



DELIBERA N. 446

28 settembre 2022.

Oggetto

Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla Tecnocostruzioni S.r.l. - Procedura aperta per la fornitura in opera di un sistema per l'alimentazione dei bus elettrici presso il deposito CTM di Cagliari - Importo a base di gara euro: 946.119,19 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: CTM - Consorzio Trasporti Mobilità S.p.A.
PREC 109/2022/F

Riferimenti normativi

Artt. 3 d. lgs. 50/2016

Parole chiave

Fornitura con posa in opera – appalto di lavori - distinzione

Massima

Appalto pubblico – In genere - Scelta del contraente – Bando – Interpretazione – Fornitura con posa in opera – Appalto di lavori – Distinzione

Si configura un appalto di fornitura con posa in opera quando l'interesse della Stazione appaltante consiste nell'acquisto di una res e le lavorazioni di posa in opera rivestono carattere strumentale, rendendo possibile l'uso del bene quando, invece, le prestazioni dedotte nel contratto comportano una modificazione strutturale o funzionale di un bene, con il risultato di ottenere un nuovo bene che, in quanto finito in ogni sua parte, sia capace di esplicare autonome funzioni economiche e tecniche, si ricade nell'ambito degli appalti di lavori. La realizzazione di una infrastruttura atta a consentire la ricarica degli autobus elettrici, da realizzare presso un deposito di mezzi, comporta la trasformazione del deposito da area di parcheggio degli autobus (ad alimentazione tradizionale) ad area destinata a consentire la ricarica degli stessi, con conseguente inquadramento della procedura come appalto di lavori.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 settembre 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 55982 del 7 luglio 2022, con cui la Soc. Tecnocostruzioni S.r.l. ha contestato l'errata qualificazione dell'appalto in oggetto come "fornitura con posa in opera" anziché come appalto di lavori, presumibilmente riconducibili alla categoria OG10. L'errata configurazione della procedura in oggetto sarebbe confermata dalla richiesta di presentazione, a valle dell'aggiudicazione, di un progetto costruttivo che, secondo la prospettazione dell'istante, integrerebbe un vero e proprio progetto esecutivo, con la conseguenza, peraltro, che il bando avrebbe dovuto richiedere le classi e le categorie di qualificazione dei progettisti;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 59617 del 20 luglio 2022;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 60886 del 26 luglio 2022 con cui CTM S.p.A. – società gerente il servizio di trasporto pubblico nell'area metropolitana di Cagliari – ha rappresentato che il recente acquisto di 18 autobus elettrici ha reso necessaria l'implementazione di un sistema per la relativa ricarica. La procedura è stata correttamente inquadrata come fornitura con posa in opera, in quanto ciò che viene richiesto all'appaltatore è prevalentemente la fornitura di beni (Cabina di trasformazione, trasformatori MT-bt, quadri elettrici di media e bassa tensione, misure di rendimento di sistema, software e hardware di monitoraggio del sistema) e, solo a titolo complementare, ovvero solo per consentire la messa in funzione del sistema, la realizzazione di opere complementari (in particolare, la tratta di collegamento tra la cabina ENEL e la cabina di trasformazione MT-bt; la platea di appoggio della cabina, la struttura a supporto per il collegamento elettrico tra la cabina e le colonnine di ricarica, le aree di banchina, lo spostamento dell'attuale punto di carico dei serbatoi di gasolio, la realizzazione della segnaletica orizzontale per tutta l'estensione dell'area, posizionamento e collegamento elettrico dei charger). CTM S.p.A. richiama, a sostegno del corretto inquadramento della procedura in oggetto tra i contratti di fornitura con posa in opera e, in sostanza, della mancata richiesta di requisiti di qualificazione per l'esecuzione dei lavori, la delibera dell'Autorità n. 354 del 2021 – resa con riferimento alla fornitura e posa in opera di strutture ludiche e delle attrezzature sportive – in cui è stato sottolineato come la natura strumentale e accessoria dei lavori di posa ed installazione del bene costituisca l'elemento che distingue l'appalto di fornitura con posa in opera dall'appalto di lavori e una recente pronuncia del Consiglio di Stato (sent. 8 febbraio 2022, n. 898), avente ad oggetto un appalto per la fornitura e posa in opera di un sistema di videosorveglianza, in cui il Supremo Consesso ha evidenziato come al fine di stabilire se si sia in presenza di un contratto di fornitura con posa in opera ovvero di un contratto misto è necessario indagare la causa del contratto, la sua funzione economico-individuale, al fine di stabilire se l'interesse della Stazione appaltante sia quello di disporre di un bene e servirsene al meglio ovvero, al contrario, sia quello di ottenere la realizzazione di una nuova opera. Nel caso di specie, secondo CTM S.p.A., è indubbio che la causa del contratto risiederebbe esclusivamente nella fornitura di prodotti, rispetto al quale i lavori assumono esclusiva valenza strumentale e accessoria. Tanto si desumerebbe, peraltro, sia dalla consistenza economica (rappresentando gli stessi, meno del 10% del valore dell'appalto globalmente inteso), sia dall'assenza di una progettazione delle lavorazioni da effettuare. Quanto alla richiesta di presentazione, all'interno dell'offerta tecnica, di un progetto tecnico, e, a valle dell'aggiudicazione, di un



