

## ABSTRACT

Nell'ambito degli appalti pubblici le prestazioni di manutenzione degli impianti – termici, elevatori ecc. - sembrano essere le più sfuggenti con riferimento al relativo inquadramento normativo (appalti di lavori/appalti di servizi) a causa del carattere eterogeneo delle attività appaltate.

Sempre più accanto a prestazioni di effettive lavorazioni di manutenzione si inseriscono attività riconducibili più propriamente alla gestione (conduzione) degli impianti, considerate, anche alla luce della sopravveniente normativa comunitaria, appalti di servizi a tutti gli effetti.

In questo contesto ben si staglia, con nitida evidenza, la problematica dei cc.dd. contratti misti che partecipano tanto delle caratteristiche dell'una tipologia (appalti di lavori) quanto dell'altra (appalti di servizi), lasciando all'operatore pratico la difficile individuazione della normativa da applicare nell'ambito della stesura della *lex specialis* di gara.

### APPALTI PUBBLICI

#### **La manutenzione impiantistica tra appalti di lavori e appalti di servizi (Considerazioni anche alla luce del nuovo codice unico dei contratti - cd. codice de lise)**

*di Andrea Valletti, avvocato*

Sommario:

*1. Le prestazioni manutentive ordinarie e straordinarie - 2. La manutenzione tra Legge Merloni (L. n. 109/94) e Testo Unico sull'Edilizia (D.P.R. n. 380/2001) - 3. Il contratto di manutenzione degli immobili tra diritto interno e diritto comunitario: la questione degli appalti "misti" - 4. La manutenzione degli impianti nella giurisprudenza nazionale, nella normativa comunitaria e nel Codice De Lise - 5. Conclusioni*

#### **1. LE PRESTAZIONI MANUTENTIVE ORDINARIE E STRAORDINARIE**

Preliminarmente appare opportuno evidenziare come nel nostro ordinamento, allo stato attuale, non sussista un contratto tipico, per così dire, di "sola manutenzione".

Le prestazioni manutentive infatti, il più delle volte, assumono natura accessoria e/o strumentale nell'ambito dei contratti cd. nominati (es. si pensi al

contratto di locazione immobiliare dove la manutenzione straordinaria è posta a carico del proprietario al fine, in prima battuta, di consentire il godimento del bene al conduttore, oggetto dell'obbligazione principale del locatario).

Ciò tuttavia non osta alla configurabilità astratta di un contratto atipico di manutenzione dove le prestazioni manutentive siano il *proprium* dell'accordo delle parti<sup>1</sup>, oppure di più contratti tra loro collegati<sup>2</sup> che consentano il raggiungimento dello scopo prefissato.

Non va infatti sottaciuto che ai sensi dell'art. 1322 c.c.: “*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*”.

Le parti, pertanto, potranno o creare un nuovo tipo contrattuale (contratto atipico) o arricchire/restringere il contenuto di un contratto tipico, già disciplinato *ex lege*.

Rimane fermo il limite invalicabile della realizzazione di interessi meritevoli di tutela<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. A. AREDDU, *Dal contratto di manutenzione immobiliare al global service: verso una “nuova” committenza*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), che sottolinea come il contratto atipico di manutenzione non sia esattamente riconducibile ad uno schema prefissato dal codice ma sia frutto di una combinazione di diverse tipologie contrattuali tipiche tra le quali: l'appalto, la vendita, la somministrazione e la locazione.

<sup>2</sup> Cfr. Cassazione Civile, sez. II, 21 dicembre 1999, n. 14372, in *Mass.*, 1999: “...*Il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato non può essere identificato in base ad elementi formali quali l'unità o pluralità dei documenti contrattuali o la mera contestualità delle stipulazioni, ma dall'elemento sostanziale consistente nell'unicità o pluralità degli interessi conseguiti...Le parti, nell'esplicazione della loro autonomia negoziale, possono, con manifestazioni di volontà espresse in uno stesso contesto, dar vita a più negozi tra loro collegati; fra le varie fattispecie in cui può configurarsi un negozio giuridico composto possono così distinguersi i contratti collegati, contratti misti (quando la fusione delle cause fa sì che gli elementi distintivi di ciascun negozio vengano assunti quali elementi di un negozio unico, soggetto alla regola della causa prevalente) e contratti complessi (contrassegnati dall'esistenza di una causa unica, che si riflette sul nesso intercorrente tra le varie prestazioni con un'intensità tale da precludere che ciascuna delle predette prestazioni si presentino tra loro organicamente interdipendenti e tendenti al raggiungimento di un intento negoziale oggettivamente unico)*”.

<sup>3</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 796 che sottolinea: “...*Il giudizio ex art. 1322, comma 2, circa la meritevolezza dell'interesse appare qualitativamente diverso rispetto a quello circa la liceità. Mentre quest'ultimo ha la funzione di salvaguardare l'ordine giuridico dalla presenza di singoli accordi impegnativi i cui contenuti siano in contrasto con i propri canoni regolamentari, al fine di non introdurre una evidente contraddizione del sistema, il giudizio di meritevolezza si incentra nella valutazione dell'idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi, vista l'assenza di una preventiva opera di tipizzazione legislativa, intesa come (mera) predisposizione di schemi*”.

A tal riguardo risulta fondamentale esaminare il contenuto delle prestazioni dedotte in contratto al fine di individuare la disciplina applicabile<sup>4</sup>.

## **2. LA MANUTENZIONE TRA LEGGE MERLONI (L. N. 109/94) E TESTO UNICO SULL'EDILIZIA (D.P.R. N. 380/2001)**

In linea di prima approssimazione, nel tentativo di individuare una definizione normativa della manutenzione, appare utile prendere le mosse dall'art. 2 del D.P.R. n. 554/99, per quanto riguarda il settore degli appalti pubblici e dall'art. 3 del D.P.R. n. 380/2001.

Quest'ultimo in particolare statuisce: "...*si intendono per ...a) interventi di manutenzione ordinaria, gli interventi edilizi che riguardano le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture degli edifici e quelle necessarie ad integrare e mantenere in efficienza gli impianti tecnologici esistenti ...b) interventi di manutenzione straordinaria, 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, sempre che non alterino i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari e non comportino modifiche delle destinazioni d'uso*".

L'art. 2 del D.P.R. n. 554/99 (Regolamento attuativo della L. n. 109/94 cd. Legge Merloni) esplicita alla lettera l) cosa debba intendersi per *manutenzione* nell'ambito degli appalti pubblici di lavori: "...*la combinazione di tutte le azioni tecniche, specialistiche ed amministrative, incluse le azioni di supervisione, volte a mantenere o a riportare un'opera o un impianto nella condizione di svolgere la funzione prevista dal provvedimento di approvazione del progetto*".

Dal combinato disposto delle due predette disposizioni si può quindi, ragionevolmente, trarre la conclusione che la manutenzione deve essere intesa come l'attività lavorativa finalizzata a consentire che una determinata "opera" sia idonea a svolgere la funzione alla quale risulta preordinata<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. Cassazione Civile, sez. II, 2 dicembre 1997, n. 12199, in *Giur. it.*, 1998, 1808: "...*In caso di contratto misto, il negozio deve essere assoggettato alla disciplina unitaria dell'uno o dell'altro contratto, in base alla prevalenza degli elementi che concorrono a costituirlo. Siffatto criterio, tuttavia, non vale certamente ad escludere ogni rilevanza giuridica agli elementi del contratto non prevalente, i quali sono regolati con norme proprie se queste non sono incompatibili con quelle del contratto prevalente*".

<sup>5</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1680, in *Cons. Stato*, 1998, I, 2000: "*Il concetto di manutenzione, alla luce della normativa di derivazione europea citata, applicabile con prevalenza sull'eventuale disciplina interna contrastante, si estende, viceversa, a tutti i casi in cui l'applicazione dell'opera dell'appaltatore non comporta un'attività prevalente ed essen-*

Fermi i diversi “gradi” di manutenzione, a seconda dello stato in cui si trova l’immobile e, ferma la distinzione di uso comune tra manutenzione ordinaria e straordinaria<sup>6</sup>, appare difficoltosa l’individuazione di un netto *discrimen* nell’ambito degli appalti pubblici di lavori<sup>7</sup>.

A tal proposito infatti, non può sottacersi come l’art. 2 del D.P.R. n. 554/99, rubricato “Definizioni” ben avrebbe potuto essere la sede idonea per operare tale distinzione, qualora esistente.

La stessa Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, che ha affrontato più volte *ex professo* la tematica, non si è mai spinta nel senso di reputare esistente una simile distinzione. Nella nota determinazione n. 13 del 28 luglio 2004<sup>8</sup>, avente ad oggetto “Chiarimenti in merito ai lavori di manutenzione ed ai contratti aperti”, ha infatti avuto modo di affermare che: “...*le richieste di chiarimenti avanzate necessitano in primo luogo di chiarire cosa le norme intendono per manutenzione. La specificazione è contenuta nell’art. 2, comma 2, lettera l) del D.P.R. n. 554/99 e s.m.i...(omissis)...Da tale definizione si deduce che essa si riferisce sia alla manutenzione ordinaria sia a quella straordinaria. Va, inoltre, rilevato che la manutenzione può essere suddivisa in quella programmabile ed in quella di pronto intervento*”.

Una determinazione di estrema importanza che sembra cassare sul nascere ogni discettazione in merito alla distinzione fra manutenzione ordinaria e straordinaria.

---

*ziale 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”.*

<sup>6</sup> Per un riferimento alla distinzione manutenzione ordinaria e manutenzione straordinaria negli appalti pubblici prima dell’entrata in vigore della Legge Merloni (n. 109/94) cfr. Commiss. min. ricorsi prezzi opere pubbliche, 26 gennaio 1982, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1983, III, 229: “*La normativa revisionale in materia di oo. pp. è applicabile ai lavori di qualunque natura da appaltarsi, concedersi od affidarsi dallo stato e dagli enti pubblici, e tra detti lavori rientrano anche quelli di manutenzione ordinaria (oltre che straordinaria) di un’opera pubblica, purché di natura immobiliare, a nulla rilevando che si tratti di modesti interventi manutentori (piccole opere murarie, di fabbro e di lattoniere); per conseguenza, il rifiuto opposto al riguardo è illegittimo e contestualmente alla relativa pronuncia va dichiarato l’obbligo dell’ente pubblico di procedere alla revisione*”.

<sup>7</sup> Cfr. F. CARINGELLA e R. GAROFOLI, *L’ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge*, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, a cura di F. CARINGELLA e G. DE MARZO, Milano, 2003, 32: “...*si suole distinguere tra manutenzione ordinaria, che comprende gli interventi diretti a riparare o a rinnovare opere esistenti e a garantire la funzionalità degli impianti, e manutenzione straordinaria, afferente alle attività che incidano su parti strutturali di opere od impianti esistenti, provvedendo alla loro rinnovazione o sostituzione*”.

<sup>8</sup> Consultabile sul sito internet ufficiale dell’Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici e in particolare sul massimario <http://massimario.avlp.it>.

Si tratta di un chiarimento inoltre fornito successivamente all’emanazione del D.P.R. n. 380/2001 che contiene in sé l’astratta distinzione ma che nel contempo, nella sua perentorietà, sembra aver fornito qualche spiraglio distintivo tra i propri interstizi esegetici<sup>9</sup>.

Con riferimento al Testo Unico sull’Edilizia (D.P.R. n. 380/2001), e in particolare all’art. 3, appare opportuno sottolineare come a ben guardare non sembra potersi utilizzare il medesimo quale referente della distinzione “interventi di manutenzione ordinaria – straordinaria” nell’ambito degli appalti pubblici per una serie di motivi.

In primo luogo, come sottolineato anche dall’Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici con la determinazione citata, il referente per la “manutenzione” nell’ambito degli appalti pubblici di lavori è costituito dall’art. 2, del D.P.R. n. 554/99 che nulla dispone al riguardo e nessuna distinzione risulta presente neanche nella Legge Quadro.

In secondo luogo il Testo Unico sull’Edilizia circoscrive la valenza delle definizioni al proprio ambito: l’art. 3 esordisce infatti “...*ai fini del presente testo unico*” e non si rinviene in nessuna parte del Testo, prodigo di riferimenti normativi, un rinvio alla L. n. 109/94 o al D.P.R. n. 554/99.

Lo stesso art. 3 riferendosi alle definizioni degli interventi edilizi rinvia al solo art. 31 della legge 5 agosto 1978 n. 457.

Non da ultimo occorre sottolineare come nell’ambito dell’art. 3 del T.U. si ragioni in termini di “opere” che sono la risultante di un “lavoro” e non il sinonimo<sup>10</sup>.

In particolare l’opera pubblica è una *res* realizzata direttamente o fatta realizzare da un soggetto pubblico, appartenente allo stesso, finalizzata e destinata al soddisfacimento di un interesse pubblico<sup>11</sup>. Per lavoro pubblico,

<sup>9</sup> Vedi *infra*.

<sup>10</sup> Per ragioni di completezza cfr. tuttavia A. VALENTINETTI, *La pratica amministrativa e contabile nella condotta di opere pubbliche*, Gussago (BS), 2001, 31 che sottolinea come, nell’ambito degli appalti pubblici, le espressioni opera pubblica e lavoro pubblico in realtà hanno notevoli punti di collegamento e non infrequentemente sono adoperate, anche nei testi legislativi (vedi art. 2, L. n. 109/94) e nell’ordinamento amministrativo, con il medesimo significato sebbene differiscano concettualmente.

<sup>11</sup> Cfr. art. 1, Direttiva n. 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in *Gazzetta ufficiale dell’Unione Europea n. L 134 del 30/04/2004 pag. 0001 - 0113* e di tenore analogo l’art. 1 della Direttiva n. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in *Gazzetta ufficiale n. L 134 del 30/04/2004* : “b) Gli “appalti di lavori” sono appalti aventi per oggetto l’esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l’esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all’allegato XII o di un’opera, oppure l’esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un’opera corrispondente alle

invece, deve intendersi ogni attività materiale, di carattere tecnico, disposta e realizzata o fatta realizzare da un soggetto di diritto pubblico in relazione ad un bene, anche dei privati, per una finalità pubblica.

Le due categorie quindi si pongono in una relazione di mezzo e risultato: l'opera pubblica infatti deriva da un lavoro pubblico ma non sempre dal lavoro pubblico consegue necessariamente un'opera pubblica<sup>12</sup>.

Ciò posto appare verosimile ritenere che le definizioni contenute nel D.P.R. n. 380/2001 riguardino interventi che producono sempre e comunque una *res* (opera) sia essa privata o pubblica, definizioni quindi appartenenti ad un'ottica costruttiva, come deve essere quella edilizia e non solamente lavorativa che si ripete è solamente strumentale a quella costruttiva.

Nel caso degli appalti pubblici di lavori di manutenzione a rilevare è infatti il solo lavoro senza che, nella normalità dei casi, vi sia una *res*.

In terzo luogo, qualora il legislatore avesse voluto estendere la valenza del D.P.R. n. 380/2001, anche ai lavori di manutenzione ex L. n. 109/94 ben avrebbe potuto, ad esempio in sede di modifica della Legge Quadro<sup>13</sup>, operare in tal senso.

---

*esigenze specificate dall'ente aggiudicatore. Per opera si intende il risultato di un insieme di lavori edili o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica".*

<sup>12</sup> Vedi F. CARINGELLA e R. GAROFOLI, *L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge*, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, a cura di F. CARINGELLA e G. DE MARZO, Milano, 2003, 25. "...Tradizionalmente, per opera pubblica si intende il risultato di un'attività costruttiva o ingegneristica implicante una durevole modificazione del mondo reale e la creazione quindi di un aliquid novi, sia pure afferente ad una struttura già esistente. Alla nozione di opera pubblica è stata comunemente correlata quella di lavoro pubblico, che identifica l'attività tecnico-creativa, ossia lo sforzo necessario per realizzare il risultato in cui consiste l'opera. Si tratterebbe, pertanto, di due aspetti di un medesimo fenomeno, esaminato dal punto di vista dinamico-esecutivo se si ha riguardo al lavoro, da quello statico, invece, se si fa riferimento all'opera: aspetti che normalmente legati da un intimo nesso di reciprocità, possono, tuttavia, risultare talvolta del tutto autonomi l'uno dall'altro. Se è vero, infatti, che il lavoro pubblico assume carattere di strumentalità rispetto all'opera, in quanto diretto alla sua creazione, radicale trasformazione, manutenzione o, ancora, al miglioramento della relativa funzionalità ovvero alla sua eliminazione o distruzione, non è men vero, d'altra parte, che sono ipotizzabili lavori pubblici realizzati su beni privati...con la conseguenza per cui se può sostenersi senz'altro che l'opera trova sempre la sua origine in un lavoro, non può affermarsi in termini assoluti l'inverso".

<sup>13</sup> Si pensi alla Legge 1 agosto 2002, n. 166 "Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti (Collegato alla finanziaria 2002)", in G.U. n. 181 del 3 agosto 2002 e alla legge 18 aprile 2005, n. 62 recante "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee" (cd. Legge Comunitaria 2004) che con l'art. 24 ha apportato significative modifiche alla Legge n. 109/94 al fine di renderla il più possibile comunitariamente compatibile.



A tal proposito basti pensare alla nuova formulazione dell'art. 2 della L. n. 109/94 nella parte disciplinante i cc.dd. appalti "misti", frutto di un recepimento "tardivo" della direttiva comunitaria 93/37/CEE e della procedura di infrazione n. 2001/2182 ex art. 226 del Trattato a carico dello Stato Italiano in parte afferente al tema in questione a cui ha fatto seguito la nota Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti<sup>14</sup> volta ad orientare "comunitariamente" la Legge Merloni. Se tuttavia alla luce delle suesposte considerazioni, ove condivise, non sembra possibile utilizzare la distinzione tra manutenzione ordinaria e straordinaria presente nel Testo Unico sull'Edilizia ciò non implica, ad avviso dello scrivente, che tale distinzione non sia presente anche nell'ambito degli appalti pubblici di lavori.

