



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 128 del 15 Luglio 2015

PREC 270/14/L-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 dalla SO.GE.L.MA S.r.l. – “S.S. Aurelia – Procedure di gara per l’affidamento di lavori di adeguamento e manutenzione degli impianti tecnologici delle gallerie “San Carlo”, “Poggio Bastione”, “Montenero” ai sensi del D.L. n. 264 del 5.10.2006 in materia di sicurezza per gallerie della rete stradale transeuropea” – Importo a base di gara: gara CIG 590387609° € 2.741.940,09; gara CIG 5903604024 € 2.195.000,00; gara CIG 590379803C € 2.181.880,91. S.A.: ANAS Compartimento della Viabilità per la Toscana.

Appalto di lavori e manutenzione, servizi di manutenzione – Criteri di distinzione – Appalto misto – Requisiti di capacità tecnico professionale – Importo non inferiore a tre volte l’importo a base di gara – Sproporzione rispetto al contenuto di gara - Sussiste

Le azioni tecniche e specialistiche, quali la conduzione degli impianti e degli interventi di manutenzione che non comportano una modificazione della realtà fisica, sono da ascrivere alla sfera dei servizi

I requisiti soggettivi di partecipazione nella misura delle attestazioni SOA per l’intero importo dell’appalto e, in aggiunta, nella misura di un importo complessivo non inferiore a tre volte quello posto a base di gara, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica e professionale di accordi di fornitura, oltre che la dichiarazione di aver svolto servizi di manutenzione analoghi per un importo complessivo non inferiore al 10% di quello posto a base di gara sono sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara

Art. 14, art. 15 d.lgs. 163/2006

Art. 41

Art. 42

Il Consiglio

VISTA l’istanza di parere prot. n. 108623 del 6.10.2014 presentata da SO.GE.L.MA S.r.l. relativamente alle procedure di gara “S.S. Aurelia – Affidamento di lavori di adeguamento e manutenzione degli impianti tecnologici della galleria San Carlo” ai sensi del D.L. n. 264 del 5.10.2006 in materia di sicurezza per gallerie della rete stradale transeuropea”, indetta da ANAS - Compartimento della Viabilità per la Toscana;

VISTA l’istanza di parere prot. n. 108645 del 6.10.2014 presentata da SO.GE.L.MA S.r.l. relativamente alle procedure di gara “S.S. Aurelia – Affidamento di lavori di adeguamento e manutenzione degli impianti tecnologici della galleria Poggio Bastione” ai sensi del D.L. n. 264 del 5.10.2006 in materia di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

sicurezza per gallerie della rete stradale transeuropea”, indetta da ANAS - Compartimento della Viabilità per la Toscana;

VISTA l’istanza di parere prot. n. 108645 del 6.10.2014 presentata da SO.GE.L.MA S.r.l. relativamente alle procedure di gara “S.S. Aurelia – Affidamento di lavori di adeguamento e manutenzione degli impianti tecnologici della galleria Montenero” ai sensi del D.L. n. 264 del 5.10.2006 in materia di sicurezza per gallerie della rete stradale transeuropea”, indetta da ANAS - Compartimento della Viabilità per la Toscana;

VISTA la richiesta di accesso agli atti presentata da SOGELMA srl, con nota prot. 143547 del 18.12.2014, corrisposta da questa Autorità in data 14.01.2015, prot. 3143;

CONSIDERATO che l’oggetto dei quesiti dell’operatore economico riguarda, principalmente, il corretto inquadramento degli affidamenti in parola come appalti misti di lavori e servizi o come meri appalti di lavori, nonché la valutazione del rapporto di proporzionalità tra requisiti e oggetto dell’appalto;

CONSIDERATO che, in dipendenza dalla suddetta qualificazione, sono contestati come ultronei ed eccessivi i requisiti richiesti per la prestazione di servizi, senza indicazione di qualificazione né di importo, in aggiunta alla richiesta attestazione SOA per l’intero importo dell’affidamento;

CONSIDERATA l’identità dell’oggetto delle tre istanze e, dunque, l’opportunità di risolvere i quesiti con un unico parere;

VISTO l’avvio dell’istruttoria avvenuto in data 12.11.2014, con il quale è stato comunicato alle parti l’avvio di un unico procedimento per le tre istanze e concessi termini per memorie di replica;

VISTA la memoria della Stazione appaltante del 21.11.2014, prot. 130834, con cui ANAS – dopo aver preliminarmente contestato l’assenza di un interesse di SOGELMA a proporre procedimento di precontenzioso, in quanto l’operatore suddetto non avrebbe presentato alcuna offerta alla gare in questione né tantomeno ricorso avverso il bando – riafferma la correttezza dei propri bandi, precisando la natura di appalto misto degli affidamenti *de quibus*, nonché – principalmente - l’insussistenza di qualsivoglia clausola riguardante i requisiti soggettivi di partecipazione manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gare e della procedura concorsuale;

VISTI compiutamente gli atti dei tre procedimenti in oggetto: bando di gara per procedura aperta, disciplinare di gara, capitolato speciale d’appalto, corrispondenza intercorsa tra le parti e depositata agli atti;

CONSIDERATO, con riguardo all’eccezione preliminare, che SOGELMA ha presentato istanza di precontenzioso avverso le clausole escludenti contenute nei tre bandi, in data 6.10.2014, cioè in data anteriore rispetto alle scadenze dei termini per presentare offerte fissate, rispettivamente, in data 03.11.2014 (galleria Montenero), 29.10.2014 (galleria Poggio Bastione e galleria san Carlo);

RITENUTO che, pertanto, non sia fondata l’eccezione di ANAS con riguardo alla asserita carenza del requisito dell’interesse a proporre istanza;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATI, con riguardo alla corretta qualificazione dei contratti, i criteri da utilizzare per la distinzione tra servizi e lavori nei contratti di manutenzione, che l'art. 3, comma 1, lett. n) del dpr 5 ottobre 2010, n. 207, recante Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice, definisce come *“la combinazione di tutte le azioni tecniche, specialistiche ed amministrative, incluse le azioni di supervisione, volte a mantenere o a riportare un'opera o un impianto nella condizione di svolgere la funzione prevista dal provvedimento di approvazione del progetto”*;

CONSIDERATO che la causa negoziale può essere desunta dalla richiamata documentazione di gara e che le attività manutentive richiamate (art. 13.34, Capitolato speciale di appalto) paiono diverse e distinte dalla mera manutenzione delle opere fino al collaudo (art. 18 Capitolato speciale), in quanto relative a tutti gli interventi a chiamata che saranno richiesti dalla Sala operativa, Direzione lavori, Forze dell'ordine, in caso di spegnimenti/guasti improvvisi e imprevedibili che si possano verificare sull'impianto ed entro il termine massimo di 12 ore, secondo un allegato piano di manutenzione;

CONSIDERATO che la Determinazione ANAC 28 aprile 2015, n. 7, recante *“Linee guida per l'affidamento dei servizi di manutenzione degli immobili”* ritiene – con argomentazioni che valgono per la manutenzione in generale - che *“sono da ascrivere alla sfera dei servizi le attività amministrative e di supervisione (...), quali ad esempio (...) alcune azioni tecniche e specialistiche, quali la conduzione degli impianti e degli interventi di manutenzione che non comportano una modificazione della realtà fisica”* e, pertanto, le attività di manutenzione in parola paiono da ascrivere alla sfera dei servizi ancorché meramente strumentali allo sfruttamento economico del bene infrastrutturale;

VISTO, con riguardo al possesso dei requisiti, che, nei Bandi di gara viene richiesta la attestazione SOA per l'intero valore dell'appalto (€ 2.741.937.000,00 per la galleria San Carlo; 2.195.000,00 per la galleria Poggio Bastione; € 2.181.880,00 per la galleria Montenero) e, in aggiunta, viene richiesta una dichiarazione concernente l'elenco dei principali servizi di manutenzione analoghi prestati nei tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, per un importo complessivo non inferiore al 10% di quello posto a base di gara; e inoltre la dichiarazione che attesti di aver regolarmente intrattenuto accordi di fornitura di impianti per un importo complessivo non inferiore a tre volte quello posto a base di gara (sebbene tale dichiarazione paia inserita alla voce relativa alla dimostrazione della capacità tecnica e professionale relativa ai servizi);

CONSIDERATO che i requisiti richiesti dai Bandi coprono integralmente la misura del valore dei rispettivi appalti mediante la qualificazione SOA e non chiariscono l'entità esatta dei servizi, né tampoco la misura economica delle forniture, salva l'individuazione – nell'allegato A al c.s.a. – l'indicazione di un importo minimo stimato per forniture relative ad impianti tecnologici, in cifre corrispondenti ca a € 1.000.000,00;

CONSIDERATO il chiaro indirizzo dell'Autorità e della giurisprudenza, nella sopra richiamata Determinazione 7/2015, la quale - con riguardo ai requisiti di partecipazione - evidenzia chiaramente che *“la richiesta di fatturato relativa al triennio pregresso, qualora superi il doppio dell'importo a base di gara, debba*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ritenersi non proporzionata e lesiva della concorrenza (cfr deliberazioni Avcp n. 20, 33 e 62 del 2007 e pareri Avcp 59 del 2009 e 95, 19 e 4 del 2010)” (Determinazione 7/2015);

CONSIDERATO in particolare che *“le amministrazioni possono richiedere alle imprese requisiti di partecipazione ad una gara di appalto e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, non limitino indebitamente l’accesso alla procedura di gara e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell’appalto” (Parere di precontenzioso 28 febbraio 2008, n. 56);*

RITENUTO che la risoluzione della questione risulti assorbente rispetto ad altre motivazioni e argomentazioni presenti nella citata memoria di ANAS;

RILEVATO che sulla questione l’Autorità può pronunciarsi, ai sensi dell’art. 3 del Regolamento sull’esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all’art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163

Il Consiglio

ritiene, con riguardo alla legittimazione a proporre istanza, che la domanda di SOGELMA avverso i requisiti, ritenuti clausola escludente dalla partecipazione, in quanto presentata in data antecedente alla scadenza dei termini per presentare offerta, sia ammissibile;

ritiene, con riguardo alla qualificazione dei contratti, che l’attività di manutenzione pare correttamente ascrivere alla sfera dei servizi e pertanto gli appalti in parola siano da considerarsi quali appalti misti;

ritiene, con riguardo alla richiesta della qualificazione e alla richiesta dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico professionale, che i requisiti soggettivi di partecipazione nella misura delle attestazioni SOA per l’intero importo dell’appalto e, in aggiunta, nella misura di un importo complessivo non inferiore a tre volte quello posto a base di gara, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica e professionale di accordi di fornitura, oltre che la dichiarazione di aver svolto servizi di manutenzione analoghi per un importo complessivo non inferiore al 10% di quello posto a base di gara siano sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 luglio 2015

Il Segretario Maria Esposito