



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **DELIBERA N. 1002 DEL 24 ottobre 2018**

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Elettrosuele S.r.l. e dal Comune di Bari – Ripartizione Stazione Unica Appaltante, Contratti e Gestione L.P. – Accordo quadro per la manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione, segnalamenti luminosi porti, luci di segnalazione degli ostacoli al volo (S.O.V.), impianti tecnologici installati nel territorio del Comune di Bari - Importo a base d'asta: euro 965.000,00 - S.A. Comune di Bari

**PREC 197/18/S**

### **Il Consiglio**

#### *Considerato in fatto*

Con istanza di parere prot. n. 76824 del 18 settembre 2018 Elettrosuele S.r.l. contestava il bando in oggetto laddove richiedeva, ai fini della partecipazione, sia il possesso dell'attestazione SOA per l'esecuzione di lavori, sia la dimostrazione di aver svolto attività di manutenzione su impianti di consistenza di 25.000 punti luce per un periodo continuativo di 12 mesi. L'operatore economico istante riteneva tale disciplina restrittiva e tale da non consentire la partecipazione e da favorire l'attuale gestore Lorusso Impianti S.r.l..

A seguito dell'avvio del procedimento, Elettrosuele S.r.l. trasmetteva memoria prot. 85341 del 16 ottobre 2018, con la quale rappresentava più chiaramente le proprie doglianze. In particolare riferiva di aver presentato, entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte, richiesta di chiarimenti alla S.A. al fine di sapere se il requisito di aver svolto nel triennio attività di manutenzione su impianti di consistenza di almeno 25.000 punti luce fosse da interpretare come "cumulativo tra vari enti". L'istante lamenta che a tale quesito la S.A. forniva risposte contraddittorie, in quanto dapprima pubblicava il chiarimento secondo cui tale requisito "deve essere cumulativo tra vari enti", ma tale risposta veniva espressamente rettificata poche ore dopo, con pubblicazione sul sito, nel senso che il requisito era da intendere come "non cumulativo di più enti". Infine, a sei giorni dalla scadenza del termine di presentazione delle offerte, perveniva una pec al singolo concorrente Elettrosuele S.r.l. con la quale la S.A. forniva risposta nel senso che il requisito "deve essere inteso cumulativamente".

A termine scaduto la Elettrosuele S.r.l. presentava quindi alla S.A. le proprie doglianze lamentando di non aver potuto partecipare a causa delle risposte contraddittorie, ed evidenziando che l'ultima risposta



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

ricevuta non risultava neppure pubblicata. A fronte di tale contestazione, la S.A. replicava che “così come previsto ai punti 15) e 16) dell’avviso di gara, i riscontri ai quesiti vengono pubblicati nella sezione “Bandi di gara e contratti”.

Con nota prot. 78691 del 24 settembre 2018 la S.A. Comune di Bari – Ripartizione Stazione Unica Appaltante, Contratti e Gestione L.P. – aderiva all’istanza ai sensi dell’art. 3, co. 3 del Regolamento, e con successiva memoria prot. 85157 del 16 ottobre 2018 evidenziava la proporzionalità del requisito richiesto, dal momento che sul territorio comunale sono installati circa 30.000 corpi illuminanti.

Con nota prot. 85040 del 16 ottobre 2018, l’aggiudicataria Lorusso Impianti S.r.l., a dimostrazione della infondatezza della pretesa restrittività della clausola in questione, riferiva che alla gara partecipavano 8 imprese, e che il requisito, proporzionato alla dimensione dell’appalto, non era restrittivo in quanto avrebbe potuto essere dimostrato anche tramite avvalimento.

#### *Ritenuto in diritto*

Con l’istanza di parere è stata sollevata inizialmente questione sulla legittimità delle clausole del bando di gara che richiedevano, ai fini della partecipazione, sia il possesso dell’attestazione SOA OG10 per l’esecuzione di lavori, sia la dimostrazione di aver svolto attività di manutenzione su impianti di consistenza di 25.000 punti luce per un periodo continuativo di 12 mesi.

La ditta istante lamentava inoltre la contraddittorietà dei chiarimenti forniti dalla S.A., che avrebbe in tal modo ristretto la partecipazione.

Preliminarmente si evidenzia che il bando in oggetto definisce la procedura in esame quale “accordo quadro di tipo misto con prevalenza lavori”, della durata di un anno, e richiede, quali requisiti di partecipazione, la qualificazione per i lavori nella categoria OG10 (Impianti per la trasformazione alta/media tensione e per la distribuzione di energia elettrica in corrente alternata e continua ed impianti di pubblica illuminazione) e, ai fini dello svolgimento dei servizi di manutenzione, il contestato requisito di capacità tecnica di “aver effettuato, nell’ultimo triennio, attività di manutenzione su impianti di pubblica illuminazione di consistenza maggiore o uguale di 25.000 punti luce per un periodo continuativo di 12 mesi”.

