

Codice degli Appalti e Infrastrutture Digitali nelle Pubbliche Amministrazioni

Problematiche, attuazione e proposte
28 gennaio 2021

a cura del Gruppo di lavoro del C3i - Appalti pubblici in ambito ICT, monitoraggio bandi e concorsi

Relazione di:
Prof. Avv. Nicola COLACINO

Lavori e opere negli appalti pubblici in ambito ICT – Applicabilità ed aspetti legislativi

Gli appalti in materia di ICT: inquadramento normativo generale

Com'è noto, secondo le definizioni contenute nell'art. 3 del D.Lgs. n. 50/2016 e relativi allegati, le tipologie contrattuali che possono venire in rilievo ai fini dell'aggiudicazione di un appalto in materia di ICT sono:

- a) gli appalti di «lavori», consistenti nell'esecuzione di un lavoro finalizzato alla realizzazione di un risultato materiale (l'*OPUS*);
- b) gli appalti di «servizi», consistenti in una prestazione periodica di *FACERE*, senza pervenire a un risultato materiale;
- c) gli appalti di «forniture», consistenti in una prestazione di *DARE* una cosa o un prodotto

Gli appalti in materia di ICT: inquadramento normativo generale

È stato giustamente evidenziato il fatto che le stazioni appaltanti tendono a considerare in maniera riduttiva – se non del tutto erronea, negli interventi di maggiore complessità – gli appalti in materia di ICT esclusivamente come appalti di *forniture*, quando, invece, ai fini della loro corretta esecuzione non può mai trascurarsi la rilevanza della componente dei *lavori*

Gli appalti in materia di ICT: inquadramento normativo generale

Ricadono infatti nell'oggetto di tali appalti una serie di attività che precludono la riconducibilità della prestazione richiesta all'appaltatore alla nozione di «forniture».

Solo in via esemplificativa si possono richiamare le attività di realizzazione di infrastrutture di collegamento tra i prodotti tecnologici oggetto di fornitura, di cablaggio, di creazione di una nuova rete e conseguente migrazione degli apparati

Non pare revocabile in dubbio, pertanto, la natura complessa o «mista» degli appalti in materia di ICT, fuori dai casi di semplice consegna e installazione di singole unità di *hardware* o di ipotesi analoghe, caratterizzate da una netta preponderanza dell'elemento della fornitura del bene su quello dell'esecuzione di un'opera

La disciplina degli appalti «misti» è regolata dall'articolo 28 del D.Lgs. n. 50/2016, che ricalca in parte quella previgente, di cui agli articoli 14 ss. del D.Lgs. n. 163/2006, offrendone una trattazione più organica

Gli appalti in materia di ICT: inquadramento normativo generale

Ai sensi del primo comma dell'articolo 28, «I contratti [...] che hanno [...] ad oggetto due o più tipi di prestazioni, sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione. Nel caso di contratti misti, che consistono in parte in servizi ai sensi della parte II, titolo VI, capo II, e in parte in altri servizi, oppure in contratti misti comprendenti in parte servizi e in parte forniture, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture [...]».

Gli appalti in materia di ICT: inquadramento normativo generale

Vengono in rilievo, altresì, i successivi commi 3 e 9 del medesimo articolo, secondo cui, rispettivamente:

«3. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente separabili, si applicano i commi 5, 6 e 7. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, si applica il comma 9».

«9. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione».

Gli appalti in materia di ICT: inquadramento normativo generale

In buona sostanza, ai fini dell'aggiudicazione di un appalto «misto» (ossia avente ad oggetto «due o più tipi di prestazioni», posto che la locuzione di cui al primo periodo del primo comma è solo apparentemente diversa dall'aggettivazione utilizzata a partire dal secondo periodo del medesimo primo comma), il criterio accolto nel codice dei contratti è quello della «caratterizzazione dell'oggetto principale del contratto» (suggerito dal parere n. 855 del 1° aprile 2016 reso dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo deliberato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri), che evoca quello di «prevalenza» accolto sotto la previgente disciplina

Gli appalti in materia di ICT: inquadramento normativo generale

Già Cons. St., V, 30 maggio 2007, n. 2765, aveva chiarito che, pur «proseguendo nell'applicare il criterio aritmetico alla prevalenza del rilievo economico dei lavori nelle attività oggetto della gara, il Codice dei contratti ha tuttavia recepito il criterio «sostanzialistico» della prestazione, proprio del diritto comunitario, che ha poi integrato nel successivo comma 4 dell'art. 14, con i principi - di rilievo comunitario - della tutela della concorrenza e della non discriminazione sull'affidamento dei contratti misti», e precisato che detta disposizione aveva in effetti finito «per ribaltare il criterio aritmetico della prevalenza del rilievo economico dei lavori nell'individuazione dell'oggetto del contratto, affermato nel primo inciso del comma precedente», in quanto «la prevalenza, sul maggiore importo dei lavori rispetto ai servizi, della funzione obiettiva del contratto in relazione alle finalità dell'amministrazione che ha indetto la gara, comporta inevitabilmente la svalutazione della rilevanza economica delle prestazioni la cui rigidità, nell'individuazione dell'affidatario, recede nei confronti della considerazione dell'attività che egli è chiamato a svolgere e della sua idoneità ad adempiere agli obblighi convenzionalmente assunti».

