



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 756 DEL 5 settembre 2018

OGGETTO: Istanza congiunta (per adesione successiva) di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da ACEN/Università degli Studi di Napoli Federico II – Servizio di conduzione e manutenzione presso gli edifici dell'Università (6 lotti) — Importo a base di gara: euro 63.098.404,25 - S.A.: Università degli Studi di Napoli Federico II

PREC 159/18/S

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 45258 del 28 maggio 2018, ACEN ha sottoposto alla valutazione dell'Autorità il bando della gara in epigrafe nella parte in cui non richiede ai fini della partecipazione i requisiti propri dell'esecutore di lavori. Ad avviso dell'istante, l'appalto avrebbe ad oggetto sia servizi che lavori (nella specie, opere straordinarie di manutenzione), con la conseguenza che, oltre ai requisiti propri dei prestatori di servizi, avrebbe dovuto richiedere anche l'attestazione SOA o comunque i requisiti ex art. 90 d.P.R. n. 207/2010.

Con nota acquisita al prot. n. 52742 del 18 giugno 2018, l'Università degli Studi di Napoli Federico II ha comunicato il proprio preventivo assenso alle determinazioni della scrivente Autorità oggetto del parere chiesto da ACEN. Contestualmente la stazione appaltante ha evidenziato che l'attività oggetto dell'appalto sono tese esclusivamente alla gestione e alla manutenzione dei beni con la finalità di mantenere i complessi edilizi in efficienza e che pertanto, non sussistendo alcuno degli elementi distintivi dell'appalto di lavori, esso rientra nel novero degli appalti di servizi.

Con memorie depositate a seguito dell'avvio dell'istruttoria (prot. n. 64190 del 20 luglio 2018), le parti hanno ulteriormente argomentato a supporto delle rispettive tesi; la stazione appaltante (prot. nn. 65165 del 24 luglio 2018 e 65995 del 26 luglio 2018) ribadendo che l'appalto in esame è un appalto di servizi, secondo la definizione fornita dal MEF sulla piattaforma acquisti in rete, in quanto ha la finalità di affidare «la manutenzione intesa quale mantenimento della funzionalità dell'impianto/immobile/manufatto e del suo valore, in un'ottica globale di gestione e di manutenzione che si esplica attraverso un insieme coordinato di attività periodiche e ripetitive (...) applicando logiche manutentive di tipo preventivo e/o predittivo», l'istante (prot. nn. 65487 del 25 luglio 2018 e 66272 del 27 luglio 2018) sostenendo che il contratto sarebbe un contratto misto in cui prevale l'aspetto gestionale di organizzazione del servizio ma comprendente anche attività qualificabili come lavori, che avrebbero dovuto essere determinate preventivamente, almeno relativamente alla loro quantità massima.

Ritenuto in diritto

La tipologia dei requisiti da richiedere ai fini della partecipazione va valutata con riferimento alle attività oggetto del contratto. In caso di contratto misto, ovvero avente ad oggetto due o più tipi di prestazioni, l'operatore economico deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal d.lgs. n. 50/2016 per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto (art. 28, comma 1, d.lgs. n. 50/2016).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Nel caso di appalti per l'affidamento della manutenzione degli immobili, il richiamato principio è stato declinato nel senso che qualora tra le prestazioni del bando siano previste, sia pure a carattere accessorio, attività qualificate come lavori, in tale ipotesi il concorrente deve possedere, oltre ai requisiti previsti per i servizi, anche la qualificazione per i lavori per la categoria e l'importo corrispondente alle lavorazioni oggetto dell'appalto (Determinazione n. 7 del 28 aprile 2015 recante Linee guida per l'affidamento dei servizi di manutenzione degli immobili).

Secondo quanto già osservato nelle richiamate Linee guida, il servizio di manutenzione degli immobili, nella prassi, include molteplici prestazioni, tra cui lo svolgimento di servizi in senso proprio (ad esempio, le attività di coordinamento degli interventi, la conduzione e la gestione degli impianti) e altre attività qualificabili come lavori (ad esempio, gli interventi di riparazione o di sostituzione degli impianti).

La distinzione, nell'ambito della manutenzione, tra servizi (di manutenzione) e lavori (di manutenzione) è stato oggetto di una intensa attività interpretativa che ha condotto l'Autorità, unitamente alla giurisprudenza, ad osservare come il concetto di "manutenzione" rientri nell'ambito dei lavori pubblici qualora l'attività dell'appaltatore comporti un'azione prevalente ed essenziale di modificazione della realtà fisica (c.d. *quid novi*) che prevede l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale (cfr. pareri di precontenzioso del 13 giugno 2008, n. 184, del 21 maggio 2008, n. 151, del 3 ottobre, 2007, n. 55 e cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1680; Consiglio di Stato, sez. V, 4 maggio 2001, n. 2518 e Consiglio di Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005 n. 537). 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.

Nel caso in esame, l'art. 2 del Capitolato descrittivo e prestazionale (riprendendo la statuizione delle linee guida) descrive le attività richieste come includenti molteplici prestazioni, «tra cui lo svolgimento di servizi in senso proprio (ad esempio, le attività di coordinamento degli interventi, la conduzione e la gestione degli impianti) e altre attività che, nei limiti che saranno precisati nel seguito del presente capitolato, si qualificano come lavori (ad esempio, gli interventi di riparazione o di sostituzione degli impianti)» e riconduce «Il conseguente contratto, che per la natura delle prestazioni richieste configura un contratto misto ai sensi dell'art. 28 del D. Lgs. 50/2016», ad un «appalto pubblico di servizi» in coerenza con il comma 1 del citato art. 28, in quanto avente per oggetto servizi di cui all'art. 3, comma 1, lettera ss) del D. Lgs. 50/2016 e, a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto, lavori di cui all'allegato I del predetto D. Lgs.». Lo stesso capitolato precisa che «Resta fermo, in ogni caso, che l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti per ciascuna prestazione di lavori e per ciascuna prestazione di servizi prevista dal contratto, come definiti nel disciplinare di gara».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

L'impostazione della gara in questi termini non ha tuttavia trovato seguito nel bando e nel disciplinare, i quali non richiedono ai fini della partecipazione i requisiti corrispondenti ai lavori cui il capitolato fa riferimento.

L'oggettiva contraddittorietà della legge di gara - che da un lato (Capitolato descrittivo e prestazionale), seppure genericamente, riconosce la natura mista del contratto in quanto comprendente anche lavori (a titolo accessorio) e dall'altro (bando e disciplinare) non richiede i relativi requisiti di partecipazione - induce a ritenere che la stazione appaltante non abbia analizzato gli interventi oggetto del contratto secondo il criterio sopra esposto ("*quid novi*") per verificare se alcuni di essi fossero qualificabili come lavori. Nel caso, la stazione appaltante avrebbe dovuto identificare in modo preciso la natura, le caratteristiche e l'importo delle varie lavorazioni, in modo tale da commisurare la qualificazione da richiedere ai fini della partecipazione all'effettiva entità degli interventi da realizzare (Cfr. Parere di precontenzioso n. 332 del 23 marzo 2016 e anche indicazioni operative di cui alla richiamata Determinazione n. 7/2015).

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- la procedura di affidamento non è conforme alla vigente normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 settembre 2018

Il segretario, *Maria Esposito*