

CLAUDIO ROSSANO

I CONTRATTI MISTI

Come è noto, i contratti misti secondo il diritto privato sono i contratti nei quali si combina una pluralità di fattispecie contrattuali tipiche. Essi sono espressione dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) che consente ai soggetti di unificare, fondendoli in una unica causa e schema contrattuale, due o più contratti nominati, diversamente da quanto si verifica nel collegamento negoziale, in cui i contratti restano distinti, sottoposti alla loro specifica disciplina, ancorché tra di loro funzionalmente collegati.

La disciplina giuridica applicabile può essere quella riconducibile ad uno degli elementi della fattispecie, ove le parti gli abbiano assegnato carattere prevalente e assorbente rispetto alle discipline degli altri elementi, oppure quella riconducibile ai singoli elementi, ove sia possibile una loro combinazione con riguardo alla funzione pratica da assegnare all'accordo contrattuale.

Anche nel campo pubblicistico si pone il problema dei contratti misti, che può risolversi utilizzando o le discipline dei singoli elementi della fattispecie negoziale oppure quella dell'elemento al quale si riconosca la maggiore rilevanza. Al primo caso di solito si ricorre quando l'oggetto del contratto è apparentemente unitario mentre in realtà esiste una pluralità di oggetti nell'unico contratto. Al secondo caso si ricorre quando l'oggetto

del contratto è complesso e risulta dalla combinazione di diversi elementi. La difficoltà che si presenta in questo caso è rappresentata dalla determinazione e individuazione del criterio che deve essere seguito per stabilire l'attrazione della disciplina contrattuale (e la sua applicazione in concreto) a uno degli elementi della fattispecie.

Il problema del regime cui vanno incontro i contratti misti nel settore dei lavori, dei servizi e delle forniture pubbliche ha assunto una rilevanza via via crescente a seguito dell'intervento in materia della normativa della Comunità europea e, di riflesso, di quella nazionale. Si è pertanto manifestata l'esigenza di individuare criteri certi per stabilire il regime giuridico da applicare ai contratti pubblici contenenti una pluralità di prestazioni ascrivibili all'uno o all'altro settore.

La disciplina è attualmente contenuta nell'art. 14 del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, che ha dato attuazione alle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE, approvato con D. Lgs. 12/4/2006, n. 163. Essa non dà rilevanza alla volontà delle parti (e in particolare a quella della Amministrazione appaltante) in ordine alla scelta della disciplina applicabile e al regime al quale ricondurre il contratto misto, bensì al contenuto effettivo del complessivo regolamento contrattuale, quale si desume dalle singole prestazioni e dalla valenza oggettiva che queste assumono. Poiché le differenze tra le discipline di aggiudicazione degli appalti nei singoli settori (lavori, servizi e forniture)

sono notevoli, nel momento in cui occorre applicare al contratto una normativa unitaria, è giuoco forza che la scelta avvenga in base a criteri precisi.

L'art. 14 del codice al I comma definisce quali sono i contratti pubblici misti. Essi si distinguono per l'oggetto, per cui possono essere di: lavori e forniture; lavori e servizi; lavori, servizi e forniture; servizi e forniture. La definizione legale di lavori, servizi e forniture è contenuta poi nell'art. 3 del Codice. Il II comma dell'art. 14 stabilisce in particolare che i contratti misti sono considerati appalti pubblici di lavori, o di servizi o di forniture o concessioni di lavori secondo le disposizioni stabilite nello stesso comma. Se si tratta di appalto di forniture cui si accompagnino, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione, il contratto è soggetto alla disposizione degli appalti pubblici di forniture (lett. a). Se si tratta di appalto di forniture e servizi si applica la disciplina sugli appalti di servizi, quando il valore dei servizi superi quello dei prodotti oggetto dell'appalto (lett. b). Per converso se il valore delle forniture supera quello dei servizi si applica la disciplina dei contratti di forniture (in ambito comunitario v. la sentenza della Corte di Giustizia 18/11/1999 Teckal, causa C. 107/98, nonché 11/5/2006, Carbotermo e Consorzio Alisei, causa C. 340/04) e, se si tratta di appalto di servizi che includono attività accessorie rispetto all'oggetto principale dell'appalto, si applica la disciplina sugli appalti di servizi (lett. c).

