

Criterio dell'accessorietà/essenzialità della prestazione nella disciplina dei contratti misti

(Parere prot. 380591 del 3 ottobre 2012, AL 11154/2012, avv. MARCO STIGLIANO MESSUTI)

Con la nota che si riscontra si chiede il parere della Scrivente in ordine allo schema di transazione ex art. 239, D.Lgs. n. 163/2006, tra (...).

Al riguardo si osserva quanto segue.

Il quesito in epigrafe impone l'analisi di due distinte questioni:

1) se, da un punto di vista formale, l'impresa appaltatrice possa essere decaduta dalle richieste formulate a codesta amministrazione e se, dunque, nel caso di specie, si versi nell'ipotesi di un appalto di forniture ovvero di un appalto di lavori, con contestuale applicazione del relativo regime giuridico ed in particolare, per l'appalto di lavori, della disciplina delle riserve (e parallele decadenze) sul registro di contabilità (articoli 165 e 174 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, applicabile *ratione temporis*);

2) se, nel merito, le pretese avanzate dall'impresa affidataria dell'appalto siano giustificate e meritevoli di accoglimento in sede di transazione; se parimenti gli importi, riconosciuti da codesta amministrazione con lo schema di transazione, siano comunque giustificati in relazione ai programmi negoziali stipulati.

1.

Con riferimento alla questione sub 1), va preliminarmente segnalato che il contratto ad oggetto del presente parere riguardava originariamente la *“fornitura (“a forfait” e “chiavi in mano”) con posa in opera ed installazione, con relativa verifica funzionale, di “alcune e determinate” parti meccaniche ed attrezzature necessarie all’allestimento di (...)*.

Per converso, con la stipula dei diversi contratti ed atti aggiuntivi, il contratto in questione ha progressivamente riguardato la fornitura di altra strumentazione meccanica ed, in definitiva, la realizzazione di un (...), comprensiva anche della costruzione di una foresteria e delle strutture di servizio.

La prestazione originaria del contratto - una semplice fornitura - è stata dunque novata del tempo, posto che, all'esito della stipula dei vari contratti ed atti aggiuntivi, la prestazione richiesta all'impresa ha per contenuto la vera e propria costruzione del (...).

Tanto premesso, è pregiudiziale stabilire se l'impresa appaltatrice possa o meno essere decaduta - sotto un profilo formale - dalle proprie richieste nei confronti della stazione appaltante, il tutto in base alla peculiare disciplina delle riserve sul registro di contabilità ex articoli 165 e 174 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554; ed a tal fine occorre in prima battuta verificare quale sia il criterio discrezionale tra i contratti pubblici di lavori (cui si applica il regime delle riserve) e quelli di forniture (cui non si applica il regime delle riserve),

per poi concentrarsi sulla specifica disciplina applicabile ai contratti cd. misti, e cioè quei contratti che dovessero eventualmente presentare - come accade nel caso di specie - componenti di lavori e componenti di forniture.

Ciò detto, il criterio distintivo tra gli appalti di lavori e quelli di forniture è dettato dall'art. 3, commi 7, 8 e 9, del D.Lgs. n. 163/2006.

Le previsioni legislative in questione, anche se chiare in apparenza, non sono tuttavia idonee a distinguere una fornitura od un lavoro senza l'ausilio di un'attività di interpretazione. D'altra parte, due diversi approcci giurisprudenziali (non incompatibili tra loro) si contendono l'individuazione dell'esatta portata precettiva dell'art. 3, commi 7, 8 e 9, del Codice dei Contratti Pubblici.

Un primo orientamento, ricavato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, si fonda sul criterio dell'essenza del bene ad oggetto della prestazione. Ne deriva che, indipendentemente dalla definizione dell'appalto contenuta nel bando di gara, si definisce contratto di fornitura quel negozio a mezzo del quale l'amministrazione si approvvigiona di prodotti commercializzabili e, pertanto, omologati, introducibili in commercio e finiti, vale a dire non necessitanti di una fase di progettazione (o solo da installare; cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 dicembre 2011, n. 6376; Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6544).

I contratti che prevedono la realizzazione di prototipi (come quello in esame) sarebbero, per esclusione, appalti di lavori.