Il «valore economico» dell'appalto è invece espressamente indicato come criterio alternativo dirimente (comma 1, secondo periodo) solo per il caso di «appalti misti di servizi» (ossia contratti aventi ad oggetto diverse tipologie di servizi), ovvero nei casi di «appalti misti di servizi e forniture» (come già sostanzialmente previsto dall'art. 14, comma 2, lett. b), del D.Lgs. n. 163/2006.

Quali conseguenze discendono da tale classificazione e dall'applicazione del criterio anzidetto?

Anzitutto, la necessità di stabilire di volta in volta l'elemento prevalente tra l'esecuzione dell'opera e la fornitura del prodotto

In un certo numero di casi sembra lecito ricondurre la tipologia di appalto in argomento alla categoria degli «appalti di forniture con posa in opera»

Gli appalti in materia di ICT come «appalti misti»

Tale figura contrattuale ha ormai acquisito – nel quadro degli appalti pubblici di lavori – una collocazione sistematica «tipica», come riconosciuto, sia pure con riferimento all'ambito fiscale, anche dalla Corte di giustizia CE (sentenza del 29 marzo 2007, in causa n. 111/05 - Aktiebolaget NN c. Skatteverket)

Gli appalti in materia di ICT come «appalti misti»

Già la soppressa Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, con determinazione n.5/2001 del 31/1/2001, era intervenuta sul tema, affermando che «[...] quando opere e impianti vanno inseriti in un organismo di ingegneria civile, commerciale o industriale ecc. non è consentito dare rilievo alle forniture anche se di valore superiore al 50%. Ciò in quanto in ogni appalto di lavori vi è una componente, talora economicamente prevalente di forniture, ma detto appalto non muta natura quando l'opera si realizza o si modifica per consentire un'attività che costituisce finalità della iniziativa della Pubblica Amministrazione».

Gli appalti in materia di ICT come «appalti misti»

L'Autorità era giunta a tale conclusione anche in un contesto normativo molto diverso da quello attuale, tentando di armonizzarlo con un orientamento giurisprudenziale già consolidato che, ai fini dell'individuazione della disciplina da applicare ai contratti misti, imponeva di dare rilievo alle intenzioni delle parti, esaltando il valore del criterio funzionale rispetto alle proporzioni di valore economico acquisite di volta in volta dalle singole controprestazioni e sostenendo che l'esecuzione dell'appalto non è riducibile a una moltitudine di attività tra loro autonome cui attribuire un valore economico, dovendosi piuttosto dare rilevanza all'insieme delle attività poste in essere dalle parti.

Gli appalti in materia di ICT come «appalti misti»

Già il Consiglio di Stato (sez. V, sentenza del 2 aprile 1996 n.375) aveva chiarito, sul punto, che «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 chieda l'installazione durante la costruzione di un'opera edilizia) si ha un contratto d'opera e non un contratto di compravendita implicante una mera fornitura di beni»

Gli appalti in materia di ICT come «appalti misti»

Già il Consiglio di Stato (sez. V, sentenza del 2 aprile 1996 n. 375) aveva chiarito sul punto che «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 chieda l'installazione durante la costruzione di un'opera edilizia) si ha un contratto d'opera e non un contratto di compravendita implicante una mera fornitura di beni»

Il medesimo principio può trovare applicazione anche in ambito ICT

Conclusioni

Dalle considerazioni sin qui effettuate trova conferma l'esigenza di un più corretto inquadramento degli appalti in materia di ICT all'interno della vigente disciplina di legge, con le ulteriori conseguenze che ne discendono, su tutte:

- l'impossibilità di includere l'attività di progettazione esecutiva, preordinata alla realizzazione dell'opera, nell'oggetto del bando oggetto, né prevederne l'affidamento all'aggiudicatario dell'appalto d'opera, stante l'espresso divieto di cui all'art. 24 del codice degli appalti
- la valorizzazione delle competenze degli ingegneri ove presenti come risorse interne all'ente appaltante, ovvero quali soggetti esterni iscritti all'Albo.