



DELIBERA N. 577

1 luglio 2020.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Grivan Group S.r.l –Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di "Manutenzione ordinaria Ponte mobile pedonale e Ponte 2 Giugno e oneri di movimentazione – periodo 01/07/2020-30/06/2022" - Importo a base di gara euro: 335.000,00 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Comune di Fiumicino
PREC 115/2020/L

Riferimenti normativi

Articolo 3 e 28 del d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Manutenzione – Contratti misti

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 1 luglio 2020

DELIBERA



VISTA l'istanza di parere acquisita al prot. n. 39906 del 29 maggio 2020, con cui la Soc. Grivan Group S.r.l. ha contestato il bando di gara in oggetto nella parte in cui, qualificando l'appalto nei termini di appalto di lavori anziché misto (lavori e servizi), non ha richiesto specifici requisiti di partecipazione per le prestazioni afferenti ai servizi; l'istante ha evidenziato che rispetto all'importo totale dell'appalto, la *lex specialis* ha fissato requisiti di qualificazione solo per la quota parte riferita ai lavori mentre per la restante parte – peraltro non assoggettata a ribasso – nessun requisito è stato previsto, con la conseguenza che servizi, anche molto delicati, potrebbero essere svolti da soggetti non in possesso delle adeguate specializzazioni; infine, ha lamentato la violazione dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016, avendo la Stazione appaltante consentito l'avvalimento della categoria prevalente dei lavori (OS4) nonostante sia una SIOS;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 42415 del 9 giugno 2020;

RILEVATO che la Stazione appaltante ha rappresentato di aver rettificato gli atti di gara, riconducendo l'importo totale dell'appalto all'interno della categoria dei lavori OS4, con conseguente aumento della classifica, e di averne previsto il divieto di avvalimento;

RILEVATO che l'istante ha rinnovato la richiesta di pronuncia con riferimento alla prima questione sollevata, ritenendola rilevante e attuale a prescindere dalla riconduzione dell'importo totale dell'appalto all'interno dei lavori e della richiesta di una più elevata classifica della pertinente categoria SOA;

RITENUTO che la modifica degli atti di gara, in senso pienamente satisfattivo delle censure sollevate, rende improcedibile l'istanza con riferimento alla seconda questione sollevata;

CONSIDERATO, in merito alla dedotta errata qualificazione dell'appalto come appalto di lavori anziché misto, che la finalità propria del precontenzioso è quella di evitare che la "questione" insorta tra le parti sfoci in una vera e propria controversia, e quindi di deflazionare il contenzioso giurisdizionale, assicurando alle Stazioni appaltanti la possibilità di aggiudicare in tempi rapidi le commesse pubbliche; in tal senso, seppure dalla presunta errata qualificazione dell'appalto non discendano effetti immediatamente lesivi per l'istante - che, invero, risulta in possesso di adeguata SOA e che ha presentato domanda di partecipazione alla gara - non può, tuttavia, escludersi che, al termine delle operazioni di gara, venga fatto valere un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura e, tenendo conto che gli approdi raggiunti in punto di azionabilità dell'interesse strumentale non sono ancora del tutto pacifici, si ritiene necessario esaminare la dedotta doglianza prima che venga celebrata la procedura ad evidenza pubblica;

CONSIDERATO, nel merito, che nella Determinazione n. 7 del 28 aprile 2015, con cui sono state dettate le "Linee guida per l'affidamento dei servizi di manutenzione degli immobili", l'Autorità ha rilevato come negli appalti aventi ad oggetto attività manutentive possano intrecciarsi prestazioni diverse, alcune delle quali qualificabili come lavori ed altre come servizi; si dà vita, in tal modo, ad un contratto misto e, ai fini dell'individuazione dell'attività funzionalmente prevalente, l'Autorità ha ricordato come occorra verificare se l'obiettivo della stazione appaltante sia la gestione e la manutenzione dell'immobile per un certo periodo di tempo – e le eventuali lavorazioni siano previste al solo scopo di mantenere in efficienza l'edificio e/o gli impianti in esso presenti – ovvero se l'obiettivo sia 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, fatto salvo, in ogni caso, l'obbligo di richiedere specifici requisiti di qualificazione per ciascuna delle prestazioni da affidare;

CONSIDERATO che nella medesima Determinazione, l'Autorità ha evidenziato che 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 che, per i lavori, sono ammesse per importi fino 5.186.000 di euro (contro i 207.000 dei servizi) (per le soglie attualmente vigenti cfr. art. 35 del d.lgs. 50/2016);

CONSIDERATO, infine, che l'Autorità, richiamando i precedenti arresti dell'AVCP e della giurisprudenza, ha ricordato 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 dell'Avcp del 13 giugno 2008, n. 184, del 21 maggio 2008, n. 151, del 3 ottobre, 2007, n. 55; deliberazione ANAC n. 756 del 5 settembre 2018). 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. In base a tale logica, sono da ascrivere alla sfera dei servizi le attività «amministrative» e di «supervisione» richiamate dall'art. 3, comma 1, lett. n), del Regolamento quali, ad esempio, la gestione, la pianificazione, il coordinamento degli interventi, nonché alcune azioni «tecniche» e «specialistiche», quali la conduzione degli impianti e gli interventi di manutenzione che non comportano una modificazione della realtà fisica nel senso poc'anzi indicato; un altro aspetto che differenzia le due commesse è poi la periodicità della prestazione eseguita nel corso del tempo: ne consegue quindi che per i servizi, *"la continuità e periodicità nel tempo della prestazione concorrono, solitamente, alla determinazione di un corrispettivo espresso in termini di canone periodico, basato su una stima presuntiva legata al costo organizzativo ed orario della mano d'opera necessaria per l'espletamento della prestazione; per i lavori, consistenti nell'esecuzione puntuale di determinate opere, è previsto, invece, un computo metrico-estimativo delle lavorazioni da eseguire"* (cfr. deliberazione dell'AVCP del 14 febbraio 2008, n. 7).

VISTO l'art. 28 del d.lgs. 50/2016, a mente del quale *"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...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"*;

RILEVATO che nella fattispecie in esame l'art. 18 del Capitolato speciale d'appalto individua tra le prestazioni da affidare la "MOVIMENTAZIONE, SORVEGLIANZA E DECORO", consistente nelle manovre di sollevamento delle due infrastrutture necessarie al passaggio in canale delle imbarcazioni di maggiore stazza, effettuate nei giorni e negli orari stabiliti con apposite Ordinanze Sindacale/Dirigenziale ovvero nei giorni e negli orari richiesti direttamente e/o vistate dalla Capitaneria di Porto, comprensive di quelle eventualmente effettuate in casi di emergenza e/o di condizione meteorologiche avverse, per un valore lordo pari a euro 132.000,00;

RITENUTO che tali prestazioni sono *ictu oculi* riconducibili alla sfera dei servizi, essendo connotate da un *facere* continuativo nel tempo e non diretto ad alcuna trasformazione fisica del bene; conferma la ricostruzione lo stesso Capitolato speciale d'appalto che prevede la corresponsione di un canone mensile, non assoggettato al ribasso, per l'esecuzione di tali attività; risulta, pertanto, fondato quanto dedotto dall'istante in merito alla violazione dell'art. 28 del Codice, non avendo il bando individuato specifici



requisiti di qualificazione per le prestazioni afferenti ai servizi, il cui possesso in capo all'aggiudicatario, peraltro, dovrebbe rispondere *in primis* ad un interesse della Stazione appaltante:

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, non conforme alla normativa di settore l'omessa individuazione dei pertinenti requisiti di qualificazione relativi alle prestazioni **previste dal capitolato speciale d'appalto** afferenti ai servizi. **Ai fini del rispetto dell'art. 28 del Codice e del fondamentale canone della concorrenza**, si invita la Stazione appaltante a valutare, secondo i principi espressi nella parte motiva, quale sia **l'oggetto** principale del contratto misto e se le ulteriori prestazioni previste nel Capitolato (pronto intervento, manutenzione) siano riconducibili al **novero dei lavori ovvero se costituiscano, anch'esse, dei servizi**; è evidente che in tale ultimo caso la gara dovrebbe essere qualificata come appalto di servizi, con ciò che ne consegue in punto di superamento delle soglie di rilevanza comunitaria, attualmente fissate dall'art. 35 del d.lgs. 50/2016 in euro 214.000,00 per gli appalti di servizi e forniture affidate da autorità sub-centrali.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 luglio 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco