

# Deliberazione n. 72 Adunanza del 6 marzo 2007

**G.E. 1051/06**

**Oggetto :** Manutenzione del verde nel periodo 2006-2007. Servizi allegato IIB del Codice dei contratti pubblici. Disciplina.

**Stazione appaltante :** ANAS SpA - Compartimento del Piemonte

## **Considerato in fatto**

L'Anas - Compartimento per il Piemonte - che, tra l'altro, gestisce anche la manutenzione delle opere in verde sulle strade statali di propria competenza, ha indetto un'unica procedura aperta per l'affidamento di tre distinti lotti autonomi pari, rispettivamente, a E. 217.000, E. 694.460, E. 674.800, al netto dell'IVA, con il criterio del prezzo più basso.

La procedura aperta è stata avviata dopo il 1° luglio 2006, data di applicazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 163/2006, che come è noto ha abrogato tutte le discipline anteriori sugli appalti di lavori, servizi e forniture.

Il bando ha previsto in particolare il divieto espresso del subappalto.

A tale ultima clausola ha opposto censura l'impresa Terranova di Acquedolci (ME), che, ritenendola in contrasto con la vigente normativa, ha segnalato la questione a questa Autorità, per il seguito di competenza, inviando anche il bando ed il disciplinare di gara.

A seguito dell'avvio dell'istruttoria, l'Anas ha puntualmente rappresentato i chiarimenti richiesti dal competente ufficio del Servizio Ispettivo, da cui si è potuto ricavare la seguente ricostruzione del fatto.

L'Anas, sulla base di una corretta analisi della prestazione contrattuale, ha ritenuto che nel caso di specie ricorressero gli elementi per ricondurre l'oggetto del contratto all'interno dei "servizi" e non dei "lavori".

E poiché è stata superata la soglia di legge (art. 28 del detto d.lgs. n. 163/2006) pari a 211.000 E. per i servizi, nell'indire la procedura aperta, detta S.A. ha pubblicato il relativo bando di gara nella G.U.C.E., nonché nelle fonti nazionali, secondo le regole fissate dagli artt. 63 e segg.

Trattandosi di procedura con importi a base d'asta superiore alla soglia europea, il termine di ricezione delle offerte non poteva essere inferiore a 52 giorni; ciò ha costretto l'Anas, a suo dire, a prevedere un ristretto tempo di esecuzione pari a giorni 90 per tutti i tre lotti, pena la perdita dei finanziamenti.

Ritenuto in diritto

Sulla base della precedente ricostruzione, le questioni da affrontare riguardano essenzialmente la qualificazione della prestazione operata da Anas come servizio, piuttosto che come lavoro, e la legittimità del divieto del subappalto.

Più volte la giurisprudenza si è occupata del tema della qualificazione della prestazione quando essa attiene alla "manutenzione del verde urbano o di quello autostradale." (Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16.12.1998 n. 1680; Cons. Stato, sez.V, 4.5.2001, n. 2518, Cons. Stato, sez. VI, 10.10.2002, n. 5445; Cons. Stato, sez. V, 28.4.2003, n. 2128; Cons. Stato, sez IV, 21.2.2005, n. 537; Cons. Stato, sez. V, n. 348/2006).

Anche questa Autorità con la deliberazione n. 87/2002 ha chiarito in via generale i presupposti per la corretta riconduzione della prestazione nella categoria OS24 ovvero nella nozione di servizio, specificando anche gli elementi fattuali per ricomprendere l'attività lavorativa nella categoria OG13.

In pratica, la manutenzione del verde pubblico rientra nell'ambito dei servizi e non in quello dei lavori, tutte le volte in cui l'attività non comporti una modificazione della realtà fisica con

l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale (cd. "quid novi"): così, ad esempio, la mondatura, rasatura, irrigazione, concimazione, posatura, pulizia, trattamenti vari, sfalcio, decespugliamento delle scarpate, ecc., non configurano "lavori" ma servizi.

A questo riguardo non si può prescindere dalla nozione di servizio dettata dal Codice dei contratti n. 163/2006, che all'art. 3, comma 10 stabilisce che è servizio l'appalto pubblico diverso dai lavori e dalla fornitura avente per oggetto i servizi di cui all'allegato II.

Mentre dunque per definire i lavori l'art. 3, comma 8 stabilisce congiuntamente due criteri: da un lato, l'ampia descrizione delle varie attività lavorative e dall'altro, il rinvio all'allegato I, in cui sono elencate le attività lavorative e le opere (NACE), per i servizi il predetto comma 10 dell'art. 3 si limita semplicemente a rinviare all'allegato II dove sono indicati, nella parte A e nella parte B, tutti i servizi all'interno di 27 categorie a carattere generale.