La stessa Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, con la Determinazione n. 13/2004 citata, sebbene sibillinamente, ha affermato: *"va chiarito che il contratto aperto è definito dall'articolo 154, comma 2, del D.P.R. 554/1999 e s.m. come il contratto che si riferisce ad un determinato arco di tempo e che prevede, come oggetto, l'esecuzione di lavorazioni che sono singolarmente definite nel loro contenuto prestazionale ed esecutivo ma non nel loro numero. La quantità delle prestazioni da eseguire dipende dalle necessità che verranno in evidenza nell'arco di tempo previsto contrattualmente. Si tratta, quindi, di contratti che riguardano esclusivamente lavorazioni inerenti la manutenzione ordinaria o straordinaria definita di*

<sup>14</sup> Circolare del 18 dicembre 2003 n. 2316 *"Disciplina dei contratti misti negli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi"*, in Gazzetta Ufficiale n. 79 del 3 aprile 2004: *"...4. L'attuale normativa italiana in materia, a giudizio della Commissione, consentirebbe, peraltro, di assoggettare alla disciplina degli appalti pubblici di lavori anche appalti di servizi e di forniture nei quali la prestazione di lavori, ancorché prevalente sotto il profilo economico, potrebbe presentare carattere accessorio rispetto alle altre prestazioni, con la conseguenza di sottrarre numerosi appalti di servizi e di forniture all'applicazione della pertinente disciplina comunitaria e, segnatamente, delle direttive 92/50/CEE e 93/36/CEE. 5. La problematica posta deve essere affrontata sotto il profilo del significato da assegnare al concetto di oggetto principale del contratto. 6. 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 (o non solo) in senso economico, quanto piuttosto come prestazione che deve esprimere l'oggetto principale del contratto, definendo conseguentemente il carattere dell'appalto. Premesse le considerazioni su esposte e tenuto conto della procedura d'infrazione già attivata dalla Commissione europea, questo Ministero ha assunto l'impegno di promuovere apposita iniziativa normativa per adeguare, in materia di contratti misti, la normativa nazionale a quella comunitaria. Nelle more della modifica annunciata, si rende necessario fornire alle amministrazioni aggiudicatrici indicazioni applicative che, in caso di appalti misti, tengano conto anche del criterio comunitario basato sull'oggetto principale del contratto. Si invitano, pertanto, le amministrazioni aggiudicatrici in indirizzo, a tenere nel dovuto conto le considerazioni fin qui esposte, allo scopo di assicurare, sin d'ora, l'osservanza della disciplina comunitaria in materia"*.

pronto intervento. *Nel caso, infatti, che gli interventi siano individuabili sia nel contenuto prestazionale ed esecutivo, sia nel numero e sia nella localizzazione si tratta di normali appalti di esecuzione di lavori”.*

### **3. IL CONTRATTO DI MANUTENZIONE DEGLI IMMOBILI TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO COMUNITARIO: LA QUESTIONE DEGLI APPALTI “MISTI”**

La manutenzione è pertanto un’attività per sua definizione “atipica” in quanto polivalente<sup>15</sup> e si conviene con la più Autorevole dottrina<sup>16</sup> nel ritenere che: *“...la manutenzione presenta per sua intrinseca natura carattere polivalente, comprendendo qualsiasi forma di intervento di cui, se è sempre identico il fine perseguito, quello cioè di mantenere ad esistenza o in efficienza un’opera o un impianto, può essere notevolmente varia la connotazione sostanziale: detto in dettaglio, la manutenzione identifica, più che una forma ben determinata di attività, un obiettivo che, relativo all’opera o all’impianto sul quale occorre intervenire, è astrattamente suscettibile di essere perseguito attraverso interventi tipologicamente differenti, anche di mera fornitura ovvero di mera prestazione di utilità, non implicanti quindi la trasformazione o la rielaborazione della materia”.*

Da ciò ne deriva che il contratto di manutenzione immobiliare si sostanzia, quindi, in un contratto dove coesistono diverse cause - cd. contratto misto -, nel caso di specie si evidenziano le cause (intese come funzione economico-sociale) dei contratti di: appalto (art. 1655 c.c.), vendita (art. 1470 c.c.)<sup>17</sup>, somministrazione (art. 1559 c.c.), ecc. ecc. e pertanto non appare corretto considerarlo un contratto atipico *stricto sensu*<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> G. FISCHIONE, *Brevi considerazioni sulla legittimazione processuale delle associazioni dei costruttori edili, sul concetto di opera pubblica e di categoria prevalente*, in *Riv. Trim. app.*, 1990, 1089.

<sup>16</sup> Cfr. F. CARINGELLA e R. GAROFOLI, *L’ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge*, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, a cura di F. CARINGELLA e G. DE MARZO, Milano, 2003, 32.

<sup>17</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 2 aprile 1996, n. 375, in *Cons. Stato*, 1996, I, 585: *“La differenza tra il contratto d’appalto e quello di compravendita, rispettivamente definiti dagli art. 1655 e 1470 c.c., risiede, per quanto riguarda 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”.*

<sup>18</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 798 che precisa: *“...mentre il contratto misto non ha una propria fisionomia e quindi una propria autonomia, il contratto atipi-*



Tra le predette tipologie si conviene con l'Autorevole dottrina<sup>19</sup> nel ritenere che la manutenzione di un immobile è, in primo luogo, un appalto<sup>20</sup> in quanto il proprietario (o il titolare di un diritto reale o personale di godimento o comunque chi abbia il potere di disporre del bene) affida ad un terzo – che si assume a proprio rischio l'organizzazione dei mezzi necessari e la relativa gestione – il compimento di tutto quanto necessario per garantire la conservazione e l'efficienza del bene stesso, dietro corrispettivo<sup>21</sup>.

Nell'ambito poi del prevalente *genus* contrattuale appalto si tratta di individuare esattamente la tipologia<sup>22</sup>: se cioè, nel caso della manutenzione immobiliare e/o impiantistica, si tratti di appalto di lavori o di servizi<sup>23</sup>.

---

*co si manifesta autonomo e pretende una altrettanto autonoma disciplina che il giudice deve ricavare dalla funzione concretamente svolta dall'operazione senza lasciarsi condizionare in toto dal riferimento al tipo legale prevalente o analogo sul piano della ricostruzione statica, pur se le parti abbiano disciplinato taluni patti con riferimento ad istituti tipizzati”.*

<sup>19</sup> P. MOSCARINI, voce *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da P. RESCIGNO, II, *Obbligazioni e Contratti*, 3, 705.

<sup>20</sup> Cfr., sebbene con riferimento al regime *ante* Legge Merloni, Commiss. min. ricorsi prezzi opere pubbliche, 11 novembre 1980, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1982, III, 189: “*L'atipico contratto di manutenzione di opera pubblica è da collocarsi nel più ampio genere del contratto di appalto di oo. pp., anziché in quello dell'appalto di servizio pubblico, in quanto, in corrispondenza alle finalità che gli sono proprie, la sua esecuzione implica una attività di rielaborazione e trasformazione, là dove necessaria, di un bene immobiliare già esistente; di conseguenza, agli effetti della revisione dei prezzi, è ad esso applicabile il regime speciale incentrato sul d.l.c.p.s. 6 dicembre 1947, n. 1501 e successive modificazioni”.*

<sup>21</sup> Sottolinea A. AREDDU, *op. cit.*: “...su tale schema, però, si innestano le altre surrichiamate tipologie, in quanto, il soggetto incaricato della manutenzione non potrà limitarsi alla sola prestazione dell'opera o del servizio, ma dovrà anche provvedere, di regola, alla fornitura di beni e prodotti, oppure alla loro vendita o concessione in affitto, necessari per assicurare detta conservazione funzionale”.

<sup>22</sup> Cfr. A. VARLARO SINISI, *L'esecuzione dei lavori pubblici*, Milano, 2003, 9: “...l'art. 1655 c.c. che definisce l'appalto, non distingue fra appalto di lavori e quello di servizi: ciò non vuol dire però che tutte le norme contenute sotto il capo VII del libro quarto del codice civile si applicano indistintamente ad entrambe le figure contrattuali. Ad esempio, le disposizioni che disciplinano la denuncia di difetti della materia (art. 1663 c.c.), la verifica e pagamento dell'opera (art. 1665 c.c.), la rovina e difetti di cose immobili (art. 1669 c.c.), ed il perimento o deterioramento della cosa (art. 1673 c.c.), si applicano solo ai contratti diretti ad incidere sulla struttura di una res, viceversa, la norma che disciplina la prestazione continuativa o periodica di servizi (art. 1677 c.c.) si applica solo agli appalti che hanno ad oggetto una prestazione di servizi”.

<sup>23</sup> Cfr. P. RESCIGNO, *Appalto*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, 1988. L'appalto di servizi deve essere tenuto distinto dal contratto di opera (art. 2222 c.c.), che differisce dal primo per la prevalenza del lavoro personale, che non presuppone una organizzazione di mezzi necessari e quindi l'utilizzazione di lavori altrui.

Un tema estremamente delicato e controverso alla luce anche del diritto comunitario<sup>24</sup> - anche ai fini dell'individuazione dei requisiti del concorrente<sup>25</sup> - che ha portato ad una modifica – ad avviso dello scrivente non risolutiva – dell'art. 2, della L. n. 109/94 da parte della Legge Comunitaria 2004 (L. n. 62 del 18 aprile 2005).

Si sottolinea, tuttavia, come la discrasia tra diritto italiano e diritto comunitario fosse già nota al legislatore italiano che tuttavia è rimasto “latitante” sino all'aprile del 2005.

---

<sup>24</sup> Cfr. Corte di Giustizia, Sezione VI, 19 aprile 1994, Causa C-331/92, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1994 pagina I - 1329 “*Un contratto misto avente ad oggetto tanto un' esecuzione di lavori quanto una cessione di beni non rientra nell' ambito di applicazione della direttiva 71/305, 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... (omissis)...* 27. Questa interpretazione è corroborata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1). Secondo il suo sedicesimo ‘considerando’, dalla direttiva 71/305 risulta infatti che un appalto può essere considerato appalto pubblico di lavori soltanto se il suo oggetto consiste nel realizzare un' opera e che, qualora tali lavori siano accessori e non costituiscano l' oggetto dell' appalto, essi non possono giustificare la classificazione dello stesso come appalto pubblico di lavori. 28. Spetta al giudice nazionale accertare se i lavori abbiano carattere accessorio rispetto all' oggetto principale dell' aggiudicazione. 29. La prima questione deve essere pertanto risolta nel senso 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 71/305, qualora l'esecuzione dei lavori abbia carattere meramente accessorio rispetto alla cessione dei beni”.

<sup>25</sup> Cfr. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, determinazione n. 3 del 6 aprile 2005 “*Appalti misti e requisiti di qualificazione*”, pubblicata in G.U. n. 143 del 22 giugno 2005: “...E' 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 18/12/2003, 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, conformando 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 con-

Infatti nella circolare del 1° marzo 2002, n. 3944 - sebbene riferita alla distinzione tra concessione di lavori e concessioni di servizi - erano già individuabili i concetti poi espressi dal giudice comunitario: *“Tale distinzione si basa su un criterio di prevalenza funzionale e implica che se un contratto di concessione riguarda la costruzione di un’opera quale oggetto principale del contratto si tratterà di una concessione di lavori e, purché la soglia di applicazione della direttiva sia stata raggiunta (5.000.000 euro), verrà in rilievo il regime previsto dalla direttiva lavori. Al contrario, se i lavori o la costruzione dell’opera sono meramente accessori rispetto all’oggetto principale del contratto rappresentato dalla gestione del servizio pubblico, non si applicherà la direttiva lavori in quanto le concessioni di servizi ricadono sotto l’applicazione delle norme e dei principi del Trattato (cfr. Comunicazione interpretativa, cit., punto 2.3 e Corte di giustizia, sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92 *Gestion Hotelière* e sentenza 5 dicembre 1989, causa C - 3/88, *Data processing*)”*<sup>26</sup>.

I predetti concetti sono stati poi “trasfusi” dal legislatore nazionale nell’attuale art. 2 della Legge n. 109/94 (come novellato dalla legge n. 62 del 2005) che statuisce espressamente a proposito dei contratti misti: *“...Nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per*

---

*tratto 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...(omissis)... nei contratti misti la normativa sui lavori pubblici trova applicazione quando i lavori costituiscono l’oggetto principale dello stesso, a prescindere dalla rilevanza economica; 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; 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”.*

<sup>26</sup> CIRCOLARE Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento Politiche Comunitarie - 1° marzo 2002, n. 3944 *“Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori”*, in G.U. n. 102 del 3 maggio 2002.

cento. *Quest'ultima disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto*"<sup>27</sup>.

Si tratta di una disposizione che potremmo definire "timida", in quanto il legislatore nazionale non sembrerebbe aver avallato *in toto* l'interpretazione comunitaria volta a ritenere determinante l'effettiva natura delle prestazioni dedotte in contratto a prescindere dalla loro incidenza economica percentuale.

Nell'attuale art. 2 sembra infatti codificato un principio di difficile compatibilità comunitaria: affinché si possa parlare di appalti di lavori è necessario che le prestazioni riconducibili ai lavori abbiano un rilievo contrattuale almeno del 50% dell'importo, in caso contrario viene esclusa l'applicazione della legge Merloni all'appalto in questione.

Ciò nonostante il legislatore pone un'eccezione: anche se i lavori dovessero avere un'incidenza superiore al 50% del valore del contratto, la legge Merloni "*...non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto*".

Da ciò ne deriva quindi che sarà compito dell'interprete (*rectius* in prima battuta dell'operatore pratico e in ultima analisi del giudice) verificare che i lavori appaltati:

- a) abbiano un'incidenza percentuale superiore al 50%;
- b) non abbiano carattere accessorio (in concreto).

Solo nel caso di concorrenza dei surrichiamati presupposti troverà applicazione la Legge n. 109/94 altrimenti ci troveremo nell'alveo degli appalti di servizi (D. Lgs. n. 157/95) e/o di forniture (D. Lgs. n. 358/1992).

Tale interpretazione risulta avvalorata anche dalla lettura sistematica dell'art. 2, L. n. 109/94 con l'art. 3 del D. Lgs. n. 157/95 (come modificato dal D. Lgs. n. 62/2000 di attuazione nel nostro ordinamento delle direttive comunitarie nn. 97/52 e 98/4, che a loro volta modificavano le direttive in materia di appalti pubblici di servizi e di appalti nei settori esclusi) che prevede: "*...Nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della legge 11 feb-*

---

<sup>27</sup> La precedente formulazione dell'art. 2, L. n. 109/94 era la seguente: "1. *Ai sensi e per gli effetti della presente legge e del regolamento di cui all'articolo 3, comma 2, si intendono per lavori pubblici, se affidati dai soggetti di cui al comma 2 del presente articolo, le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica. 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*" senza alcun riferimento al criterio dell' "accessorietà".

*braio 1994 n. 109 e successive modificazioni qualora i lavori assumano valore economico superiore al 50%*<sup>28</sup>.

Per ragioni di completezza corre l'obbligo di sottolineare che il comma 75, dell'art. 9, della L. n. 415/1998 (cd. Merloni – *ter*) aveva già modificato l'art. 3, comma 3, del D. Lgs. n. 157/95 in chiave forse più rispondente al diritto comunitario<sup>29</sup> ma successivamente, con il D. Lgs. n. 62/2000, il legislatore nazionale ha reputato opportuno procedere ad una nuova riformulazione del medesimo.

La predetta opzione ermeneutica, che appare la più rispondente alla lettera delle norme, sembra porsi tuttavia in contrasto con il diritto comunitario dove, si ribadisce, è soltanto la “qualità” della prestazione e non la “quantità” a determinare il regime giuridico applicabile.

In buona sostanza per il diritto comunitario può essere considerato appalto di lavori e ricadere sotto l'egida della direttiva 93/37, anche un appalto dove la componente “lavori” abbia una valenza percentuale/quantitativa del 40% ma nel contempo sia la componente che qualifica effettivamente l'appalto<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Per un'interpretazione sistematica delle due norme cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 11 giugno 1999 n. 630, in *Cons. Stato*, 1999, I, 886: “*Nel caso di appalti misti, ovvero aventi ad oggetto la contestuale prestazione di lavori e di servizi, laddove le attività di servizio assumano carattere accessorio rispetto all'obbligazione principale, consistente in attività esecutive di manutenzione ordinaria e straordinaria di un complesso immobiliare pubblico, trova applicazione la disciplina in materia di lavori pubblici di cui alla L. n. 109/94 e successive modificazioni ed integrazioni nonché l'onere di dimostrare il possesso della iscrizione all'Albo Nazionale dei costruttori ai sensi dell'art. 2 della L. n. 57/62. L'art. 3 del D. Lvo. 17.3.1995, n. 157, che individua, tra gli appalti di servizi sottoposti alla disciplina ivi dettata, anche “gli appalti che insieme alla prestazione di servizi comprendono anche la esecuzione di lavori” qualora questi ultimi “assumano funzione accessoria rispetto ai servizi e non costituiscano l'oggetto principale dell'appalto” non può essere inteso nel senso che debbano qualificarsi come appalti di servizi tutte le ipotesi in cui “vi sia una pluralità di prestazioni in parte riconducibili a servizi ed in parte riconducibili a lavori”, atteso che tale disposizione intende solo precisare che gli appalti di servizi, tra quelli elencati negli allegati 1 e 2, sono tali anche se per la loro esecuzione occorre effettuare dei lavori”.*”

<sup>29</sup> L'art. 3, comma 3, D. Lgs. n. 157/95 modificato dall'art. 9, comma 75, L. 418/95 era del seguente tenore: “*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”.*”

<sup>30</sup> Il criterio dell'accessorietà, avulso dalla “prevalenza economica” è ulteriormente ribadito nelle nuove direttive nn. 17 e 18 del 2004, art. 1: “*Un appalto avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato XVII e che preveda attività ai sensi dell'allegato XII (ndr. Lavori) solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale dell'appalto è considerato un appalto di servizi”.*”

Nel caso in cui, nell'ambito di un appalto misto (lavori e servizi) la componente lavori sia quantitativamente la più rilevante ma nel contempo sia accessoria, non appare ragionevole dubitare sull'applicazione della normativa per gli appalti di servizi (D. Lgs. n. 157/95).

Se è lecito spingersi in tale direzione alla stessa stregua non appare fuori luogo guardare con preoccupazione all'attuale formulazione dell'art. 2 della Legge n. 109/94 ed aspettarsi un'ulteriore procedura di infrazione a carico dello Stato Italiano che sembra aver, temperandolo, ancora avallato il criterio della prevalenza economica.

Un criterio che, ad onor del vero, risulta tuttavia essere più oggettivo sicuramente di quello dell'accessorietà<sup>31</sup> che ben si presta all'uso strumentale da parte delle stazioni appaltanti<sup>32</sup>.

Ciò posto tuttavia, appare corretto comunque, nonostante i confini più labili, incentrare l'indagine sulla vera natura dell'appalto non ponendo mente

---

<sup>31</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it): *“L'articolo 2, comma 1, L. 11 febbraio 1994 n. 109, modificata dalla legge 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 dell'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”*.

<sup>32</sup> Cfr. il tentativo, in vigenza della vecchia formulazione dell'art. 2 L. 109/92, da parte dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici di ancorare il criterio dell'accessorietà a parametri oggettivi. Determinazione del 28 dicembre 1999 n. 13, consultabile sul sito internet istituzionale dell'Autorità: *“...il criterio dell'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 dell'accessorietà una previsione normativa interna – quale è, appunto, quella di cui al secondo periodo del 1° comma 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”*.



al solo criterio economico che potrà costituire un mero indice dell' "accessorietà", unico vero *leit motiv* per l'applicazione dell'una (L. n. 109/94) o dell'altra normativa (D. Lgs. n. 157/95 e/o D. Lgs. n. 358/92).

#### 4. LA MANUTENZIONE DEGLI IMPIANTI NELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE, NELLA NORMATIVA COMUNITARIA E NEL CODICE DE LISE

Se le considerazioni suesposte valgono con riferimento agli appalti di manutenzione considerati nel proprio *genus*, ben si comprende come la problematica assuma caratteri maggiormente opinabili nell'ambito degli appalti di manutenzione di impianti appartenenti ad un ente pubblico (si pensi agli impianti termici o elevatori di un immobile) attesa la dubbia equiparazione concettuale operata dall'art. 2, comma 1, Legge n. 109/94 "...manutenzione di opere ed impianti".

Se infatti, con riferimento agli appalti manutentivi di immobili, la giurisprudenza sembra incline a ritenere applicabile la legge Merloni, la stessa cosa non sembra potersi dire con riferimento alla manutenzione di impianti ubicati presso i medesimi immobili.

Tale discrasia sembra essere il frutto di un'interpretazione della legge n. 109/94 in combinato disposto con il D. Lgs. n. 157/95 che annovera al proprio allegato 1<sup>33</sup> (esplicativo delle tipologie prestazionali riconducibili agli appalti di servizi) la voce "servizi di manutenzione e riparazione".

La predetta voce, tuttavia, trova compiuta identificazione nella tabella di riferimento CPC (*Central Product Classification*) che dovrebbe, a rigore, circoscrivere ed individuare puntualmente l'oggetto dei servizi di manutenzione e riparazione da ricomprendersi tra le prestazioni da appaltare come servizi.

I codici individuati sono nel caso di specie i nn. 6112, 6122, 633 e 866 del cpc predetto. Occorre precisare come il sistema di classificazione CPC<sup>34</sup> sia sol-

<sup>33</sup> Cfr. art. 1 comma 1 D. Lgs. n. 157/95: "Salvo quanto previsto ai commi 2 e 3, le disposizioni del presente decreto si applicano per l'aggiudicazione, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 2, degli appalti di servizi di cui all'allegato 1, il cui valore di stima, al netto dell'IVA, al momento della pubblicazione del bando, è uguale o superiore al controvalore in euro di 200.000 diritti speciali di prelievo (DPS)".

<sup>34</sup> "CPC is the 'Central Product Classification', which use is mandatory in notices for the awarding of contracts for services (see question 1.8). CPC is a classification of products based on the physical characteristics of goods or on the nature of the services rendered. CPC provides a framework for collection and international comparison of the various kinds of statistics dealing with goods and services. It covers products that are an output of economic activities, including transportable goods, non-transportable goods and services", in <http://simap.eu.int>

tanto uno dei tanti sistemi di classificazione e che lo stesso sia stato “riveduto” e praticamente sostituito dal CPV<sup>35</sup> (*Common Procurement Vocabulary*)<sup>36</sup>, che ha portato ad una *reductio ad unitatem* di tutti i codici dei prodotti vigenti<sup>37</sup>.

A tal riguardo appare utile riportare uno stralcio del considerando del Regolamento (CE) n. 2195/2002 del 5 novembre 2002 relativo al vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV)<sup>38</sup> dove si sottolinea come: “ (1) *L'utilizzazione di diverse nomenclature compromette l'apertura e la trasparenza degli appalti pubblici europei. Il suo impatto sulla qualità e i termini di pubblicazione dei bandi di gara limita di fatto le possibilità di accesso agli appalti pubblici da parte degli operatori economici.* (2) *Nella sua raccomandazione 96/527/CE, la Commissione ha invitato le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori a utilizzare, per la descrizione dell'oggetto dei loro appalti, il vocabolario comune per gli appalti pubblici (Common Procurement Vocabulary — CPV), sviluppato sulla base di talune nomenclature già esistenti, per tener maggiormente conto delle specificità del settore degli appalti pubblici.* (3) *È opportuno unificare tramite un sistema di classificazione unico per gli appalti pubblici i riferimenti utilizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori per la descrizione dell'oggetto degli appalti*”.

Pertanto per comprendere esattamente le attività, ad oggi, indicate dai codici previsti dal D. Lgs. n. 157/95 occorrerà prendere le mosse dalla tabella di corrispondenza CPC – CPV contenuta nell'allegato III<sup>39</sup> del Regolamento n. 2195/2002.

---

<sup>35</sup> “*The Common Procurement Vocabulary (CPV) was created in 1996 as a tool for improving transparency and efficiency in the field of public procurement. Use of standard terms in the CPV makes it easier for potential suppliers to identify the procurement contracts in which they are interested. The CPV also facilitates fast and accurate translation of contract notices for publication in the EC Official Journal, and makes it easier to establish procurement statistics*”, in <http://simap.eu.int>

<sup>36</sup> Cfr. REGOLAMENTO (CE) N. 2195/2002 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 5 novembre 2002 relativo al vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV), pubblicato sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità europee L 340/1 del 16.12.2002, dove si può evidenziare al considerando n. 4: “*È necessario che gli Stati membri dispongano di un sistema di riferimento unico, che utilizzi la stessa descrizione dei beni nelle lingue comunitarie ufficiali e uno stesso codice alfanumerico corrispondente che consenta di eliminare le barriere linguistiche a livello comunitario*”.

<sup>37</sup> Cfr. Regolamento n. 2195/2002 *cit.*, n. 5 precisa: “(5) *È pertanto opportuno adottare con il presente regolamento il CPV, in una versione riveduta, un sistema di classificazione unico per gli appalti pubblici applicabile ai sensi delle direttive relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*”.

<sup>38</sup> Pubblicato sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità europee L 340/1 del 16.12.2002.

<sup>39</sup> Cfr. considerando n. 6 del Regolamento n. 2195/2002: “(6) *È altresì opportuno elaborare, a titolo indicativo, tavole di corrispondenza tra il CPV e la «Classificazione dei prodotti asso-*

Innanzitutto i “servizi di manutenzione e riparazione” vengono annoverati nella categoria 1 dei servizi sotto il codice CPV 50100000 (ex CPC 6112, 6122 e 633) che poi viene ulteriormente esplicitato a seconda della tipologia concreta dei servizi (es. 50110000 per i servizi di riparazione e manutenzione di veicoli a motore e attrezzature affini). Servizi relativi prevalentemente ad attività su “veicoli a motore, motocicli e gatto delle nevi, articoli personali e domestici, prodotti metallici, macchinari e attrezzature”<sup>40</sup>.

Con riferimento invece al codice CPC 886 si precisa come il Regolamento n. 2195/2002 consideri proprio appalti di servizi le manutenzioni da eseguirsi su impianti di edifici.

A questi fini si vedano i seguenti codici di attività:

- 88620 (CPC) – 50413200 (CPV) – *Servizi di riparazione e manutenzione di impianti antincendio;*
- 88620 (CPC) – 50531100 (CPV) – *Servizi di riparazione e manutenzione di caldaie;*
- 88640 (CPC) – 50700000 (CPV) – *Servizi di riparazione e di manutenzione di impianti di edifici;*
- 88640 (CPC) – 50710000 (CPV) – *Servizi di riparazione e di manutenzione di impianti elettrici e meccanici di edifici;*
- 88680 (CPC) – 50232000 (CPV) – *Manutenzione di impianti di illuminazione pubblica e semafori;*
- 88640 (CPC) – 50720000 (CPV) – *Servizi di riparazione e manutenzione di riscaldamenti centrali;*
- 88640 (CPC) - 50750000 (CPV) – *Servizi di manutenzione di ascensori.*

Alla luce delle suesposte disposizioni appare pertanto quanto meno opinabile inquadrare *sic et simpliciter* gli appalti di manutenzione degli impianti tra gli appalti di lavori<sup>41</sup>.

---

*ciati alle attività nella Comunità economica europea» (CPA), la «Classificazione centrale dei prodotti» (CPC Prov.) delle Nazioni Unite, la «Nomenclatura statistica delle attività economiche nella Comunità europea» (NACE Rev. 1) e la «Nomenclatura combinata» (NC)”*

<sup>40</sup> Cfr. in tal senso T.a.r. Veneto, 15 aprile 1998, n. 461, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I, 1858: “Dall’allegato 1 al d. lgs. 17 marzo 1995 n. 157, che contempla la specifica voce «servizi di manutenzione e riparazione», con la precisazione che nella stessa devono essere ricompresi solo i beni indicati nei n. 6112, 633 e 866 della cpc (central product classification) e cioè solo i «veicoli a motore, motocicli e gatto delle nevi, articoli personali e domestici, prodotti metallici, macchinari e attrezzature», si desume che possano considerarsi manutenzioni rientranti tra gli appalti di servizi soltanto quelle relative agli impianti di cui agli specifici numeri indicati, per cui tutte le altre attività di manutenzione devono necessariamente qualificarsi come lavoro pubblico”.

<sup>41</sup> Cfr. in tal senso anche Consiglio di Stato, sez. V, 4 maggio 2001, n. 2518, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In tale pronuncia i giudici di Palazzo Spada hanno sottolineato che non a caso

In tal senso può essere utile sottolineare l'inversione di tendenza della stessa giurisprudenza con riferimento ad un appalto di manutenzione dell'impianto cittadino di pubblica illuminazione.

Tale appalto nel concreto aveva ad oggetto:

1. l'accensione e lo spegnimento delle lampade;
2. la manutenzione degli apparecchi illuminanti;
3. la sostituzione delle lampade;
4. la manutenzione delle linee aree di proprietà comunale e protezione delle stesse dai rami degli alberi;
5. la manutenzione dei sostegni di proprietà comunale su pali e su mensole.

Ebbene con riferimento a tale appalto la giurisprudenza di primo grado si era pronunciata ritenendolo un appalto di lavori<sup>42</sup>.

---

il legislatore del '94 ha eletto, quale oggetto del proprio intervento la più ampia categoria dei "lavori pubblici" in luogo di quella dell' "opera pubblica", in modo che vengano ad essere ricompresi, nell'ottica legislativa "...non solo i lavori che hanno dato luogo, mediante un'opera di costruzione, ad un'opera o ad un impianto, ma anche i lavori che si limitano ad avere l'opera o l'impianto come oggetto dell'attività". Il concetto di manutenzione deve pertanto essere ricondotto alla qualifica di "lavori" ogni volta che l'applicazione dell'opera dell'appaltatore comporti un'attività essenziale di modificazione della realtà fisica, con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale. Appare, quindi, evidente ricondurre alla categoria dei lavori l'attività di manutenzione della segnaletica stradale, nell'ambito della quale interviene sempre una modificazione della realtà fisica, grazie all'utilizzazione di materiali nuovi: vernici per la realizzazione della segnaletica orizzontale e installazione dei manufatti che costituiscono la segnaletica verticale (cartelli stradali, semafori ed altri segnali stradali). A conferma dell'argomento sostanziale sopra enunciato, interviene un altro argomento, di natura formale – letterale, che si rinviene nell'allegato 1, del D. Lgs. n. 157/95, relativo agli appalti di servizi. Tale allegato, per quanto concerne i servizi di manutenzione e riparazione, fa riferimento alle voci della CPC (*Central Product Classification*) corrispondenti ai numeri 6112, 6122, 633, 886 (aventi ad oggetto veicoli a motore, motocicli e gatto delle nevi, articoli personali e domestici, prodotti metallici, macchinari e attrezzature). Tali voci non possono essere applicate alla fattispecie in oggetto, relativa alla segnaletica stradale e paiono rispondere ad una logica di tassatività, portando ad escludere che possano considerarsi manutenzioni rientranti tra gli appalti di servizi attività escluse dai numeri indicati. Le conclusioni dei giudici di Palazzo Spada sono state poi fatte proprie dalla stessa Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici nella determinazione n. 22 del 10 dicembre 2003: "*Disciplina applicabile agli appalti aventi ad oggetto la segnaletica stradale*", sul sito istituzionale dell' Authority.

<sup>42</sup> T.A.R. Puglia, sez. II, 28 ottobre 1999 n. 738, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha statuito "...l'appalto in parola non può essere ricondotto agli appalti di servizi in quanto non rientrante nelle voci di cui alla tabella 1 allegata al citato D. Lgs. n. 157 del 17 marzo 1995, secondo cui tra gli appalti di manutenzione e riparazione (voce n. 1 di detta tabella) rientrano solo quelli di cui ai numeri di riferimento della CPC 6112, 6122, 633 e 886, comprendenti solo attività manutentive relative a veicoli a motore, motocicli e gatti delle nevi; attività, quindi, cui sarebbero del tutto estranee quelle messe a concorso (e, inoltre, anche la voce di cui alla tabella 2 dello stesso

In secondo grado invece il Consesso di Palazzo Spada, sposando un'impostazione sostanzialista, in riforma della pronuncia di primo grado, ha statuito che: "...quanto ritenuto dal TAR in merito al fatto che il servizio di cui si discute non rientrerebbe nel novero di quelli di cui al n. 1 della tabella 1 è, peraltro, frutto di un manifesto errore interpretativo. Da un lato, perché non avrebbe alcun senso logico – specie se si tiene conto che il disposto di cui al D. Lgs. n. 157/95 costituisce trasposizione, nell'ordinamento nazionale, della disciplina comunitaria in tema di appalti di servizi – che attività, tipicamente di servizio, quale quella relativa alla manutenzione dell'impianto di illuminazione pubblica, debbano essere ricondotte nell'ambito degli appalti di lavori pubblici, mentre nel settore degli appalti di servizi dovrebbero essere ricomprese, per quanto attiene alle attività manutentive, solo quelle, del tutto marginali, inerenti a veicoli a motore, motocicli e gatti delle nevi ... (omissis)...contrariamente a quanto ritenuto, quindi, dal Tar, anche la manutenzione degli impianti di illuminazione stradale rientra nelle categorie oggetto degli appalti di servizi"<sup>43</sup>.

Attraverso i surrichiamati riferimenti giurisprudenziali, si vuole, in buona sostanza, sostenere come l'inquadramento degli appalti relativi alla manutenzione degli impianti tra gli appalti di lavori o gli appalti di servizi non sia agevole e come la tendenza giurisprudenziale, nel dubbio, sia volta a considerarli appalti di lavori<sup>44</sup>.

---

*decreto legislativo – altri servizi – non potrebbe essere utilizzata ai fini di cui si tratta, in quanto il fatto che la categoria specifica sia stata volutamente limitata non potrebbe aver altro significato se non quello che le attività della categoria non espressamente elencate dovrebbero essere escluse dalla disciplina prevista per la categoria stessa)". Cfr. anche, prima della vigenza della Legge Merloni, T.a.r. Campania, sez. III, 15 gennaio 1987, n. 16, in Arch. giur. oo. pp., 1987, 832: "Nella gara per l'appalto dell'esercizio e manutenzione ordinaria degli impianti di illuminazione pubblica, la richiesta di iscrizione dei concorrenti all'albo nazionale dei costruttori per la categoria 6 lettera C1 è appropriata alla natura dei lavori da appaltare".*

<sup>43</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 23 agosto 2004, n. 5572, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>44</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 aprile 2002, n. 2209, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) che con riferimento ad un appalto avente ad oggetto, testualmente, i "lavori di manutenzione degli impianti elevatori, montacarrozze e affini installati presso gli edifici scolastici provinciali e il Provveditorato agli Studi di Milano" si è pronunciato nel senso di considerarlo un appalto di lavori alla luce della tassatività dell'elencazione ex allegato 1 D. Lgs. n. 157/95 il quale "...nella versione applicabile, per quanto concerne i servizi di manutenzione e riparazione, fa riferimento a voci della C.P.C., corrispondenti ai numeri 6112, 6122, 633, 886, aventi ad oggetto veicoli a motore, motocicli e gatto delle nevi, articoli personali e domestici, prodotti metallici, macchinari ed attrezzature" e in tempi più datati T.a.r. Campania, sez. III, 21 ottobre 1988, n. 307, in Trib. amm. reg., 1988, I, 3876: "Ai sensi dell'art. 7, ultimo comma, l. 10 dicembre 1981, n. 741, nel caso di appalto che preveda opere rientranti in più categorie tra quelle previste dalla tabella annessa alla l. 10 febbraio 1962, n. 57 (modificata con d.m. 25 febbraio 1982), l'amministrazione deve richiedere l'iscrizione alla sola categoria prevalente rispetto al

Non appare inoltre scevro di conseguenze sottolineare come la giurisprudenza rinvenuta sul *thema* sembri dimenticare, per oscure ragioni, le attività riconducibili al CPC 886 in favore dei codici CPC 6112 e 6122 effettivamente aventi ad oggetto manutenzioni su veicoli a motori ecc<sup>45</sup>.

Il codice CPC 886 invece sembra proprio riguardare le attività manutentive su impianti ubicati presso immobili<sup>46</sup>.

Nella stessa direzione sembra orientata la normativa comunitaria sopravvenuta (direttive nn. 17 e 18 del 2004) che statuisce all'art. 1 "b) *Gli «appalti di lavori» sono appalti aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato XII o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'ente aggiudicatore. Per «opera» si intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica.*

d) *Gli «appalti di servizi» sono appalti diversi dagli appalti di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato XVII. Un appalto avente per oggetto tanto dei prodotti quanto*

*dei servizi ai sensi dell'allegato XVII è considerato un «appalto di servizi» quando il valore dei servizi in questione supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto. Un appalto avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato XVII e che preveda attività ai sensi dell'allegato XII solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale dell'appalto è considerato un*

---

*complesso delle opere; non può, pertanto, essere richiesta l'iscrizione nella seconda categoria (edifici civili, industriali, monumentali ed opere murarie relative ai complessi per la produzione e distribuzione di energia) nel caso di un appalto avente ad oggetto l'esercizio e la manutenzione ordinaria degli impianti termici" e contra T.a.r. Puglia, sez. II, 5 marzo 1998, n. 262, in Trib. amm. reg., 1998, I, 2061 che considera appalti di servizi quelli consistenti nella conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione: "In assenza di una specifica disciplina relativa alla determinazione del prezzo d'appalto del servizio di conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione, rientra nell'ampia discrezionalità tecnica dell'amministrazione l'individuazione delle modalità mediante le quali pervenire alla individuazione del canone di gestione da sottoporre al confronto concorrenziale delle imprese partecipanti alla gara".*

<sup>45</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 aprile 2002, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) e T.A.R. Puglia, sez. II, 28 ottobre 1999 n. 738, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), entrambe citate.

