

Nuova disciplina dei contratti misti: una nuova bussola per gli operatori. Commento all'art. 28 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016)

di Giancarlo Caselli

Data di pubblicazione: 6-9-2016

Art. 28

Contratti misti di appalto

1. I contratti, nei settori ordinari o nei settori speciali, o le concessioni, che hanno in ciascun rispettivo ambito, 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. L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto.

2. Ai contratti misti, nei settori ordinari e nei settori speciali, aventi per oggetto gli appalti contemplati nel presente codice e in altri regimi giuridici, si applicano i commi da 3 a 8.

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.

4. Se una parte di un determinato contratto è disciplinata dall'art. 346 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea o dal DLgs 15 novembre 2011, n. 208, si applica l'art. 160.

5. Nel caso di contratti aventi ad oggetto appalti disciplinati dal presente codice nonché appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione del presente decreto, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono scegliere di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte o di aggiudicare un appalto unico. Se le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte, la decisione che determina quale regime giuridico si applica a ciascuno di tali appalti distinti è adottata in base alle caratteristiche della parte distinta di cui trattasi.

6. Se le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare un

appalto unico, il presente decreto si applica, salvo quanto previsto all'art. 160, all'appalto misto che ne deriva, a prescindere dal valore delle parti cui si applicherebbe un diverso regime giuridico e dal regime giuridico cui tali parti sarebbero state altrimenti soggette.

7. Nel caso di contratti misti che contengono elementi di appalti di forniture, lavori e servizi e di concessioni, il contratto misto è aggiudicato in conformità con le disposizioni del presente codice che disciplinano gli appalti nei settori ordinari, purchè il valore stimato della parte del contratto che costituisce un appalto disciplinato da tali disposizioni, calcolato secondo l'art. 167, sia pari o superiore alla soglia pertinente di cui all'art. 35.

8. Nel caso di contratti aventi per oggetto sia appalti nei settori ordinari, sia appalti nei settori speciali, le norme applicabili sono determinate, fatti salvo i commi 5, 6 e 7, a norma dei commi da 1 a 12.

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.

10. Nei settori speciali, nel caso di contratti destinati a contemplare più attività, gli enti aggiudicatori possono scegliere di aggiudicare appalti distinti per ogni attività distinta o di aggiudicare un appalto unico. Se gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare appalti distinti, la decisione che determina il regime giuridico applicabile a ciascuno di tali appalti distinti è adottata in base alle caratteristiche dell'attività distinta di cui trattasi. In deroga ai commi da 1 a 9, per gli appalti nei settori speciali, se gli enti aggiudicatori decidono di aggiudicare un appalto unico, si applicano i commi 11 e 12. Tuttavia, quando una delle attività interessate è disciplinata dall'art. 346 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea o dal DLgs 15 novembre 2011, n. 208, si applica l'art. 160. La decisione di aggiudicare un unico appalto e di aggiudicare più appalti distinti non può essere adottata, tuttavia, allo scopo di escludere l'appalto o gli appalti dall'ambito di applicazione del presente codice.

11. A un appalto destinato all'esercizio di più attività nei settori speciali si applicano le disposizioni relative alla principale attività cui è destinato.

12. Nel caso degli appalti nei settori speciali per cui è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività siano principalmente destinati, le disposizioni applicabili sono determinate come segue:

a) l'appalto è aggiudicato secondo le disposizioni del presente codice che disciplinano gli appalti nei settori ordinari se una delle attività cui è destinato l'appalto è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari e l'altra dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori speciali;

b) l'appalto è aggiudicato secondo le disposizioni del presente codice che disciplinano gli appalti nei settori speciali se una delle attività cui è destinato l'appalto è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori speciali e l'altra dalle disposizioni relative all'aggiudicazione delle concessioni;

c) l'appalto è aggiudicato secondo il presente codice se una delle attività cui è destinato l'appalto è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori speciali e l'altra non è soggetta nè a tali disposizioni, nè a quelle relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari o alle disposizioni relative all'aggiudicazione delle concessioni.

13. Le stazioni appaltanti ricorrono alle procedure di cui al presente articolo solo nei casi in cui l'elemento tecnologico ed innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori, prevedendo la messa a gara del progetto esecutivo.

Sommario: I COSA CAMBIA: 1.L'art. 28 del nuovo Codice. **II INDICAZIONI OPERATIVE:** 1.La disciplina degli appalti misti.

2.I contratti misti afferenti ai settori speciali. 3.Il c.d. appalto integrato.