In particolare, l'allegato IIA contiene n. 16 categorie, mentre l'allegato IIB contiene le categorie dalla 17° alla 27°.

Ciò premesso, per la concreta definizione dei servizi, occorre utilizzare il CPV, Vocabolario comune per gli appalti di cui all'art. 3, comma 49 del Codice, che designa la nomenclatura adottata dal Regolamento CE n. 2151/2003 della Commissione (che ha modificato il precedente Regolamento n. 2195/2002, pur menzionato nel detto comma 49, art. 3 del Codice dei Contratti. Entrambi i regolamenti sono visionabili sul sito <http://simap.europa.eu>, richiamato dall'allegato X, punto 3 del Codice).

Dal Vocabolario comune per gli appalti (CPV), in corrispondenza con il CPC (Central product classification), si ricavano i codici CPV n. 77211400, 77211500 e 77312000 che corrispondono a taglio alberi, manutenzione alberi, diserbatura, ecc., correttamente indicati da Anas nel bando di gara di che trattasi.

I descritti codici CPV, a loro volta, rientrano nella categoria generale 27, "altri servizi" di cui all'allegato IIB del Codice dei contratti, come prima detto.

Fatto questo necessario inquadramento, deve osservarsi che i servizi dell'allegato IIB, a differenza di quelli dell'allegato IIA, sono in pratica sottratti all'applicazione del Codice; infatti la loro disciplina è contenuta nel titolo II della Parte I, dove sono menzionati i contratti in tutto o in parte sottratti all'applicazione del Codice dei contratti.

Ciò si ricava in modo chiaro dall'art. 20 che fissa la disciplina di tali appalti di servizi, sottraendoli, come detto, dal Codice, tranne che per l'applicazione degli artt. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della gara, per i contratti dei settori ordinari) e 225 (avviso relativo agli appalti aggiudicati, per i contratti rientranti nei settori speciali).

In ogni caso, per tutti i contratti, in tutto o in parte, esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti, è fatta salva la regola generale "di chiusura" stabilita dall'art. 27, secondo cui per l'affidamento devono essere comunque osservati alcuni principi generali, che sono poi quelli che si ricavano dall'art. 2 e che corrispondono a quelli stessi del trattato U.E.

Il predetto art. 27 non indica alcun valore economico della prestazione e dal suo contenuto di carattere generale si può ricavare che l'iter che prefigura corrisponde in pratica ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

Riguardo a tali contratti, inoltre, la Commissione europea ha di recente emanato una importante "Comunicazione interpretativa per l'aggiudicazione degli appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici" in G.U.U.E. del 1° agosto 2006, n. C 179, di cui è necessario tenere conto circa il comportamento che le S.A. devono assumere in ordine all'affidamento dei predetti contratti pubblici.

Alla luce delle precedenti osservazioni sull'assetto normativo dell'appalto avente ad oggetto prestazioni attinenti alla manutenzione del verde, si può concludere che l'Anas, nel caso di specie, non era obbligata a porre in essere una formale procedura aperta, così evitando, tra l'altro, la pubblicazione del bando sulla G.U. dell'U.E. e che i termini per la presentazione delle offerte fossero pari a 52 giorni.

Tuttavia, su di un piano generale, alla stregua delle indicazioni fissate dalla Commissione nella predetta "Comunicazione", che di fatto si deve intendere integrativa dell'art. 27, si può ancora ritenere che la manutenzione del verde, sia che si tratti di lavoro, sia che rientri nei servizi, può essere affidata in economia (art. 125 del Codice), per importo fino a 200.000 euro (cfr. art. 253, comma 22 di detto Codice, sulla disciplina transitoria).

Per importi superiori a tale soglia, la disciplina si diversifica: se la manutenzione rientra nei lavori pubblici (OS24 oppure OG13), si applica la disciplina ordinaria prevista dal Codice per i lavori; se

invece, la manutenzione rientra nei servizi, attraverso l'applicazione delle regole prima indicate, non si potrà prescindere dalle indicazioni fornite dalla Commissione nella predetta "Comunicazione interpretativa", tra cui spicca l'esigenza di una adeguata pubblicità del bando o avviso di gara.

Anche la seconda questione relativa al divieto del subappalto segue la disciplina delineata dal Codice sui contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice stesso: infatti, il citato art. 27 al comma 3 lascia all'amministrazione la facoltà di stabilire o meno il divieto del subappalto, in deroga al principio generale secondo cui il subappalto per i contratti pubblici sottoposti alla disciplina del Codice non può essere vietato, nel rispetto della libertà delle scelte imprenditoriali dei concorrenti economici.

Quindi, per i contratti del titolo II della Parte I del Codice dei contratti pubblici (tra cui rientrano i servizi dell'allegato IIB), l'amministrazione è libera di introdurre il divieto di subappalto, attraverso la via fissata dal comma 3 dell'art. 27, con assorbimento delle motivazioni indicate dall'Anas nel disciplinare di gara, a sostegno del divieto del subappalto.

Nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice dovesse invece riconoscere, negli atti di gara, la facoltà di subappaltare, si applica la disciplina generale del subappalto fissata dall'art. 118 del Codice, che si estende anche ai servizi e forniture.

Per quanto riguarda il subappalto per servizi e forniture, nel bando si dovranno indicare la prestazione principale e quelle eventualmente secondarie (arg. ex art. 37 comma 2), fermo restando che la quota subappaltabile non può superare il 30% dell'intero valore del contratto, come si desume dalla parte finale del comma 2 dell'art. 118, che sul punto detta una disciplina diversa da quella dei lavori pubblici.

*In base a quanto sopra considerato*

Il Consiglio

1. Approva la presente deliberazione nei termini e secondo le valutazioni precedentemente formulate.
2. Osserva che nel caso di specie, in alternativa alla procedura aperta con applicazione della disciplina degli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, l'Anas avrebbe potuto legittimamente esperire un diverso iter, con conseguente abbreviamento della fase di aggiudicazione che avrebbe anche evitato l'esigenza di contenere i tempi di esecuzione.
3. Osserva che la manutenzione del verde pubblico rientra nell'ambito dei servizi e non in quello dei lavori, tutte le volte in cui l'attività non comporti una modificazione della realtà fisica con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale, secondo quanto già chiarito nella propria precedente deliberazione n. 87/2002 e dalla giurisprudenza prima richiamata.
4. Rileva che gli appalti di manutenzione del verde, rientrando nella categoria generale n. 27 "Altri servizi" di cui all'allegato IIB del Codice dei contratti pubblici, sono contratti in parte sottratti alla disciplina del codice, con l'eccezione degli artt. 68, 65 e 225 (cfr. art. 20 del D.lgs. 163/2006).
5. Rileva che per l'affidamento dei contratti in tutto o in parte sottratti all'applicazione del Codice devono essere comunque osservati i principi generali indicati nel 1° comma dell'art 27 del Codice.
6. Rileva che, sempre ai fini dell'affidamento di tali contratti, occorre tenere conto della "Comunicazione interpretativa per l'aggiudicazione degli appalti non o solo parzialmente disciplinata dalle direttive appalti pubblici" emanata dalla Commissione europea, pubblicata in G.U. dell'Unione Europea del 1° agosto 2006, n. C 179.
7. Ritiene che tali contratti per importi fino a 200.000 euro possono essere affidati in economia, nel rispetto delle regole fissate dall'art. 125 del Codice dei contratti pubblici e tenuto conto della disciplina transitoria che si ricava dall'art. 253, comma 22 di detto Codice.
8. Ritiene che per l'affidamento del servizio di manutenzione del verde, per importi superiori a 200.000 euro, occorre rispettare, ad integrazione delle regole fissate dall'art. 27, la predetta "Comunicazione interpretativa" ed in particolare l'obbligo di una adeguata pubblicità del bando o avviso di gara.
9. Osserva che per l'affidamento dei contratti pubblici che, come quelli in oggetto, sono esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del Codice, le amministrazioni aggiudicatrici possono stabilire nel regolamento di gara se è ammesso o meno il subappalto (cfr. art. 27 comma 3 del D.lgs. 163/2006).
10. Ritiene che per quanto riguarda il subappalto per servizi e forniture, nel bando si dovranno indicare la prestazione principale e quelle eventualmente secondarie (ex art. 37 comma 2), fermo restando

che la quota subappaltabile non può superare il 30% dell'intero valore del contratto, come si desume dalla parte finale del comma 2 dell'art. 118, che sul punto detta una disciplina diversa da quella dei lavori pubblici.

11.

Manda al Servizio Ispettivo di trasmettere la presente deliberazione alla Soc. ANAS, Compartimento del Piemonte, alla Direzione generale dell'Anas e all'esponente impresa Terranova di Acquedolci (ME).

12.

Manda al Servizio Ispettivo di trasmettere la presente deliberazione anche all'Osservatorio regionale della Regione Piemonte.

Il Consigliere Relatore Il Presidente Alessandro Botto Alfonso M. Rossi Brigante

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

Il Segretario