavorazioni delle 39 sopra menzionate sono titolate come fornitura :

a) la voce 04 della parte n. 1 titolata " rifacimento della pavimentazione di un campo di calcio in manto erboso sintetico " recita: fornitura e posa in opera di sistema di pavimentazione per campi da calcio in manto erboso artificiale ecc... ed a questa voce viene attribuito un valore complessivo di € 283.688,63

ma anche questa voce è suddivisa, in computo, in 5 parti di cui solo una , la prima, riguarda la fornitura e posa del manto in erba sintetica ; le altre 4 riguardano lavorazioni "intasamento con sabbia – intasamento con sbr – formazione segnaletica – spazzolatura " si può stimare, in base ai listini, che la sottovoce n. 1 fornitura e posa di erba sintetica abbia un valore di circa € 160.000,00 comprensivi di una parte relativa alla posa

b) la voce 04 della parte n. 2 titolata " realizzazione delle lunette esterne al campo di calcio " recita : fornitura e posa in opera di sistema di pavimentazione per campi da calcio in manto erboso artificiale ecc... ed a questa voce viene attribuito un valore complessivo di € 85.080,00

ma anche questa voce è suddivisa, in computo, in 4 parti di cui solo una , la prima, riguarda la fornitura e posa del manto in erba sintetica ; le altre 4 riguardano lavorazioni "intasamento con sabbia – intasamento con sbr – spazzolatura " si può stimare, in base ai listini, che la sottovoce n. 1 fornitura e posa di erba sintetica abbia un valore di circa € 50.000,00 comprensivi di una parte relativa alla posa

c) la voce 12 della parte n. 3 titolata " realizzazione di un campo di minicalcio in manto erboso sintetico completo di recinzione ed illuminazione " recita : fornitura e posa in opera di sistema di pavimentazione per campi da minicalcio in manto erboso artificiale ecc... ed a questa voce viene attribuito un valore complessivo di € 96.034,05

ma anche questa voce è suddivisa, in computo, in 5 parti di cui solo una , la prima, riguarda la fornitura e posa del manto in erba sintetica ; le altre 4 riguardano lavorazioni " formazione della segnaletica - intasamento con sabbia – intasamento con sbr – spazzolatura incrociata " si può stimare, in base ai listini, che la sottovoce n. a fornitura e posa di erba sintetica abbia un valore di circa € 48.600,00 comprensivi di una parte relativa alla posa

Come risulta chiaro il valore delle tre voci di fornitura in opera risulta inferiore al 25% dell' intero appalto

Dimensioni Nuove S.r.l.
Ufficio Amministrativo Unico
Piazza Carracci, 1
00196 Roma

DIMENSIONI NUOVE S.R.L.

Sede:
Piazza Carracci, 1
00196 Roma

Ufficio amministrativo:
Via Paleocapa 13/3, 17100 Savona
Telefono 019 848 4504 - 019 840 2374
Fax 019 848 5930

Ufficio del Reg. delle Imp. di Roma N°545943
N° REA della C.C.I.A.A. di Roma N° 838607
Cod. Fisc. e Part. IVA N° 05091311000
ANC N°9763589

In ogni caso a prescindere dalla prevalenza o no del valore della fornitura sul totale trattasi comunque di appalto per lavori secondo il consolidato principio della natura dell' opera che viene eseguita

A tal proposito :

La direttiva 13/99 emessa dall' Autorità per la Vigilanza sui Lavori pubblici del ministero dei LL PP il 28/12/99 Gazzetta Ufficiale 10/5/2000 Supplemento Ordinario sancisce inequivocabilmente che trattasi di LAVORI ogniqualvolta l' oggetto del contratto sia la realizzazione di un lavoro pubblico

In particolare detta Determinazione specifica che anche i criteri dell'accessorietà e del valore debbono essere valutati alla luce del risultato cui tende l'Amministrazione. ed ESCLUDE LA SUSSISTENZA DI UN CONTRATTO MISTO ANCHE NEL CASO IN CUI LA FORNITURA ABBAIA VALORE ECONOMICO PREVALENTE OGNI QUALVOLTA IL RISULTATO CHE SI INTENDA CONSEGUIRE SIA LA REALIZZAZIONE DI UN OPERA PUBBLICA “

“ pur se sono previste forniture di materiali di valore economico prevalente rispetto agli oneri di lavorazione queste forniture presentano un valore meramente strumentale”

Alle stesse conclusioni arriva la giurisprudenza amministrativa TAR del Friuli Venezia Giulia 857/96 Riv. Trim. Appalti 1998, 195

“ nella fornitura e posa in opera di barriere di sicurezza, trattandosi di realizzare non già un elemento accessorio ma una parte strutturale ed essenziale dell' autostrada si ha un contratto di appalto di opera pubblica e non di fornitura, conclusione cui si perviene in relazione alla finalità perseguita dalla stazione appaltante e non in base al giudizio di prevalenza del costo tra il materiale e l' installazione, criterio residuale da utilizzarsi qualora la qualificazione dell' opera sia dubbia “

Ed ancora nella medesima sentenza:

“Il giudizio sulla natura di un'opera (fornitura ovvero opera pubblica) è diverso caso per caso e dipende dalla combinazione di una serie di indizi, nessuno dei quali da solo può risultare decisivo” (TAR Friuli Venezia Giulia 857/1996, Riv. Trim. Appalti, 1998, 195).

I criteri che vengono citati nella motivazione della sentenza sono vari ovvero: natura dell'opera, sua finalità, valore relativo del manufatto e della mano d'opera, modalità costruttive, sua completezza, usi consolidati, comodità di disciplina.

Analogamente per il Consiglio di Stato sez. V, 375/96 in Consiglio di Stato 1996, 1585 il criterio utilizzato per distinguere la compravendita/fornitura dall'appalto di opere risiede dunque, alla luce della giurisprudenza sopra citata, nella prevalenza **funzionale** e non solo **quantitativa** della fornitura della materia (vendita/fornitura), ovvero del lavoro (appalto d'opera).

“La differenza tra il contratto d'appalto e quello di compravendita, rispettivamente definiti dagli art. 1655 e 1470 c.c., risiede, per quanto riguarda

realizz. di opera pubbl.
Dimensioni Nuove S.R.L.
Ufficio Amministrativo Unico
Piazza Carracci, 1
00196 Roma

DIMENSIONI NUOVE S.R.L.

Sede:
Piazza Carracci, 1
00196 Roma

Ufficio amministrativo:
Via Paleocapa 13/3, 17100 Savona
Telefono 019 848 4504 – 019 840 2374
Fax 019 848 5930

Ufficio del Reg. delle Imp. di Roma N°545943
N° REA della C.C.I.A.A. di Roma N° 838607
Cod. Fisc. e Part. IVA N° 05091311000
ANC N°9763589

*la commissione di fornire cosa futura prodotta o fornita da chi compie il lavoro, nella **prevalenza**, non solo quantitativa, ma soprattutto **funzionale secondo l'intenzione dei contraenti, della fornitura della materia o cosa (vendita) ovvero del lavoro (appalto d'opera)**; pertanto, quando **l'interesse del committente non sia tanto quello di ottenere la proprietà di un determinato impianto, quanto quello di installarlo** in un complesso immobiliare a cura del fornitore, e correlativamente l'impegno di quest'ultimo sia essenzialmente quello di **collocare l'impianto funzionante in un determinato complesso di opere** (come avviene per qualsiasi impianto di cui si chiedi l'installazione durante la costruzione di un'opera edilizia), **si ha un contratto di appalto d'opera**, e non un contratto di compravendita".*

alla stessa conclusione la Giurisprudenza civile Corte di Cassazione sezione II Civile 21/6/00 da Edilizia e Territorio del 24/29 luglio che in sintesi afferma che anche in presenza di fornitura in cantiere di importo maggiore al 50% del valore globale dell' opera finita si ha appalto quando la prestazione della materia costituisce un mezzo per la produzione dell' opera cioè in parole povere quando l' adattamento di un banale prodotto industriale (es. l' asfalto) da origine ad un'altra cosa (una pavimentazione bitumata)

Di fatto si estende l' applicabilità della legge 109/94 (lavori) anche a forniture e/o servizi se i lavori accessori hanno comunque un valore rilevante

La Corte di Giustizia CEE nella sentenza 331/1992 ha confermato l'applicabilità del criterio dell'accessorietà stabilito dal legislatore comunitario indicando che:

*"Un contratto misto avente ad oggetto tanto un'esecuzione di lavori quanto una cessione di beni non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva del Consiglio CEE 26 luglio 1971 n. 305 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, qualora l'esecuzione dei lavori abbia **carattere meramente accessorio** rispetto alla cessione dei beni".*
(Corte di Giustizia 331/1992, Cons. Stato, 1994, V, p. 1071).

La giurisprudenza amministrativa italiana, anche in considerazione dell'assoluta assenza di un riferimento normativo, ha a sua volta adottato vari criteri per la qualificazione della natura degli appalti (opere o forniture) orientandosi prevalentemente sul criterio della **finalità delle prestazioni** dedotte in contratto. In una recente decisione del TAR Friuli Venezia Giulia si legge:

In merito alla scelta della normativa da applicare occorre puntualizzare, , che è comunque interesse prioritario della amministrazione,

avere le maggiori garanzie e responsabilità da parte dell' aggiudicatario. Come Voi ben sapete in caso di vendita (fornitura in opera) la sola responsabilità del venditore è in merito al vizio del prodotto venduto non sussistono altre responsabilità

neppure esiste responsabilità in merito al luogo di ubicazione del prodotto ed a fattori collaterali derivati da tale luogo.

Dimensioni Nuove S.R.L.
L'Amministratore Unico
TANZI R. NOIES

DIMENSIONI NUOVE S.R.L.

Sede:
Piazza Carracci, 1
00196 Roma

Ufficio amministrativo:
Via Paleocapa 13/3, 17100 Savona
Telefono 019 848 4504 – 019 840 2374
Fax 019 848 5930

Ufficio del Reg. delle Imp. di Roma N°545943
N° REA della C.C.I.A.A. di Roma N° 838607
Cod. Fisc. e Part. IVA N° 05091311000
ANC N°9763589

In caso invece di lavoro la responsabilità dell' appaltatore è totale sia per vizio del materiale sia per il montaggio sia per le opere accessorie sia per ogni verifica di adeguatezza progettuale

In materia di concorrenzialità : è interesse generale cercare la maggiore concorrenzialità possibile o comunque una reale concorrenzialità al fine di garantire trasparenza e onestà nel caso in oggetto le norme sugli appalti di lavori permetterebbero una maggiore partecipazione anzi una reale partecipazione all'appalto in quanto in Italia esistono molteplici imprese che hanno eseguito lavori nella corrispondente categoria OS6 ed hanno i requisiti tecnico- economici per partecipare all'appalto, mentre sussistono poche aziende che hanno fatto forniture in opera di prodotti similari

Siamo certi che l'utilizzo della formula dell'asta per pubbliche forniture anziché di quella prevista per legge di asta per opere pubbliche sia dovuta ad errore e non alla volontà di sottrarre una importante opera pubblica alle norme previste dalle attuali leggi ed all'insieme delle imprese di costruzioni per avvantaggiare qualche azienda industriale e/o commerciale , o rappresentanti di ditte produttrici di un materiale che così possono accedere direttamente PUR NON AVENDO TITOLI E REQUISITI ed anche quasi senza concorrenza

Inoltre tale errore falsa la regolarità dell'asta anche perché la molto ridotta "partecipazione può comportare che anche i ribassi offerti risultino minimali.

Si chiede pertanto l'annullamento della gara per VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE NORME RELATIVE ALLE GARE D' APPALTO e la sua ripubblicazione secondo corretta forma di appalto per opere pubbliche.

Esplicazione del ricorso.

Il bando disattende le norme di legge : L. 11/02/94 n. 109 art. 13 - DPR 554/99 art 72-73-74 – DPR 34/2000 art 30 e allegata tabella categorie nonché la circolare 82/400/93 01/03/00

Tale errore falsa la regolarità dell'asta precludendo la partecipazione alle aziende che ne avrebbero diritto permettendolo ad altre prive dei requisiti necessari per legge.

Falsa altresì le norme per l' eventuale successivo subappalto sia dal punto di vista del valore delle opere subappaltabili sia dal punto di vista dei requisiti del subappaltatore.

Si chiede pertanto l'annullamento della gara e la sua ripubblicazione secondo corretta categoria SOA.

Vi preghiamo di tenerci tempestivamente informati al fine di permettere, in caso di vs. diniego alla istanza, la ns. tutela presso gli organi giudiziari preposti.

Il ns. recapito è

DIMENSIONI NUOVE S.r.l., Via Paleocapa 13/3, 17100 Savona, tel. N° 019/8484504, fax n° 019/8403374. referente Francesco Ferro: tel. n°0348 2603320,

Cordiali saluti

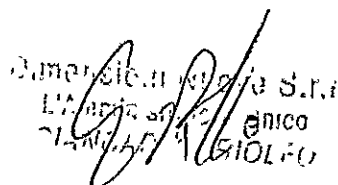
Dimensioni Nuove S.r.l.
Via Paleocapa 13/3
17100 Savona
Tel. 019/8484504
Fax 019/8403374
Ricevuto
21/03/00
F. Ferro

DIMENSIONI NUOVE S.R.L.

Sede:
Piazza Carracci, 1
00196 Roma

Ufficio amministrativo:
Via Paleocapa 13/3, 17100 Savona
Telefono 019 848 4504 – 019 840 2374
Fax 019 848 5930

Ufficio del Reg. delle Imp. di Roma N°545943
N° REA della C.C.I.A.A. di Roma N° 838607
Cod. Fisc. e Part. IVA N° 05091311000
ANC N°9763589


Dimensioni Nuove S.r.l.
L'Amministratore Unico
Claudio G. G. G.

Inviato tramite Fax al n° 0805865365 il 30/06/05 pag. 6 totali

Spedito tramite Racc. R/r il 30/06/05



COMUNE DI MODUGNO

PROVINCIA DI BARI

III SETTORE LAVORI PUBBLICI - SERVIZI - MANUTENZIONI

Via Rossini n° 49 - 70026 Modugno - tel. +390805354842 - fax +390805865365

mailto: settore3@comune.modugno.ba.it

Prot.n. 0032753

Modugno, 28 LUG. 2005

RACCOMANDATA A.R.

Anticipata a mezzo fax 0198485930

EP/

Spett.
AUTORITA' PER LA VIGILANZA
SUI LAVORI PUBBLICI
Via Ripetta n. 246
00186 R O M A

e, p.c.

Spett.
DIMENSIONI NUOVE S.R.L.
Ufficio Amministrativo
Via Paleocapa, 13/3
17100 S A V O N A

Al Sig. SINDACO
Al Sig. SEGRETARIO GENERALE
LORO SEDI

Oggetto: Bando di gara relativo a fornitura in opera di pavimentazioni sportive per la qualificazione ed ammodernamento del campo sportivo comunale "Prof. S. Palmiotto" e ripavimentazione del campo polivalente presso il Palazzetto di Via Paradiso.

Spettabile Autorità,

la scrivente Amministrazione Comunale di Modugno (BA) con sede in Modugno alla Piazza del Popolo, 16 - Ufficio Tecnico Via Rossini, 49,

PREMESSO

- di aver bandito una gara pubblica ai sensi del Decreto Legislativo n. 358/92 per la "Fornitura in opera di pavimentazioni sportive per la riqualificazione e ammodernamento del campo sportivo comunale "Prof. S. Palmiotto" e ripavimentazione

del campo polivalente presso il palazzetto via Paradiso” con bando regolarmente pubblicato nei modi di legge che si allega in uno con il relativo disciplinare (all. A);

- *che l'importo complessivo a corpo della fornitura e lavori propedeutici a base di gara ammonta ad € 1.000.000,00=, di cui € 587.870,68 (58,79%) per forniture e 412.129,32 (41,21%) per lavori;*
- *che, in seguito alla pubblicazione del bando, questa Amministrazione ha ricevuto una lettera che pure si allega (all. B) dalla Società Dimensioni Nuove S.r.l. con cui detta società chiede “l'annullamento del bando e la ripubblicazione secondo norme di legge” contestando che “il bando è predisposto come pubblica fornitura in opera invece che come pubblico appalto di lavori”;*

PREMESSO ALTRESI'

- *che l'Amministrazione scrivente ritiene di aver agito correttamente, nel rispetto della normativa vigente così come interpretata dalla Giurisprudenza e da Codesta Spett. Autorità, e non condivide i rilievi mossi dalla Società Dimensioni Nuove S.r.l.;*
- *che le contestazioni mosse dalla società si fondano sull'erroneo presupposto che “il valore delle tre voci di fornitura risulta inferiore al 25% dell'intero appalto”(cfr. pag. 2 all. B), mentre è vero al contrario che l'importo complessivo delle forniture, computabile dal capitolato, è superiore al 58% del totale;*
- *che la nuova versione dell'art. 2 della Legge quadro modificato dall'art. 24 della Legge 18 aprile 2005, n. 62, elimina il riferimento ai lavori accessori, prescrivendo esplicitamente che: “Nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento”;*
- *che, nel caso di specie l'importo complessivo dei lavori è inferiore al 42% del totale;*
- *che anche la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, per eliminare la discrezionalità delle singole amministrazioni nella scelta della procedura da utilizzare ha valorizzato il criterio “quantitativo”, stabilendo: “Il parametro da utilizzare, quindi, nell'individuare il regime giuridico proprio degli appalti a prestazioni tipologicamente eterogenee, di cui al riscritto art. 2 della “Merloniter” (Rif. modifica relativa alla L. 415/98 – n.d.r.), è quello, oggettivo, agevolmente sindacabile e, pertanto, più difficilmente eludibile, della prevalenza economica. Il legislatore del 1998, onde evitare che il canone della accessorietà possa essere utilizzato, data la sua intrinseca elasticità, per eludere la disciplina pubblicistica ed invocare l'applicazione del regime giuridico caso per caso preferito dalla stazione appaltante, ha affiancato al criterio in questione quello c.d. della prevalenza, ancorato a rilevazioni di stampo esclusivamente economico.” (Consiglio di Stato sez. IV, 10 luglio 2002, n. 3847);*

Non è vero

PREMESSO ANCORA

- *che inoltre la Soc. Dimensioni Nuove S.r.l. sostiene che “è interesse generale cercare la maggiore concorrenzialità al fine di garantire trasparenza e onestà in quanto in Italia esistono molteplici imprese che hanno eseguito lavori nella corrispondente categoria OS6 ed hanno i requisiti tecnico economici per partecipare all'appalto” (cfr. pag. 5 all. B);*

- che anche tale impostazione non è condivisa dall'Amministrazione scrivente, poiché il nuovo regolamento emanato dalla Lega Nazionale Dilettanti e Federazione Italiana Gioco Calcio inserisce una serie di prescrizioni in materia di preparazione dei sottofondi (ai fini dell'omologazione del campo da giuoco) che richiedono un'altissima specializzazione, un'esperienza specifica e macchinari ad hoc da parte dell'impresa fornitrice;
 - che a giudizio dell'Amministrazione scrivente, ai fini della salvaguardia dell'interesse pubblico e della realizzazione del campo a regola d'arte con ottenimento dell'omologazione da parte della L.N.D. non è sufficiente richiedere alle imprese partecipanti il possesso della categoria OS6 che, come è noto, riguarda: *"FINITURE DI OPERE GENERALI IN MATERIALI LIGNEI, PLASTICI, METALLICI E VETROSI. Riguarda la fornitura e la posa in opera, la manutenzione e ristrutturazione di carpenteria e falegnameria in legno, di infissi interni ed esterni, di rivestimenti interni ed esterni, di pavimentazioni di qualsiasi tipo e materiale e di altri manufatti in metallo, legno, materie plastiche e materiali vetrosi e simili."* (cfr. D.p.r. 20/1/2000 n.34);
 - che il rischio di realizzare il campo e non ottenere l'omologazione da parte della Federazione è tutt'altro che teorico, dati i numerosi recenti casi riferiti di rifiuto di omologazione di campi appena ripavimentati e non rispondenti al nuovo regolamento F.I.G.C., circostanze che potranno essere eventualmente verificabili presso le competenti sedi della L.N.D e F.I.G.C.;
 - che, al fine di evitare tale rischio e di poter scegliere tra imprese realmente in grado di realizzare campi omologabili, l'Amministrazione ha richiesto tra i requisiti di partecipazione alla gara in oggetto, *"fatturato globale di impresa non inferiore a € 3.500,000,00 negli ultimi tre esercizi, di cui per fornitura e posa in opera di pavimentazione in erba sintetica che abbia ottenuto la omologazione dalla F.I.G.C.-L.N.D. non inferiore all'importo corrispondente alle medesime pavimentazioni del presente appalto (€ 587,870,68)"* (cfr. Disciplinare di gara, art. 9 lett j);
 - che, inoltre, in ossequio a quanto stabilito da Codesta Spett. Autorità con determina n. 3 del 6/4/05 con cui si conclude: *"nei bandi relativi ad appalti misti devono essere opportunamente evidenziate le categorie e le classifiche relative ai lavori da eseguire, ancorché accessori o di valore inferiore al 50 per cento dell'importo dell'appalto; i concorrenti devono dimostrare di essere in possesso della qualificazione richiesta per l'esecuzione di detti lavori"*, l'Amministrazione ha richiesto, oltre ai suddetti requisiti, anche la *"certificazione rilasciata da SOA per la categoria OG1 classe II in relazione ai lavori compresi nell'appalto"* (cfr. Disciplinare di gara, art. 9, lett. b);
- tutto ciò premesso, l'Amministrazione scrivente,

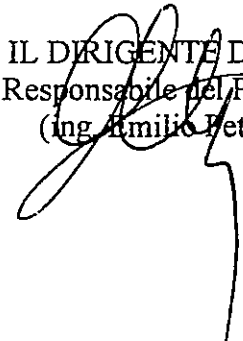
CHIEDE

a Codesta Spett. Autorità se, alla luce di quanto evidenziato, risulta condivisibile la scelta di bandire la gara *de qua* ai sensi del D.Lgs. 358/92.

Data la necessità di ottenere il campo per l'inizio della nuova stagione agonistica si prega di riscontrare la presente con cortese urgenza.

Distinti saluti

IL DIRIGENTE DI SETTORE
Responsabile del Procedimento
(ing. Emilio Petraroli)





Percorso di Navigazione: [Ricerca](#)

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA
Cons. Stato Sez.VI 10 luglio 2002, n. 3847

L'art. 2, comma 1, l. 11 febbraio 1994 n. 109, modificato dalla l. n. 415 del 1998, sottopone alla disciplina dettata per gli *appalti* di lavori tanto i "contratti *misti* di lavori, forniture e servizi" quanto i contratti di forniture e servizi che "comprendano lavori accessori", ogniqualvolta i "lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento". Il parametro da utilizzare, quindi, nell'individuare il regime giuridico proprio degli *appalti* a prestazioni tipologicamente eterogenee, di cui al riscritto art. 2 della "Merloni ter", è quello, oggettivo, agevolmente sindacabile e, pertanto, più difficilmente eludibile, della prevalenza economica. Il legislatore del 1998, onde evitare che il canone della accessorietà possa essere utilizzato, data la sua intrinseca elasticità, per eludere la disciplina pubblicistica ed invocare l'applicazione del regime giuridico caso per caso preferito dalla stazione appaltante, ha affiancato al criterio in questione quello cd. della prevalenza, ancorato a rilevazioni di stampo esclusivamente economico.

Cons. Stato Sez.VI 10-07-2002, n. 3847

Soc. Safe Plant c. Cons. idrico Terra di Lavoro e Cons. idrico terra di lavoro .

FONTI

Foro Amm. CDS, 2002, f. 7



Leggi d'Italia - Repertorio di Giurisprudenza (Pubblicato su licenza dell'editore Wolters Kluwer Italia Giuridica S.r.l.)
Wolters Kluwer Italia Professionale S.p.A.

COMUNE DI MODUGNO - UFF.LEGALE - FulShow v. 7.50



*Autorità per la Vigilanza
sui Lavori Pubblici*

Servizio Ispettivo

Settore Puglia e Calabria

Prot. 33504/05/CSF.

COMUNE DI MODUGNO	
2 - 3° SETTORE U.T.C.	
Prot. N.	0039633
30 AGO 2005	
Cat.	Clas.
Fasc.	Sottofasc.

Prova 22 AGO.2005

RACCOMANDATA R.R.

Spett.le

Comune di Modugno

c.a. ing. E. Petraroli - RUP

Via Rossigni, 49

70026 MODUGNO (Ba)

e, p.c. Dimensioni Nuove S.r.l.

Via Paleocapa, 13/3

17100 SAVONA

GE-665/05

Oggetto: bando di gara per pavimentazioni sportive.

In esito alla nota della S.V. n. 32753 dell'8.07.05 si comunica, sulla scorta di quanto desumibile dagli atti di gara avuti in visione ed a mente della Determinazione dell'Autorità n. 3 del 6.04.05 (disponibili su relativo sito internet), che la gara di cui all'oggetto si configura più come appalto di lavori che non di fornitura, come viceversa ha ritenuto la S.V..

Infatti, l'appalto indetto dalla S.V. sembra perfettamente rientrare nella fattispecie di cui al primo capoverso del dispositivo finale della determinazione n. 3/2205, peraltro nota anche alla S.V. medesima: *"nei contratti misti la normativa sui lavori pubblici trova applicazione quando i lavori costituiscono l'oggetto principale dello stesso, a prescindere dalla rilevanza economica"*.

La lettura del punto 3 del disciplinare di gara, rubricato "Oggetto della fornitura", non sembra lasciare dubbi sul fatto che l'oggetto principale dell'appalto sia un lavoro e non la fornitura.

D'altro canto prestazioni come nuova pavimentazione del campo di calcio, completo di sottofondo; campo di minicalcio con pavimentazione avente le stesse caratteristiche del campo di calcio; pavimentazione del campo polivalente; coperture tribune; ristrutturazione spogliatoi e servizi nonché riqualificazione zone esterne, rientrano a pieno titolo "nei lavori".

Alla luce di dette brevi considerazioni il bando in argomento non sembra conforme alla normativa vigente.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui la S.V. non ritenga necessario modificare il bando, si prega di darne notizia allo scrivente Servizio e di trasmettere copia del computo metrico estimativo, dell'elenco

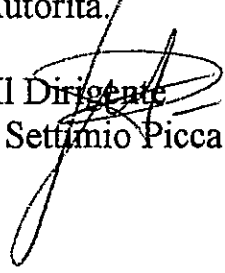
prezzi e dell'analisi dei prezzi. Quest'ultimo documento è ritenuto fondamentale per quantificare l'incidenza della mano d'opera.

Gli elementi suddetti sono richiesti ai sensi dell'art. 4, commi 6 e 7, della Legge 109/94, e la S.V. è pregata di fornire riscontro nel termine di 20 giorni decorrenti dalla data di ricevimento della presente.

La mancata osservanza del termine suddetto comporta l'avvio del procedimento sanzionatorio nonché il deferimento al Consiglio dell'Autorità per le decisioni relative all'acquisizione diretta degli elementi richiesti.

Si precisa, infine, che il responsabile del procedimento è il sottoscritto dirigente del Servizio Ispettivo dell'Autorità.

Il Dirigente
Ing. Settimio Picca





Percorso di Navigazione: Ricerca

L. 18-4-2005 n. 62

Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004.

Pubblicata nella Gazz. Uff. 27 aprile 2005, n. 96, S.O.

24. Modificazioni alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, recante legge quadro in materia di lavori pubblici, al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, recante attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi, al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, recante regolamento di attuazione della legge n. 109 del 1994 e al decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, in materia di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale.

1. L'articolo 8, comma 11-*quater*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, è sostituito dal seguente:

«11-*quater*. Le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, usufruiscono del beneficio che la cauzione e la garanzia fidejussoria, previste rispettivamente dal comma 1 e dal comma 2 dell'articolo 30 della presente legge, sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento».

2. All'articolo 2, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, il secondo periodo è sostituito dai seguenti: «Nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendono 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».

3. All'articolo 3 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, il comma 3 è sostituito dal seguente:

«3. Nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109, qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento. Questa disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto».

4. All'articolo 17, comma 6, lettera *b*), della legge 11 febbraio 1994, n. 109, dopo le parole: «codice civile» sono inserite le seguenti: «ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti di cui alla lettera *a*)».

5. L'articolo 17, comma 12, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, è sostituito dal seguente:

«12. Per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro, le stazioni appaltanti, per il tramite del responsabile del procedimento, possono procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere *d*), *e*), *f*) e *g*), nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza».

6. All'articolo 30, comma 6-*bis*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, il secondo periodo è sostituito dal seguente: «Gli incarichi di verifica di ammontare inferiore alla soglia comunitaria possono essere affidati a soggetti scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza».

7. L'articolo 17, comma 14, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, è sostituito dal seguente:

«14. Nel caso in cui il valore delle attività di progettazione e direzione lavori superi complessivamente la soglia di applicazione della direttiva comunitaria in materia, l'affidamento diretto della direzione dei lavori al progettista è consentito soltanto ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione».

8. All'articolo 188 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, sono abrogati i commi 8, 9, 10 e 11.

9. All'articolo 37-*bis*, comma 2-*bis*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: «L'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'articolo 37-*ter*, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'articolo 37-*quater*, comma 1, lettera b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti. Con apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sono disciplinati gli effetti sulle procedure in corso che non si siano ancora chiuse a seguito di aggiudicazione alla data di adozione del predetto decreto, i cui avvisi indicativi pubblicati prima della data del 31 gennaio 2005 non contengano quest'ultima indicazione espressa».

10. L'amministrazione aggiudicatrice ovvero il soggetto aggiudicatore di un appalto pubblico, all'atto di una aggiudicazione definitiva, ne invia comunicazione ai concorrenti non aggiudicatari, provvedendo allo svincolo delle garanzie provvisorie eventualmente prestate da questi soggetti per la partecipazione alla gara.

11. All'articolo 17, comma 2, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, le parole: «, prima dell'avvio dei lavori» sono sostituite dalle seguenti: «; il formale provvedimento di autorizzazione a costruire non può essere rilasciato se non è concluso il procedimento di valutazione di impatto ambientale».

12. All'articolo 20, comma 5, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, le parole: «che può disporre» sono sostituite dalle seguenti: «il quale, ove ritenga, previa valutazione della Commissione stessa, che le varianti abbiano significativo impatto sull'ambiente, dispone».



Wolters Kluwer Italia Professionale S.p.A.

COMUNE DI MODUGNO - UFF.LEGALE - FulShow v. 7.50

Articoli e note

ROBERTO GAROFOLI

(Magistrato - Dottore di ricerca in diritto pubblico
dell'economia presso l'Università di Bari)

La disciplina degli appalti pubblici misti dopo la Merloni-ter (*).

(*) Il presente saggio fa parte di un più ampio lavoro monografico sulla legge Merloni, coordinato da Francesco Caringella, in corso di pubblicazione per i tipi della casa editrice Ipsoa.

SOMMARIO: 1. I rapporti con i principi civilistici in tema di contratti misti. 2. I criteri elaborati dalla normativa comunitaria ed interna previgente: le posizioni della giurisprudenza comunitaria e nazionale. 3. Le novità della "Merloni-ter".

1. I rapporti con i principi civilistici in tema di contratti misti.

Tra le numerose novità introdotte dalla l. n. 415/98 (c.d. Merloni-ter) particolare rilievo assume quella incidente sulla dibattutissima questione afferente all'identificazione della disciplina applicabile agli appalti pubblici c.d. misti.

E' noto, al riguardo, che in generale per contratto misto si intende quello connotato dalla combinazione in un unico schema negoziale di elementi riconducibili a differenti fattispecie contrattuali tipiche, espressamente contemplate cioè dal legislatore: ciò che caratterizza il contratto misto, consentito nel nostro ordinamento in virtù del principio di autonomia contrattuale contemplato dall'art. 1322 c.c., è la circostanza per cui gli elementi dei diversi tipi contrattuali risultano fondersi in un'unica causa, diversamente da quanto si verifica nel collegamento negoziale, caratterizzato, invece, dalla permanenza di una pluralità di distinti contratti che, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale e pur rimanendo sottoposti alla relativa disciplina, sono tra loro collegati, funzionalmente e con rapporto di reciproca dipendenza, sicché le vicende dell'uno si ripercuotono sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia (1).

La commistione di aspetti corrispondenti agli schemi di più contratti nominati impone, peraltro, la necessità di individuare la disciplina giuridica applicabile: problema risolto in giurisprudenza facendo applicazione di differenti criteri, segnatamente quelli dell'assorbimento o prevalenza, della combinazione e, infine, dell'analogia.

Prioritariamente, la giurisprudenza si avvale della regola della combinazione, in forza della quale trova applicazione, in relazione a ciascun elemento del regolamento contrattuale, la disciplina prevista per il tipo legale cui lo stesso è riferibile.

In via sussidiaria, nel caso cioè di inconiugabilità dei differenti regimi giuridici contemplati per i diversi contratti nominati, soccorre il criterio dell'assorbimento, che impone l'osservanza della disciplina dettata in relazione al tipo legale cui è riconducibile l'elemento al quale, nella fattispecie contrattuale mista, è consentito assegnare carattere principale o "prevalente" (2) : valutazione, questa, da effettuare tenendo nella debita considerazione il profilo funzionale e, pertanto, l'effettiva volontà delle parti e la reale finalità dell'accordo.

Se certo, l'illustrata nozione civilistica di contratto misto può risultare utile nell'inquadrare la

figura dell'appalto pubblico c.d. misto, nondimeno non può essere obliterata la necessità di rimarcare le profonde differenze che distinguono quest'ultima fattispecie dalla categoria puramente privatistica.

Per appalto pubblico misto si intende l'ipotesi in cui l'oggetto della procedura di aggiudicazione, e quindi del successivo contratto, è costituito da prestazioni eterogenee, ascrivibili a settori assoggettati a differenti discipline pubblicistiche (lavori, servizi, forniture): la sottoposizione dell'appalto pubblico a discipline, tanto comunitarie quanto nazionali di recepimento, tra loro diverse a seconda della qualificabilità delle prestazioni da aggiudicare in termini di lavori, servizi o forniture impone, in tali casi, di verificare quale dei differenti regimi giuridici debba trovare applicazione.

L'ostacolo, difficilmente sormontabile, che si oppone alla possibilità di considerare pienamente equivalenti la fattispecie in esame, quella cioè dell'appalto pubblico misto, e la figura generale dei contratti misti deriva dalla constatazione della natura squisitamente pubblicistica delle implicazioni che, in punto di regime giuridico, derivano dalla classificazione delle prestazioni da aggiudicare in termini di lavori, servizi o forniture.

Detto in dettaglio, non è possibile trascurare che in relazione a ciascuno dei settori sopra indicati la normativa comunitaria e nazionale dettano regimi giuridici diversi, afferenti a profili spiccatamente pubblicistici, quali quelli delle modalità procedurali da osservare, dei requisiti di qualificazione delle imprese, delle tecniche richieste: da ciò derivano talune peculiarità esclusive della figura degli appalti pubblici c.d. misti, destinate ad imporre -in sede di soluzione dei problemi di individuazione della disciplina giuridica da applicare- un approccio differente da quello che, come illustrato, connota gli indirizzi giurisprudenziali emersi con riferimento alla generale categoria dei contratti misti.

Preliminarmente, non vi è dubbio che la rigorosa osservanza di tali singole discipline esuli dal campo entro cui può legittimamente esplicarsi l'autonomia contrattuale delle parti, ivi compresa pertanto la stessa Amministrazione, cui deve ritenersi del tutto sottratta pertanto la possibilità di scegliere il regime pubblicistico da applicare.

D'altra parte, per quel che concerne i criteri di individuazione della disciplina da osservare, appare con evidenza impraticabile il criterio c.d. della combinazione: il ricorso a tale parametro finirebbe per imporre l'applicazione alla medesima ed unica procedura concorsuale dei differenti regimi giuridici contemplati rispettivamente per l'aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture.

