



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 146 DEL 9 settembre 2015

PREC 115/15/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dal Teknomar s.r.l. – grande progetto logistica e porti – sistema integrato portuale di Napoli – rilevamento relitti e reperti di archeologia navale presenti sul fondale del porto di Napoli – S.A.: Autorità Portuale di Napoli - importo dell'appalto: euro 1.300.000,00 oltre IVA - istanza presentata singolarmente dall'operatore economico.

Natura dell'oggetto dell'appalto – servizi - proporzionalità dei requisiti di partecipazione.

Rientra nella categoria degli appalti di servizi l'attività di rilevamento dei relitti e dei reperti di archeologia navale presenti nei fondali marini, ove tale attività non contempli l'esecuzione di lavori di scavo o, in generale, la modificazione della realtà fisica dei luoghi.

Negli appalti di servizi, la richiesta di fatturato relativa al triennio pregresso, qualora superi il doppio dell'importo a base della gara, deve ritenersi non proporzionata e lesiva della concorrenza.

Artt. 40, 41, 42 del d.lgs. 163/2006.

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 51573 del 27 aprile 2015 presentata dalla società Teknomar s.r.l. in relazione alla gara in oggetto, per l'affidamento del servizio di rilevamento relitti e reperti di archeologia navale presenti sul fondale del porto di Napoli;

VISTI in particolare, i quesiti formulati dall'o.e. relativi: **1.** Alla natura dell'oggetto dell'appalto, ritenuto ascrivibile alla categoria dei lavori e non dei servizi, con conseguente necessità di integrare la *lex specialis* di gara con richiesta del possesso della qualificazione SOA per le categorie OG7, OS20A, OS25; **2.** Alla legittimità dei requisiti di partecipazione, con particolare riferimento **(i)** al requisito di cui all'art. 4.2.d) del disciplinare (aver realizzato nel triennio antecedente la pubblicazione del bando almeno un servizio analogo a quello oggetto di gara di importo non inferiore ad euro 600.000,00), in relazione al quale si prevede (terzultimo capoverso art. 4) che i servizi considerati "analoghi" sono quelli di rilevamento di reperti archeologici a terra, la cui esecuzione – a parere dell'o.e. - costituisce un appalto di lavori; **(ii)** ai requisiti di cui agli artt. 4.2.b) e 4.2.c) del disciplinare (fatturato globale realizzato dall'impresa negli ultimi tre esercizi per un valore non inferiore a 1.300.000,00 e fatturato realizzato negli ultimi tre esercizi per servizi analoghi non inferiore ad euro 1.000.000,00), ritenuti dall'o.e. sproporzionati rispetto all'entità dell'appalto.

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 28 maggio 2015, nota prot. n. 67752;

VISTA la nota dell'Autorità Portuale di Napoli, pervenuta in data 8 giugno 2015, prot. n. 72009, nella quale si afferma (tra l'altro) che le attività previste nell'appalto sono esclusivamente indagini e prospezioni che non prevedono scavi e non comportano una modifica della realtà fisica dei luoghi,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

pertanto le stesse sono ascrivibili nella categoria dei servizi; si afferma, altresì, che i requisiti di partecipazione indicati nella *lex specialis* appaiono proporzionati ai fini della dimostrazione della capacità del concorrente ad eseguire tali servizi e non stringenti in quanto riferiti ad un triennio di attività;

VISTE le ulteriori osservazioni formulate dall'impresa Teknomar s.r.l., con nota pervenuta in data 9 giugno 2015, prot. n. 72519, a tenore delle quali la prestazione oggetto dell'appalto è riconducibile nella categoria OS20-A (rilevamenti topografici) e non nell'Allegato II del Codice che non contempla espressamente, tra i servizi, i rilevamenti topografici;

VISTO il bando e il disciplinare di gara a tenore dei quali **(i)** l'oggetto dell'appalto rientra nella categoria di servizi CPV71351720-6, cat. 27 – indagini geofisiche di siti archeologici, All. IIA del Codice; **(ii)** tra le condizioni di partecipazione, a pena di esclusione, previste all'art. 4, è richiesto (art. 4.2.b) un fatturato globale realizzato dall'impresa negli ultimi tre esercizi (2011-2013) per un valore non inferiore a 1.300.000,00; (art. 4.2.c) un fatturato realizzato negli ultimi tre esercizi (2011-2013) per servizi analoghi non inferiore ad euro 1.000.000,00; (art. 4.2.d) l'aver realizzato nel triennio antecedente la pubblicazione del bando almeno un servizio analogo a quello oggetto di gara di importo non inferiore ad euro 600.000,00, specificando che “i servizi analoghi” sono quelli “di rilevamento di reperti archeologici a terra”;

VISTO il provvedimento di “modifica al terzultimo capoverso dell'art. 4, pag. 3 del disciplinare di gara” adottato dalla S.A. in data 6 maggio 2015 e pubblicato sul sito internet della stessa amministrazione, a tenore del quale “per i servizi considerati analoghi a quelli oggetto della gara si fa riferimento a servizi identici a quelli resi a mare”;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del d.lgs. 163/2006;

CONSIDERATO che l'art. 3, comma 10, del Codice stabilisce che gli appalti pubblici di servizi sono appalti pubblici diversi dai lavori e dalla fornitura aventi per oggetto i servizi di cui all'allegato II e che per la concreta definizione dei servizi, occorre utilizzare il CPV, Vocabolario comune per gli appalti di cui all'art. 3, comma 49, del Codice; il CPV indicato negli atti di gara (71351720-6), è ricompreso nei servizi di cui all'Allegato IIA del Codice e corrispondente alle “indagini geofisiche di siti archeologici”;

RILEVATO che l'Autorità ha, in più occasioni e con riferimento a diverse tipologie di attività, indicato i criteri per la distinzione tra servizi e lavori, affermando che costituiscono lavori pubblici le attività che comportano un'azione prevalente ed essenziale di modificazione della realtà fisica (c.d. *quid novi*) che prevedono l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale. Viceversa, qualora tali azioni non si traducano in una essenziale/significativa modificazione dello stato fisico del bene, l'attività si configura come prestazione di servizi. E' quindi indispensabile che la SA effettui un'attenta analisi della tipologia dei singoli interventi da eseguire. Qualora da tale analisi emerga la necessità di effettuare attività/lavorazioni che comportano una modificazione dello stato fisico dei beni/impianti, è necessario che la documentazione di gara preveda il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal Codice e dal Regolamento per lo svolgimento delle stesse (da ultimo determinazione 7/2015);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO, quindi, che rientra nella piena responsabilità della S.A. l'individuazione delle attività oggetto dell'appalto ed i corrispondenti requisiti di partecipazione e che, nel caso di specie, l'Autorità Portuale di Napoli ha specificato che le attività oggetto di affidamento consistono in indagini e prospezioni, che non prevedono scavi né modifiche della realtà fisica dei luoghi, dunque qualificabili come "servizi";

RILEVATO che in tema di requisiti di capacità economica l'art. 41, comma 2, secondo periodo, del Codice, stabilisce che «sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato» e che, a tal riguardo, l'Autorità ha chiarito che la richiesta di fatturato relativa al triennio pregresso, qualora superi il doppio dell'importo a base della gara, debba ritenersi non proporzionata e lesiva della concorrenza (deliberazioni n. 20, 33 e 62 del 2007 e pareri 59/2009, 95/2010, 19/2010; in tal senso anche il considerando 83 e l'art. 58 della Direttiva 2014/24).

RITENUTO che le condizioni di partecipazione di cui agli artt. 4.2.b) e 4.2.c) del disciplinare di gara (oggetto di contestazione), come sopra riportate, appaiono conformi a tali indicazioni dell'Autorità, richiedendo un importo del fatturato nel triennio pregresso per un valore – rispettivamente - non inferiore a 1.300.000,00 (art. 4.2.b) e non inferiore ad euro 1.000.000,00 (4.2.c), dunque proporzionato rispetto all'importo a base di gara, pari ad euro 1.300.000,00; ciò tenuto anche conto di quanto evidenziato dalla S.A. in ordine alla necessità di una consolidata esperienza e competenza che l'o.e. deve possedere per lo svolgimento del servizio, stante la particolarità dei luoghi interessati dall'appalto;

RITENUTO, infine, con riguardo all'art. 4.2.d.) del disciplinare di gara che la contestazione dell'o.e. in ordine al requisito relativo allo svolgimento dei "servizi analoghi" a quello oggetto di gara, appare superata dal provvedimento di "modifica al terzultimo capoverso dell'art. 4, pag. 3 del disciplinare di gara" del 6 maggio 2015, sopra richiamato, il quale ha precisato che "per i servizi considerati analoghi a quelli oggetto della gara si fa riferimento a servizi identici a quelli resi a mare";

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 settembre 2015

Il segretario Valentina Angelucci