I COSA CAMBIA

1.L'art. 28 del nuovo Codice

Con l'art. 28 si apre il Titolo IV della Parte I del nuovo Codice, dedicato alle "modalità di affidamento" dei contratti, ed ai relativi "principi comuni".

L'art. 28 si occupa anzitutto dell'ipotesi, invero alquanto frequente nella pratica, dei cc.dd. **contratti misti**, ossia il cui oggetto comprenda congiuntamente lavori, servizi e forniture, o almeno due di siffatte tipologie di prestazioni.

Sebbene la fattispecie fosse ben nota anche nel regime previgente, le disposizioni del D.Lgs. n. 163/2006 che si occupavano di "contratti misti" non erano organicamente collazionate. Solo l'art. 14 del previgente Codice si occupava di individuare il criterio dirimente (ai fini dell'applicazione del regime normativo applicabile all'appalto misto, se quello dei lavori, dei servizi o delle forniture) nella "prevalenza", funzionale e/o economica, di una prestazione rispetto all'altra.

L'art. 28 - che invece intende occuparsi della tematica dei contratti "misti" in maniera organica, individuando dettagliatamente la disciplina volta a volta applicabile, al tendenziale scopo di evitare che vi siano dubbi applicativi, in realtà non si discosta significativamente dal criterio precedente - allorché afferma (comma 1) che "*i contratti, nei settori ordinari o nei settori speciali, o le concessioni, che hanno in ciascun rispettivo ambito, 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" (la formulazione utilizzata è stata suggerita dal parere n. 855 in data 1° aprile 2016 reso dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo deliberato "in prima lettura" dal Consiglio dei Ministri).

Il concetto di "**caratterizzazione dell'oggetto principale del contratto**" richiama all'evidenza quello di "prevalenza" appena richiamato, e – al di là della diversa locuzione utilizzata – risulta con esso sostanzialmente coincidente, in quanto non appare denegabile che la "caratterizzazione" dell'appalto, nel senso delineato dal nuovo Codice, sia strettamente, ma non esclusivamente, correlata con il valore economico delle singole prestazioni in esso giustapposte. Ed in effetti, 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 criterio del valore economico diventa espressamente ed autonomamente dirimente (comma 1, secondo periodo) solo per il caso di appalti misti di servizi (ossia contratti aventi ad oggetto diverse tipologie di servizi, e segnatamente i servizi "sociali" di cui agli artt. da 142 a 144, giustapposti a servizi di altra natura), ovvero per il caso di appalti misti di servizi e forniture: in quest'ultimo caso, in effetti, in maniera sostanzialmente analoga a quanto già previsto dall'art. 14, comma 2, lett. b), del D.Lgs. n. 163/2006.

Il terzo ed ultimo periodo del comma 1 dell'art. 28 precisa dipoi - in maniera letteralmente coincidente con quanto già previsto dall'art. 15 del D.Lgs. n. 163/2006 - che "*l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto*". Secondo Cons. St., V, 28 febbraio 2012, n. 1153, il senso della norma di cui all'art. 15 del D.Lgs. n. 163/2006 era "*quello di una combinazione delle diverse discipline, ciascuna delle quali deve trovare applicazione rispetto alla propria corrispondente componente contrattuale*".

II INDICAZIONI OPERATIVE

1. La disciplina degli appalti misti

Le più significative innovazioni apportate dal nuovo Codice al riguardo della disciplina degli appalti misti si riscontrano invero nei commi successivi al comma 1 dell'art. 28, laddove si introduce il criterio discrezionale della **oggettiva separabilità** (o meno) delle prestazioni giustapposte nell'appalto. In effetti, la previsione normativa dei commi 3 e ss. dell'art. 28 si riferisce letteralmente alle "diverse parti" di un determinato contratto, ma non è dubbio che si faccia riferimento alle diverse "prestazioni" (ossia le prestazioni di lavori, servizi e forniture) che compongono il contratto misto.

Il criterio di valutazione della "oggettiva separabilità" della parti / prestazioni del contratto, risulta invero (almeno apparentemente) innovativo rispetto alla previgente disciplina: ed esso comunque pone sin da subito l'interrogativo, di non agevole soluzione, di quando ricorra la separabilità delle prestazioni, tra l'altro in termini "oggettivi".

La scelta di un ente aggiudicatore di addivenire ad un contratto "misto" deve, all'evidenza, sorgere dalla necessaria connessione funzionale delle prestazioni giustapposte, e dalla utilità derivante allo stesso ente dalla congiunta acquisizione delle prestazioni medesime, segnatamente da un unico interlocutore contrattuale. Seguendo l'esperienza maturata in questo settore della contrattualistica privata e pubblica, vi sono casi in cui tale connessione funzionale è strettamente connaturata alla tipologia contrattuale, come nel caso emblematico della **fornitura con posa in opera** (M. GENTILE, A. VARLARO SINISI (1)), che ha in effetti storicamente acquisito – nel settore degli appalti pubblici di lavori – dignità sistematica autonoma, e costituisce figura contrattuale ormai sostanzialmente "tipica" (cfr., in materia squisitamente fiscale, Corte giust. CE, III, sent. 29 marzo 2007, in causa n. 111/05 - Aktiebolaget NN c. Skatteverket). In altri casi, le ragioni per le quali un ente aggiudicatore può addivenire alla scelta di un contratto misto possono essere le più variegata: a mero titolo esemplificativo, si può supporre la necessità di un'acquisizione temporalmente congiunta o coordinata delle relative distinte prestazioni (di lavori, servizi e/o forniture), che consiglia dunque la opportunità di assicurare che sia l'unico appaltatore a farsi carico del rispetto di una siffatta necessità.

D'altra parte, qualora le prestazioni giustapposte nel contratto misto siano effettivamente "separabili", nei termini prospettati dalla nuova norma, si potrebbe porre l'interrogativo della opportunità di prevedere la aggiudicazione e stipulazione di due contratti autonomi (ancorché connessi), con distinti contraenti: certo è che, qualora l'ente aggiudicatore addivenga alla scelta di un contratto misto, la valorizzazione economica delle relative prestazioni assicura che l'affidamento avvenga sulla base di previsioni normative di maggiore pubblicità, e dunque di maggior tutela della concorrenza nei relativi settori, imponendo al più agli operatori dei diversi settori la scelta di presentarsi alla competizione contrattuale in forme collettive (ad es., in raggruppamenti temporanei di imprese).

Qualora le differenti prestazioni di un contratto non siano tra loro oggettivamente separabili, il comma 9 dell'art. 28 precisa che il "regime applicabile" (ossia la disciplina della procedura di affidamento e del contratto affidato) deve essere determinato "*in base all'oggetto principale del contratto in questione*": e tale sarà quello della prestazione che, in base ai criteri più sopra

riguardati, sarà maggiormente “caratterizzante” il contratto, ossia – in definitiva – quella dotata di “**prevalenza**” **funzionale e/o economica**.

Qualora invece le differenti prestazioni di un contratto siano in effetti “oggettivamente separabili”, si applicherà la più articolata disciplina dei commi 5, 6 e 7 dell’art. 28.

Tali commi si fanno invero carico di prevedere la scelta amministrativa poco più sopra accennata, ossia quella dell’ente aggiudicatore di prevedere per l’appunto la aggiudicazione / stipulazione di un contratto misto unitario, ovvero di distinti contratti per le distinte parti. In effetti, il primo periodo del comma 5 dell’art. 28 si occupa di tale ipotesi per il caso in cui, nell’ambito del contratto misto, vi siano appalti (*rectius*: prestazioni) sia rientranti che non rientranti nell’ambito di applicazione del nuovo Codice.

Nel caso che la scelta si appunti sulla aggiudicazione / stipulazione di distinti contratti, il secondo ed ultimo periodo del comma 5 dell’art. 28 prevede che “*se le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte, la decisione che determina quale regime giuridico si applica a ciascuno di tali appalti distinti è adottata in base alle caratteristiche della parte distinta di cui trattasi*”.

Qualora invece la scelta si appunti su un “appalto unico” (e dunque, in definitiva, su un autentico contratto “misto”), secondo il comma 6 dell’art. 28 trova integrale applicazione il nuovo Codice “*a prescindere dal valore delle parti cui si applicherebbe un diverso regime giuridico e dal regime giuridico cui tali parti sarebbero state altrimenti soggette*”: in altri termini, viene espresso il principio di “attrazione” della disciplina del Codice (con tutte le implicazioni pubblicistiche che da esso derivano) anche per quelle parti degli appalti misti che, ove autonome, avrebbero potuto essere aggiudicate / stipulate con modalità integralmente privatistiche.

Sempre per il caso della unitarietà del contratto “misto” (che contenga elementi di appalti di forniture, lavori e servizi, e anche di concessioni), il comma 7 dell’art. 28 precisa quale sia il regime normativo effettivamente applicabile, indirizzandosi alle disposizioni codicistiche che disciplinano gli appalti nei settori ordinari, “*purché il valore stimato della parte del contratto che costituisce un appalto disciplinato da tali disposizioni, calcolato secondo l’art. 167, sia pari o superiore alla soglia pertinente di cui all’art. 35*”: in altri termini, dunque, occorrerà complessivamente applicare il regime normativo (per lo più significativo nel settore delle procedure di affidamento) previsto per la prestazione, rientrante nei settori ordinari, qualora il valore di tale prestazione sia pari o superiore ad alcuna delle “soglie” fissate all’art. 35.

2.1 contratti misti afferenti ai settori speciali

Parzialmente diverso il regime del **contratto misto afferente ai settori speciali** (ossia nei settori dettagliati agli artt. da 115 a 121 del nuovo Codice): anche in questo caso, a fronte di prestazioni di natura diversa ma connesse, l’ente aggiudicatore è chiamato ad effettuare la scelta di procedere alla aggiudicazione / stipulazione di un contratto misto unitario, ovvero di

distinti contratti per le distinte parti; ed in tale ultimo caso, il secondo periodo del comma 10 dell'art. 28 replica la regola di cui al precedente comma 5 per i settori ordinari, per cui se le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte, la decisione che determina quale regime giuridico si applica a ciascuno di tali appalti distinti è adottata in base alle caratteristiche della parte distinta di cui trattasi.

Per il caso in cui occorra invece addivenire alla aggiudicazione / stipulazione di un contratto misto unitario, con prestazioni appartenenti a diversi "settori speciali", il comma 11 dell'art. 28 dispone che a siffatto contratto "*si applicano le disposizioni relative alla principale attività cui è destinato*": vale dunque il principio generale della "funzionalizzazione" del contratto misto di prestazioni appartenenti a diversi settori speciali, ossia lo scopo ultimo del contratto unitariamente considerato. Il tema non appare di particolare problematicità, atteso comunque che la disciplina normativa "speciale" in detti settori risulta comunque omogenea tra di loro, e riguardante soprattutto le procedure di aggiudicazione (cfr. artt. 114 e ss. del nuovo Codice) e dunque non sembra tale da prospettare significativi problemi applicativi.

Il comma 12 dell'art. 28 si occupa invece del più significativo tema della compresenza di prestazioni appartenenti a settori ordinari, speciali ed a concessioni, risolvendo il problema della individuazione della disciplina delle relative aggiudicazioni, nei ss. sintetizzati termini:

- prevalenza delle regole di aggiudicazione dei settori ordinari rispetto a quelle dei settori speciali [lett. a)];
- prevalenza delle regole di aggiudicazione dei settori speciali rispetto a quelle delle concessioni [lett. b)];
- prevalenza delle regole di aggiudicazione dei settori speciali rispetto al caso in cui una delle prestazioni sia completamente esclusa dall'applicazione del nuovo Codice [lett. c)].

La regola che accomuna i criteri sopra elencati è invero quella della prevalenza di regole di aggiudicazione più "concorrenziali", tenendo in effetti presente che tali sono quelle relative ai settori ordinari rispetto a tutti gli altri settori (speciali e concessioni).

Indipendentemente dalle questioni circa l'applicabilità del regime normativo dei settori ordinari, speciali o delle concessioni, il comma 4 dell'art. 28 rinvia assorbentemente all'applicazione dell'art. 160 (e quindi all'ipotesi tipica dei contratti misti concernenti aspetti di difesa e sicurezza), allorché anche una sola parte di un contratto sia disciplinata dall'art. 346 del TFUE (in materia di sicurezza, ovvero che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico) o dal D.Lgs. n. 208/2011 (recante "*Disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della direttiva 2009/81/CE*")

3.II c.d. appalto integrato

Solo apparentemente distonico rispetto al resto delle previsioni di cui all'art. 28 risulta essere il comma 13. La disposizione sembra in effetti prendere in considerazione l'ipotesi in cui l'esecuzione di "lavori" sia connessa o strumentale alla realizzazione di opere che presentino un elevato "elemento tecnologico ed innovativo", la cui individuazione o ideazione (o più propriamente di "progettazione", a termini degli artt. 23 e ss. del nuovo Codice) sia per l'appunto "nettamente prevalente" rispetto all'importo (e dunque ad un dato economico) dei lavori da eseguire. In tal caso, il comma 13 prescrive per l'appunto l'applicazione delle "procedure" di cui all'art. 28, *"prevedendo la messa a gara del progetto esecutivo"*.