<sup>46</sup> Vedi *contra* C. GUCCIONE, *Le innovazioni introdotte dalla legge Merloni-ter alla legge quadro in materia di lavori pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2, 1999 che sottolinea come l'inclusione delle attività di manutenzione di opere ed impianti nell'all. 1 al D. Lgs. 157/95 sia irrilevante in quanto riguardante prestazioni del tutto particolari e circoscritte. Sottolinea l'Autore che "...se si sgombra il campo da attività che, lato sensu considerate di manutenzione, come quelle relative alla pulizia di edifici, sono più propriamente appalti di servizi, le attività di manutenzione di immobili ed impianti sono per lo più inquadrabili, anche alla luce della modifica apportata dalla Merloni ter, tra i lavori pubblici".



*appalto di servizi*” (direttiva 17 ma analoga disposizione è prevista nella direttiva 18 all’art. 1).

Per ragioni di completezza si sottolinea che le direttive comunitarie, al fine di essere considerate direttamente applicabili, è necessario che pongano a carico degli Stati destinatari obblighi precisi e incondizionati<sup>47</sup>. Questo è il caso delle direttive cc.dd. *self-executing* che in deroga all’art. 249 del trattato UE, possono esplicare effetti nell’ordinamento italiano direttamente quando sono: incondizionate (tali cioè da non lasciare discrezionalità agli Stati membri per la loro attuazione), sufficientemente precise (la fattispecie astratta deve essere determinata con completezza) e se c’è stata inadempienza dello Stato destinatario.

Quando ricorrono questi requisiti la direttiva avrà immediata applicazione e l’accertamento dei requisiti potrà essere fatta o dal giudice nazionale *a quo* oppure quest’ultimo potrà chiedere che sia la Corte di Giustizia CEE a pronunciarsi.

Ad avviso dello scrivente, con riferimento alle direttive nn. 17 e 18 del 2004, ci troviamo di fronte a direttive direttamente applicabili alla scadenza del termine di recepimento e ne è conferma esplicita proprio il “pedissequo” recepimento da parte dell’Italia della 93/38/CE – “madre” della direttiva n. 17 del 2004 (basta porre il testo della direttiva 93/38/CE a confronto con il D. Lgs. 158/95 per evidenziarne la “quasi corrispondenza”) e della direttiva 92/50/CEE (a confronto con il D. Lgs. n. 157/95). Se fossero state direttive di carattere generale (e quindi non *self-executing*) non avremmo avuto una trasposizione connotata solo da poche divergenze.

Pertanto alla data fissata per il recepimento 31 gennaio 2006 gli operatori pratici dovranno applicarle per ogni tipologia di appalti in attesa dell’emanazione della normativa interna di recepimento.

A tal riguardo si precisa che il 13 gennaio 2006 è stato “licenziato” dal Consiglio dei Ministri il testo definitivo del cd. Codice De Lise (“Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”) che dovrebbe assumere la forma del decreto delegato<sup>48</sup>. In tale testo, all’art. 14, l’Italia recepisce, ancora

<sup>47</sup> Cfr. F. CARINGELLA – L. DELFINO – F. DEL GIUDICE, *Diritto Amministrativo*, Napoli, 2003, 22.

<sup>48</sup> La legge comunitaria del 2004 del 18 aprile 2005 n. 62 all’art. 25 prevede espressamente una delega al Governo per l’attuazione della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi: “1. Il Governo è delegato ad adottare, con le modalità di cui all’articolo 1, uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento della direttiva

una volta “timidamente” le direttive comunitarie con riferimento alla problematica figura dei contratti misti. Nella relazione all’articolo 14 contenuta nel testo definitivo del codice si può leggere infatti: “...*le norme italiane anteriori al presente codice non hanno fatto corretta applicazione della disciplina comunitaria degli appalti misti, optando per in criterio quantitativo, e non qualitativo, al fine di individuarne la disciplina applicabile*” tuttavia, sebbene via sia una chiara volontà di recepire il criterio qualitativo come elemento qualificante, nella relazione all’articolo 14 il legislatore italiano sembra fare un passo indietro affermando: “...*nella consapevolezza che il criterio qualitativo, secondo cui l’appalto misto si qualifica come appalto di servizi, forniture e lavori, a seconda di quale sia l’oggetto principale del contratto, a prescindere dal valore economico (criterio quantitativo), può essere fonte di incertezze applicative, nel recepimento si propone la soluzione seguita dall’art. 24, legge n. 62 del 2005 (legge comunitaria per il 2004), che detta un criterio interpretativo per l’acclarare quale sia l’oggetto principale del contratto. Secondo tale soluzione, il criterio quantitativo assurge a criterio esegetico per determinare*

---

*2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) compilazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell’Unione europea; b) semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici; c) conferimento all’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina; l’Autorità, caratterizzata da indipendenza funzionale e autonomia organizzativa, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di organizzazione e di analisi dell’impatto della normazione per l’emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione. I compiti di cui alla presente lettera sono svolti nell’ambito delle competenze istituzionali dell’Autorità, che vi provvede con le strutture umane e strumentali disponibili sulla base delle disposizioni normative vigenti e senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato; d) adeguare la normativa alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 7 ottobre 2004 nella causa C-247/02. 2. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono emanati sentito il parere della Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, che si pronuncia entro trenta giorni; decorso tale termine i decreti legislativi sono emanati anche in mancanza di detto parere. 3. Entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi previsti dal comma 1 possono essere emanate disposizioni correttive ed integrative nel rispetto delle procedure di cui all’articolo 1, commi 2, 3 e 4. 4. In attesa dell’emanazione dei decreti legislativi di cui al comma 1, al settore postale si applica la disciplina di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, e successive modificazioni”.*

*quale sia la prestazione principale e quella accessoria, nel senso che, di regola, è principale la prestazione il cui valore superiore al 50% del prezzo complessivo, fermo restando il criterio qualitativo quando una delle prestazioni sia meramente accessoria rispetto alle altre”.*

## 5. CONCLUSIONI

Ciò posto e conclusivamente si rappresenta che, anche alla luce del codice De Lise, al fine di individuare la normativa applicabile bisogna individuare *nel concreto* la tipologia prestazionale che si vuole appaltare<sup>49</sup> e sarà compito dell’interprete prima e del giudice dopo verificare l’elusione o meno del diritto comunitario.

Non va tuttavia sottaciuto il “quasi obbligo” in capo al giudice nazionale di disapplicare la normativa interna, nelle more dell’entrata in vigore del nuovo codice dei contratti, qualora in contrasto con il diritto comunitario<sup>50</sup>, allo scadere del termine di recepimento fissato nelle predette direttive<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Cfr. in tempi non recenti Consiglio di Stato, sez. V, 13 maggio 1991, n. 809, in *Foro amm.*, 1991, 1447: “*Il contratto di manutenzione e gestione degli impianti termici di un ente pubblico, con eventuali interventi di manutenzione straordinaria degli impianti stessi, costituisce un contratto misto disciplinato sulla base della causa prevalente; pertanto, essendo prevalente, nell’anzidetta tipologia, il contratto di servizio, deve ritenersi che la revisione dei prezzi sia regolata dall’art. 1664 c.c., con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice ordinario*”.

<sup>50</sup> Cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. VI, 7 dicembre 2005 n. 5826, in *www.giustizia-amministrativa.it*: “*L’art. 15 del d.m. citato è una norma di diritto interno, come tale disapplicabile dal giudice amministrativo e non un mero atto presupposto. Ne deriva la disapplicabilità di tale disposto normativo in coerenza al consolidato insegnamento giurisprudenziale comunitario e nazionale, per il quale il contrasto tra la normativa nazionale o regionale ed il diritto comunitario si risolve con la disapplicazione della disciplina interna e la conseguente invalidità degli atti applicativi (Corte di Giustizia CE 9 settembre 2003 causa 198/01; CdS IV 9 ottobre 2001 n. 5630; CdS VI 5 giugno 1998 n. 918; CdS VI 20 giugno 1996 n. 843; Cga 13 giugno 1995 n. 348)*”.

<sup>51</sup> Cfr. l’articolo 71 della direttiva n. 17 del 2004 e l’art. 80 della direttiva n. 18 del 2004 (Attuazione): “*1. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva al più tardi entro il 31 gennaio 2006. Essi ne informano immediatamente la Commissione. Gli Stati membri possono accordarsi un termine supplementare di 35 mesi dalla scadenza del termine di cui al primo comma ai fini dell’attuazione delle disposizioni necessarie per conformarsi all’articolo 6 della presente direttiva. Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di siffatto riferimento all’atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità del riferimento sono decise dagli Stati membri. Le disposizioni dell’articolo 30 sono applicabili dal 30 aprile 2004. 2. Gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle disposizioni essenziali di diritto interno che essi adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva*”.