Un secondo orientamento giurisprudenziale, invece, trova fondamento nella giurisprudenza comunitaria, in diverse pronunce del Consiglio di Stato e dei TAR, nonché nella Relazione accompagnatoria a cura della Commissione di Redazione del D.Lgs. n. 163/2006. Questo indirizzo giurisprudenziale vede nei commi 7, 8 e 9 dell'art. 3 D.Lgs. n. 163/2006, un "recepimento della nozione comunitaria di appalto" (Relazione accompagnatoria cit., sub art. 3 del D.Lgs. n. 163/2006), vale a dire la trasposizione pura e semplice dell'art. 1, par. 2, lettere b) e c), della direttiva 2004/18/CE. Pertanto, secondo la predetta tesi, la definizione di appalto di lavori, servizi e forniture deve essere rintracciata nell'ambito del diritto comunitario ed in seguito adattata alle esigenze del diritto nazionale (cfr. BIANCA, CARINGELLA, PROTTO, *Codice e Regolamento Unico dei Contratti Pubblici commentato articolo per articolo*, Dike Giuridica, Trento, 2011, p. 24; GAROFOLI, FERRERI, *Codice degli Appalti Pubblici. Annotato con dottrina giurisprudenza e formule*, Nel Diritto Editore, 2012, pagine 71 e ss.).

Quest'ultimo approccio è da preferirsi.

Infatti, sugli organi amministrativi e giudiziari degli Stati Membri incombe l'obbligo di formulare un'interpretazione comunitariamente orientata della normativa nazionale attuativa delle direttive appalti, anche con riferimento alla definizione di appalto di lavori, servizi, forniture (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. I, 18 gennaio 2007, causa C-220/05). Per questo motivo occorre verificare come la giurisprudenza comunitaria abbia interpre-

tato l'art. 1, par. 2, lett. b) e c), della direttiva 2004/18/CE, per poi trasportare tale indagine sul piano del diritto interno.

Sul punto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, già Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ha precisato:

a) che, al di là delle indicazioni nominalistiche contenute nel bando di gara, il contenuto della prestazione ad oggetto del contratto di appalto è idonea a distinguere un appalto di lavori da uno di forniture (Consiglio di Stato, Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 348): di conseguenza, gli appalti di lavori si configurano essenzialmente come prestazioni di servizi ed obbligazioni di *facere* verso corrispettivo, preordinate alla trasformazione della realtà fisica o comunque di materiali preesistenti (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 25 marzo 2010, causa C-451/08; 26 maggio 2011, causa C-306/08; Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 537; Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 348); viceversa, gli appalti di forniture hanno ad oggetto prestazioni di dare o di consegnare, in quanto essi costituiscono contratti di locazione, compravendita, leasing, cessione di beni, anche prodotti in relazione alle istruzioni del consumatore o dell'amministrazione (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. IV, 11 giugno 2009, causa C-300/07; 25 febbraio 2010, causa C 381/08), senza che la fornitura debba necessariamente coincidere con un tipo negoziale specificato (Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 giugno 2005, n. 3171; Sez. III, 23 novembre 2011, n. 6181) ed indipendentemente dall'esistenza di un servizio accessorio, quale può essere la manutenzione ordinaria di distributori automatici di bevande (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 10 maggio 2012, causa C-368/10);

b) che l'esistenza di una fase di progettazione può essere indice sintomatico dell'esistenza di un appalto di lavori, anziché di un appalto di forniture (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. VI, 12 luglio 2001, causa C-399/98);

c) che indice sintomatico dell'esistenza di un appalto di lavori risulta essere la devoluzione dell'opera da realizzare, secondo il criterio della funzione economica e tecnico-strumentale, al servizio della collettività, anche mediante la realizzazione di strutture e centri polifunzionali ricreativi, non previsti dall'all. I della direttiva 2004/18/CE, ma pur sempre idonei ad incidere sull'assetto del territorio e a perseguire interessi di carattere pubblico e generale (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in cause C-220/05 e C-399/98, *citt.*);

d) che indice dell'esistenza di un appalto di lavori è anche l'assimilabilità, per analogia, dell'opera o del manufatto ad oggetto della prestazione dell'appaltatore ad una delle opere tipizzate nell'all. I della direttiva 2004/18/CE: *“L'allegato I svolge un'importante funzione. Questo strumento, infatti, costituisce un parametro di fondamentale rilievo, grazie al quale è possibile verificare che una determinata prestazione od una determinata opera rientrano nel concetto di lavoro di cui all'articolo 1, comma 2, b) della direttiva 2004/18”* (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 23 aprile 2009, causa C-292/07).

Da quanto esposto emerge che la fornitura della strumentazione mecca-

nica, preordinata alla costruzione di (...), vale a dire la prestazione ad oggetto del rapporto negoziale originario, costituisce un appalto di forniture. Tale prestazione, in effetti, si sostanzia nella consegna di prodotti finiti a favore dell'amministrazione, la quale poi provvederà al montaggio, direttamente od indirettamente, mediante affidamento di un appalto.

Per converso, la costruzione e la progettazione del (...) - e cioè le prestazioni ad oggetto del rapporto negoziale in corso, come novato dai contratti e dagli atti aggiuntivi (...) - rientrano nelle specifiche degli appalti di lavori, anche perché le prestazioni di *facere* sono indici sintomatici di un appalto di lavori, così come indice sintomatico di un appalto di lavori è l'esistenza di una fase di progettazione, contemplata solo per i lavori ai sensi del D.Lgs. n. 163/2006.

Eguale, in ossequio a quanto affermato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella causa C-292/07, cit., i (...) possono benissimo essere assimilati ai sistemi di (...), i quali costituiscono un appalto di lavori tipizzato dal legislatore comunitario e nazionale (cfr. all. I alla Direttiva 2004/18/CE, punto 45.31; all. I al D.Lgs. n. 163/2006, punto 45.31).

D'altra parte, il TAR Valle d'Aosta, con la sentenza del 7 marzo 2005, n. 36, in continuità con la succitata giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ha stabilito che le attività di realizzazione di impianti tecnologici ed elettrici, e finanche quelle di manutenzione ordinaria e straordinaria, rappresentano l'oggetto di un appalto pubblico di lavori.

Inoltre, sebbene vi sia certamente una componente di forniture nel contratto di appalto sottoposto all'attenzione della Scrivente (progressivamente l'impresa ha avuto l'incarico di fornire diverse componenti della strumentazione meccanica preordinata alla costruzione del (...), è proprio in virtù degli atti e dei contratti aggiuntivi che lo stesso appalto ha assunto, come prestazione qualificante, la realizzazione di un (...) chiavi in mano.

Di conseguenza, laddove anche il contratto di appalto stipulato da codesta amministrazione fosse qualificato come appalto misto di forniture e di lavori, all'appalto *de quo* dovrebbe ritenersi applicabile in tutto e per tutto la disciplina dei contratti pubblici di lavori, ai sensi dell'art. 14 del D.Lgs. n. 163/2006 e giusta l'operatività del principio sostanzialistico di essenzialità della prestazione di realizzazione dell'opera, contrapposta all'accessorietà della fornitura di strumentazione meccanica.

D'altro canto, ex art. 14, comma 2, lett. a), del Codice dei Contratti Pubblici, *“un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un appalto pubblico di forniture”*. Per converso, ex art. 14, comma 3, del Codice dei Contratti Pubblici, *“l'oggetto principale del contratto è costituito da lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo*

che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto"; ed a tal fine, secondo la rilevante giurisprudenza amministrativa, costituzionale e comunitaria è il criterio dell'accessorietà/essenzialità della prestazione ad ispirare comunque la disciplina dei contratti misti ed a discriminare, in definitiva, tra un appalto misto con prevalenza dei lavori (o di servizi) ed un appalto misto con prevalenza della componente forniture.