Orbene, se è certamente vero che l'autonomia contrattuale delle parti e della stessa Amministrazione comprende la possibilità, peraltro espressamente ancorata a plurimi referenti di diritto positivo, di aggiudicare appalti aventi ad oggetto prestazioni tipologicamente differenti, non pare francamente che possa la stessa estendersi fino ad implicare la titolarità del potere di disporre dei profili spiccatamente pubblicistici della disciplina, quali quelli afferenti agli *itinerari* procedurali da seguire o ai parametri di qualificazione delle imprese legittimate a prendere parte alla procedura di evidenza pubblica: ne consegue che, in linea di massima, deve trovare applicazione un'unica normativa, individuata sulla base di criteri che tengano conto dell'effettivo atteggiarsi, in seno al complessivo regolamento contrattuale, delle singole prestazioni e, quindi, del rilievo assunto da ciascuna di queste.

La suesposta perimetrazione dei confini entro i quali può esplicarsi, nella materia che ci occupa, l'autonomia contrattuale non può del resto non riverberarsi anche in sede di individuazione e, soprattutto, di concreta applicazione dei criteri destinati ad indirizzare la scelta del regime giuridico da osservare allorché l'appalto pubblico abbia per oggetto prestazioni tipologicamente differenti, idonee quindi a richiamare le diverse discipline dettate in relazione a più settori.

Ed invero, la rilevata estraneità dei profili spiccatamente pubblicistici della disciplina al raggio di azione dell'autonomia contrattuale e degli apprezzamenti discrezionali dell'Amministrazione, e più in generale della stazione appaltante, non può non avere ripercussioni di rilievo nel

momento in cui ci si trova a dover fare concreta applicazione di taluni criteri indicati in sede normativa, segnatamente quelli della prevalenza e dell'accessorietà.

E' noto, al riguardo, che, nell'ambito della dottrina del contratto misto, analoghi parametri di individuazione del regime giuridico da osservare possono essere intesi ed applicati, senza che ciò susciti perplessità, nella loro valenza soggettiva, con la conseguenza che debba attribuirsi rilievo all'effettiva volontà delle parti e, quindi, alla prestazione che le stesse hanno realmente inteso come prevalente. La questione assume invece tutt'altra consistenza con riferimento agli appalti pubblici c.d. misti, sol che si consideri, come ripetutamente rilevato, l'importanza delle differenze di regime giuridico che, in relazione ad importanti profili pubblicistici, connotano i differenti settori degli appalti pubblici e la necessità, pertanto, di non rimettere alla volontà delle parti, con il riferimento al criterio, soggettivamente interpretato ed applicato, della prevalenza, la scelta della disciplina da applicare.

2. I criteri elaborati dalla normativa comunitaria ed interna previgente: le posizioni della giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Ciò chiarito, è opportuno procedere allo scrutinio dei criteri che la normativa comunitaria e la stessa legislazione nazionale di recepimento apprestano con l'obiettivo di orientare l'individuazione della disciplina applicabile: si esamineranno, quindi, le principali questioni affiorate in giurisprudenza, per poi passare all'analisi dei parametri indicati dal secondo inciso del comma 1 dell'art. 2, come novellato dalla legge n. 415/98.

La direttiva 92/50, relativa agli appalti pubblici di servizi, statuisce due differenti regole di individuazione della disciplina applicabile.

Con riferimento all'ipotesi in cui un contratto di servizi includa dei lavori, la direttiva prevede che questi ultimi "non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e non costituiscono oggetto dell'appalto" (sedicesimo considerando): analoga disposizione è contenuta nella normativa nazionale di recepimento della suddetta direttiva comunitaria (introdotta con D. Lgs. 157/95) che, con riferimento ai contratti misti che abbiano per oggetto tanto lavori quanto servizi, prevede, all'art. 3, che gli stessi vanno "considerati appalti di servizi qualora i lavori assumano funzione accessoria rispetto ai servizi e non costituiscano l'oggetto principale dell'appalto" (art. 3, comma 3).

La disciplina illustrata adotta, pertanto, il criterio c.d. dell'accessorietà, in forza del quale, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, occorre verificare quale sia l'oggetto principale dell'appalto e quali le prestazioni rispetto ad esso accessorie (3).

Analogo parametro è indicato dalla direttiva comunitaria in tema di appalti pubblici di forniture con riferimento all'ipotesi in cui l'appalto preveda "a titolo accessorio lavori di posa ed installazione" (art. 1, direttiva 93/36/CE) (4).

A diversa regola si ispira, invece, la stessa direttiva 92/50 con riguardo alla differente fattispecie dell'appalto pubblico avente ad oggetto sia prodotti di cui alla direttiva sulle forniture che servizi: aderendo al criterio c.d. della prevalenza, prevede, infatti, che si applichi la disciplina sugli appalti di servizi allorché il valore di questi ultimi "superi quello dei prodotti previsti nel contratto" (art. 2), con l'implicita previsione che in caso contrario verrà in rilievo la disciplina sulle forniture (direttiva 83/36). La regola comunitaria è stata recepita dal D. Lgs. n. 157/95 che, all'art. 3, comma 4, stabilisce che i contratti misti forniture- servizi vadano assoggettati alla disciplina prevista per gli appalti di servizi qualora il valore totale degli stessi sia "superiore al valore delle forniture comprese nell'appalto" (art. 3, comma 4).

Il criterio della prevalenza - che assegna rilievo al valore economico di ciascuna delle differenti tipologie di prestazione concorrenti nel delineare l'oggetto dell'appalto - è infine contemplato dalla direttiva n. 531 del 1990, come modificata da quella 93/38 del Consiglio Ce, afferente ai

c.d. settori ex esclusi: ed invero, la direttiva prevede che gli appalti misti di servizi e forniture debbano essere considerati come appalti di forniture allorché il valore complessivo di queste sia superiore al valore dei servizi compresi nello stesso appalto (5).

La sintetica ricostruzione del panorama normativo antecedente al varo della c.d. "Merloni-ter" consente, quindi, di individuare due parametri normativi cui ricorrere al fine di verificare quale sia il regime giuridico applicabile agli appalti pubblici c.d. misti: quello dell'accessorietà che - previsto per le ipotesi degli appalti di lavori e servizi, da un lato, e di lavori e forniture, dall'altro- impone di accertare quale delle diverse prestazioni da aggiudicare debba considerarsi secondaria, ossia funzionalmente strumentale rispetto all'altra, da reputare, pertanto, principale, e quello della prevalenza che, contemplato, invece, in relazione agli appalti di forniture e servizi, è fondato sul raffronto della consistenza economica di ciascuna delle singole prestazioni dedotte nell'accordo contrattuale.

Perplessità sono state espresse in dottrina in merito alla effettiva idoneità del parametro dell'accessorietà -se inteso come implicante la necessità di un giudizio di strumentalità o secondarietà di una prestazione rispetto all'altra- a rappresentare un valido, e soprattutto certo, criterio di individuazione della disciplina applicabile agli appalti pubblici a prestazioni eterogenee: è stato evidenziato, infatti, che non di rado possono profilarsi fattispecie di appalti misti nelle quali la diversa consistenza funzionale delle singole prestazioni corrispondenti a tipi o settori normativi differenti non è "talmente marcata" da consentire all'interprete di individuare con sufficiente certezza - e soprattutto senza ricorrere al canone interpretativo che fa perno sulla ricostruzione della volontà della stazione appaltante- quella cui riconoscere carattere principale (6).

Non si dimentichi, d'altra parte, quanto già rilevato con riferimento alle peculiarità che, connotando la categoria degli appalti pubblici a prestazioni tipologicamente eterogenee, la distinguono da quella puramente privatistica dei contratti misti: si è rimarcato che l'inerenza a profili squisitamente pubblicistici della disciplina dettata in relazione a ciascun settore di appalti ha per conseguenza che l'applicazione dell'una o dell'altra non possa essere in alcun modo rimessa, allorché trattasi di appalti misti, alla libera scelta delle parti, né tanto meno all'apprezzamento della singola stazione appaltante.

Ne consegue una legittima diffidenza nei confronti di criteri, o quanto meno di modalità applicative degli stessi, che finiscano di fatto per far dipendere l'individuazione della disciplina da osservare, non già da parametri oggettivi, e soprattutto inequivocabilmente riscontrabili, ma da valutazioni attente alla volontà delle parti ed alle effettive finalità dalle stesse perseguite con la conclusione del contratto.

Parimenti preoccupante appare l'eventualità che sia rimessa alla stazione appaltante l'individuazione della disciplina da osservare sulla sola scorta di una valutazione del carattere primario della prestazione riconducibile al corrispondente settore: valutazione che, non ancorata a parametri certi ed agevolmente sindacabili, potrebbe apparire del tutto arbitraria.

Ben più rispondente alla illustrata ricostruzione sistematica degli appalti pubblici c.d. misti ed alla rilevata natura indisponibile della disciplina pubblicistica dettata rispettivamente per gli appalti di lavori, servizi e forniture risulta, pertanto, il criterio, oggettivo e di sicura applicazione, della prevalenza, che fa perno sul valore economico delle singole prestazioni: allo stesso, del resto, potrebbe essere ricondotto quello dell'accessorietà, come sostenuto in dottrina muovendo dalla premessa per cui va qualificata accessoria la prestazione non "prevalente", anziché quella legata da un rapporto di strumentalità all'altra prestazione dedotta in contratto (7).

In giurisprudenza, il problema dell'individuazione del regime giuridico applicabile ad appalti pubblici ad oggetto composito si è posta in più occasioni, anche in relazione a fattispecie miste non previste dalle illustrate disposizioni contenute nella disciplina comunitaria ed in quella nazionale di recepimento.

Si pensi, per esempio, alla fattispecie contrattuale presa in considerazione dalla Corte di Giustizia in *Gestión Hotelera Internacional S.A.* (8), fattispecie avente ad oggetto non semplicemente l'esecuzione di lavori e la cessione di beni, ma un fascio ben più ampio di prestazioni, tra cui l'apertura e la gestione di una casa da gioco, la gestione di un hotel con connessa locazione degli spazi all'uopo necessari, nonché i lavori di ristrutturazione necessari per rendere i luoghi adatti all'esercizio delle attività da affidare in gestione.

Si trattava di fattispecie estranea al campo di operatività della direttiva servizi che, per l'ipotesi in cui debba procedersi all'aggiudicazione di appalti aventi ad oggetto tanto servizi quanto lavori, indica, come ormai noto, il criterio dell'accessorietà, in forza del quale la fattispecie va ascritta al novero degli appalti di servizi, ed assoggettata pertanto alla relativa disciplina, qualora i lavori assumano funzione accessoria non rappresentando l'oggetto principale dell'appalto: ed invero, nel caso sopra illustrato, le prestazioni diverse da quelle qualificabili come lavori erano volte ad apprestare un servizio in favore non già dell'amministrazione, ma del pubblico (9).

Ciononostante, i Giudici di Lussemburgo hanno nell'occasione richiamato il sedicesimo considerando della direttiva servizi, ed il criterio di accessorietà ivi enunciato, evidentemente reputandolo espressione di un principio di carattere generale, suscettibile di applicazione anche a fattispecie diverse da quelle con riferimento alle quali è espressamente utilizzato nelle fonti normative.

Quanto alle modalità di applicazione del criterio in questione, la Corte non è stata nel caso in esame particolarmente esplicita, limitandosi a rimettere al Giudice del rinvio il compito di verificare se i lavori da effettuare nell'hotel e nel casinò abbiano o meno carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dell'aggiudicazione: non si rinviene, nell'apparato motivazionale della pronuncia in questione, un chiarimento in merito al concetto di accessorietà ed ai parametri cui attenersi, in sede ermeneutica, nell'accertare quale delle differenti prestazioni da aggiudicare vada ritenuta principale.

Sul versante nazionale, la giurisprudenza amministrativa assegna al criterio dell'accessorietà una valenza per così dire funzionale.

Il problema si è posto, in particolare, in relazione ad ipotesi di aggiudicazione di appalti aventi ad oggetto tanto la gestione di patrimoni immobiliari, quanto l'esecuzione di una cospicua attività di manutenzione dei medesimi complessi immobiliari.

Nel decidere se assoggettare alla disciplina degli appalti di servizi o a quella prevista per gli appalti di lavori queste come altre ipotesi, pure connotate dalla coabitazione di prestazioni tipologicamente ascrivibili all'uno e all'altro settore, infatti, i Giudici amministrativi hanno prevalentemente ritenuto di dover tener conto della reale volontà delle parti e dell'interesse primario della stazione appaltante: interesse frequentemente individuato nella gestione dei patrimoni immobiliari, rispetto alla quale, pertanto, si è ritenuto di riconoscere all'attività manutentoria carattere funzionalmente strumentale e subvalente (10).

Analoga accezione soggettivo-funzionale è assegnata dalla giurisprudenza amministrativa al canone dell'accessorietà utilizzato per provvedere alla qualificazione giuridica di un contratto di fornitura che preveda l'esecuzione di lavori di installazione e posa in opera dei beni: significativa, al riguardo, una sentenza del T.A.R., Friuli Venezia Giulia, di cui è utile ripercorrere brevemente l'itinerario argomentativo (11).

La vicenda amministrativa portata al vaglio del Giudice amministrativo prende le mosse dalla contestazione di un bando con il quale la stazione appaltante aveva indetto una gara per la fornitura e la posa in opera di barriere di sicurezza stradale, prevedendo nel bando l'applicazione dell'art. 21 della legge quadro in materia di lavori pubblici e, segnatamente, l'adozione del criterio del massimo ribasso, con esclusione delle offerte anomale: proprio questa previsione inserita nel bando di gara era contestata dal ricorrente che lamentava l'erronea qualificazione della fattispecie come ipotesi di affidamento di lavori, anziché di forniture,

facendo leva sul dato del maggior rilievo economico assunto dal valore dei materiali rispetto a quello della mano d'opera.

Nel rigettare il ricorso e nel condividere la valutazione effettuata dalla stazione appaltante col qualificare come appalto di lavori la suddetta fattispecie, il T.A.R. sottolinea la necessità di tenere conto della "finalità perseguita dalla stazione appaltante": nel caso di specie, in particolare, il fatto che le barriere facciano parte integrante dell'opera autostradale e costituiscano un elemento essenziale della sua funzionalità e non già un semplice accessorio non può che indurre a ritenere, ad avviso del Giudice amministrativo, che l'intento perseguito sia quello "di realizzare un'opera pubblica, o meglio una parte essenziale di un'opera autostradale".

Nella stessa sentenza, inoltre, si rimarca, da un lato, la diversa natura che connota il canone dell'accessorietà rispetto a quello della prevalenza, fondato sul raffronto tra il costo del materiale e quello dell'installazione, dall'altro, la relazione che intercorre tra i due criteri in sede di individuazione della disciplina applicabile: "il giudizio di prevalenza del costo tra il materiale e l'installazione - sostiene il T.A.R.- costituisce un criterio residuale, che soccorre qualora la qualificazione dell'opera sia dubbia".

Il criterio dell'accessorietà è stato da ultimo ribadito da un interessante decisum del T.A.R. Veneto¹² il quale, in tema di manutenzione del verde, ha ritenuto che la manutenzione ordinaria degli appalti a verde adiacenti il nastro autostradale e delle aree a verde piantumate sia qualificabile alla stregua di appalto di servizi e non di lavori pubblici. Segnatamente si è nell'occasione puntualizzato che la prestazione in parola si concreta in un servizio rispetto al quale i lavori assumono valenza accessoria. Non si è in particolare ravvisata nella manutenzione in esame alcuna visibile e specifica modifica dello stato dei luoghi ma solo un'attività di conservazione (13).

3. Le novità della "Merloni-ter".

Orbene, siffatta impostazione ermeneutica è ora almeno in parte ribaltata per effetto dell'espressa e chiara indicazione normativa introdotta dalla legge n. 415/1998 (periodo finale del primo comma dell'art. 2) che, intervenendo a scongiurare i suindicati rischi di elusione della disciplina pubblicistica insiti in quella opzione interpretativa e modificando tanto l'art. 2 della legge quadro in materia di lavori pubblici quanto il citato art. 3, comma 3, del D. Lgs. n. 157/1995, sottopone alla disciplina dettata per gli appalti di lavori tanto i "contratti misti di lavori, forniture e servizi" quanto i contratti di forniture e servizi che "comprendano lavori accessori", ogni qualvolta i "lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento". L'innovazione fa il paio con la modifica introdotta dal comma 75 dell'art. 9 nel testo dell'art. 3 del D.Lgs. n. 157/1995, attraverso l'inserimento dopo le parole "rispetto ai servizi" delle parole "siano complessivamente di importo inferiore al 50% del totale". Il nuovo dettato recita quindi come segue: "Gli appalti che, insieme alla prestazione di servizi, comprendono anche l'esecuzione di lavori, sono considerati appalti di servizi qualora i lavori assumano valenza accessoria rispetto ai servizi, *siano complessivamente di importo inferiore al 50 per cento del totale*, e non costituiscano l'oggetto principale del contratto". Nessuna modifica viene apportata alla disciplina sulle forniture".

Si tratta di una novità di particolare rilievo, da salutare con convinto favore.

Il parametro fondamentale da utilizzare nell'individuare il regime giuridico da osservare per gli appalti a prestazioni tipologicamente eterogenee, di cui al riscritto art. 2 della "Merloni-ter", è quello, oggettivo, agevolmente sindacabile e, pertanto, più difficilmente eludibile, della prevalenza economica: la decisa intenzione del legislatore del 1998 di apprestare ed imporre un parametro certo trasparente, del resto, in modo chiaro dalla stessa formulazione normativa.

Da un lato, infatti, il legislatore si preoccupa di far espresso riferimento, unitamente ai contratti misti di lavori, forniture e servizi, anche ai contratti di forniture e servizi, quando comprendano

lavori accessori : non v'è dubbio che l'accessorietà cui ha riguardo il legislatore vada intesa in questo caso nel senso di strumentalità del lavoro rispetto alla prestazione, di volta in volta di fornitura o servizio, destinata ad assumere, in considerazione della complessiva funzione assegnata dalle parti al contratto, natura principale.

Senonché, il legislatore del 1998 si è preoccupato di evitare che il canone della accessiorietà possa essere utilizzato, data la sua intrinseca elasticità, per eludere la disciplina pubblicistica, e, in specie, per invocare l'applicazione del regime giuridico caso per caso preferito dalla stazione appaltante. Lo ha fatto, all'evidenza, affiancando al criterio in questione quello c.d della prevalenza, ancorato a rilevazioni di stampo esclusivamente economico.

Né, d'altra parte, può sostenersi che, così facendo, il legislatore nazionale abbia finito per violare le illustrate disposizioni di origine comunitaria che, per talune fattispecie di appalti a prestazioni eterogenee, ravvisano nel solo criterio dell'accessiorietà il parametro cui attenersi in sede di individuazione della disciplina applicabile: non si può trascurare, sul punto, che il canone dell'accessiorietà, astrattamente inteso, può rinviare tanto a valutazioni di tipo funzionale-soggettivo che abbiano riguardo, cioè, alla finalità assegnata dalle parti al contratto, sicché è accessoria la prestazione non qualificabile come "principale" alla stregua di un giudizio attento alla complessiva funzione causale dell'accordo contrattuale, quanto a valutazioni di carattere oggettivo-patrimoniale, ancorate al dato inequivoco della consistenza economica delle singole prestazioni, con la conseguenza per cui è da qualificare come accessoria la prestazione "non prevalente".

Orbene, la novità legislativa in esame appare con chiarezza dettata dall'intento di evitare che l'accezione per così dire funzionale-soggettiva del canone dell'accessiorietà possa spiegare effetti, comportando l'applicazione della disciplina prevista per gli appalti di fornitura o servizi, anziché quella contemplata per gli appalti di lavori, anche quando questi ultimi abbiano un peso economico superiore a quello oggettivamente attribuibile alle prestazioni di tipo diverso che si intende aggiudicare.

Si può ritenere, cioè, che, nella disposizione in commento, il criterio patrimoniale non è indicato in funzione sostitutiva rispetto a quello dell'accessiorietà, ma quale limite oltre il quale non può ammettersi che la sua accezione funzionale-soggettiva prevalga su quella di tipo economico-oggettivo: l'obiettivo correttamente perseguito, e probabilmente centrato, è quello di evitare che una stazione appaltante possa eludere la disciplina sugli appalti pubblici di lavoro facendo perno sul carattere asseritamente primario del servizio o della fornitura, nonostante la componente lavori superi di oltre la metà il valore complessivo del contratto.

Resta da chiarire se, in presenza di una regola talmente precisa volta a chiarire quando gli appalti misti siano da ricondurre nell'alveo di operatività della disciplina in tema di appalti di lavori, possa ammettersi - in ossequio ad un orientamento giurisprudenziale che si andava consolidando prima del varo della "Merloni-ter"- che la stazione appaltante dichiari preventivamente la natura mista della gara e pretenda, quindi, che siano rispettati i requisiti tecnici e finanziari e prestate le garanzie prescritte dalle discipline dettate per i diversi settori di appalto pubblico cui sono riconducibili le differenti prestazioni dedotte in contratto.¹⁴

Tale facoltà non può essere esclusa certo allorché i lavori da aggiudicare in seno ad una procedura di gara oggettualmente più complessa non superino la soglia percentuale indicata nel nuovo comma 1 della disposizione in commento (50%).

A ben vedere, d'altra parte, non sembra che sussistano argomenti esegetici insormontabili inconiugabili con l'esercizio di una siffatta facoltà della stazione appaltante anche ove la fattispecie concreta rientri nell'orbita applicativa della disposizione da ultimo citata: né sembra che il riconoscimento di tale possibilità sia in contrasto con l'impostazione teleologica sottesa all'innovazione introdotta con la legge n. 415/98, volta solo ad introdurre un parametro oggettivo che, stemperando i rischi insiti nell'utilizzazione funzionale del criterio di accessiorietà, precluda alla stazione appaltante di scegliere il regime giuridico da applicare e di sottrarsi, quindi, a quello corrispondente al diverso settore cui è riferibile la prestazione reputata accessoria.

Con questa ratio dell'intervento legislativo non sembra affatto incompatibile la facoltà della stazione appaltante di imporre preventivamente l'osservanza non solo del regime giuridico di cui il criterio della prevalenza economica indicato dalla disposizione in commento richiede l'applicazione, ma anche di quello dettato per il diverso settore di appalti (forniture o servizi) al quale è riconducibile la prestazione meno rilevante nell'economia complessiva del contratto: tutto ciò a condizione, ovviamente, che tra le diverse disposizioni volte a comporre e plasmare la disciplina per così dire accessoria siano richiamate solo quelle non incompatibili con il regime giuridico principale, imposto cioè dalla legge quadro in materia di lavori pubblici¹⁵.

La voglia di oggettività e di semplificazione che trasuda dal rinnovato quadro normativo non è peraltro compiuta. Se infatti si pone mente al ricordato testo dell'art. 3 del D.Lgs n. 157/1995, come modificato dalla legge n. 415/1998, si evince che per gli appalti di servizi e di lavori il legislatore non si è limitato alla semplice sostituzione, per certo più lineare, del criterio della accessorietà con quello della prevalenza economica ma ha proceduto ad un'integrazione dei criteri. La norma recita infatti che detti appalti, pur comprendendo anche l'esecuzione di lavori, sono considerati appalti di servizi qualora "i lavori assumano valenza accessoria rispetto ai servizi, siano complessivamente di importo inferiore al 50 per cento del totale, e non costituiscano l'oggetto principale del contratto".

La disciplina produce allora questi esiti : si applica la normativa sui lavori ove i lavori siano quantitativamente prevalenti; viene in rilievo la disciplina sui servizi ove i servizi siano quantitativamente prevalenti rispetto a lavori accessori. Una zona d'ombra sembra profilarsi ove si verta in tema di lavori quantitativamente subvalenti ma di carattere principale sul versante funzionale: la lettera della norma, nella parte in cui prevede il cumulo delle tre condizioni ivi descritte per determinare l'attrazione nell'alveo degli appalti di servizi, induce a ritenere che la funzione principale dei lavori comporti, anche in caso di subvalenza economica degli stessi, l'applicazione della disciplina sui lavori. L'assunto è corroborato dal rilievo che la "Merloni-ter" si è preoccupata di qualificare come appalto di lavori quello in cui questi ultimi siano, pur se accessori, economicamente prevalenti; è plausibile che sia stata presa in considerazione detta fattispecie in quanto quella in cui i lavori sono principali determina, anche in caso di subvalenza economica dei medesimi, l'applicazione, anche alla luce della rinnovato art. 3, comma 3, del D.Lgs n. 157/1995, della disciplina sui lavori. Una simile ricostruzione soppesce un attimo gli entusiasmi manifestati in precedenza in quanto innesca il riemergere, sia pure nella ridotta ottica descritta, del criterio della accessorietà, con tutte le sue incertezze, come criterio decisivo. Ancora non si può tacere del rammarico per non avere il legislatore del 1998 saputo cogliere l'occasione offertagli per una definitiva semplificazione di una materia che risulta invece complicata per certi versi da una soluzione combinatoria contraddistinta dal mescolarsi dei criteri della prevalenza economica e dell'accessorietà (16).

NOTE

(1) Cfr. C.M BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 1987, 450 e 454.

(2) Cfr., in dottrina, R. SACCO-G. DE NOVA, *Il Contratto*, vol. II, Torino, 1993, 428 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1975, 137 ss. In giurisprudenza cfr., *ex plurimis*, Cass, sez. II, 23 luglio 1983, n. 5075, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, 1799. Per l'applicazione del procedimento analogico cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 453, il quale osserva che occorre confrontare "le singole situazioni contrattuali con situazioni simili regolate dalla legge e, tenendo conto della ragione di questa, verificare "di volta in volta quale soluzione normativa appaia più appropriata in relazione al caso concreto".

(3) Ad avviso di M. ZOPPOLATO, in TASSAN MAZZOCCO- ANGELETTI- ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni ter)*, Milano, 1999, 9, il criterio dell'accessorietà appare

ragionevole se si considera che i lavori raggiungono facilmente importi elevati, tanto che la soglia comunitaria per i lavori è oltre 20 volte superiore a quella per i servizi e le forniture. "Pertanto, ben può verificarsi che la componente dei lavori presenti un rilevante ammontare economico, senza anche laddove i lavori stessi hanno natura meramente accessoria e non costituiscono affatto la prestazione più importante del contratto. Sarebbe in tal caso illogico applicare una disciplina eterodossa rispetto a quella relativa allo scopo reale del contratto. L'A., alla nota 13, fa riferimento al cd. "contratto di *global service*, avente ad oggetto la gestione complessiva del patrimonio dei soggetti pubblici, nel cui ambito ai servizi di gestione vera e propria si affiancano servizi di manutenzione degli immobili, che, pur rilevanti nell'ammontare, non costituiscono certo la componente fondamentale del contratto".

(4) La normativa nazionale di recepimento si limita, sul punto, a prevedere che negli appalti pubblici di forniture devono considerarsi compresi i lavori di installazione (art. 1, D. Lgs. n. 358/92). Il medesimo criterio dell'accessorietà, inteso peraltro nella sua accezione dichiaratamente soggettiva, è utilizzato, inoltre, al fine di distinguere gli appalti di fornitura e posa in opera dagli appalti di lavori, dalla circolare dell'Anas 26 luglio 1996, n. 748, relativa alla circolare del Ministero dei lavori pubblici del 16 maggio 1996, n. 2357, concernente la "fornitura e posa in opera di beni inerenti la sicurezza della circolazione stradale". "Nei casi di appalti di fornitura e posa in opera, per stabilire se si tratti di appalto oppure di semplice fornitura, è decisiva la volontà delle parti contraenti, e cioè:

- se l'elemento determinante è il bene mobile da fornire e la posa in opera è un accessorio che non caratterizza il contratto, trattasi di fornitura;

- ma se il bene mobile è soltanto un elemento del bene complessivo che interessa il committente, non v'è dubbio alcuno che trattasi di appalto di lavori". E' opportuno far riferimento, al riguardo, ai tre diversi criteri utilizzati, in ambito privatistico, dalla giurisprudenza civile e dalla dottrina nazionale al fine di distinguere tra l'appalto d'opera e la compravendita di cosa futura: si tratta del criterio oggettivo della "prevalenza", che impone il raffronto dei valori economici ascrivibili alle diverse prestazioni dedotte in contratto, sicché la fattispecie va qualificata come appalto quando il costo dell'elemento lavoro superi quello della fornitura; il criterio della "ordinaria produzione" che, mutuato dalla normativa tributaria, segnatamente dall'art. 1, comma 5, legge 19 giugno 1941, n. 771, in forza del quale "qualunque sia il valore delle materie, merci o prodotti impiegati nella lavorazione, si considerano vendite a fini tributari i contratti con i quali una ditta si obbliga di consegnare cose che costituiscono oggetto della sua ordinaria produzione", sicché il contratto va, per converso, qualificato come appalto qualora la realizzazione del bene dedotto in contratto imponga al produttore una speciale attività, essendo estraneo alla normale ed ordinaria serie produttiva; quello, infine, "soggettivo", che rimanda all'effettiva volontà delle parti, imponendo un'indagine volta a verificare se le stesse abbiano effettivamente assegnato rilievo preminente all'obbligazione di *facere* o a quella di *dare*. Cfr., sul punto, Cass. civ., 2 giugno 1993, n. 6171, in *Rep. giur. it.*, 1993, voce "Appalto privato", n. 24; Cass. Sez. un., 9 giugno 1992, n. 7073, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1418, con nota di P. FABIANI; Cass. civ., sez. II, 8 settembre 1994, n. 7697, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1244, con nota di F. CAVALIERE. Per un'ampia disamina dei contratti misti si veda G. GRECO, *Contratti misti e appalti comunitari*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1994, 1262.

(5) Con riferimento agli appalti di lavori nei settori prima esclusi, la stessa direttiva 93/38 statuisce che gli stessi "possono comportare inoltre le forniture e i servizi necessari alla loro esecuzione" (art. 1, punto 4, lett. b).

(6) G. GRECO, *Contratti <<misti>> e appalti comunitari*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1994, 1262 ss., in part. 1266. L'A. indica, a titolo esemplificativo, una serie di fattispecie in relazione alle quali il criterio dell'accessorietà potrebbe risultare inadeguato, se "inteso come riferentesi a prestazioni meramente strumentali e secondarie rispetto all'oggetto principale del contratto": il "contratto di servizio di mensa con fornitura di cibi precotti; ... un contratto che preveda la fornitura di metano e la manutenzione e gestione degli impianti di riscaldamento in stabili pubblici; ... una convenzione di distribuzione al pubblico di gas o di acqua, previa realizzazione della rete e manutenzione della stessa; ... ferrovie in concessione con costruzione delle linee; ... realizzazione di un impianto di riciclaggio, che comporta sia opere edili, sia

fornitura di impianti, ecc.". In tutti questi casi - sostiene l'A. - "il criterio dell'accessorietà non può operare, perché esso presuppone certezza sull'oggetto principale del contratto".

(7) G. GRECO, *op. cit.*, 1266, il quale rileva che, diversamente opinando, quello dell'accessorietà non costituirebbe "un criterio discrezionale. Se, infatti, esso presuppone una autonoma individuazione di ciò che costituisce <<l'oggetto dell'appalto>> (...), ecco che lo stesso rinvia ad un altro criterio ermeneutico, che non può essere quello della prevalenza". *Contra*, in dottrina, G. MORBIDELLI e M. ZAPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI -G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 213 ss., in part. 225, i quali rilevano che, in sede di applicazione del canone dell'accessorietà, è necessario avvalersi di "tutti i criteri ermeneutici in materia contrattuale, ivi inclusa la ricostruzione della volontà delle parti e della reale finalità dell'accordo". Gli A., d'altra parte, sottolineano l'incertezza che connota siffatto criterio di individuazione del regime giuridico applicabile agli appalti misti, rimarcando, per converso, la preferibilità del canone della prevalenza. "... mentre non sussistono margini di dubbio o interpretativi negli appalti aventi ad oggetto contemporaneamente forniture e servizi, che saranno assoggettati alla disciplina tipica della prestazione di importo superiore, risulta invece rimessa all'interprete l'individuazione della disciplina dei contratti aventi ad oggetto sia lavori che servizi, occorrendo in tal caso individuare quale sia l'oggetto principale dell'appalto e quali le prestazioni ad esso <<accessorie>>".

(8) Sentenza n. 331/92 del 19 aprile 1994, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1994, 1238, con nota di G. GRECO, *Contratti <<misti>> e appalti comunitari*.

(9) E' appena il caso di sottolineare, al riguardo, che nell'ambito oggettuale degli appalti pubblici di servizi non possono in alcun modo essere ricondotti i pubblici servizi: ciò per almeno due ragioni, la prima desumibile dalle obiettive caratteristiche che le due fattispecie presentano alla stregua della rispettiva disciplina, la seconda, invece, ricavabile dall'analisi dell'iter di gestazione della direttiva 92/50/Ce. Quanto alla prima, non si trascuri che la direttiva 92/50, che definisce gli appalti pubblici di servizi come "contratti a titolo oneroso", trova applicazione solo con riferimento ai contratti onerosi per l'amministrazione aggiudicatrice, implicanti, pertanto, un'erogazione di denaro da parte della stazione appaltante (c.d. contratti passivi): peculiarità, questa, che non si riscontra, invece, per l'affidamento dei pubblici servizi, normalmente accompagnato dal versamento di un canone effettuato dal gestore in favore dell'amministrazione. D'altra parte, i servizi cui ha riguardo la direttiva 92/50 hanno per oggetto prestazioni rese da terzi in favore dell'amministrazione, attività dunque in alcun modo assimilabili a quelle destinate a costituire il nucleo dei servizi pubblici: è sufficiente pensare, sul punto, alla definizione di servizi pubblici fornita dall'art. 22, comma 1, legge n. 142/90, quali attività assunte e prestate dall'Ente locale, in via diretta o indiretta, a favore della collettività al fine di realizzare "fini sociali e promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". D'altra parte, gli stessi lavori preparatori della direttiva 92/50 corroborano, se ancora ve ne fosse bisogno, l'assunto della sostanziale diversità intercorrente tra le due figure. Ed invero. L'originaria proposta di direttiva, presentata dalla Commissione al Consiglio il 13 dicembre 1990, estendeva la propria sfera oggettuale fino a ricomprendere anche le concessioni di pubblici servizi definite come contratti conclusi "tra l'amministrazione ed un altro ente di sua scelta in forza del quale l'amministrazione demanda all'ente l'esecuzione di un servizio pubblico di sua competenza e l'ente accetta di svolgere tale attività avendo come corrispettivo il diritto di sfruttare il servizio oppure tale diritto accompagnato da controprestazione pecuniaria". Sennonché, la figura della concessione di servizi, originariamente contemplata dalla proposta di direttiva, non compare più nel testo finale e definitivo della direttiva. Sul punto, cfr. G. GRECO, *Contratti "misti" e appalti comunitari*, *cit.*, 1268; F. FRACCHIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. amm.*, 1993, 367; G. MORBIDELLI, *Società miste, servizi pubblici e opere accessorie*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 493 ss., in part. 501, nota 10.

(10) T.A.R. Veneto, sez. I, 11 febbraio 1997, n. 363, in *Foro amm.*, 1997, 1997; 2398; T.A.R. Lombardia, sede di Brescia, 22 maggio 1998, n. 442, inedita. Sulla base del criterio dell'accessorietà, inteso ed applicato in senso funzionale-soggettivo, è stato qualificato come appalto di servizi e non di lavori il contratto avente ad oggetto l'esercizio e la manutenzione degli impianti di riscaldamento e produzione di acqua calda sanitaria, nonché l'esecuzione di lavori di trasformazione a gas metano e realizzazione di un sistema telematico per la gestione

del servizio di riscaldamento: qualificazione in favore della quale, militerebbe, ad avviso del Giudice amministrativo, la circostanza per cui l'oggetto del contratto in questione sarebbe costituito, in misura prevalente, dalla prestazione del servizio rispetto alla quale la realizzazione di eventuali opere assumerebbe una funzione assolutamente marginale, T.A.R. Lazio, sez. II, 15 marzo 1995, n. 445, in *Trib. amm. reg.*, 1995, 1, 1520. Perplessità sono espresse, con riguardo a siffatta applicazione del canone dell'accessorietà, da P. SANTORO, *Gli appalti pubblici: nozione comunitaria e tipologie nazionali*, in *Foro amm.*, 1998, 1282 ss., in part. 1311, il quale rimarca il rischio che si introduca, in tal modo, "una certa elasticità nella stessa definizione dell'oggetto principale dell'appalto spostando il fulcro dall'esecuzione di lavori con qualsiasi mezzo, ancorché di manutenzione, alle attività propedeutiche ad essa finalizzata (anagrafe del fabbisogno manutentivo, elaborazione di un programma pluriennale e gestione degli interventi) che il tribunale ascrive ad attività di *service* dopo aver configurato il contratto come misto per la presenza di prestazioni tra loro autonome; è proprio l'enucleazione di un'attività preliminare e l'abbandono della prevalenza economica hanno consentito di ribaltare l'oggetto rispetto agli interventi di manutenzione. La linea adottata potrebbe preludere alla riedizione della concessione di committenza sotto la specie di un contratto di servizi, con possibile elusione delle direttive qualora si assemblassero servizi non contemplati".