Mentre tali prescrizioni riproducono sostanzialmente quanto stabilito dalla direttiva 2004/18 (e dalle precedenti 92/50 e 93/36), nulla è specificamente previsto al II comma in ordine alla concessione di lavori, per la quale peraltro la direttiva 2004/18 CEE prevede (art. 1, n. 3 e titolo III – artt. 56-65) il rispetto di precise regole di pubblicità. Inoltre non vi è riferimento, tra i contratti misti, alla concessione di servizi.

Va però osservato che tanto la concessione di lavori, quanto quella di servizi sono assimilate rispettivamente all'appalto pubblico di lavori e di servizi, ai sensi dell'art. 3, commi 11 e 12 del Codice.

La disciplina dell'art. 14, II comma, come del resto quella della direttiva comunitaria, combina quindi il criterio dell'oggetto principale dell'appalto con quello del maggior rilievo economico.

Senonché il terzo comma dell'art. 14 introduce un ulteriore criterio, ad integrazione di quelli indicati nel II comma, stabilendo che l'oggetto principale del contratto deve intendersi 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.

L'introduzione del criterio della "mera accessarietà" dei lavori rispetto agli altri oggetti, forniture o servizi, in deroga al criterio della prevalenza economica dei lavori si spiega con i rilievi formulati dalla Commissione

europea, con procedura di infrazione n. 2001/2182 ex art. 226 del Trattato, al legislatore italiano in ordine alla compatibilità con la disciplina comunitaria del parametro esclusivamente economico che era precedentemente contemplato dalla legislazione in vigore. Procedura cui aveva fatto seguito, prima della novella legislativa 62/2005, la circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 18/12/2003, n. B1/2316, tesa ad adeguare l'ordinamento interno a quello comunitario.

Difatti il legislatore nazionale con le disposizioni contenute nell'art. 2 I comma, L. 109/94 (come modif. dalla L. 415/98) e nell'art. 3, III comma D. Lgs. 157/1995 (come modif. dal D. Lgs. 65/2000) aveva stabilito che nei contratti misti in cui i lavori assumessero un rilievo economico superiore al 50% si sarebbe applicata la disciplina sull'appalto dei lavori pubblici (vale a dire la L. 109/1994). Conseguentemente il criterio dell'accessorietà dei lavori rispetto alle forniture e ai servizi avrebbe assunto valore soltanto quando il loro importo fosse stato inferiore a quello delle altre prestazioni oggetto del contratto. In tal modo venivano sottratte al regime comunitario tutti gli appalti misti i cui lavori, ancorché subvalenti sul piano qualitativo, funzionale, fossero prevalenti su quello economico.

Invece la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici misti contenuta nelle Direttive 92/50 CEE (per quanto concerne i servizi) e 93/36 CEE (per quanto concerne le forniture) aveva stabilito due criteri

diversi quando l'appalto avesse riguardato servizi o forniture e lavori oppure servizi e forniture. Nel primo caso sia il XVI considerando della Direttiva 92/50, che l'art. 1, comma 1, lett. a) della Direttiva 93/36 avevano stabilito il criterio della prevalenza qualitativa dell'appalto per la individuazione del regime giuridico cui sottoporre appalti misti di servizi e lavori e forniture e lavori: Nel senso cioè che la presenza di lavori, quando essi fossero accessori (e quale che fosse il loro importo) non avrebbe potuto giustificare l'attrazione dell'appalto nell'ambito dell'appalto pubblico di lavori. Viceversa nel secondo caso l'art. 2 della Direttiva 92/50 aveva previsto il criterio della prevalenza del valore economico: Nel senso cioè che se il valore dei servizi avesse superato quello dei prodotti previsti dal contratto si sarebbe applicata la direttiva sui servizi. Altrimenti si sarebbe applicata quella sulle forniture. Analogo criterio era stabilito dall'art. 1 della Direttiva 93/38 CEE per i settori speciali (ex esclusi) con riguardo agli appalti misti di forniture e servizi. Tali criteri sono poi confluiti nella direttiva unificata n. 18/2004/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione dell'appalto pubblico di lavori, forniture e servizi. In particolare è stato previsto che (v. X considerando) che sono accessori rispetto all'oggetto principale dell'appalto i lavori che «costituiscono solo una conseguenza eventuale o un completamento del servizio».

La differenza dei due criteri è stata individuata nella diversità delle soglie stabilite per l'applicazione della Direttiva sui lavori e di quelle per servizi e forniture, onde evitare che in presenza di lavori che, ancorché accessori, avessero maggiore rilevanza economica (il che si verifica spesso nei contratti misti) non dovessero più applicarsi le normative comunitarie sugli appalti pubblici di forniture e servizi.

La formulazione dell'art. 14 del Codice non appare felice. Stando alla lettera della disposizione, sembrerebbero che il legislatore italiano abbia inteso mantenere come criterio principale quello della prevalenza economica, a differenza di quanto previsto dalla Direttiva Comunitaria che invece in questo caso fa leva sull'oggetto principale del contratto misto. Senonché la norma prosegue stabilendo che soltanto ove possa riconoscersi la "mera accessorietà" dei lavori rispetto ai servizi e alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto, sarebbe possibile derogare al criterio della prevalenza economica.

In realtà è il concetto di accessorietà come tale che può ingenerare equivoci. Esso è invero un concetto relativo che, indipendentemente dalla definizione di accessorietà data dalle parti agli elementi del contratto, dipende dalla prevalenza o meno sul piano qualitativo che oggettivamente possa darsi ad uno di essi rispetto al quale gli altri diventano accessori. La disciplina del III comma dell'art. 14 fa in particolare riferimento al criterio della "mera accessorietà", ricorrendo ad una espressione che peraltro si

rinviene anche nella giurisprudenza comunitaria, dando quindi un rilievo maggiore alla prevalenza economica (dei lavori). Sembrerebbe pertanto che anche nei casi in cui l'oggetto principale del contratto sia costituito dai servizi e dalle forniture, rispetto ai quali però i lavori siano "accessori" e non "meramente accessori" debba applicarsi la disciplina sui lavori pubblici. Con la conseguenza che essi, ancorché siano effettivamente accessori diventano soltanto in ragione della prevalenza economica l'oggetto principale del contratto.

In realtà, in base alla ratio della normativa comunitaria, soltanto quando nello stesso contratto misto con lavori non possa individuarsi oggettivamente una delle prestazioni ivi previste come prevalente sul piano qualitativo dovrebbe venire in considerazione il maggior rilievo economico dei lavori.

Va peraltro considerato che il riferimento diretto del III comma dell'art. 14 al II comma dello stesso articolo, per stabilire il rapporto di "accessorietà" dei lavori rispetto a forniture e servizi (che costituiscano l'oggetto principale del contratto misto), esclude che la prescrizione possa incidere su quei contratti in cui l'oggetto principale del contratto misto sia oggettivamente costituito dai lavori, ancorché questi siano di valore economico inferiore alle forniture e ai servizi. In tal caso la disciplina da applicare è chiaramente quella dell'appalto dei lavori pubblici. In questo senso si è anche pronunciata l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici

con determinazione del 6/4/2005 n. 3, la quale peraltro già nella Determinazione n. 5 del 31/1/2001 aveva affermato che, diversamente opinando, verrebbe meno la nozione stessa di appalto di lavori, posto che in essi si ha sempre una componente di prodotti, a ben vedere, generalmente di valore preminente rispetto al resto.

Va tuttavia osservato che in ipotesi del genere può essere dubbio che la fattispecie dia luogo a un vero contratto misto, in quanto i prodotti, a ben vedere, non costituirebbero una prestazione autonoma (accessoria) rispetto a quella concernente i lavori, ma avrebbero una funzione soltanto strumentale rispetto alla unitaria funzione del contratto, che quindi si presenterebbe come un semplice contratto di lavori.

In alcuni casi può inoltre verificarsi che con un unico appalto ne siano in realtà aggiudicati due o più di due per oggetti distinti, non riconducibili ad un unitario regolamento contrattuale. Anche in tali evenienze solo apparentemente si tratta di un vero contratto misto, per cui l'Amministrazione nella sua discrezionalità può procedere ad una combinazione delle discipline afferenti ai diversi oggetti, anziché ricorrere ad una di esse.

Anche se l'art. 14 non prende in considerazione l'ipotesi di una integrazione tra le discipline relative ai diversi oggetti del contratto misto, l'art. 15 peraltro prevede siffatta combinazione per quanto concerne la qualificazione dell'operatore economico, il quale deve possedere i requisiti

di qualificazione e capacità prescritti per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto. Tale disposizione (contenuta nell'art. 8, XI comma, septies della L. n. 109/1994, come modif. dalla l. 166/2002) non appare però in linea con la disciplina comunitaria in argomento. Gli artt. 31 e 32 della Direttiva 95/50 per quanto concerne gli appalti di servizi e gli artt. 21 e 22 della Direttiva 93/36 per gli appalti di forniture, contemplano invero nei singoli contratti misti requisiti di qualificazione e di partecipazione alle gare propri del regime cui è sottoposto ciascuno di essi, diversi da quelli previsti per i lavori pubblici.

Va tuttavia sottolineato che il regime cui vanno sottoposti i contratti misti attiene alla fase dell'aggiudicazione dell'appalto e non anche a quella della esecuzione del contratto, tranne che per gli appalti di lavori rientranti nella disciplina della L. 109/1994 anche per la fase della esecuzione. Per gli altri appalti, come sostenuto in dottrina, pertiene alla autonomia delle parti stabilire eventuali criteri di combinazione tra le diverse discipline nella fase di esecuzione del contratto.

Particolari difficoltà si sono presentate in giurisprudenza in ordine alla ascrivibilità agli appalti di lavori o di servizi gli appalti di manutenzione e gestione complessiva del patrimonio immobiliare degli Enti pubblici, in vista del raggiungimento di uno scopo negoziale oggettivamente unitario, il cd. "Global Service". In tale appalto oltre al contratto di manutenzione (ordinaria e straordinaria di opere ed impianti) sono previste tanto attività

di servizio (come vigilanza, controllo, gestione a vantaggio della amministrazione e/o della utenza) quanto di forniture (vale a dire prodotti occorrenti per la manutenzione e la gestione). Essi quindi possono essere ricondotti all'una o all'altra categoria a seconda delle prestazioni alle quali debba riconoscersi oggettivamente il carattere prevalente o di accessorietà. Altro problema è quello se possa configurarsi un'appalto in senso proprio o una concessione di lavori o di servizi in presenza di una eterogeneità di prestazioni.

In sede comunitaria sono previste le concessioni di lavori (direttiva 2004/18 CEE) e non altre. Occorre precisare che la differenza tra concessioni e appalti di lavori è indicata nella circostanza che nella concessione la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo. La normativa nazionale è analoga. Il diritto di gestione consente quindi al concessionario di percepire proventi dagli utenti dell'opera sotto varie forme (tariffe, pedaggi, canoni), mentre il rischio e le responsabilità della gestione sono a suo carico. È stabilito inoltre che la natura concessoria non viene meno ove il diritto di gestione e i connessi rischi economici vengano accompagnati da un prezzo posto a carico della Amministrazione pubblica. Resta invero pur sempre presente in capo al concessionario l'alea della gestione.

Tuttavia può essere difficile stabilire se si è in presenza di un appalto o di una concessione, soprattutto quando la gestione dell'opera sia prevista a vantaggio (ed esclusivamente) della stessa Amministrazione e non nei confronti dell'utenza. In proposito significativo appare quanto affermato dal T.A.R. Lazio nella recente decisione della II Sezione (n. 4315/2007) in una fattispecie in cui il Comune di Roma ha qualificato un contratto come concessione di servizi anziché come appalto di lavori.

Diversamente dalla concessione di lavori, come si è detto, la Direttiva comunitaria non contempla la concessione di servizi. Essa resta peraltro pur sempre sottoposta alla normativa del Trattato, vale a dire ai principi di non discriminazione, di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

La normativa nazionale invece adotta una definizione del tutto analoga a quella relativa alla concessione dei lavori, stabilendo che "il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo in conformità all'art. 30".

Non vanno peraltro ricompresi nella nozione di concessione di prestazione di servizi, ai sensi della normativa comunitaria e come definiti dal Codice dei contratti, i provvedimenti concessori o autorizzatori.

Occorre inoltre precisare che la nozione di servizio è ampia e concerne sia il servizio prestato nell'interesse dell'Amministrazione, sia quello rivolto alla collettività, indicato col termine più specifico di "pubblico servizio".

In tal caso rientra nella discrezionalità delle Amministrazioni pubbliche di ciascuno Stato prevedere diritti esclusivi per taluni servizi di interesse generale, purché non si violano le norme del Trattato in tema di libera circolazione delle merci e dei servizi o quelle sulla concorrenza.

A volte nei contratti di servizi ci si riferisce tanto all'una quanto all'altra nozione. Deve però precisarsi che la possibilità di assumere, nella forma del servizio pubblico, servizi che abbiano ad oggetto produzione di beni ed attività rivolti a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e sociale delle comunità locali non significa che l'Amministrazione (in particolare quella locale) nella sua autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria possa assumere qualunque oggetto come servizio pubblico. Occorre invero che la produzione di beni ed attività ai fini sociali sia effettiva e non meramente assertiva.

Considerazioni analoghe a quelle in ordine alla distinzione tra appalto di lavori e di servizi (o forniture) possono farsi sulla distinzione tra concessione di lavori e di servizi con conseguente applicazione delle regole stabilite nell'art. 14 del Codice. Occorre tuttavia precisare che il concessionario di lavori nel gestire l'opera di solito presta anche un servizio nei confronti degli utenti dell'opera realizzata. Per cui può essere difficoltoso stabilire se si è in presenza di un vero contratto misto o di sola concessione di lavori. Altre volte un'unica concessione contiene in realtà due diverse e distinte concessioni, di lavori e di servizi, non riconducibili

ad un'unica fattispecie causale, per cui, essendo esse dissociabili, vanno incontro alle discipline specifiche afferenti a ciascuna di esse.

In realtà, stando ai principi comunitari quali emergono dalle Direttive e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nonché alla disciplina nazionale, per stabilire quale è il regime giuridico di riferimento della diversa tipologia dei contratti pubblici misti, occorre far riferimento comunque al contenuto oggettivo del rapporto, piuttosto che alle qualificazioni o definizioni datene dalle parti, quindi all'oggetto principale e a quelli accessori, alla prevalenza delle prestazioni dal punto di vista qualitativo o quantitativo. Non può tuttavia tralasciarsi di considerare le grosse difficoltà che si presentano per individuare indici validi e sicuri che consentano di stabilire nei casi concreti con sufficiente certezza se si è in presenza di un appalto o di una concessione di lavori, di un appalto di lavori e/o di servizi o forniture o di un appalto o concessione di lavori o appalto di forniture o concessione di servizi o un insieme di oggetti tra di loro separabili.

A parte quanto emerge dalla giurisprudenza (più antica e meno antica) va in particolare segnalato il recente divario di prospettiva e di decisione in due recenti decisioni del Consiglio di Stato e del T.A.R. Lazio in fattispecie in parte analoghe.

Il Consiglio di Stato (Sentenza n. 7369/06 della V Sezione) ha ritenuto che l'affidamento diretto (in house) ad una Società (con capitale iniziale

interamente sottoscritto dal Comune, nella specie di Genova, quale unico socio) delle attività riguardante la manutenzione stradale, l'illuminazione pubblica e la manutenzione del verde per la durata di un certo numero di anni concretizza un servizio pubblico locale, avendo il Comune deciso nella sua autonomia politico-amministrativa di assumere dette attività come altrettanti servizi pubblici «al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività».

Viceversa il T.A.R. Lazio (sentenza n. 4315/07 della II Sezione) ha escluso che l'affidamento in concessione da parte di un Comune (nella specie di Roma) della gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale comunale, relativo alla grande viabilità, concretasse un servizio pubblico locale, da poter affidare in concessione, anziché un appalto di lavori. Ciò in quanto mancherebbe «l'effettività della produzione ex novo di beni ed attività dapprima non esistenti», che costituirebbe il requisito essenziale per la configurazione di un servizio pubblico. I beni stradali, invero, ad avviso del T.A.R., non potrebbero essere configurati a guisa di servizio pubblico, in quanto già appartenenti al demanio ex art. 824 c.c. e come tali costituenti già di per sé un'utilità giuridica diretta per la collettività, come tale non organizzabile in forma di servizio in mancanza di alcun vero valore aggiunto in termini di maggiore fruibilità o di sicurezza per soddisfare le esigenze sociali che già la loro proprietà pubblica non sia in grado d'assicurare.

In realtà non si vede perché debba escludersi in radice, come sostiene il T.A.R. nella suindicata sentenza, la possibilità di considerare servizio pubblico un'attività (l'art. 112, c. 1 del D.Lgs. 207/200 fa riferimento non solo alla produzione di beni ma anche a quella di attività) che riguardi beni, esistenti, quando tale attività sia rivolta alla migliore fruibilità del bene da parte della collettività attraverso il soddisfacimento dell'interesse, indubbiamente collettivo e sociale, alla mobilità, al trasporto e alla sicurezza all'interno del territorio comunale.