In breve, appartiene alla specie degli appalti misti con prevalenza dei lavori quell'appalto in cui la realizzazione dei lavori possiede un'autonomia ed una prevalenza causale tale da giustificare il ricorso alla regolamentazione dei contratti di lavori. Viceversa, appartiene al novero degli appalti misti con prevalenza delle forniture quell'appalto in cui la componente dei lavori è strumentale rispetto al programma negoziale, finalizzato alla consegna di prodotti e, dunque, all'esecuzione di prestazioni di dare (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. II, 21 febbraio 2008, causa C-412/04; Sez. VI, causa C-399/98, cit.; Corte Costituzionale, 12 febbraio 2010, n. 45; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 maggio 2007, n. 2765; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 11 febbraio 2011, n. 450).

Dunque, trattandosi nel caso di specie di un appalto ibrido di lavori e di forniture, in cui i lavori rappresentano la prestazione essenziale del contratto, ai sensi dell'art. 14 del Codice dei Contratti Pubblici, risulta applicabile la disciplina degli appalti di lavori.

(omissis)

2.

(omissis)

Si coglie l'occasione per sottolineare l'opportunità che, laddove codesta amministrazione dovesse avere la necessità - in futuro - di trasformare una fornitura nella realizzazione di un lavoro, la stipula dei contratti e degli atti aggiuntivi, la quale nova il piano negoziale originario, venga preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, e non dal ricorso alla procedura negoziata ex art. 57 del Codice dei Contratti Pubblici.

Più precisamente, con riferimento al caso di specie, questo GU ha evidenziato che, a mezzo della stipula dei contratti e degli atti aggiuntivi, il piano negoziale si è progressivamente trasformato da un appalto di forniture, avente ad oggetto la dazione di strumentazione meccanica preordinata alla costruzione di (...), ad un appalto di lavori, finalizzato alla costruzione di un vero e proprio (...).

Ciò nondimeno, il rispetto delle condizioni che, negli appalti di forniture, giustificano l'affidamento con procedura negoziata (art. 57, commi 1 e 2, D. Lgs. n. 163/2006), non necessariamente coincide con il rispetto delle condi-

zioni che, negli appalti di lavori, consente il ricorso alla stessa procedura (art. 57, commi 1 e 5, D. Lgs. n. 163/2006). Senza dimenticare come, sotto il profilo qualitativo, non è possibile affidare senza gara una prestazione - *sub specie* di appalto di lavori - del tutto diversa da quella originaria, relativa ad una fornitura, e ciò anche in relazione al possesso degli appropriati requisiti di capacità tecnica richiesti per l'esecuzione di opere del genio civile (...).

Pertanto, nel caso in cui codesta amministrazione, per motivi anche finanziari, dovesse in futuro avere la necessità di appaltare progressivamente la realizzazione di un impianto assimilabile ad un lavoro, si ribadisce l'opportunità di non ricorrere *sic et simpliciter* alla procedura negoziata, ma di valutare se, in relazione all'intera opera da costruire, non sia preferibile - e forse anche obbligatorio - l'utilizzo delle normali procedure ad evidenza pubblica previa pubblicazione del bando di gara.

In particolare, si rammenta che, per la realizzazione di opere ad alto tasso tecnologico ed, in specie, per le sole fasi di progettazione ed ideazione dell'opera, trovano applicazione gli articoli 91, comma 5, nonché 99 e ss. e 108 del Codice dei Contratti Pubblici. Per il subappalto, cfr. articoli 37, comma 11, e 118 del D.Lgs. n. 163/2006.

Sul presente parere si è espresso in conformità il Comitato Consultivo nella seduta del 25 settembre 2012.

Nei termini suesposti è il parere di questa Avvocatura.

Si resta a disposizione per ogni ulteriore ed eventuale chiarimento.

Attività del corpo nazionale dei Vigili del Fuoco in favore di Prefetto/Commissario Delegato di Protezione civile

(Parere del 26 ottobre 2012 prot. 421152, AL 20354/12, avv. GIANNA MARIA DE SOCIO)

1. Oggetto del parere.

La questione oggetto del presente parere concerne la possibilità per il Prefetto Commissario Delegato per lo stato di emergenza determinatosi a seguito dei lavori di ammodernamento del tratto autostradale (...), di stipulare a titolo oneroso convenzioni con la Direzione Regionale dei Vigili del Fuoco per l'istituzione di un presidio dei VVF sul predetto tratto autostradale.