(11) 25 luglio 1996, n. 857, in *Riv. trim. app.*, 1998, 195, con nota di C. GUCCIONE, *Appalto d'opera e fornitura con posa in opera: criteri di distinzione*.

(12) Sezione I, 17 febbraio 1998, n. 233, in *I TAR*, 1998, 1375.

(13) E' stata ritenuta irrilevante la mancata indicazione di detta attività di manutenzione nell'allegato al D.Lgs n. 257/1995, in quanto il carattere non tassativo della relativa elencazione è confortato dalla voce generica di cui all'allegato b "altri servizi".

(14) Per alcuni precedenti giurisprudenziali antecedenti alla approvazione della "Merloni-ter", cfr. T.A.R. Veneto, 16 novembre 1995, n. 1354, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, 136, ove si enuncia il principio in forza del quale nei contratti "di fornitura e relativa installazione o posa in opera è legittimo che l'amministrazione ritenga la gara mista applicando sia le regole sulle forniture sia quelle relative all'appalto, ogni qualvolta ravvisi la necessità che nella disciplina di gara non si prescindano dal possesso dei requisiti richiesti per entrambi i tipi di appalto unificati"; T.A.R. Campania, 8 gennaio 1996, n. 10, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, 1300.

(15) In senso contrario opina ZOPPOLATO, *cit.*, 10-11, a cui dire la prescrizione innovativa può trovare applicazione nei contratti non rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria, perché di valore inferiore alla soglia fissata per gli appalti di servizi e di forniture (attualmente 200.000 ECU) o perché concernenti fattispecie escluse dalle relative disposizioni. Il dato della prevalenza quantitativa non può invece valere, secondo l'A., nell'ambito di operatività delle normative comunitarie sui servizi e sulle forniture, che, come si è detto, escludono espressamente la rilevanza dei lavori "accessori" al fine di individuare la disciplina applicabile. Né, soggiunge l'A., in senso contrario può assumere rilievo la modifica del D.Lgs. n. 157/1995, "anch'essa inidonea a scalfire il consolidato principio comunitario desumibile dalle premesse alla direttiva 92/50 e dalla giurisprudenza comunitaria. Anche in presenza della disposizione in esame, pertanto, dovrà individuarsi quale sia la prestazione prevalente nell'appalto, a prescindere (nel caso di contratti misti lavori-forniture o lavori-servizi) dal valore; e, in conseguenza, si dovrà applicare la relativa disciplina e disapplicare le norme interne che pretendano di opporvisi".

(16) Vedi GUCCIONE, *cit.*, 3-4.

A. Zioldi (Rivista Trimestrale degli Appalti n. 1/2000)

Appalti di lavori, appalti di servizi, appalti misti: riferimenti per una delimitazione dell'ambito oggettivo della legge quadro sui lavori pubblici

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Lavori e opere pubbliche. - 2.1. Lavori, appalti di servizi, servizi pubblici e forniture. Criteri di distinzione. - 3. Gli appalti misti. - 4. La disciplina degli appalti misti nella Merloni ter. - 5. Le attività di manutenzione. Il global service.

1. Premessa. - All'interprete che si avventuri sul terreno della normativa comunitaria degli appalti accade spesso di trovarsi a percorrere itinerari sempre più frequentati e tuttavia - per proseguire nella metafora - privi di adeguata segnaletica. Non è, a dire il vero, che manchino cartelli indicatori: al contrario, ce ne sono forse troppi, ma non tutti sufficientemente chiari né particolarmente coerenti. D'altra parte, si tratta di cartelli bilingui, nei quali le espressioni (il linguaggio del legislatore comunitario e quello del legislatore nazionale) non sembrano, spesso, nemmeno troppo coordinate tra loro.

Accade così che l'urgenza di rinvenire soluzioni concrete ai problemi applicativi discendenti dall'ampliamento dei confini della rilevanza comunitaria nel campo dell'attività di impresa si scontra con la impossibilità di definire ed offrire soluzioni in grado di elevare a sistema organico una materia (quella, appunto, degli appalti comunitari) nella quale il denominatore comune rappresentato dall'assoggettamento delle attività economiche costituenti fornitura di beni e della prestazione - in senso lato - di servizi ad una pubblica amministrazione ai principi della concorrenza e della parità di trattamento appare frantumarsi in una frammentazione di discipline tra loro non sempre coordinate. Per tentare di individuare alcuni punti fermi, si cercherà quindi nelle pagine che seguono di tentare di offrire un quadro il più possibile semplificato delle relazioni e delle interferenze esistenti tra le differenti normative di settore, per evidenziare come al succedersi dei criteri di disciplina dettati da più fonti normative segua quasi inevitabile il riproporsi, magari sotto diverse spoglie, degli stessi problemi.

2. Lavori e opere pubbliche. - La l. 18 novembre 1998, n. 415 - meglio nota come Merloni-ter - ha modificato ed aggiornato, con la tecnica della novella legislativa - la legge quadro in materia di lavori pubblici (l. 11 febbraio 1994, n. 109), già del resto modificata nel 1995 con d.l. 3 aprile 1995, n. 101, convertito con modificazioni nella l. 2 giugno 1995, n. 216 (detta appunto Merloni bis).

L'art. 1, comma 1, l. n. 415, novellando l'art. 2, l. n. 109 del 1994, descrive l'ambito di applicazione della disciplina concorrenziale in materia di appalti pubblici. La formulazione della norma, se si eccettuano due modifiche sulle quali ci si riporterà in seguito, richiama in termini sostanzialmente identici la tecnica definitoria già adottata dalla normativa previgente.

Agli effetti della legge quadro sono considerati lavori pubblici "le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica".

Si tratta di una definizione compatibile con quella comunitaria, ed in particolare con quella ricavabile dalla Direttiva CEE 14 giugno 1993, n. 93/37 (1), che coordina le procedure degli appalti di lavori, la quale all'art. 1, lett. a stabilisce che "gli 'appalti pubblici di lavori' sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice... aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'Al. II, o di un'opera di cui alla lettera c..." (2).

L'analisi dell'ambito oggettivo di applicazione della normativa impone, preliminarmente, di stabilire se alla locuzione normativa, che fa riferimento ai "lavori" e non alle "opere" pubbliche si debba attribuire un particolare significato, il che rimanda, più in generale, al problema di stabilire se le nozioni di "opera" e "lavoro pubblico" sottendano una realtà concettuale e normativa differente.

Nella legislazione italiana, a partire dalle norme fondamentali della l. 20 marzo 1865, n. 2248 All. F, non è mai esistita una definizione normativa di "opera" e "lavoro pubblico" ma, al più, elenchi di opere e lavori pubblici, il che, se lasciava intuire la propensione del legislatore per una scelta definitoria di tipo 'ordinamentale' (correlata cioè e giustificata dal particolare oggetto dell'intervento normativo), segnalava nello stesso tempo una certa ambivalenza tra i due concetti che, spesso, venivano in sostanza utilizzati indistintamente (3).

Al contrario, le raffinate ricostruzioni dottrinali, che trovavano adeguata eco in sede giurisprudenziale, si muovevano nel solco della consapevolezza della necessità di differenziare i due concetti che, effettivamente, si prestavano a definire realtà ontologicamente e giuridicamente distinte. Così, in estrema sintesi, per "lavoro" pubblico si è definita l'attività materiale destinata al raggiungimento di un determinato risultato; per "opera" pubblica, il risultato di tale attività, vale a dire la creazione di un quid novi - fosse una nuova realtà fisica, ovvero la manipolazione o la trasformazione dell'esistente - dotato di un'autonoma funzione economica (4).

Dunque, un concetto dinamico, in relazione ad un concetto statico e di risultato, idonei in ogni caso a descrivere in sostanza due facce o momenti della stessa realtà (5), pur non essendo tra loro ambivalenti, in quanto i lavori identificano un'area di interventi più ampia, non necessariamente correlata funzionalmente alla realizzazione di un'opera (6). Di conseguenza, una prima conclusione che può ricavarsi è che l'uso della particolare locuzione normativa valga ad estendere l'ambito di applicazione della legge, comprendendo anche attività che possono insistere su opere pubbliche, come ad esempio le ristrutturazioni o le manutenzioni, laddove la strumentalità si apprezzi in relazione al mantenimento in efficienza dell'opera (7).

In ogni caso, un limite ontologico di estensione della portata oggettiva della normativa è quello del carattere immobiliare della res: difatti, anche le attività per così dire strumentali, o non direttamente inerenti la realizzazione di un'opera pubblica, debbono sempre insistere su beni immobili (8), secondo la definizione stabilita dall'art. 812 cod. civ., che comprende "il suolo, le sorgenti i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici, le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo. ...I mulini, i bagni, e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo e sono destinati in modo permanente per la loro utilizzazione", nonché, estensivamente, sulle pertinenze, ossia le cose destinate in

modo durevole a servizio od ornamento (art. 818 cod. civ.).

Meno univoco appare invece il significato dell'aggettivazione "pubblico" che accompagna i sostantivi esaminati.

Tale espressione infatti sembra rimandare ad una pluralità di significati che vanno dalla qualità pubblica del bene immobile sul quale insiste l'attività, ad una sua destinazione funzionale correlata alla soddisfazione ad un interesse pubblico.

Ciò corrisponde ad altrettanti requisiti che, secondo l'interpretazione dottrinale ampiamente consolidata, si considerano idonei ad identificare il lavoro o l'opera, e cioè a dire, la proprietà pubblica del bene, o comunque la competenza pubblica a deliberarne la esecuzione, ovvero la sussistenza di un fine pubblico da soddisfare (9). Nel primo caso, come appare evidente, possono definirsi pubblici soltanto i lavori commessi da soggetti pubblici ed afferenti a beni di proprietà pubblica, nel secondo, l'attributo della pubblicità finisce per dilatarsi fino a comprendere attività affidate da soggetti privati purché relative a beni destinati alla soddisfazione di un interesse pubblico.

Le premesse ora poste inducono a domandarsi se la disciplina della legge quadro aderisca ad una o all'altra delle due opzioni ermeneutiche, ovvero delimiti una realtà concettuale e normativa differente.

La risposta che emerge dalla norma sembra chiaramente orientata nel secondo senso.

Infatti, se la nozione di "lavori pubblici" dovesse essere circoscritta alle attività inerenti beni di proprietà pubblica o di interesse pubblico, non si comprenderebbe il motivo per cui l'ambito di applicazione della disciplina sugli appalti venga esteso, sia pure non integralmente, anche a soggetti formalmente privati, ovvero a soggetti privati per la realizzazione di beni privati che non sono qualificabili come beni di interesse o rilevanza pubblica. Difatti, l'art. 2, comma 2, lett. b, l. n. 109 del 1994 - come modificato dalla l. n. 415 - prevede che le disposizioni della legge-quadro si applichino anche alle società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria e minoritaria che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ovvero ai concessionari di servizi pubblici, e la successiva lettera c assoggetta all'applicazione delle disposizioni concorrenziali comunitarie i soggetti privati, in relazione ai lavori compresi nell'All. A, d.lgs. n. 406 del 1991 (10) "nonché ai lavori relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero...edifici industriali di importo superiore a 1 milione di Ecu, per la cui realizzazione sia previsto da parte dei soggetti di cui alla lettera a (ossia delle amministrazioni aggiudicatrici: n.d.a.), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o capitale che, attualizzato, superi il 50% dell'importo dei lavori" (11).

In realtà, per comprendere pienamente l'ambito di estensione della legge, occorre considerare che la nozione di lavori pubblici è, per così dire, autoreferenziale, nel senso che la stessa definizione recata dall'art. 2, comma 1, vale espressamente "ai sensi e per gli effetti della presente legge". Quindi la norma non pone un problema di tecnica definitoria estensibile a tutto l'ordinamento, ma assume - più concretamente - la funzione di stabilire a quali attività ed a quali soggetti debba applicarsi il regime concorrenziale dalla stessa previsto.

E proprio l'autoreferenzialità della definizione impone di leggere l'art. 2, comma 1, in stretta connessione con i successivi commi 2, 3 e 4, vale a dire con quelle disposizioni che definiscono l'ambito soggettivo di applicazione della legge quadro. Difatti, lo stesso art. 2, comma 1, espressamente statuisce che si intendono "lavori pubblici" le attività sopra descritte "se affidati(i) dai soggetti di cui al comma 2 del presente articolo".

Di conseguenza, si può ricavare la conclusione che, agli effetti dell'applicabilità della normativa sugli appalti, si assiste ad una dilatazione della connotazione pubblicistica dei lavori, che giunge a comprendere anche situazioni nella quali l'elemento di pubblicità è dato dalla natura pubblica del soggetto; dalla intrinseca rilevanza pubblica del bene; dal concorso finanziario pubblico nella realizzazione ad opera di privati.

È evidente pertanto che potranno esservi lavori i quali - soggettivamente e finalisticamente non pubblici - assumono tale natura soltanto a condizione che siano affidati da soggetti e nelle situazioni indicati dall'art. 2. Ma questa è una conseguenza prevista e voluta dal legislatore che ha inteso, in questo modo, dilatare l'ambito di applicazione del regime garantistico degli appalti a tutte quelle situazioni nelle quali l'attività esecutiva si correla, in qualche modo, a beni o risorse pubblici (12).

Ciò detto, l'art. 2, comma 1, enumera una serie di attività, che dovrebbero costituire espressione del più lato concetto di lavoro pubblico, ossia, costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauri di opere e impianti anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica.

La principale novità introdotta dalla l. n. 415 è lo specifico riferimento alle opere di ingegneria naturalistica, non previste nella formulazione originaria della norma.

La normativa non specifica cosa debba intendersi per tali interventi, né è dato rinvenire alcun riferimento legislativo al riguardo.

Va comunque rilevato che, per le ragioni sopra dette, non potrà che trattarsi di attività esecutive inerenti beni immobili, ancorché con elevato coefficiente di specificità.

Qualche riferimento utile ai fini della individuazione di tali interventi può essere ricavato dal d.P.C.M. 5 agosto 1997, n. 517, emesso in attuazione dell'art. 8, comma 6, d.lgs. 17 maggio 1995, n. 158, sugli appalti di servizi nei settori esclusi. Tale ultima norma prevedeva la sottrazione alla disciplina concorrenziale comunitaria di quegli appalti di lavori che, pur affidati da soggetti tenuti all'applicazione della normativa settori esclusi, non fossero "strettamente correlati agli scopi istituzionali dei soggetti aggiudicatori", o che, pur essendo funzionali a detti scopi, riguardassero opere il cui contenuto specialistico non fosse direttamente correlato con le specificità tecniche dei settori esclusi (acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni).

Nel catalogo indicato dal decreto risultano indicati alla lett. g i lavori relativi "agli acquedotti, fognature, impianti di irrigazione e difesa e sistemazioni idrauliche, dighe", e alla lett. h "i lavori di sistemazione agraria, forestale e di verde pubblico", che possono, di conseguenza, identificare il contenuto della previsione normativa.

Le attività specificamente indicate dall'art. 2, comma 1, e che esauriscono in sostanza la tipologia di interventi materiali - per cui non appare decisivo l'interrogativo se si tratti di una elencazione semplificativa oppure tassativa - non pongono particolari problemi interpretativi, soccorrendo a tale riguardo la definizione recata dall'art. 31, l. n. 457 del 1978 cui la legge Merloni fa evidente, ancorché inesplicito, rinvio (13).

2.1. Lavori, appalti di servizi, servizi pubblici e forniture. Criteri di distinzione. - L'ambito oggettivo di applicazione della normativa sugli appalti di lavori si definisce tuttavia, oltre che in positivo, anche "per sottrazione" rispetto all'ambito contiguo e per molti versi concorrente descritto dalla normativa dettata dall'ordinamento comunitario in

tema di appalti di servizi e forniture.

Non v'è dubbio, al riguardo, che un primo aspetto problematico è costituito dalla necessità di delineare, per i fini che qui interessano, il regolamento di confini tra la materia "appalti pubblici di servizi" e quella "appalti pubblici di lavori", essendo del tutto evidente che, su un piano meramente descrittivo, anche i servizi, in quanto prestazioni di fare, potrebbero riassumere in sé i tratti morfologici dell'attività progettuale-esecutiva costituente lavoro pubblico.

A questi fini, tuttavia, appare preliminarmente necessario chiarire, sia pure in termini del tutto sommari, la distinzione tra appalto pubblico di servizi e servizio pubblico. Non si tratta, a dire il vero, di definire una nozione in via puramente residuale - posto che, anzi, la legislazione di adeguamento alla normativa comunitaria ha cura di chiarire in positivo gli elementi distintivi - ma della necessità di sgombrare il campo da possibili interferenze che incidono anche sul piano della disciplina positiva.

La prima conclusione cui si deve pervenire è che la nozione comunitaria di 'appalto di servizi', rilevante agli effetti dell'applicazione dei d.lgs. 17 maggio 1995, n. 157 e n. 158, contenenti le norme di adeguamento delle Direttive "servizi" (92/50) e "settori esclusi" (90/531 e 93/38) non coincide con quella di "pubblico servizio".