In considerazione della natura mista di lavori e servizi dell’appalto in questione, si richiama l’art. 28, co. 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a tenore del quale “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”. Il comma 9 specifica che “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” e, secondo il comma 11, “A un appalto destinato all’esercizio di più attività si applicano le disposizioni relative alla principale attività cui è destinato”.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

La disposizione è chiara quindi nel prevedere che l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un appalto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture dedotta in contratto (sull'argomento v. parere Avcp n. 188 del 7 novembre 2012; deliberazione n. 21 del 21 maggio 2014).

Appare quindi coerente con tale previsione la richiesta, nel caso di specie, ai fini della partecipazione, sia di una idonea qualificazione per i lavori sia del requisito di capacità tecnica per lo svolgimento di servizi. In relazione alla lamentata contraddittorietà dei chiarimenti forniti dalla S.A., nonostante la condotta disattenta di quest'ultima, non si ritiene che essa impedisse la partecipazione alla gara. Infatti, come evidenziato nell'ultima nota di riscontro del Comune, il punto 15) del bando specificava che "ogni e qualsivoglia comunicazione [...] sarà resa nota sul sito [...]" e il successivo punto 16) disponeva che le risposte ai quesiti sarebbero, altresì, state pubblicate sul sito. Dunque, a fronte di un termine di scadenza per la presentazione delle offerte fissato al 27 di agosto, risultava pubblicata, in data 10 agosto, la rettifica secondo la quale il requisito era da intendere come "non cumulativo di più enti", il che appare anche plausibile dal momento che il requisito stesso doveva consentire di partecipare a una gara tesa alla manutenzione degli impianti della città di Bari, sul cui territorio risultavano installati circa 30.000 corpi illuminanti, come evidenziato nella memoria della S.A..

Detto ciò, appare evidente che la ditta istante, qualora in possesso del requisito, avrebbe potuto a quel punto presentare domanda di partecipazione.

La singola pec di risposta, ricevuta precisamente in data 21 agosto 2018 alle ore 17.41, quindi appena 6 giorni prima della scadenza del termine, e che sembrava ammettere la dimostrazione del requisito attraverso la cumulabilità di più contratti, non risultava mai pubblicata sul sito.

Pertanto il requisito richiesto e noto alla totalità dei partecipanti era solamente quello risultante dalla pubblicazione del 10 agosto, e che appare peraltro proporzionato all'oggetto dell'affidamento.

Ciò premesso, si ritiene di formulare alcune considerazioni di carattere generale in ordine al bando in questione.

Nel caso di specie, la S.A. sceglieva di pubblicare un bando per lavori e servizi di manutenzione di durata annuale, e nell'individuare la disciplina applicabile all'appalto in parola riteneva prevalente la componente dei lavori (di importo pari a euro 525.300,00) rispetto alla componente dei servizi (pari a euro 459.000,00).

Conseguentemente applicava la normativa per i lavori che consente, al di sotto di 1.000.000 di euro, l'adozione del criterio del prezzo più basso. La scelta appare analoga a quella dell'anno precedente, sempre di durata annuale, e aggiudicata al medesimo operatore.

In proposito corre l'obbligo di evidenziare che l'art. 1 del Capitolato specifica che alla voce "Servizi" sono ricomprese le attività di manutenzione ordinaria degli impianti, e che alla voce "Lavori" sono ricomprese le attività di manutenzione correttiva a guasto, straordinaria e adeguamento normativo degli impianti. Il bando specifica tuttavia che le prestazioni di lavori e servizi, ai fini dell'art. 28 citato, "sono



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

oggettivamente non separabili: i “lavori” dipendono funzionalmente da attività conseguenti alla manutenzione ordinaria (servizi) degli impianti che richiedono urgenti interventi per garantire il ripristino del normale funzionamento”.

In proposito, si richiama la determinazione dell’Autorità n. 7 del 28 aprile 2015 recante “Linee guida per l’affidamento dei servizi di manutenzione degli immobili” che, sebbene emanata prima del nuovo codice, evidenzia alcuni principi poi confermati dalla nuova disciplina e derivanti dalla direttiva 2014/24/UE. Preliminarmente, le linee guida citate evidenziano che “Le stazioni appaltanti, anche per ragioni legate alle difficoltà di assumere impegni economici pluriennali, preferiscono, talvolta, realizzare singoli affidamenti per interventi c.d. “a rottura” o “a guasto”, che mirano, principalmente, a riparare i beni oggetto di guasto o malfunzionamento. La frammentarietà degli interventi, tuttavia, può costituire un costo aggiuntivo per l’amministrazione (conseguente, ad esempio, all’aggravarsi dei deterioramenti e alla perdita di funzionalità dei beni, all’eccessiva ripetizione delle procedure di affidamento) e comportare inefficienze sul piano amministrativo-gestionale [...]”.

Quindi viene precisato che “Se l’obiettivo della stazione appaltante è la gestione e la manutenzione dell’immobile per un certo periodo di tempo e tra gli interventi programmati sono previste anche delle lavorazioni, all’esclusivo scopo, tuttavia, di mantenere in efficienza l’edificio e/o gli impianti in esso presenti, l’attività funzionalmente prevalente sarà quella del servizio; viceversa, se l’obiettivo della stazione appaltante è quello di effettuare uno o più interventi puntuali e definiti di manutenzione, ristrutturazione e/o riparazione, come ad esempio, il rifacimento di una facciata, la tinteggiatura delle pareti interne o la sostituzione/riparazione di un dato impianto, l’oggetto sarà l’esecuzione dei lavori”.

Alla luce della richiamata precisazione, premesso che agli atti del procedimento non risulta una quantificazione dei singoli lavori programmati, si nutrono perplessità in ordine alla “prevalenza” della componente lavori nel caso di specie, in quanto il principale obiettivo della S.A. consiste nella gestione e mantenimento in efficienza dell’impianto di illuminazione al fine di rendere un corrispondente servizio alla cittadinanza, che naturalmente può comportare anche lavori di manutenzione straordinaria. Per meglio chiarire quanto sopra, si pone in luce il principio evidenziato nelle Linee guida per cui “l’affidamento di un contratto misto non deve avere come conseguenza quello di limitare o escludere l’applicazione delle norme comunitarie relative ai singoli settori dei lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l’oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza. In applicazione di tale principio, pertanto, non può consentirsi che in un appalto misto i lavori figurino come oggetto principale del contratto nonostante siano funzionalmente (ed economicamente) poco rilevanti rispetto ai servizi, al solo fine di poter sfruttare le procedure semplificate per i lavori”.

Da questo punto di vista, si sottolinea che la scelta di affidare contratti di durata annuale contribuisce chiaramente a mantenere l’importo dell’affidamento sotto determinate soglie.

Con particolare riferimento al criterio di aggiudicazione da utilizzare (par. 7), le linee guida specificano che “i contratti di manutenzione, generalmente, presentano una complessità tale che porta a ritenere decisiva, per la corretta esecuzione delle prestazioni, una competizione volta a selezionare il concorrente in grado di offrire i più alti livelli di qualità. Questo aspetto può essere adeguatamente



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

valorizzato attraverso l'individuazione di uno o più criteri di valutazione tecnica che portino alla selezione della migliore combinazione prezzo/qualità-organizzazione del servizio.

Si noti che il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo appare centrale anche per il legislatore comunitario (cfr. artt. 67 e 68 della direttiva 2014/24/UE) [...]. Nei servizi di manutenzione è quanto mai auspicabile seguire tale approccio; la valutazione dei costi lungo il ciclo di vita, infatti, è una strategia che consente di minimizzare i costi:

- connessi all'utilizzo dei beni (ad es. per consumi di energia e/o altre risorse);
- relativi al "fine vita", come i costi di raccolta e di riciclo delle materie utilizzate per la manutenzione;
- imputabili a esternalità ambientali [...].

Alla luce di quanto sopra esposto, si ritiene di evidenziare che, in linea generale, singoli contratti annuali di manutenzione, affidati al prezzo più basso in ragione della ritenuta prevalenza della componente lavori, appaiono elusivi dei principi sopra enunciati, di cui la S.A. è chiamata a tenere conto in sede di programmazione.

In base a quanto sopra considerato,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un appalto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture dedotta in contratto;
- singoli contratti annuali di manutenzione, affidati al prezzo più basso in ragione della ritenuta prevalenza della componente lavori, appaiono elusivi dei principi in materia, di cui la S.A. è chiamata a tenere conto in sede di programmazione.

Il presente parere è trasmesso all'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture per l'eventuale seguito di competenza.

*Raffaele Cantone*



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 novembre 2018

Il Segretario Maria Esposito