La disposizione in esame non è di grande chiarezza, atteso che essa rimanda all'applicazione delle procedure previste dai precedenti commi dell'art. 28, ancorché essi non delineino affatto "procedure", bensì si occupino – come fin qui evidenziato – della individuazione del regime normativo volta a volta applicabile in caso di contratti "misti" (e fermo restando che tale regime normativo riguarda invero principalmente le procedure di aggiudicazione), tentando di chiarire i criteri di prevalenza - a detti fini - di alcune delle prestazioni giustapposte nel contratto misto rispetto alle altre, ovvero delle prestazioni riferibili a contratti nei settori ordinari, o speciali.

Essa tuttavia, allorché allude alla messa a gara del progetto esecutivo dell'opera da realizzare, si riferisce propriamente all'ipotesi del c.d. **appalto integrato**, ossia il contratto che annovera nel proprio oggetto, oltre che la esecuzione dei lavori affidati, parte della progettazione relativa a tali lavori: a tale figura fa oggi riferimento la definizione degli "appalti pubblici di lavori" contenuta all'art. 3, comma 1, lett. II), del nuovo Codice, che vi annovera per l'appunto i contratti avanti ad oggetto – più propriamente – *"la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera"*: nel regime previgente, cfr. l'art. 3, comma 7, del Codice n. 163/2006, nonché l'art. 53, comma 2, lett. b) e c), il quale faceva riferimento alla *"progettazione esecutiva [ed alla] esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice"*, ovvero all'ipotesi che il contratto di appalto potesse avere ad oggetto, *"previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice"*.

Orbene, l'appalto integrato costituisce proprio un'ipotesi emblematica di contratto "misto" nel settore degli appalti pubblici, proprio perché nel suo oggetto si assommano prestazioni di progettazione (e quindi di servizi), da svolgere in termini di "evoluzione" del precedente livello progettuale messo a disposizione dall'ente aggiudicatore, e di esecuzione di opere (e quindi di lavori): *"L'appalto integrato non è altro che una procedura attraverso la quale le amministrazioni aggiudicatrici affidano contestualmente un servizio di progettazione pubblica e la realizzazione di un'opera pubblica"* (T.A.R. Sardegna, Cagliari, I, 27 marzo 2015, n. 472, confermata da **Cons. St., IV, 13 ottobre 2015, n. 4715**); secondo **Cons. St., V, 16 marzo 2016, n. 1047** (che richiama anche Cons. St., V, 7 luglio 2014, n. 3435), *l'ubi consistam* dell'appalto integrato si rinviene nel *"contributo di idee nelle soluzioni progettuali migliorative individuate nel progetto definitivo redatto a cura degli operatori economici"*, purché *"nel rispetto dei profili strutturali e morfologici dell'opera pubblica definita nelle linee essenziali nel progetto preliminare posto a base di gara"*.

In effetti, rispetto al regime previgente, nel quale il ricorso a tale figura contrattuale era consentito senza particolari limiti, purché sulla base di un motivato provvedimento giustificativo della scelta di “esternalizzare” parte della progettazione dell’opera pubblica, correlandola alla successiva esecuzione della stessa, la disposizione qui all’esame risulta più stringente, in quanto “*la messa a gara del progetto esecutivo*” sarebbe consentita “*solo nei casi in cui l’elemento tecnologico ed innovativo delle opere oggetto dell’appalto sia nettamente prevalente rispetto all’importo complessivo dei lavori*”.

Ancorché la formulazione normativa non sia particolarmente perspicua, sembra doversi ammettere che, per poter ricorrere alla figura contrattuale in questione, e dunque affidare la prestazione progettuale (di livello esecutivo: cfr. al riguardo il successivo art. 23 del nuovo Codice) al medesimo soggetto che poi eseguirà i relativi lavori, la progettazione presenti una caratterizzazione “tecnologica ed innovativa” di notevole rilievo economico, in definitiva significativamente sovrabbondante rispetto all’esecuzione dell’opera commessa.

Resta in effetti da individuare, al fine della verifica della legittimità del ricorso di un ente aggiudicatore a tale figura contrattuale per l’appunto “mista”, quale sia il limite della “netta” prevalenza della progettazione esecutiva, tecnologicamente innovativa, rispetto all’esecuzione dei lavori: compito all’evidenza rimesso alla giurisprudenza amministrativa.

BIBLIOGRAFIA: (1) M. GENTILE, A. VARLARO SINISI, *La fornitura con posa in opera nell’appalto di lavori pubblici*, Rimini, 2002.