Senza avere alcuna pretesa di completezza, si possono definire i pubblici servizi, per i fini che qui interessano, come quelle attività economicamente valutabili che una pubblica amministrazione decide di "assumere", ossia di gestire, in favore della collettività, indistintamente considerata, ovvero uti singuli, dietro corresponsione di una tariffa e che vengono gestiti in una delle forme organizzative di cui all'art. 22, l. n. 142 del 1990 (14).

Nessun richiamo in tal senso è, invece, contenuto né nella normativa comunitaria né in quella di recepimento in materia di servizi.

Particolarmente significativa appare la circostanza - ampiamente nota - che la originaria proposta di Direttiva servizi (15), prevedeva espressamente la definizione di concessione di pubblico servizio, eliminata nella versione definitiva, tale dovendosi definire "un contratto diverso dalla concessione di lavori pubblici concluso tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un altro ente di sua scelta in forza del quale l'amministrazione trasferisce all'ente l'esecuzione di un servizio pubblico di sua competenza e l'ente accetta di svolgere tale attività avendo come corrispettivo il diritto di sfruttare il servizio oppure tale diritto accompagnato da una controprestazione".

D'altra parte, sono gli stessi concetti normativi di "appalto pubblico di servizi" da un lato e di "servizio pubblico" dall'altro a descrivere due fattispecie tendenzialmente differenti tra loro.

La semplice lettura dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 157 del 1995 e dell'art. 22, l. n. 142 del 1990, convincono della immediata differenza.

Per la prima gli appalti pubblici di servizi "sono contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice ...aventi ad oggetto la prestazione di servizi elencati negli Allegati 1 e 2": tra questi, sono ricomprese attività (come, ad esempio, i servizi legali e quelli finanziari) la cui presenza può giustificarsi soltanto in relazione alla concezione di fondo che ispira l'ordinamento comunitario dei servizi, Intesi (artt. 59 e 60 del Trattato) come attività di prestazione intellettuale o materiale resa dietro remunerazione in regime di libera concorrenza.

Per la seconda i pubblici servizi locali sono quelli "che abbiano per oggetto produzioni di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

Le due norme chiariscono che ci troviamo di fronte ad una prestazione di fare, resa da un imprenditore privato nell'interesse di un soggetto (generalmente coincidente con la pubblica amministrazione), sinallagmaticamente correlata ad un corrispettivo, laddove invece il contenuto materiale del servizio pubblico locale - remunerato normalmente su base tariffaria a carico dell'utenza - è funzionale piuttosto alla soddisfazione dell'interesse delle collettività locali a fruire di prestazioni che di per sé non sfuggono, comunque, ad una valutazione di tipo economico-remunerativo (16).

Diversa, dunque, la nozione e diversi, di conseguenza, gli obiettivi, poiché se il pubblico servizio locale coniuga necessariamente imprenditorialità ed ottimale allocazione delle risorse, efficienza e partecipazione degli utenti, la ragion d'essere della disciplina degli appalti pubblici di servizi viene in sostanza a coincidere con la necessità di garantire il principio di concorrenzialità tra imprese egualmente interessate al mercato dei servizi (rectius: prestazioni di fare) da fornire alla pubblica amministrazione. In sostanza, si può dire che gli appalti di servizi siano quei contratti attraverso i quali la pubblica amministrazione procura a se stessa un servizio, selezionando dal mercato un prestatore e remunerandolo secondo un paradigma contrattuale.

Più lineare appare invece la distinzione tra servizi e forniture, che ricalca in buona sostanza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra appalto di prestazioni d'opera e vendita.

Così, gli appalti di forniture sono quei contratti a titolo oneroso aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione, l'acquisto a riscatto con o senza opzioni per l'acquisto conclusi per iscritto tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un fornitore (art. 2, d.lgs. n. 358 del 1992) (17).

3. Gli appalti misti. - Si può affermare con sufficiente certezza che la cartina di tornasole della validità dei criteri definitori dell'ambito oggettivo degli appalti di servizi e dei lavori sia rappresentata dalla disciplina da applicare agli appalti misti, concetto sostanzialmente descrittivo che enuclea le ipotesi, tutt'altro che infrequenti, nelle quali la prestazione richiesta dall'amministrazione risulti oggettivamente complessa e non totalmente riconducibile ad un unico schema negoziale e, quindi, ad un'unica disciplina di settore.

L'osservazione poc'anzi formulata, tuttavia, non sarebbe pienamente intelligibile se prima non si desse conto delle ragioni della rilevanza degli appalti misti ai fini dell'applicabilità della normativa comunitaria.

Non pare dubbio che la nozione di appalto misto richiami la categoria qualificatoria del contratto misto, compiutamente elaborata in via dottrinale e giurisprudenziale a partire dagli anni 30 per tentare di descrivere fenomeni economici che richiedevano una classificazione sul piano giuridico e l'individuazione della relativa disciplina (18).

Si può dire che la dogmatica del contratto misto rifletta l'irriducibilità della realtà economica alla classificazione tipologica codicistica che contempla la disciplina di tipi contrattuali ben definiti: situazioni decisamente più complesse, nelle quali l'assetto di interessi implica la compresenza di elementi di più contratti tipici, ovvero l'elaborazione di schemi negoziali del tutto nuovi, che combinano frammenti di contratti tipici (si pensi, quindi, a

contratti di fornitura e posa in opera di determinati manufatti, dove si fondono elementi della vendita e dell'appalto; il contratto di fornitura di software e l'assistenza tecnica continuativa), impongono non solo il vaglio di meritevolezza previsto dall'art. 1322 cod. civ. - che nello stesso tempo agisce da trasformatore permanente della libertà di esplicazione dell'autonomia privata - ma richiedono, soprattutto, la definizione della disciplina applicabile (19) al rapporto, evidentemente non mutuabile, in via diretta, da uno dei tipi codicistici.

Si può affermare che la giurisprudenza sia ormai saldamente attestata nel ritenere applicabile il criterio detto della prevalenza, per cui dovrà essere applicata la disciplina del tipo negoziale che, secondo l'interpretazione della volontà delle parti, e quindi, nell'assetto complessivo degli interessi dalle stesse previsto, sia da ritenersi prevalente (20); la generalizzazione di tale principio non esclude tuttavia un temperamento nel senso che, ove tale disciplina non sia esaustiva, si potranno applicare, in via sostanzialmente cumulativa, elementi propri di quei contratti nominati considerati non prevalenti (21).

È chiaro, tuttavia, che il problema della elaborazione di un criterio di disciplina dei contratti misti esprime la necessità di una regola che contempra tutte le fasi dell'assetto negoziale di interessi, dalla formazione del consenso, alla esecuzione, alle conseguenze della patologia contrattuale.

In questo senso, i criteri della prevalenza o della combinazione si prestano a divenire criteri "generali" di regolazione del contratto atipico, che mutua quindi la propria integrale disciplina dal tipo prevalente in ragione dell'assetto volontaristico degli interessi.

Il richiamo alla volontà delle parti come criterio interpretativo della regola da applicare segnala però che gli approdi giurisprudenziali sopra indicati non risultano estensibili al diritto degli appalti pubblici comunitari.

Qui, infatti, non si tratta di risolvere problemi di disciplina di un determinato assetto di interessi, ma di individuare il soggetto tenuto ad eseguire una prestazione di "dare" o "facere" secondo criteri selettivi indisponibili ed inderogabili, come appunto quelli dettati dalle procedure di evidenza pubblica (22). E poiché il legislatore comunitario ha individuato regimi di scelta differenziati in ragione del tipo di prestazione richiesta, si tratta per l'appunto di stabilire quale disciplina sia applicabile.

Il problema dei contratti misti nel diritto comunitario degli appalti è, quindi, quello di definire - in presenza di una domanda di prestazioni oggettivamente complessa - le condizioni dell'applicabilità di una delle discipline singolarmente dettate per lavori, servizi e forniture (23).

È facile, quindi, constatare come il problema sia tutt'altro che secondario, in quanto dall'applicabilità dell'uno o dell'altro regime possono discendere conseguenze particolarmente rilevanti sulle stesse modalità dell'agire amministrativo. Senza pretese di completezza, si possono, ad esempio, riportare le più evidenti diversità di disciplina in relazione:

- ai diversi limiti di soglia (200.000 Dps per i servizi e 5.000.000 di Dps per i lavori) (24);
- alla necessità di iscrizione all'Albo nazionale costruttori e della qualificazione come previsto dall'art. 8, l. n. 109 del 1994, modificato dall'art. 2, l. n. 415 del 1998, prevista per gli appalti di lavori e non di servizi;
- alle differenze di procedura di aggiudicazione (ad esempio, alla possibilità di impiego dell'appalto concorso, prevista solo dalla normativa sugli appalti pubblici di servizi);
- al diverso regime processuale: le controversie relative alla esclusione dalle gare d'appalto in materia di lavori pubblici sono soggette ad un rito semplificato (art. 31 bis, l. n. 109) (25); solo per gli appalti di lavori è, infine, ammessa la compromissione in arbitri (art. 32, l. n. 109).

Prima di illustrare la disciplina recata dalla l. n. 415, appare opportuno descrivere le soluzioni introdotte dalle diverse direttive e dagli atti di recepimento nazionali.

Né la originaria Direttiva 71/305, in tema di aggiudicazione di lavori né la Direttiva 89/440 né infine, la Direttiva 93/37, che di quest'ultima costituisce aggiornamento, nulla prevedevano al riguardo.

Soltanto con la Direttiva servizi (92/50) veniva enunciato un criterio idoneo a individuare la disciplina applicabile nel caso in cui l'appalto di servizi comportasse anche l'esecuzione di lavori.

In realtà, benché potessero sussistere diversi dubbi sul carattere precettivo della disposizione, in ragione della sua collocazione topografica (per l'appunto, nelle premesse), si constatò che il XVI "considerando" della Direttiva precisava che i lavori eventualmente connessi all'appalto di servizi "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".

Tale criterio è stato in sostanza ribadito dall'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 157 che stabilisce che "gli appalti che, insieme alla prestazione di servizi, comprendono anche l'esecuzione di lavori, sono considerati appalti di servizi qualora i lavori assumano una funzione accessoria ai servizi e non costituiscano l'oggetto principale dell'appalto".

Lo stesso art. 3 detta altresì il criterio applicabile per individuare la disciplina degli appalti misti di servizi e forniture, stabilendo che "gli appalti che includono forniture e servizi sono considerati appalti di servizi quando il valore totale di questi è superiore al valore delle forniture comprese nell'appalto" (comma 4).

A propria volta, la Direttiva sulle forniture (93/36) prevedeva che gli appalti pubblici di forniture potessero comportare, a titolo accessorio, anche i lavori di posa in opera ed installazione: principio che è stato parzialmente riprodotto dall'art. 1, d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (modificato a propria volta dal d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 402) il quale prevede che il valore dell'appalto di forniture possa comprendere "eventuali lavori di installazione".

Infine, nel campo dei settori esclusi, il d.lgs. n. 158 del 1995 stabilisce (art. 7, comma 2) che "gli appalti che includono servizi e forniture...sono considerati appalti di forniture quando il valore totale di queste è superiore al valore dei servizi compresi nell'appalto" calcolato secondo il valore totale dei servizi e delle forniture comprensive degli eventuali lavori di posa in opera.

Riassumendo, il legislatore comunitario ha introdotto due criteri, destinati a disciplinare gli appalti misti in ragione delle tre combinazioni possibili, lavori e servizi, lavori e forniture, forniture e servizi: il criterio dell'accessorietà, secondo cui in materia di servizi e lavori l'appalto prende regola dall'attività principale; quello della prevalenza del valore, destinato a regolare gli appalti misti di servizi e forniture; ancora quello dell'accessorietà, secondo cui l'eventuale esecuzione di opere funzionali all'installazione ed all'impianto di forniture non muta il regime dell'appalto, che resta appalto di forniture.

La chiarezza di tali distinzioni in realtà era soltanto apparente poiché apriva una serie di aspetti problematici, primo fra tutti quello derivante dalla constatazione che il criterio dell'accessorietà o implica una evidente sproporzione di

rilevanza funzionale tra le prestazioni in sé qualificabili come servizi e come lavori, ovvero, per altro verso, evoca l'eventualità della prestazione (per cui può dirsi accessoria la prestazione che può anche mancare, senza che muti l'economia complessiva del rapporto): di conseguenza, non si prestava a divenire un valido criterio distintivo laddove le prestazioni fossero qualitativamente equivalenti (26), in cui appariva oggettivamente difficile enucleare il vincolo dell'accessorietà (si pensi, ad esempio, alla gestione di un servizio di incenerimento o compostaggio di rifiuti accompagnata dalla realizzazione di alcuni impianti; alla informatizzazione di un ufficio giudiziario ed al cablaggio ed alla fornitura ed installazione del PC; alla fornitura di software ed alla successiva istruzione del personale; infine alla manutenzione degli immobili, che ha costituito oggetto degli interventi più significativi della giurisprudenza amministrativa). Inoltre, poiché si fonda su un giudizio di valore, non strettamente quantitativo, quello dell'accessorietà-principale - che presuppone in ogni caso risolto il problema della identificazione della fattispecie (27) - non specificava né a chi dovesse essere commesso, né a quali parametri essere ancorato. Infatti, l'indisponibilità dell'oggetto contrattuale e delle relative forme procedurali di selezione escludeva, come già messo in evidenza, l'utilità di un rinvio a principi come quelli della volontà delle parti.

Le considerazioni che precedono giustificano probabilmente le ragioni per cui nella prassi si è assistito ad una torsione interpretativa che ha finito per far coincidere la nozione di principale con quella di prevalenza, mutuando quindi il canone elaborato dalla giurisprudenza civile per individuare la disciplina applicabile al contratto misto.

Ciò denunciava, evidentemente, non solo l'inattitudine dell'endiadi principale-accessorio a costituire un affidabile criterio guida, ma anche la necessità di disporre di un paradigma più saldamente ancorato ad indici quantitativi, nell'ambito di una valutazione complessiva dell'economia della prestazione richiesta dall'amministrazione per individuare quella prestazione che potesse essere considerata strutturalmente o funzionalmente prevalente.

Così, ad esempio, in tema di esercizio e manutenzione degli impianti di riscaldamento e produzione di acqua calda, lavori di trasformazione della rete del gas metano e la realizzazione di un sistema di riscaldamento telematico (28), di manutenzione di aree verdi cittadine (29), di fornitura di pasti per mense scolastiche (30).

D'altra parte, probabilmente per la necessità di non disattendere apertamente il paradigma normativo fondato come detto su un criterio qualitativo, non sono mancate pronunce intese a valorizzare un'analisi complessiva dell'opera richiesta in rapporto alla sua destinazione funzionale. Si trattava, nel caso in esame (31), di stabilire la disciplina applicabile ad un appalto di fornitura e posa in opera di barriere di sicurezza autostradale: i giudici amministrativi hanno escluso il carattere accessorio dell'attività di posa in opera in ragione del fatto che essa rappresenta un elemento strutturale dell'autostrada, che è appunto caratterizzata dalla presenza di barriere spartitraffico, la cui installazione richiede particolari accorgimenti tecnici. Solo laddove la qualificazione dell'opera sia dubbia avrebbe potuto soccorrere il criterio della prevalenza del costo del materiale rispetto all'attività di installazione.

Altra faccia del problema è quella di identificare i parametri di valutazione alla stregua dei quali stabilire quando una prestazione va ritenuta prevalente: se, infatti, il carattere indisponibile della disciplina dell'evidenza pubblica porterebbe a guardare con sospetto i casi in cui sia la stessa amministrazione aggiudicatrice a qualificare una prestazione come principale ovvero accessoria - decidendo, in questo modo, dell'applicabilità stessa delle regole concorrenziali comunitarie, in ragione della diversa soglia di applicabilità - è altrettanto vero che nulla assicura che ai soggettivismi dell'amministrazione si sostituiscano i soggettivismi dell'interprete (32).

È così che si giustifica il principio, emergente in diverse pronunce, che agli effetti della qualificazione giuridica dell'appalto valorizzazione esclusivamente il contenuto oggettivo della lex specialis consacrata nel bando, senza che possa residuare un margine per un'attività ermeneutica integrativa (33); ciò, nonostante che la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia avesse precisato, sia pure laconicamente, che spettasse "al giudice nazionale accertare se i lavori abbiano carattere accessorio rispetto all'oggetto principale dell'aggiudicazione".

4. La disciplina degli appalti misti nella Merloni ter. - Il quadro sia pure sommario sopra delineato rende sufficientemente evidenti le incertezze ed i dubbi interpretativi in materia prima della l. n. 415 (34).

Innovando in maniera alquanto significativa rispetto alla disciplina recata dalla l. n. 109, l'art. 1, l. n. 415 modifica il primo comma dell'art. 1, l. n. 109, prevedendo che "nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendono lavori accessori si applicano le norme della presente legge quando i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento".

L'art. 9, comma 2, l. n. 415 si preoccupa poi di coordinare l'art. 1 con l'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 157, che nella sua originaria formulazione sanciva il criterio della accessorialità e che così va letto: "gli appalti che, insieme alla prestazione di servizi, comprendono anche l'esecuzione di lavori, sono considerati appalti di servizi qualora i lavori assumano una funzione accessoria ai servizi, siano complessivamente di importo inferiore al 50 per cento del totale, e non costituiscano l'oggetto principale dell'appalto".

Del tutto evidenti appaiono quindi le novità introdotte dalla l. n. 415, a cominciare da quella strettamente definitoria, che traspare dall'utilizzo della terminologia 'contratti misti', affatto nuova nell'ordinamento, per finire, ovviamente, all'introduzione generalizzata di un criterio percentualmente qualitativo.

A ben vedere, nonostante l'apparente completezza del dettato normativo, il legislatore in questa sede sembra avere individuato soltanto due categorie di contratti da assoggettare al criterio della prevalenza, vale a dire i contratti 'misti' e quelli di 'forniture o servizi che comprendono lavori accessori', definibili i primi come quelli a causa sostanzialmente equivalente, i secondi nei quali l'endiadi principale-accessorio si risolve in favore dell'attività qualificata come prestazione di servizio o fornitura rispetto al lavoro.

Resterebbero quindi estranei all'oggetto della disciplina dell'art. 2 gli appalti di servizi associati a lavori, per i quali il criterio ricognitivo della disciplina va ricercato - per evidenti ragioni di raccordo - nella normativa sugli appalti di servizi, ed in particolare, nell'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 157, nella versione aggiornata sopra riportata.

Il completamento del quadro normativo nei termini sopra enunciati induce, tuttavia, a qualche veloce riflessione sulla portata della nozione "contratti misti" introdotta dall'art. 2, l. n. 109. Premesso infatti che non si tratta di un concetto definitorio, è da escludere che esso possa comprendere le ipotesi di appalti di forniture o servizi e lavori accessori, in quanto le stesse sono già regolamentate nello stesso articolo, oppure gli appalti di servizi e lavori (in tutte le combinazioni possibili) che formano oggetto dell'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 157. Residuerebbe quindi un'alternativa, i cui corni sono rappresentati o dal ritenere che il "contratto misto" definisca gli appalti a causa

sostanzialmente equivalente (nell'economia dei quali cioè non è dato rinvenire una prestazione principale ed una accessoria), il che giustificerebbe il ricorso, secco, al criterio quantitativo, ovvero che l'espressione contempli unicamente gli appalti nei quali la prestazione richiesta è, contemporaneamente, comprensiva di lavori, servizi, e forniture.

Se a favore di quest'ultima opzione sembra militare il dato letterale, il quale parrebbe effettivamente riferirsi ad un contratto con triplice prestazione congiunta, la ratio legis, ed una interpretazione sistematico-funzionale, portano a ritenere preferibile la prima ipotesi, che attribuisce al dato normativo il valore di norma di chiusura del sistema, altrimenti 'scoperto' proprio nei casi in cui non avrebbe potuto soccorrere il criterio concorrente dell'accessorietà.

Questo dato conferma, come da alcuni evidenziato (35), che il regime applicabile agli appalti oggettivamente complessi che si fonda sul criterio della "prevalenza" economica, quantificata nel 50,1% dell'importo totale dell'appalto da affidare, non sostituisce affatto il criterio della accessorietà, anzi lo integra e in qualche modo lo presuppone, determinando il suo superamento in tutti quei casi in cui i lavori, qualitativamente e funzionalmente qualificati come accessori, siano tuttavia economicamente prevalenti.

Pertanto, se da un lato tale criterio, proprio perché svincolato da parametri qualitativi, può apparire idoneo a semplificare il problema della disciplina applicabile agli appalti misti, dall'altro l'innovazione introdotta dalla l. n. 415 sembrerebbe proporre un profilo di dubbia compatibilità con la normativa comunitaria.

Infatti, non si deve dimenticare che per l'ordinamento comunitario il criterio distintivo degli appalti di lavori e servizi e di lavori e forniture continua ad essere quello dell'accessorietà-principale (che è un criterio di valore) e che, inoltre, mai la prestazione accessoria può dettare il regime di disciplina dell'appalto, come confermato dalla Direttiva 92/50: nel sistema disegnato dalla l. n. 415, invece, il legislatore introduce la regola per cui la disciplina degli appalti di lavori si applica anche quando questi, benché accessori rispetto a servizi o forniture, abbiano comunque un valore superiore al 50% dell'importo complessivo dell'affidamento. È chiaro, infatti, che i lavori hanno di norma un costo maggiore, ma potrebbero essere considerati accessori, se valutati in un'ottica funzionale unitaria. E poiché le direttive self executing, come quella sui servizi, prevalgono sulla normativa interna difforme (36), v'è chi ha ritenuto (37) che la disciplina recata dalla l. n. 415 debba essere disapplicata e che debba continuarsi ad applicare il criterio della principalità-accessorietà.

L'obiezione non è certo priva di ragionevolezza, anche perché non può sottacersi come il riassetto delle regole di disciplina degli appalti misti si presenti ancora perfettibile, ma si fonda su un presupposto sulla cui assolutezza dimostrativa è lecito nutrire più di un dubbio: che, cioè, possa attribuirsi all'asserzione contenuta nelle premesse (XVI considerando) della Direttiva servizi l'efficacia di disposizione immediatamente precettiva e in grado quindi di prevalere sulla disciplina nazionale di dettaglio eventualmente difforme e non già una affermazione di principio, priva di efficacia dispositiva, suscettibile quindi di essere integrata e specificata dal criterio (o, più correttamente, dalla combinazione di criteri) previsti dalla l. n. 415 (38), senza che ciò produca i suoi riflessi sul piano della gerarchia delle fonti (39).

5. Le attività di manutenzione. Il global service. - Le difficoltà di individuazione di un criterio univoco di disciplina degli appalti misti servizi-lavori si sono manifestate (e sembrano tuttora destinate a manifestarsi) in particolare in relazione all'attività di manutenzione.

Con la nozione, fattuale prima ancora che giuridica, di manutenzione si intende quell'attività strumentale a mantenere nel tempo la funzionalità di una res, attraverso una duplice classe di interventi, per la cui descrizione può essere utilmente richiamato l'art. 31, l. n. 457 del 1978, che distingue tra manutenzione ordinaria e quella straordinaria. Normalmente l'attività manutentiva ha ad oggetto beni immobili (edifici, impianti tecnologici), ma nulla, ovviamente, impedisce che la nozione astratta possa applicarsi anche a beni mobili.

Nella normativa comunitaria la nozione di manutenzione viene in rilievo in due sedi, l'Allegato 1, d.lgs. n. 157 del 1995 e l'art. 2, comma 1, della legge Merloni.

Il primo include nella classificazione delle attività che può avere ad oggetto un appalto di servizi "i servizi di manutenzione e riparazione" rinviando alla numerazione 6112, 6122, 633, 866 della Central Product Classification (Cpc) elaborata in sede ONU e recepita, provvisoriamente, anche dall'Unione Europea ai fini di una classificazione unitaria di ambiti merceologici omogenei: si tratta di veicoli a motore (6112), motocicli, gatto delle nevi (6122), articoli personali e domestici (633), prodotti metallici, macchinari ed attrezzature (866).

L'art. 2, comma 1, l. n. 109, come visto, include nell'ambito oggettivo di applicazione anche l'attività di manutenzione di opere e impianti.

Una prima generalissima conclusione che si può trarre - utile in ogni caso a sgombrare il terreno da fraintendimenti - è che un problema di concorso delle due discipline (lavori e servizi) non si può porre per quanto riguarda l'attività manutentiva di beni mobili, e ciò perché, come detto, la categoria dei lavori non può che riguardare beni immobili o pertinenze degli stessi.

Ciò premesso, resta tuttavia irrisolto il problema fondamentale, quello della possibile concorrenza delle due discipline - appalti e lavori - per la manutenzione degli immobili, o comunque di impianti tecnologici "immobilizzati". È del tutto evidente infatti che, poiché l'attività manutentiva è diretta in sostanza a preservare nel tempo la funzionalità degli immobili, ben potranno concorrere interventi di per sé qualificabili come appalti di servizi (si pensi, ad esempio, alla progettazione, o all'attività tecnica in senso stretto), ovvero di lavori, se si tratta di sostituire o innovare parti di immobili.

In realtà, le modifiche introdotte all'art. 2 dalla cosiddetta Merloni bis (in particolare, dalla legge di conversione n. 216 del 1995), parevano avere avviato a soluzione il problema, raccordando l'ambito di applicabilità della normativa lavori e quella servizi in favore della seconda. Infatti, l'art. 2, comma 1 nella formulazione anteriore alla l. n. 415, nell'elencazione tautologica delle attività costituenti lavori - ivi comprese, quindi quelle manutentive - eccettuava le attività "ricadenti nell'ambito di applicazione della normativa nazionale di recepimento della Direttiva 92/50 CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992". Del tutto evidente, quindi, il rinvio all'art. 3, comma 1, d.lgs. 157 del 1995 (del resto emanato pochissimi giorni prima della legge di conversione), ed al conseguente All. 1, che conteneva, per l'appunto le attività classificate come manutenzioni, ed altrettanto intuitiva la conclusione che le manutenzioni dovessero costituire servizi.

Di contro, un'analisi storico-sistematica della questione conduceva a richiamare la legge fondamentale sui lavori

pubblici (l. 20 marzo 1865, n. 2248) il cui art. 1 contemplava tra le attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici "la manutenzione degli edifici pubblici" (lett. h), dei porti (lett. g), dei telegrafi (lett. k), attività che non era dubbio dovessero qualificarsi alla stregua di lavori pubblici anche perché associate ad attività di costruzione (40); d'altra parte, si eccepiva, non senza un certo fondamento, che la tesi opposta sembrava fondarsi su un argomento non del tutto persuasivo, quale quello di conferire all'All. I, d.lgs. n. 157 del 1995 portata identificativa generalizzante della nozione dell'attività manutentiva, in luogo della effettiva funzione di catalogo di attività classificate e quindi, sostanzialmente circoscritte (41).

Su un versante parallelo, le divergenze interpretative riflettevano la più ampia distinzione tra opere e servizi, ora giungendo a qualificare l'attività di manutenzione come servizio, sulla base del rilievo che l'appalto d'opera o di lavori implicasse una trasformazione o elaborazione di cose preesistenti (42), non rinvenibile nel contenuto descrittivo della manutenzione; ora, invece, riconducendola alla nozione di opera e quindi tale da determinare l'applicazione della normativa sui lavori (43).

Del tutto logico, quindi, che le difficoltà sopra enunciate si siano riflesse sulle risposte fornite dalla giurisprudenza, chiamata spesso - con risultati affatto contraddittori - a pronunciarsi sulla natura dell'attività di manutenzione, sia per l'applicazione o meno della disciplina di revisione dei prezzi, sia per la verifica dell'iscrizione all'Albo nazionale costruttori, sia, infine, per la determinazione della normativa sugli appalti da applicare in concreto.

Una sia pur breve rassegna renderà ancor meglio evidente l'assunto.

La manutenzione del patrimonio edilizio comunale - si trattava, nel caso di specie, della gestione dell'anagrafe dello stato degli immobili di proprietà del Comune di Venezia e della realizzazione degli interventi - venne ritenuta dal TAR del Veneto (44) appalto di servizi in ragione della prevalenza, desumibile dalla articolazione del capitolato d'onori, dell'attività di service rispetto a quella dell'esecuzione di opere; in realtà, i giudici veneti ponevano l'accento sulla complessiva natura della prestazione richiesta, nella quale la necessaria offerta dell'attività programmatico-tecnico-ideativa della gestione si associava ad un'attività esecutiva concepita in realtà come eventuale, accedendo quindi alla interpretazione della nozione di accessorietà, per l'appunto come di eventualità.

Restava tuttavia irrisolto il nodo ermeneutico della qualificazione dell'attività, di per se stessa considerata, della manutenzione, nodo che il Consiglio di Stato ha ritenuto dover troncare (45) richiamando il proprio precedente secondo cui l'attività manutentiva, a discendere dalla legge fondamentale sui lavori pubblici (l. n. 2248 del 1865) è e resta ricompresa tra i lavori.

Il segnale di una tangibile difficoltà ad inquadrare e qualificare la materia sembra proprio essere offerto dalla frequente riforma in sede di gravame delle pronunce di primo grado, ove la fisiologica possibilità di un differente approdo decisionale da parte del giudice superiore sembra, in verità, stemperarsi nella percezione diffusa della esistenza di un'ampia "terra di nessuno" (o di molti) al confine tra disciplina dei lavori e dei servizi.

Così, ancora, appare emblematica la vicenda della manutenzione globale e di conservazione degli impianti di allarme anticrimine degli uffici postali della Provincia autonoma di Trento.

I giudici tridentini (46) avevano infatti ritenuto dover qualificare l'attività - comportante la manutenzione programmata degli impianti con controlli periodici della loro funzionalità ed interventi riparativi ove necessari - come lavoro pubblico (richiedente quindi l'iscrizione all'Albo nazionale costruttori), non rinvenendosi nella normativa comunitaria sui servizi alcun riferimento alla manutenzione di impianti (e, quindi, implicitamente accedendo ad una interpretazione restrittiva dell'area di applicabilità del d.lgs. n. 157). Il Consiglio di Stato (47), annullando la sentenza, ha ritenuto al contrario dover valorizzare una nozione estremamente ampia di attività manutentiva costituente servizio, estendendola "a tutti i casi in cui l'applicazione dell'opera dell'appaltatore non comporta un'attività prevalente ed essenziale di modificazione della realtà fisica, con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi che risultino consistenti sul piano strutturale e funzionale rispetto all'entità originaria dell'opera da mantenere".

Ancora più significative le incertezze del giudice amministrativo veneto sulla rilevanza interpretativa delle classificazioni ricomprese nell'All. I, d.lgs. n. 157. Si è avuto già modo - v. sopra - di verificare l'esistenza di un orientamento inteso a ritenere di stretta interpretazione la classificazione delle attività manutentive enunciate nell'Allegato, escludendo quindi di potervi ravvisare un principio generale idoneo a giustificare la loro avocazione alla disciplina degli appalti di servizi.

Va nondimeno segnalato che lo stesso giudice (48), poche settimane prima, aveva escluso che il catalogo contenuto nell'Allegato predetto avesse carattere tassativo, e che quindi vi fossero ostacoli a ritenere che attività di manutenzione diverse da quelle riconducibili alla Classificazione Cpc venissero qualificate come servizi.

Ancora, e per finire, si possono passare in rassegna le multiformi pronunce inerenti ulteriori profili dell'attività di manutenzione: così l'appalto avente ad oggetto l'attività di conduzione e manutenzione degli impianti elevatori è stata ritenuta ora appalto di lavori (49), ora di servizi (50), mentre, all'opposto, si delinea una sostanziale tendenza ad ascrivere alla tipologia dei servizi gli appalti manutentivi di un impianto di depurazione (51), ovvero di una villa comunale (52).

Questo è in sostanza, per sommi capi, il quadro di insieme.

Tali orientamenti vanno ovviamente riconsiderati alla luce della nuova formulazione dell'art. 2, comma 1, l. n. 415 e del conseguente abbandono del criterio dell'accessorietà per quello del valore economico.

È bene tuttavia precisare che l'introduzione di un criterio quantitativo può non essere decisivo per la qualificazione dell'appalto di manutenzione, laddove la regola di giudizio utilizzabile a questo fine venga rinvenuta nella riferibilità del tipo normativo all'una o all'altra disciplina sulla scorta del dato letterale, il che potrebbe implicare semmai un problema di identificazione della fattispecie (53).

Essa, al contrario, conferma inalterata la sua rilevanza laddove ci si avveda che il criterio letterale, pur semplificante, risulti tuttavia di per sé non risolutivo proprio per la difficoltà di enucleare, all'interno della richiesta di prestazioni oggettivamente complesse e non sempre facilmente identificabili, la nozione stessa di manutenzione.

Per vero, quello adottato dall'art. 2, comma 1, della legge-quadro è, con tutta probabilità, un concetto normativo, e non linguistico, in quanto sembra rimandare alla nozione che ne dà, in termini sufficientemente generali, l'art. 31, lett. a e b, l. n. 457 del 1978.

Tale nozione contempla sia le attività manutentive ordinarie, sia quelle straordinarie, definite le prime come quegli interventi "che riguardano le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture degli edifici e quelle

necessarie ad integrare o a mantenere in efficienza gli impianti tecnologici esistenti; le seconde come "le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali degli edifici, nonché per realizzare ed integrare i servizi igienico-sanitari e tecnologici...": da cui appare del tutto evidente che nell'ambito delle attività di manutenzione ordinaria non è detto si debbano necessariamente rinvenire quei profili di trasformazione dell'esistente che costituiscono il fondamento ontologico dei lavori pubblici.

Un altro aspetto da considerare è che l'applicazione del criterio del valore economico penalizza fortemente la componente ideativa e progettuale nell'ambito delle attività di global service, dove, spesso, è il profilo propriamente manutentivo a rivelarsi accessorio.

L'espressione global service definisce, in via del tutto generica ed approssimativa, una serie articolata e combinata di attività funzionali al mantenimento in efficienza, nel tempo, di una o più unità immobiliari (54) di proprietà di un ente pubblico. In questi casi, le esperienze concrete di cui si è conoscenza - alcune delle quali hanno già formato oggetto del vaglio giurisprudenziale - segnalano che l'oggetto dell'attività affidata dal committente si caratterizza per essere non già la sommatoria di singole attività di per sé costituenti servizi o lavori (55), ma implica un valore aggiunto che si sostanzia, ad esempio, nell'affidamento di una regia globale degli interventi; nella predisposizione ex ante di un'attività progettuale, che definisca, nel tempo, cadenze ed entità degli interventi, ovvero sia in grado di far fronte ad eventuali imprevisti; nella pluralità stessa degli interventi.

Ora, la meccanica applicazione del criterio del valore economico condurrebbe, verosimilmente, all'applicazione della normativa sugli appalti di lavori, considerato che, appunto, la maggiore onerosità degli stessi in questi casi induce due sostanziali svantaggi:

- 1) la difficoltà di predeterminare, in via programmatica, numero e consistenza di interventi strettamente manutentivi, ovvero di forniture che possono imporsi in determinati momenti dell'esecuzione del rapporto (quando proprio un'attività conoscitiva e progettuale autonoma sta a fondamento della domanda pubblica);
- 2) l'impossibilità di utilizzare il sistema selettivo dell'appalto concorso, previsto per gli appalti di servizi e non di lavori, e che parrebbe invece funzionale ad evidenziare quelle capacità progettuali che concorrono a qualificare il global service.

Il tutto senza trascurare il rilievo che la diversa soglia di valore (200.000 Dps e 5.000.000 Ecu) porterà ad escludere l'applicabilità della disciplina comunitaria per quegli appalti nei quali i lavori, considerati economicamente prevalenti, non raggiungano la soglia di rilevanza comunitaria.

Se, dunque, la modifica introdotta dalla l. n. 415 chiude la fase delle incertezze applicative legate all'utilizzo del parametro dell'accessorietà, essa sollecita, per un altro verso, l'opera dell'interprete sia per delinearne l'esatta portata, sia per temperare alcune rigidità implicanti, paradossalmente, una restrizione del campo di tutela previsto dalla normativa comunitaria.

(1) In G.U.R.I. 21 ottobre 1993, 2a serie speciale.

(2) L'All. II elenca una serie di attività di edilizia e genio civile, quali la costruzione di edifici, la realizzazione di strade, ponti, ferrovie, impianti e finiture di immobili.