Partendo pertanto dal presupposto che in un contratto di manutenzione e/o conduzione impianti c'è sempre una componente *lavori*, occorre verificarne la reale incidenza a prescindere dal *nomen iuris*.

Quello che preme al legislatore comunitario (e analoga dovrebbe essere la preoccupazione di quello nazionale) consiste nell'evitare che vengano appaltati come servizi (e quindi ex D. Lgs. n. 157/95) prestazioni in realtà riconducibili prevalentemente – qualitativamente e non quantitativamente – ad appalti di lavori (L. n. 109/94).

In tal senso appare chiarificatore il considerando n. 16 della direttiva n. 2004/17/CE che statuisce: “...*Un appalto dovrebbe essere considerato appalto di lavori soltanto se il suo oggetto riguarda specificamente nell'esecuzione delle attività di cui all'allegato XII, anche se l'appalto include la prestazione di altri servizi necessari per l'esecuzione di dette attività. Gli appalti di servizi, segnatamente nel settore dei servizi di gestione immobiliare, possono in talune circostanze comprendere dei lavori. Tuttavia, se tali lavori sono accessori rispetto all'oggetto principale dell'appalto e costituiscono quindi solo una conseguenza eventuale o un complemento del medesimo, il fatto che detti lavori facciano parte dell'appalto non può giustificare la qualificazione dell'appalto come appalto di lavori*”.

Pertanto se, come correttamente viene esplicitato nel citato considerando, negli appalti di servizi di gestione immobiliare una componente lavori sussiste, bisogna verificarne l'effettiva efficacia qualificante analizzandola in concreto.

Solo ove tale verifica dia esito positivo (i lavori siano effettivamente la componente qualificante a prescindere dall'incidenza quantitativa/percentuale), soltanto in quel caso sarà possibile appaltare ex L. n. 109/94<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1680, in *Cons. Stato*, 1998, I, 2000: “*Il concetto di manutenzione, alla luce della normativa di derivazione europea citata, applicabile con prevalenza sull'eventuale disciplina interna contrastante, si estende, viceversa, 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 (nella specie, è stato ritenuto trattarsi di appalto di servizi trattandosi di manutenzione programmata con controlli periodici della funzionalità di impianti di allarme già installati, ovvero di interventi per l'individuazione della causa del guasto con riparazione solo se richiesta dall'amministrazione con ordine apposito fuori contratto, o, infine dell'eventuale smontaggio e rimontaggio degli impianti in caso di trasferimento di sede di un ufficio postale, senza creazione di un quid novi o la fornitura di materiale)*”; T.a.r. Sardegna, 9 ottobre 1995, n. 1591, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 5050: “*Ai fini dell'applicazione dell'art. 6 l. 24 dicembre 1993 n. 537, nel concetto di contratto di «fornitura di beni e servizi» rientrano anche i contratti di manutenzione di edifici (nella specie, scolastici), i quali prevedano interventi di manutenzione volti semplicemente ad assicurare l'efficienza dei locali in relazione soprattutto al funzionamento degli impianti (idrico, fognario, elettrico) e alla*

Analoghe considerazioni valgono in caso di concorso tra prestazioni riconducibili ad appalti di forniture e prestazioni riconducibili ad appalti di lavori<sup>53</sup>.

Si pensi ad esempio all'affidamento della costruzione di un impianto di produzione di energia dove il valore della fornitura dei motori generanti l'energia incide per il 70% del valore dell'appalto.

In questo caso dovrebbe, stando al criterio eminentemente economico, trovare applicazione la normativa sulle forniture (D. Lgs. n. 358/1992) ma, alla luce delle considerazioni esplicitate sinora, ad avviso dello scrivente dovrebbe essere applicata la Legge Merloni (L. n. 109/94) atteso che il fine precipuo della stazione appaltante è quello di avere un impianto generatore *costruito*<sup>54</sup>.

Pertanto, si ribadisce, l'unico criterio qualificante la tipologia dell'appalto che deve essere avvalorato è quello della funzione economico-sociale del contratto da stipulare.

Ciò posto, per ragioni di completezza, si rappresenta come tale criterio non possa essere negletto in favore di esigenze più garantistiche (in

---

*manutenzione degli stessi impianti e degli infissi*" e T.a.r. Lombardia, sez. III, 30 novembre 1993, n. 645, in *Foro amm.*, 1994, 863: "Costituisce contratto di fornitura, e non di appalto, il contratto per la fornitura di gasolio da riscaldamento che preveda altresì la prestazione relativa alla gestione e manutenzione degli impianti, dal momento che, in base al principio della prevalenza, l'incidenza del quindici per cento di quest'ultima prestazione sul prezzo complessivo, non rileva ai fini della qualificazione del contratto".

<sup>53</sup> Cfr. T.a.r. Lombardia, sez. Brescia, 21 gennaio 1986, n. 1, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1986, 976: "Un appalto che abbia per oggetto la conduzione degli impianti termici funzionanti a combustibile liquido in edifici pubblici e le relative forniture di carburante e di altri materiali di consumo, con obbligo per l'impresa appaltatrice di provvedere all'adeguamento (o adattamento) di uno degli impianti nonché di provvedere alla loro manutenzione anche straordinaria ed alla sistemazione dei forni refrattari, non muta, per effetto di siffatti obblighi accessori, la sua natura di appalto di servizio; ed infatti, la prestazione relativa allo specifico impianto è chiaramente strumentale alla conduzione termica ed altrettanto può dirsi per i lavori di manutenzione, palesemente preordinati alla continuità ed all'economicità della conduzione degli impianti, nel cui quadro può rientrare anche l'intervento sui forni refrattari; pertanto, l'ente che indice la gara per aggiudicare un appalto del genere non è tenuto a chiedere ai partecipanti il certificato di iscrizione all'albo dei costruttori né per l'intero importo dell'appalto medesimo né per quelli (minori) relativi a detti lavori strumentali, che non concretizzano la realizzazione di un'opera pubblica in senso stretto".

<sup>54</sup> Cfr. Determinazione n. 14 del 10 luglio 2002 dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici: "...ai fini della individuazione della natura e della disciplina dei contratti delle pubbliche amministrazioni che comportino attività di manutenzione immobili, occorre proceder alla concreta disamina delle prestazioni dedotte nell'accordo; nel senso, in particolare, che vanno qualificati come appalti di lavori quelle fattispecie che prevedono attività di conservazione di beni immobili implicanti concreta, specifica e visibile trasformazione dei luoghi (Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 1990 n. 342)". Nel caso di specie si trattava di un appalto avente ad oggetto interventi di manutenzione sulle opere d'arte stradali, nonché la loro sorveglianza e vigilanza sulle condizioni di sicurezza delle strade interessate ai lavori. Ebbene è stata ritenuta prevalente e qualificante l'attività manutentiva (appalti di lavori).

termini di maggiore affidabilità) che offrirebbero gli esecutori di lavori pubblici qualificati ex D.P.R. n. 34/2000 (prevalentemente a mezzo certificazione S.O.A. per appalti di importo superiore a 150.000,00 euro) in quanto la legge n. 166/2002 sembra essere venuta incontro proprio a tali esigenze introducendo il comma 11 – *septies*, all’art. 8 della Legge n. 109/94 a mente del quale: “...*Nel caso di forniture e servizi, i lavori, ancorché accessori e di rilievo inferiore al 50 per cento, devono essere eseguiti esclusivamente da soggetti qualificati ai sensi del presente articolo (n.d.r. trattasi dell’art. 8<sup>55</sup> che rinvia espressamente al D.P.R. n. 34/2000 sulla qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici)*”.

In tal senso sembra orientato, sebbene con i limiti precedentemente evidenziati nella relazione esplicativa dell’articolato, l’art. 14 del Codice De Lise che statuisce al 3° comma: “...*l’oggetto principale del contratto è costituito dai lavori, e conseguentemente in contratto pubblico è considerato appalto pubblico di lavori o concessione di lavori pubblici, 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 costituiscono l’oggetto principale del contratto*”. Al comma 5 del medesimo articolo viene inoltre esplicitato che: “...*l’affidamento di un contratto misto secondo il presente articolo non deve avere come conseguenza di limitare o escludere l’applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all’aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l’oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza*”. Sarà compito della giurisprudenza nazionale prima e comunitaria poi verificarne l’effettiva compatibilità comunitaria ed evitare allo Stato Italiano l’instaurarsi di un’altra procedura di infrazione comunitaria.

---

<sup>55</sup> Art. 8 (Qualificazione): “1. Al fine di assicurare il conseguimento degli obiettivi di cui all’articolo 1, comma 1, i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati ed improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza. Allo stesso fine i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati dai medesimi soggetti sono sottoposti a certificazione, ai sensi della normativa vigente. 2. Con apposito regolamento, da emanare ai sensi dell’articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro dell’industria, del commercio e dell’artigianato e con il Ministro per i beni culturali e ambientali, sentito il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, è istituito, tenendo conto della normativa vigente in materia, un sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di cui all’articolo 2, comma 1, di importo superiore a 150.000 euro, articolato in rapporto alle tipologie ed all’importo dei lavori stessi. (regolamento emanato con D.P.R. n. 34 del 2000)”.