

Determinazione n. 13 del 28/12/1999

G.u. S.O. N. 71 del 10.05.2000

Oggetto : Contratti misti

Con alcuni esposti a questa Autorità veniva sottoposta questione riguardante le procedure di affidamento di barriere spartitraffico nelle sedi autostradali.

Va dato atto del rilievo delle questioni interpretative prospettate che consigliano gli opportuni approfondimenti.

Va, poi, considerato che la questione interpretativa relativa alla individuazione della normativa applicabile all'esaminata fattispecie va risolta tenendo conto, innanzitutto, di quanto disposto dal comma 1 dell'art. 2 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo sostituito dall'art. 1 della legge 18 novembre 1998, n. 415. Lo stesso, in particolare, stabilisce che "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".

Va ancora tenuta presente, poi, la norma di cui all'art. 3, comma 3, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, nel testo risultante dalle modifiche apportatevi dal comma 75 dell'art. 9 della stessa indicata legge n.415/1998. Disposizione secondo cui "gli appalti che, insieme alle prestazioni di servizi, comprendono anche l'esecuzione di lavori, sono considerati appalti di servizi qualora i lavori assumano funzione accessoria rispetto ai servizi, siano complessivamente di importo inferiore al 50 per cento del totale, e non costituiscano l'oggetto principale dell'appalto".

Dalle norme ora indicate si desume che il legislatore nazionale ha operato una scelta univoca al fine di individuare il regime giuridico da osservare, sia nel caso di contratti misti di lavoro, forniture e servizi sia nel caso in cui i lavori siano accessori rispetto a forniture o servizi, che costituiscano, invece, oggetto principale del contratto. Si precisa, al riguardo, che i contratti misti anzidetti, sono quelli in cui sono previste prestazioni di lavoro, forniture e servizi.

In entrambe le ipotesi ora indicate, nell'ordinamento italiano il criterio dell'accessorietà contenuto nelle direttive comunitarie 92/50 e 93/36 è integrato - o è meglio dire - specificato con il criterio della prevalenza economica, che costituisce nella normalità dei casi, concreta evidenziazione della sussistenza di una situazione di accessorietà.

Le relative disposizioni, in tal modo interpretate, possono ritenersi compatibili con quanto previsto, per i contratti misti, dalle direttive comunitarie 92/50 e 93/36 relative, rispettivamente, agli appalti pubblici di servizi ed agli appalti pubblici di forniture.

E' pur vero, infatti, che le direttive stesse fanno riferimento, per la individuazione della disciplina applicabile a tali contratti, al solo criterio della accessorietà della prestazione, per cui, i lavori compresi in un contratto di servizi "non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui (essi) sono accessori e non costituiscono oggetto dell'appalto" (16. considerando della direttiva 92/50/CEE); ed analogamente, deve considerarsi di fornitura anche l'appalto che prevede "a titolo accessorio lavori di posa in opera ed installazione" (art. 1, direttiva 93/36/CEE).

E' altrettanto vero, tuttavia, che il criterio della accessorietà richiamato dalle indicate direttive, anche alla luce della prevalente dottrina, non va inteso come correlato ad una soggettiva e discrezionale valutazione di strumentalità o secondarietà di una prestazione rispetto ad altra, da parte delle amministrazioni appaltanti. Si deve, invece, ed in coerenza con l'indisponibilità della disciplina pubblicistica dei relativi settori da parte delle amministrazioni medesime, a tale criterio attribuire una obiettiva valenza funzionale che non può non riferirsi anche all'effettiva consistenza economica delle singole concorrenti prestazioni.

Perciò non può ritenersi confliggente con l'enunciazione in sede comunitaria dell'indicato principio di accessorietà una previsione normativa interna - quale è, appunto, quella di cui al secondo periodo del comma 1 del richiamato art. 2 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 - che ha provveduto ad integrarlo, ponendo, nel caso di contratti con prestazioni eterogenee, un limite invalicabile (50 per cento) all'apprezzamento soggettivo dell'amministrazione appaltante circa l'incidenza, nella configurazione complessiva del contratto, del valore della prestazione di lavori che, qualora economicamente ad altre prevalente, non può essere ritenuta alle stesse funzionalmente subvalente al fine della individuazione della normativa complessivamente applicabile.

Ciò non esclude, tuttavia, proprio in base all'individuato principio della obiettiva valenza funzionale del criterio dell'accessorietà, che il dato della prevalenza economica che ha funzioni di evidenziatore della accessorietà di altra prestazione, non conservi valenza determinante in fattispecie non disciplinate nel nostro ordinamento in cui il contratto che prevede lavori e forniture e servizi ma in

special modo lavori e forniture possa essere considerato misto solamente in senso improprio.

Ci si riferisce ai casi in cui l'oggetto del contratto sia sostanzialmente un lavoro pubblico. Ciò si ha quando la sua funzione, cioè il risultato che dallo stesso l'amministrazione pubblica intende conseguire, è quella della realizzazione dell'opera pubblica, che costituisce l'oggetto principale del contratto. In questa ipotesi, pur se sono previste forniture di materiali o di componenti, come consentito dalla moderna tecnica, di valore economico prevalente rispetto agli oneri di lavorazione, queste forniture conservano una funzione meramente strumentale, non acquistano valenza di autonoma prestazione che si affianchi a quella concernente lavori, il contratto non diviene misto, la fornitura costituisce mera componente dell'unitaria prestazione di lavoro pubblico, prestazione - si ripete - intesa a che sia realizzata l'opera pubblica.

Conclusivamente, si deve quindi ritenere che al contratto di fornitura e posa in opera di beni (nella specie inerenti la sicurezza della circolazione stradale) qualora implicanti prestazione di lavori assunti rilievo economico superiore al 50 per cento del complessivo contratto ed ancorchè la prestazione relativa ai lavori sia funzionalmente ritenuta subvalente rispetto alla fornitura del bene, deve trovare applicazione la normativa di cui alla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni. Questa normativa si applica anche nei casi in cui la fornitura, quale ne sia l'entità economica, abbia una valenza meramente strumentale rispetto alla unitaria funzione del contratto che, per essere inteso alla realizzazione di un'opera pubblica costituisce un contratto in senso proprio unitario e concernente lavori pubblici.