(3) Sul punto, per tutti, M. S. GIANNINI, *Lavori pubblici di interesse regionale*, in *Studi preliminari sulle leggi cornice*, Milano, 1968, p. 150. Per una sintesi degli orientamenti al riguardo, v. M. PALLOTTINO, *Opere e lavori pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, p. 339 s.; A. CLARIZIA, in A. CARULLO e A. CLARIZIA (a cura di), *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova, 1994, p. 50 s. Altri sottolinea, invece, lo stretto collegamento funzionale intercedente tra lavori ed opere pubbliche che emerge sia dalla legislazione fondamentale del 1865, sia nella legislazione successiva: M. A. CARNEVALE VENCHI, *Opere pubbliche (ordinamento)*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 335 s.

(4) Questa definizione può in verità dirsi canonizzata anche nell'ordinamento comunitario, se si considera che l'art. 1, lett. c Direttiva 93/37 statuisce che "si intende per «opera» il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplici una funzione economica e tecnica".

(5) In questo senso, con estrema chiarezza, G. ROEHRSEN, *I lavori pubblici*, Torino, 1971, p. 7 ss.

(6) "Se non può esservi opera pubblica che non tragga origine da un lavoro pubblico, può darsi invece lavoro pubblico senza che si abbia opera pubblica": in questi termini, con efficace chiarezza, A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, IX ed. a cura di G. GIOVANNINI, Milano, 1993, p. 67; peraltro, è evidente che i lavori pubblici possono anche determinare la distruzione delle opere (si pensi così alle demolizioni).

(7) Così, PALLOTTINO, *Opere*, cit., p. 341.

(8) In questo senso, per tutti, A. CIANFLONE, *L'appalto*, cit., p. 63; M. A. SANDULLI, *I lavori pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di G. SANTANIELLO, X, Padova, p. 311.

(9) Per una efficace sintesi degli orientamenti dottrinali, PALLOTTINO, op. cit., p. 342 ss. Va peraltro rilevato che, pur non esistendo uniformità di vedute sugli elementi identificativi della nozione di lavoro pubblico, è comunque generalizzata la consapevolezza che la "pubblicità" dell'attività si definisce, alternativamente o in via cumulativa, in ragione dei significati sopra indicati.

(10) Vale a dire costruzione di strade, ponti, ferrovie, lavori di sterro e miglioramento del terreno, costruzione di strade, opere d'arte in superficie e sottosuolo (ponti, gallerie e pozzi), costruzione di opere d'arte fluviali e marittime (canali, chiuse, ponti, argini), opere idrauliche.

(11) Come già anticipato, le disposizioni della legge-quadro non vengono estese integralmente, ma nei limiti in cui siano compatibili con la natura ed il regime del soggetto interessato: così, in particolare, non si applicano le disposizioni sul responsabile unico del procedimento (art. 7), sulla programmazione dei lavori (art. 14), sulle concessioni di lavori pubblici (art. 19, comma 2, e 2 bis), sulla direzione dei lavori (art. 27), sulla segretezza (art. 33) e, per i soli soggetti privati di cui all'art. 2 lett. c la possibilità di compromettere in arbitri le controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti (art. 32).

(12) Così, A. CLARIZIA, *La legge quadro*, cit., p. 54 ss.

(13) Rinviando oltre per l'esame delle nozioni di manutenzione ordinaria e straordinaria, per interventi di restauro come "quelli rivolti a conservare l'organismo edilizio e ad assicurarne la funzionalità mediante un insieme sistematico di opere che, nel rispetto degli elementi tipologici, formale e strutturali dell'organismo stesso, ne

consentano destinazioni d'uso compatibili. Tali interventi comprendono il consolidamento, il ripristino e il rinnovo degli elementi accessori e degli impianti richiesti dalle esigenze dell'uso, l'eliminazione degli elementi estranei all'organismo edilizio" (art. 31, lett. c) per interventi di ristrutturazione "quelli rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente".

(14) Per una lucida distinzione tra i due concetti, v. M. CAMMELLI, Gli appalti pubblici di servizi e le società a partecipazione pubblica, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico, Padova, 1998, p. 42, nonché G. GRECO, Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di servizi pubblici, ivi, p. 7 ss. e, infine, F. BASSI e P. MICHIARA, Considerazioni sulle differenze intercorrenti tra concessione di servizio pubblico e appalto di servizi, in questa Rivista, 1996, p. 441 ss.

(15) COM (90) 372 def SYN 293, in G.U.C.E. 31 gennaio 1990 C, 23.

(16) Si tratta, peraltro, di una diversità di qualificazione normativa, poiché non si deve dimenticare che è ben possibile che la stessa prestazione, in sé considerata, sia suscettibile di essere resa ad una indiscriminata generalità di utenti (realizzando in questo modo l'interesse pubblico alla gestione del servizio) ovvero direttamente alla pubblica amministrazione (in questo modo soddisfacendo le esigenze organizzative della stessa): si pensi, ad esempio, ai servizi di trasporto pubblico di persone - ricompresi nell'All. 1, d.lgs. n. 157 - attività che può essere astrattamente configurata come trasporto di linea, urbano od extraurbano, ovvero come trasporto dei dipendenti della pubblica amministrazione (si pensi, ad esempio, a militari). Pone in evidenza tale aspetto M. CAMMELLI, Società, cit., p. 42, n. 4. In ogni caso, sembra che la distinzione enunciata nel testo sia lucidamente percepita anche dalla più recente giurisprudenza amministrativa, ove si legge che "la concessione di 'pubblici servizi' presuppone non solo che il servizio sia reso a terzi (e non all'amministrazione) ma anche che il corrispettivo sia in tutto o in parte a carico degli utenti, conformemente del resto alla nozione propria del nostro ordinamento nazionale; pertanto non l'inerenza al 'pubblico' connota il servizio come 'pubblico', ma la destinazione dello stesso ad un pubblico di utenti"; sulla base di queste premesse è stato, correttamente, escluso che l'attività di pulizia degli immobili comunali possa essere qualificata come pubblico servizio (TAR Puglia, Bari, 23 aprile 1998, n. 367, in Trib. amm. reg., 1999, I, p. 206).

(17) "Secondo la comune accezione la nozione di pubblica fornitura, in contrapposizione alla compravendita di beni ed all'appalto di opere, è caratterizzata dalla consegna dall'amministrazione di quantità determinate di beni mobili per la soddisfazione di particolari e ricorrenti bisogni di questa, indipendentemente dalla circostanza che gli stessi beni siano dal soggetto fornitore reperiti sul mercato ovvero siano da lui prodotti; ove manchino la continuità e periodicità della prestazione di "dare" e la commisurazione al fabbisogno della parte creditrice, pertanto, non può configurarsi la fattispecie della fornitura-somministrazione, bensì quella o della compravendita ovvero quella dell'appalto, alla quale ultima i materiali siano forniti dall'appaltatore e passano nella proprietà del committente con l'accettazione (se trattasi di costruzione di cose mobili) ovvero per effetto di accessione, ove si tratti di costruzione di cose immobili" Cons. St., Sez. VI, 1° marzo 1990, n. 342, in Foro amm., 1990, p. 659.

(18) Difatti, il primo studio completo in materia - G. DI GENNARO, I contratti misti - risale al 1934. Per una analisi approfondita, G. SICCHIERO, I contratti misti, Padova, 1995.

(19) È vero, come è stato osservato (SICCHIERO, I contratti, cit., passim), che il problema principale posto dai contratti misti è un problema di identificazione della fattispecie; ciò rappresenta, peraltro, una delle forme più evidenti della tendenza generalizzata a ricondurre a tipicità ogni forma di espressione dell'autonomia negoziale, su cui v. G. DE NOVA, L'atipicità contrattuale, Milano, 1974.

(20) Per l'analisi dell'affermazione giurisprudenziale di detto principio, G. SICCHIERO, I contratti, cit., p. 46 ss.

(21) Scopisce in modo particolarmente efficace il rapporto tra i due criteri Cass., 2 dicembre 1997, n. 12199 (CED rv 520218), per cui "il negozio misto nel quale siano presenti gli elementi della compravendita e dell'appalto, deve essere assoggettato alla disciplina unitaria del contratto i cui elementi costitutivi debbono considerarsi prevalenti, salvo che gli elementi del contratto non prevalente, regolabili con norme proprie, non siano incompatibili con quelli del contratto prevalente, dovendosi in tal caso procedere, nel rispetto dell'autonomia contrattuale (art. 1322 cod. civ.), al criterio della integrazione delle discipline relative alle diverse cause negoziali che si combinano nel negozio misto".

(22) In questo senso, G. GRECO, Contratti "misti" e appalti comunitari, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1994, p. 1263.

(23) Che quella degli appalti misti sia una categoria che ha ricevuto cittadinanza nell'ordinamento comunitario lo dimostra la nota sentenza resa dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella vicenda dell'aggiudicazione dell'appalto del Casinò di Las Palmas (sent. 19 aprile 1994 in causa C-331/92, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1994, p. 1258, con nota di G. GRECO). Tale pronuncia, al di là dello specifico principio di diritto enunciato in relazione alla distinzione tra appalto di lavori e di servizi, appare di particolare rilievo perché implica risolto in senso negativo il problema della eventuale scindibilità dell'appalto nelle sue plurime prestazioni e del conseguente frazionamento della disciplina, optando al contrario per l'affermazione dell'unicità del regime giuridico dell'appalto.

(24) La Direttiva 52/97 (G.U.C.E. 28 novembre 1997, L. 127) ha modificato i criteri di determinazione del valore degli appalti all'accordo GATS di Marrakesh, sostituendo all'Ecu i Dps (Diritti speciali di prelievo): per effetto di tale conversione, il valore di 200.000 Dps corrisponde a L. 394.466.583, mentre la soglia minima in materia di appalti di lavori è pari a 5.150.548 Ecu. L'art. 1, l. 5 febbraio 1999 (G.U.R.I. 12 febbraio 1999, n. 35), legge comunitaria per il 1998, delega all'art. 1 il Governo ad emanare entro un anno i decreti di attuazione, tra le altre, della predetta Direttiva. Va peraltro precisato che la soglia di rilevanza degli appalti di lavori è stata fissata dall'art. 1, d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, che ha recepito la Direttiva 89/440, in tema di aggiudicazione degli appalti di lavori.

(25) Si tratta di un rito di natura chiaramente acceleratoria applicabile alle controversie in tema di esclusione dalle procedure e che, oltre a prevedere la necessità che il giudizio di merito segua il provvedimento di sospensiva entro il termine (peraltro meramente ordinatorio e non sanzionato) di 90 giorni (comma 2), contempla soprattutto la possibilità che la pubblica amministrazione resistente ed il controinteressato sollecitino il giudice investito di un provvedimento di urgenza a definire il giudizio anche nel merito (comma 3).

(26) Così, GRECO, Contratti "misti", cit., p. 1265 s.

(27) Ancora, GRECO, Contratti "misti", cit., p. 1266, secondo cui il criterio dell'accessorietà si definisce anche in ragione dell'oggetto principale del contratto, per cui, di per sé solo considerato, non può risultare un criterio

discretivo.

(28) TAR Lazio, Sez. II, 15 marzo 1995, n. 445, in Trib. amm. reg., 1995, I, p. 1520.

(29) TAR Piemonte, Sez. II, 2 febbraio 1996, n. 79, Contr. St., 1997, n. 2, con nota di B. LAZZERINI.

(30) Cons. St., Sez. V, 7 ottobre 1993, n. 980, in Cons. Stato, 1993, I, p. 1242.

(31) TAR Friuli Venezia-Giulia, 25 luglio 1996, n. 857, in questa Rivista, 1998, n. 1, p. 195, con nota di C. GUCCIONE, Appalto d'opera e fornitura con posa in opera, criteri di distinzione.

(32) Si è, infatti, osservato che la coppia accessorio-prevalente appare non meno esposta a valutazioni discrezionali di quanto non accada per la coppia accessorio-principale: G. DE NOVA, Frazionamento e aggregazione nei contratti alla luce del diritto comunitario, in Contr. St., 1995, p. 105.

(33) In questi termini, Cons. St., Sez. VI, 20 giugno 1997, n. 951, in Cons. Stato, 1997, I, p. 850.

(34) Sull'argomento, in generale, cfr. DI GIOIA, La disciplina dei contratti misti nella "Merloni-ter", in Giorn. dir. amm., 1999, n. 5, p. 475 ss.; M. ZOPPOLATO, L'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione della legge Merloni, in D. TASSAN MAZZOCCO, C. ANGELETTI, M. ZOPPOLATO, Legge quadro sui lavori pubblici, Padova, 1999, p. 7 ss.; G. STANCANELLI, L'ambito oggettivo della legge quadro in materia di lavori pubblici, in L. GIAMPAOLINO, M. A. SANDULLI, G. STANCANELLI (a cura di), Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni-ter", Milano, 1999, p. 18 ss.

(35) Cfr. C. GUCCIONE, L'ambito di applicazione della legge, in Le innovazioni introdotte dalla Merloni ter alla legge-quadro in materia di lavori pubblici, in Giorn. dir. amm., 1999, n. 2, p. 118 s., il quale, peraltro, pone correttamente in evidenza che il combinato disposto degli art. 2, comma 1, l. n. 109 del 1994 e art. 3, comma 3, d.lgs. n. 157, non esauriscono ex professo tutte le possibili ipotesi combinatorie offerte dalla realtà economica, imponendo di risolvere in via interpretativa il caso (che in verità non sembra destinato a verificarsi facilmente) in cui i servizi siano economicamente prevalenti, ma i lavori costituiscano l'oggetto principale dell'appalto.

(36) È ampiamente noto infatti che nel sistema delle fonti la disposizione legislativa nazionale in contrasto con una fonte comunitaria impone all'operatore interno la disapplicazione della prima (per tutti, Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232, in Giur. cost., 1989, p. 1001; Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168, ivi, 1991, p. 1409, Corte giust. CE, 19 gennaio 1982, causa 8/81, Becker, in Foro It., 1983, IV, p. 132 ss.

(37) M. ZOPPOLATO, L'ambito soggettivo, cit., p. 11.

(38) Così come ritiene DI GIOIA, La disciplina, cit., p. 482.

(39) Non va infatti dimenticato che gli effetti diretti "verticali" delle direttive comunitarie - rispetto ai quali può porsi un problema di conflitto con le disposizioni legislative interne - implicano che la fonte comunitaria contenga "norme" e non semplici obiettivi "di scopo": in tal senso, cfr. E. PICOZZA, Diritto amministrativo e diritto comunitario, Torino, 1997, p. 47; G. STROZZI, Il sistema normativo, in Trattato di diritto amministrativo europeo a cura di M. CHITI e G. GRECO, Parte generale, Milano, 1997, p. 30 ss. Per vero infatti, lo stesso leading case (sent. 19 gennaio 1982, cit.) precisava che la produttività immediata di effetti richiedeva una stretta vincolatività della disposizione, tale da non lasciare margini di discrezionalità ai destinatari in ordine alla sua attuazione.

(40) Cons. St., Sez. V, 4 ottobre 1994, n. 1102, in Arch. giur. oo.pp., 1994, p. 763.

(41) Così TAR Veneto, Sez. I, 15 aprile 1998, n. 461, in Trib. amm. reg., 1998, I, p. 1858.

(42) TAR Lazio, Sez. I, 24 febbraio 1990, n. 229; TAR Lazio, Sez. I, 4 giugno 1990, n. 550; TAR Sardegna, 9 ottobre 1995, n. 1591, in Trib. amm. reg., 1995, I, p. 5050.

(43) TAR Piemonte, 24 maggio 1983, n. 364, Arch. giur. oo. pp., 1984, p. 310.

(44) TAR Veneto, Sez. I, 9 gennaio 1997, n. 363, Giorn. dir. amm., 1997, n. 11, p. 1043, con commento di D. GALLI.

(45) Annullando la pronuncia di primo grado; Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 1999, n. 630, inedita a quanto consta. Per un riassunto, v. Gazz. giur., 1999, n. 31, p. 32.

(46) TRGA, Trento, 14 aprile 1997, n. 81 (inedita a quanto consta).

(47) Cons. St., Sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1680, in Urbanistica e appalti, 1999, n. 7, p. 781 ss., con nota di G. ZGAGLIARDICH.

(48) Ci si riferisce a TAR Veneto, Sez. I, 17 febbraio 1998, n. 233, in Trib. amm. reg., 1998, I, p. 1375; da notare che il Presidente dei due collegi era identico.

(49) TAR Piemonte, Sez. II, 18 dicembre 1998, n. 600, in Trib. amm. reg., 1999, I, p. 480 s.; che fonda la pronuncia sia sulla lettura testuale dell'art. 2, l. n. 109 del 1994 (che enumera, per l'appunto, tra le attività costituenti lavori le attività di manutenzione), sia su una interpretazione restrittiva dell'elenco recato dall'All. I.

(50) TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 17 luglio 1997, n. 1279, in Foro amm., 1998, I, p. 1515.

(51) TAR Liguria, Sez. II, 22 novembre 1996, n. 454, in Trib. amm. reg., 1997, I, p. 179.

(52) TAR Abruzzo, Sez. Pescara, 25 febbraio 1999, n. 246, in Trib. amm. reg., 1999, I, p. 1461.

(53) È in altri termini, ciò che avviene per quanti ritengono poter ricavare il criterio risolutorio dalla riconducibilità ad un tipo di regime in forza, rispettivamente, dell'art. 2, l. n. 104 del 1994 e successive modificazioni, ovvero dell'art. 3, d.lgs. n. 157, integrato dal relativo All. I. In tal senso, oltre alle pronunce richiamate supra, nt. 33, 36, e 37, recentemente, TAR Toscana, Sez. I, 24 novembre 1998, n. 657, in Trib. amm. reg., 1999, I, p. 227.

(54) Sul punto, v. M. CAMMELLI, Società, cit., p. 45 ss.

(55) Ovvero, in alcune versioni ancora più complesse, anche di fornitura, come accade, ad esempio, in alcune esperienze attualmente allo studio, nelle quali la prestazione richiesta comprende, oltre alla manutenzione degli impianti, anche la somministrazione dell'energia termica.