progetto costruttivo, la Stazione appaltante ha rappresentato che il termine "progetto" è stato attecnicamente utilizzato per richiedere, molto più semplicemente, la presentazione di una relazione sulle caratteristiche dei prodotti offerti e sulle prestazioni accessorie per la messa in funzione degli stessi. In ultimo, la Stazione appaltante ha rilevato che l'istante non lamenta un *vulnus* in termini partecipativi, essendo in grado di presentare un'offerta in gara e che, dall'applicazione delle sue richieste ne deriverebbe la necessità di restringere in modo immotivato e sproporzionato la platea dei potenziali concorrenti, con conseguente lesione dei principi di *favor participationis* e di ampia concorrenza;

VISTE le controdeduzioni, acquisite al prot. n. 61544 del 28 luglio 2022, con cui la Tencnostruzioni S.r.l. ha segnalato che il sistema delle SOA è stato istituito per certificare le competenze tecnico-economiche delle imprese che intendono eseguire lavori pubblici e che tale sistema esclude tutte quelle imprese che non avrebbero le capacità di realizzare i lavori, dando certezza di buon esito alla Stazione appaltante e che, inoltre, è riduttivo paragonare i lavori in oggetto, concernenti la configurazione, realizzazione e progettazione di un sistema elettrico in media tensione alla fornitura e posa in opera di strutture ludiche e attrezzature sportive. L'istante ha evidenziato, poi, che, proprio alla luce della segnalata mancanza di un progetto (e di un computo metrico), risultano incomprensibili alcune delle scelte e richieste della Stazione appaltante (quali quelle delle apparecchiature indicate nel Capitolato), oltre alla dichiarata stima dei lavori per un importo pari al 10% del valore dell'appalto, e che l'intervento in questione comporta un aumento notevole della potenza installata nell'impianto e modifiche ai valori di cortocircuito, resistenza di terra e potere di interruzione delle apparecchiature che, non adeguatamente progettate, potrebbero creare danni a cose e persone. Infine, la richiesta del progetto costruttivo, da sottoporre all'approvazione della conferenza dei servizi, presuppone che siano stati svolti i tre gradi di progettazione e che, in ogni caso, siano indicate le categorie e le classi di qualificazione dei progettisti che redigeranno l'elaborato. Non si precisa, tra l'altro, se l'impresa che si aggiudicherà i lavori dovrà produrre la dichiarazione di conformità degli impianti elettrici secondo il DM 37/2008;

CONSIDERATO, preliminarmente, che sebbene l'istante non abbia lamentato un *vulnus* in termini partecipativi, il suo interesse alla pronuncia di un parere va ricercato nel restringimento della platea dei potenziali partecipanti alla gara che deriverebbe dalla qualificazione dell'appalto in oggetto come appalto di lavori o come contratto misto e dalla conseguente richiesta del possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG10; inoltre, occorre tenere presente 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. Sul punto, va osservato che il Consiglio di Stato, nel parere reso sul precedente Regolamento di precontenzioso, ha rilevato come "*Il parere deve poter essere chiesto anche prima della formale adozione di provvedimenti impugnabili, sempre che non si tratti di richieste di tipo preventivo, poiché deve sussistere un effettivo dissenso tra le parti, come il termine "insorte" lascia intendere. Anche sul piano della strategia lessicale il legislatore ha voluto evitare l'uso di una formula che richiamasse troppo da vicino il thema decidendum di un processo, preferendo un'espressione più in linea con la natura di parere dell'atto con cui l'ANAC pronuncia.*" (parere Cons. Stato n. 1920/2016). In tal senso, nonostante dalla presunta errata qualificazione dell'appalto non discendano effetti immediatamente lesivi per l'istante, non può escludersi che, al termine delle operazioni di gara, sia fatto valere un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura e, per tale ragione, si ritiene necessario esaminare la dedotta doglianza prima che venga celebrata la procedura ad evidenza pubblica;

