

FASC UVCP prot. n. 1354/2023

(da citare nelle comunicazioni)

Oggetto: Esposto sulla procedura di affidamento del servizio di manutenzione ordinaria riqualifica segnaletica airside e landside dell'aeroporto F. (CIG ...) - Nota di definizione semplificata ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza del 04.07.2018.

Si rappresenta che l'Ufficio, esaminati gli atti relativi alla segnalazione prot. ANAC n. 11452 del 9.02.2023, trasmette la presente nota di definizione ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza del 04.07.2018.

Ritenuto in fatto e in diritto

In data 09.02.2023 è stato acquisito al protocollo n. 11452 dell'Autorità un esposto in cui sono state segnalate presunte irregolarità nella procedura di gara indetta in data 23.01.2023 dalla S. s.p.a. (S. s.p.a.), per l'affidamento, per la durata di 36 mesi, del servizio di manutenzione ordinaria riqualifica della segnaletica *airside* e *landside* dell'aeroporto F. di C. (CIG ...), per un importo complessivo di €1.050.000,00, aggiudicata in data 19.04.2023.

Nello specifico, con riferimento al requisito di capacità economica e finanziaria indicato nella lett. b), pagina 5 del disciplinare di gara, l'esponente ha segnalato, in particolare, la mancata richiesta della categoria SOA QS10, considerato che la procedura di affidamento in esame avrebbe in realtà ad oggetto "lavori" di segnaletica orizzontale da eseguirsi su pavimentazione stradale, e non "servizi".

Al fine di valutare la sussistenza di margini di intervento dell'Autorità sono state richieste informazioni ai sensi dell'art. 13, comma 4, del Regolamento di Vigilanza del 04.07.2018, con nota prot. ANAC n. 19233 del 9.03.2023, che è stata riscontrata dalla stazione appaltante con nota prot. ANAC n. 20955 del 15.03.2023.

Con riferimento alle vicende in esame, si rappresenta quanto segue.

Per quanto concerne il profilo di criticità segnalato relativo alla presunta erronea qualificazione dell'appalto in esame da parte della stazione appaltante in termini di "servizi" e non di "lavori", occorre preliminarmente fare riferimento alla disciplina dei contratti misti di appalto di cui all'art. 28 del D. Lgs. n. 50 del 2016, secondo cui 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, e 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.

Ciò premesso, si precisa che l'art. 3, comma 1, lett. II), del D. Lgs. n. 50 del 2016 definisce gli 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"*.

Gli appalti pubblici di servizi vengono invece definiti in modo residuale nella successiva lettera ss) della citata disposizione di cui all'art. 3 del Codice, ovvero *"i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici, aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli di cui alla lettera II)*.

Ne discende che dall'elenco delle attività indicate dall'allegato I, richiamato dalle citate disposizioni di cui alle lettere II) e ss) dell'art. 3, comma 1, del D. Lgs. n. 50 del 2016, è dato comprendere quali attività siano considerate appartenenti alla categoria dei lavori e, per esclusione, quali attività siano considerate appartenenti alla categoria dei servizi.

Nello specifico, per quanto di interesse, nel citato elenco, **nella classe di lavori 45.34** è ricompresa "l'installazione di sistemi d'illuminazione e segnaletica per strade, ferrovie, aeroporti e porti".

Si evidenzia, inoltre, che un altro aspetto che differenzia le due commesse lavori/servizi è la periodicità della prestazione eseguita nel corso del tempo. Ne consegue 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).

Con riferimento all'attività di manutenzione ordinaria e straordinaria di cui all'art. 3, lettere oo-quater e oo-quinques del D. Lgs. n. 50 del 2016, l'Autorità, nella determinazione n. 7 del 28 aprile 2015 ha, inoltre, rilevato che 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 che, nei limiti che saranno precisati nel prosieguo, sono qualificate come lavori (ad esempio, gli interventi di riparazione o di sostituzione degli impianti). In concreto, si può quindi affermare che, se l'obiettivo della stazione appaltante è la gestione e la manutenzione dell'immobile per un certo periodo di tempo e tra gli interventi programmati sono previste anche delle lavorazioni, all'esclusivo scopo, tuttavia, di mantenere in efficienza l'edificio e/o gli impianti in esso presenti, l'attività funzionalmente prevalente sarà quella del servizio; viceversa, se l'obiettivo della stazione appaltante è 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, l'oggetto sarà l'esecuzione dei lavori.

Nel parere ANAC di precontenzioso n. 756 del 5 settembre 2018 è stato, altresì, precisato che 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 (pareri di precontenzioso del 13 giugno 2008, n. 184, del 21 maggio 2008, n. 151, del 3 ottobre, 2007, n. 55; 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.

Alla luce del suesposto quadro normativo e giurisprudenziale in materia di distinzione, nell'ambito della manutenzione, tra servizi e lavori, risulta di tutta evidenza che le attività di manutenzione ordinaria di riqualifica della segnaletica *airside* e *landside* dell'aeroporto F., indicate nell'art. 3 del capitolato speciale descrittivo e prestazionale d'appalto, avrebbero dovuto essere correttamente ricondotte dalla stazione appaltante alla categoria dei "lavori", rientrando nella **classe 45.34 dell'elenco dei lavori di cui all'allegato I del D. Lgs. n. 50 del 2016** (installazione di sistemi d'illuminazione e segnaletica per strade, ferrovie, aeroporti e porti), con conseguente necessaria applicabilità della relativa disciplina in sede di predisposizione della documentazione di gara e, nello specifico, di determinazione dei requisiti di partecipazione.

Nell'ambito dell'attività di manutenzione della segnaletica interviene, infatti, sempre una modificazione della realtà fisica (c.d. quid novi), grazie all'utilizzazione di materiali nuovi, come per esempio le vernici per la realizzazione della segnaletica (cfr. determina ANAC 10 dicembre 2003, n. 22).

Si ravvisa, inoltre, un ulteriore profilo di criticità nell'individuazione, nella documentazione di gara, del requisito di capacità economica e finanziaria relativo alla dimostrazione da parte dei partecipanti "di aver svolto nel triennio 2019-2020-2021 attività analoghe in ambito aeroportuale a quelle oggetto dell'affidamento".

A tal proposito, si evidenzia che, secondo un pacifico insegnamento giurisprudenziale, le stazioni appaltanti possono richiedere che i concorrenti abbiano svolto servizi strettamente analoghi e addirittura identici a quello oggetto dell'appalto, purché il requisito della stretta analogia risponda ad un precipuo interesse pubblico e sia espressamente richiesto nella legge di gara (cfr. *Consiglio di Stato, sez. III, 19 febbraio 2016 n. 695*), in ragione della discrezionalità che compete all'Amministrazione circa la migliore determinazione dei criteri e dei parametri discriminanti per la scelta del miglior contraente (*Parere di precontenzioso n. 55 del 23 marzo 2011*).



Nel caso in esame, risulta, però, con evidenza l'ambiguità della clausola del disciplinare di gara in esame relativa al predetto requisito di capacità economica e finanziaria, considerato che, da un lato, viene richiesta la dimostrazione di "attività analoghe a quelle oggetto dell'affidamento", dall'altro, restringendo l'ambito delle attività analoghe a quelle espletate "in ambito aeroportuale", la clausola sembra in effetti richiedere la dimostrazione di "servizi identici" a quelli oggetto dell'appalto; ciò a danno di eventuali potenziali concorrenti che avrebbero avuto interesse a partecipare alla procedura di affidamento in esame e che hanno effettuato, nell'ultimo triennio, servizi/lavori (es. manutenzione della segnaletica stradale) nel medesimo settore imprenditoriale al quale afferisce l'appalto in esame (settore inerente la prestazione di servizi e lavori di segnaletica orizzontale), tenuto conto, tra l'altro, del consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui quando il bando di gara richiede quale requisito il pregresso svolgimento di "servizi analoghi", tale nozione non può, se non con grave forzatura interpretativa, essere assimilata a quella di "servizi identici", dovendo dunque ritenersi soddisfatta la prescrizione ove il concorrente abbia comunque dimostrato lo svolgimento di servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale al quale afferisce l'appalto (cfr. Cons. St., sez. IV, 5.3.2015, n. 1122, Consiglio di Stato, sez. III, 19 febbraio 2016 n. 695).

Alla luce delle superiori considerazioni, si rileva un operato della stazione appaltante non conforme alla normativa di settore nell'erronea qualificazione dell'appalto in esame come appalto di "servizi" e non di "lavori" e nella formulazione ambigua della clausola del disciplinare di gara relativa alla dimostrazione, come requisito di capacità economica e finanziaria, di attività analoghe in ambito aeroportuale a quelle oggetto dell'affidamento, nel triennio 2019/2021.

Tutto ciò rappresentato, l'Ufficio dispone la chiusura dell'istruttoria ai sensi dell'art. 21 del vigente Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, osservando quanto segue:

- si rileva un operato della stazione appaltante non conforme alla normativa di settore nella qualificazione dell'appalto in esame come appalto di servizi, e non di lavori, e nella formulazione ambigua della clausola del disciplinare di gara relativa alla dimostrazione, come requisito di capacità economica e finanziaria, di attività analoghe in ambito aeroportuale a quelle oggetto dell'affidamento, nel triennio di riferimento;
- si richiede alla stazione appaltante di comunicare le eventuali determinazioni che intende assumere in merito alle criticità riscontrate nella procedura di affidamento in esame, entro il termine di 45 giorni dalla ricezione della presente nota di definizione.

Si raccomanda, per il futuro, alla stazione appaltante di agire nel rispetto della normativa di settore.

Il Dirigente

v.l.p

Ilario Sorrentino