CONSIDERATO, nel merito, che la questione su cui l'Autorità è chiamata a pronunciarsi concerne l'esatta qualificazione dell'appalto in oggetto come fornitura con posa in opera;



VISTO l'art. 3, comma 1, lett. tt) del d.lgs. 50/2016 che definisce gli appalti pubblici di forniture come "i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici, aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti. Un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione" e la precedente lett. ll) a mente della quale sono appalti pubblici di lavori "i contratti stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici aventi per oggetto 1) l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I; 2) l'esecuzione, oppure la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera; 3) la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera;

VISTO l'Atto di regolazione n. 5 del 31 gennaio 2001, nel quale l'Autorità ha affrontato l'annosa questione della distinzione tra fornitura con posa in opera e prestazioni di lavori, definendo il "*criterio basato sulla valutazione della prevalenza funzionale delle rispettive prestazioni. Ciò nel senso che quando l'impianto è funzionale, oltre che alla realizzazione, anche a modificazione di un'opera di ingegneria civile si applica la normativa dei lavori pubblici quale sia l'importo economico della fornitura e del lavoro. È configurabile un contratto di fornitura con posa in opera nel caso in cui con il contratto di fornitura si intenda conseguire una prestazione avente per oggetto una merce, un prodotto, che autonomamente soddisfano il bisogno per loro stessa natura. In questo caso gli eventuali lavori di posa e installazione del bene fornito sono di carattere accessorio e strumentale rispetto all'uso dello stesso*";

VISTA la successiva Determinazione n. 8 del 7 maggio 2002, nella quale l'Autorità ha ribadito il principio, poi ripreso in successivi atti (Deliberazione n. 35 del 3 settembre 2008; Parere di precontenzioso n. 9 del 29 gennaio 2009; Deliberazione n. 39 del 23 marzo 2011; Deliberazione n. 81 del 6 ottobre 2011; Parere di precontenzioso n.196 del 10 novembre 2011; Deliberazione n. 14 del 10 aprile 2013; Parere di precontenzioso n. 625 del 4 luglio 2018), secondo cui, perché si abbia una prestazione configurabile come lavoro occorre che vi sia una modificazione strutturale o funzionale di un bene con il risultato di ottenere un nuovo bene che in quanto finito in ogni sua parte sia capace di esplicare autonome funzioni economiche e tecniche;

VISTA la declaratoria della categoria di opere generali OG10, di cui all'allegato A al D.P.R. 207/2010, secondo cui essa "*Riguarda la costruzione, la manutenzione o la ristrutturazione degli interventi a rete che sono necessari per la distribuzione ad alta e media tensione e per la trasformazione e distribuzione a bassa tensione all'utente finale di energia elettrica, completi di ogni connessa opera muraria, complementare o accessoria, puntuale o a rete.... Comprende in via esemplificativa le centrali e le cabine di trasformazione*";

CONSIDERATO che dalla lettura degli atti di gara, in particolare del capitolato tecnico e delle specifiche tecniche, sembrerebbe emergere che oggetto dell'appalto non sia la mera fornitura di beni e la loro posa in opera bensì la progettazione, realizzazione e manutenzione del complesso impianto necessario all'alimentazione dei bus elettrici presso il deposito del CTM di Cagliari, attraverso l'implementazione di un sistema atto a determinare la trasformazione dell'attuale piazzale da mero deposito/parcheggio di autobus (ad alimentazione tradizionale) in area idonea a consentire la ricarica dei nuovi autobus ad alimentazione elettrica; in altri termini, si è di fronte alla realizzazione di una infrastruttura - che è un *quid pluris* rispetto alla mera sommatoria delle singole parti o apparecchiature che lo compongono - idonea ad espletare la funzione che gli è propria solo in ragione di una serie di lavorazioni finalizzate all'interazione delle sue componenti (sul punto cfr. Delibera Anac n. 428/2020); la stessa realizzazione della cabina di trasformazione costituisce la sintesi di diverse attività di progettazione (elettrica,



meccanica, edile, di installazione, ecc.) che impongono l'osservanza delle disposizioni legislative in materia di progettazione d'impianti, contro gli incendi, sulla sicurezza, sui prodotti da costruzione, al fine di ottenere un risultato a regola d'arte;

CONSIDERATO che ulteriori elementi escludono la possibilità di qualificare i lavori in oggetto alla stregua di mere opere complementari necessarie all'installazione di un bene; il riferimento, è, in particolare: a) alla richiesta della presentazione, in seno all'offerta tecnica, di un progetto tecnico e, a valle dell'aggiudicazione, di un progetto costruttivo, da sottoporre a tutte le autorizzazioni in sede di conferenza di servizi (art. 3.2 del CSA), assimilabili, nella sostanza, ad un progetto definitivo ed esecutivo; b) alla redazione da parte della Stazione appaltante di un "progetto funzionale e prestazionale di minima", come definito nel Capitolato, che sembrerebbe effettivamente ricalcare i contenuti di un progetto di fattibilità tecnica ed economica ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. 50/2016; c) al termine di ultimazione dei lavori, fissato in 180 giorni naturali e consecutivi; d) alla consegna, prima del collaudo di accettazione, della dichiarazione attestante l'avvenuta certificazione di ottemperanza alle norme elettromagnetiche dell'intero sistema (che presuppone, nel caso di specie, la redazione a monte di un progetto esecutivo); d) alla descrizione dei requisiti di capacità tecnica di cui all'art. 5.4 del disciplinare di gara, in cui la Stazione appaltante ha precisato che è necessario che l'aggiudicatario abbia maturato l'esperienza sufficiente a ridurre il rischio di un mancato funzionamento del sistema e che *"il rispetto dei tempi previsti per la realizzazione dell'appalto – e la complessità intrinseca del sistema da realizzare richiede necessariamente una esperienza pregressa nella progettazione e realizzazione di tale tipologia di sistemi e il possesso di know how specifici"*, con ciò dimostrando che ciò che viene richiesto va ben oltre la mera "posa in opera" di un bene ma concerne, più precisamente, la realizzazione di una complessa infrastruttura elettrica;

CONSIDERATO, inoltre, con carattere assorbente che, già nel richiamato Atto di regolazione n.5/2001, si è affermato che, in ogni caso in cui sia configurabile un'attività prevista dalle declaratorie dell'allegato A al d.P.R. 34/2000 (attualmente trasfuso nell'allegato A al d.P.R. n. 207/2010), relativo alla qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici, la funzione caratterizzante da riconoscere al contratto è da individuare nella realizzazione dell'opera o del lavoro, che costituiscono l'oggetto principale del contratto (anche se le descrizioni fanno riferimento a forniture e posa in opera);

RITENUTO, pertanto, alla luce di quanto sopra, che la procedura di gara in oggetto sia correttamente inquadrabile come appalto di lavori, riconducibile, almeno per le lavorazioni prevalenti, alla categoria OG10;

RITENUTO, in merito alle argomentazioni sviluppate dalla Stazione appaltante nelle memorie trasmesse, che risulta inconferente il richiamo alla delibera dell'Autorità n. 354 del 2021, in quanto pronunciata con riferimento ad una procedura di fornitura con posa in opera (intesa come mero assemblaggio ed installazione) di attrezzature ludiche e sportive, ove era evidente che l'interesse perseguito dalla Stazione appaltante fosse quello di conseguire una *res*, rispetto alla quale la posa in opera svolgeva un ruolo complementare e strumentale alla sua fruizione; quanto, invece, alla sentenza del Consiglio di Stato n. 898 del 2022, va rilevato, per un verso, che, in quell'occasione, il Supremo Consesso ha esaminato la questione concernente la distinzione tra il contratto di fornitura con posa in opera ed il contratto misto di fornitura e lavori, ritenendo, in sostanza, che la funzione accessoria e strumentale dei lavori previsti nell'oggetto dell'appalto rispetto al bene da acquistare (sistema di videosorveglianza) escludesse che la volontà dell'Ente fosse quella di rinnovare i suoi impianti, potendo piuttosto ritenersi che la Stazione appaltante intendesse solamente intervenire con opere di sostegno finalizzate all'attivazione dell'impianto. Inoltre, vi è da notare che nella procedura di gara esaminata dal Consiglio di Stato, la



Stazione appaltante aveva individuato e quantificato l'importo delle opere edili, richiedendo anche il possesso della pertinente attestazione SOA, dando facoltà ai partecipanti di dichiarare la volontà di subappaltare le lavorazioni. Nel caso di specie, invece, nessuna qualificazione è stata richiesta in capo all'operatore economico che andrà ad eseguire i complessi lavori oggetto dell'appalto (e neppure in capo ai progettisti incaricati della parte tecnica), con la conseguenza che gli stessi potrebbero essere eseguiti da soggetti non aventi le necessarie competenze tecniche;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che la qualificazione della procedura di gara in oggetto come fornitura con posa in opera e l'assenza, negli atti di gara, della richiesta di specifici requisiti per la progettazione degli impianti non sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 ottobre 2022

Per il Segretario verbalizzante Laura Mascali

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente