



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **PARERE N. 207 DEL 25 NOVEMBRE 2015**

#### **PREC 158/15/S**

OGGETTO: Riesame parere di precontenzioso n. 137/15 – Affidamento del servizio pluriennale per la gestione degli impianti tecnologici, manutenzione delle strutture edili, climatizzazione ed energia degli immobili destinati ad attività scolastica, ad uffici giudiziari, musei, biblioteche ed altri immobili di importanza cittadina, appartenenti al patrimonio del Comune di Bologna – Importo a base d’asta euro 157.294.390,86 S.A. Comune di Bologna

### **Il Consiglio**

#### *Considerato in fatto*

Con istanza di parere prot. 67012 del 27 maggio 2015, la Antas S.r.l., aggiudicataria del lotto 4 della gara Consip Servizio Integrato Energia SIE3, lamentava la violazione, da parte del Comune di Bologna, dell’obbligo di approvvigionamento del servizio Energia tramite convenzione Consip, e la mancanza di una valutazione comparativa di convenienza rispetto alla convenzione stessa.

All’esito dell’istruttoria, il Consiglio dell’Autorità approvava il parere n. 137/15, con il quale riteneva l’operato della S.A. non conforme alla normativa di settore per non aver adeguatamente motivato la convenienza economica della propria iniziativa rispetto ai parametri della convenzione Consip di settore.

In data 10 settembre 2015, in occasione dell’incontro richiesto dal Comune di Bologna al fine di meglio esplicitare le motivazioni alla base della scelta di procedere all’affidamento dell’appalto del valore di 157.294.390,86 euro indicato in oggetto, i rappresentanti della S.A. consegnavano una memoria riassuntiva, e in parte integrativa, delle memorie prodotte nel corso dell’istruttoria di precontenzioso, chiedendo il riesame del parere n. 137/15 reso dall’Autorità.

La S.A., nel premettere che la determinazione ANAC n. 7/2015, “Linee guida per l’affidamento dei servizi di manutenzione degli immobili”, citata nel parere, all’epoca della pubblicazione del bando non risultava ancora pubblicata, richiamava la giurisprudenza amministrativa che aveva censurato il comportamento di un’amministrazione la quale, avendo aderito a una convenzione Consip non esattamente corrispondente alle proprie esigenze, aveva dovuto poi colmare le lacune mediante



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

affidamenti a trattativa privata. La S.A. ribadiva quindi che l'adesione alle Convenzioni Consip SIE3 (Servizio Integrato Energia) e FM3 (Facility Management) non risultava né conveniente né idonea alle necessità e dimensioni del Comune di Bologna, e dunque aveva ritenuto opportuno e conveniente accorpate in un unico appalto tutti i servizi in oggetto, comprensivi di servizio energia, manutenzione edile e impiantistica ordinaria e straordinaria per scuole, musei, uffici giudiziari ecc, in modo da ottenere risparmi sia sui costi del personale interno sia sui singoli interventi, facilitando anche l'attuazione di un programma di interventi manutentivi a canone su oggetti e beni specifici peculiari della città (sistemi di limitazione del traffico, fontane storiche, cippi, lapidi, aree di mercato). Tutto ciò con l'obiettivo di pervenire a una gestione unitaria del patrimonio immobiliare e impiantistico, tale da consentire al concorrente di effettuare proposte di investimento in ambito edilizio, nonché di evitare le difficoltà di gestire le interferenze e il dispendio di risorse interne da dedicare alla gestione di fornitori diversi.

Il Comune, con l'occasione, evidenziava che le prestazioni poste a base di gara e quelle oggetto di Convenzioni Consip non sono affatto omogenee, e quindi non confrontabili, e ribadiva quanto espresso nelle memorie acquisite nel corso dell'istruttoria. Esprimeva comunque una valutazione di carattere economico secondo la quale, nel confronto del solo servizio energia, detraendo i valori degli investimenti previsti a base di gara, i costi del personale addetto, i servizi di governo e le migliorie, l'importo a base di gara del servizio Energia risulterebbe inferiore a quello di aggiudicazione del contratto Consip.

Il Comune rappresentava altresì di aver richiesto nel 2013 a Intercenter (Agenzia Regionale per lo sviluppo dei mercati telematici) l'attivazione di una procedura di gara per l'acquisizione del "servizio di manutenzione del patrimonio immobiliare", e Intercenter aveva comunicato l'impossibilità di procedere. Sempre nel 2013, due proposte di "project financing per contratto di concessione di un multiservizio tecnologico energia ed efficientamento energetico" e di "concessione di gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare" erano state vagliate da apposita commissione che non le aveva ritenute di pubblico interesse.

L'appalto risulta aggiudicato in data 15 maggio 2015 al RTI composto dalla mandataria CCC (Consorzio Cooperative Costruzioni) e dalle mandanti Montanari S.p.a., Melegari Impresa S.r.l. e S.A.P.A.B.A. S.p.a., già precedente gestore del servizio quinquennale di manutenzione del patrimonio comunale, e che aveva già usufruito di due proroghe annuali.

#### *Ritenuto in diritto*

Il Comune di Bologna chiedeva il riesame del Parere di precontenzioso n. 137/15, avente ad oggetto la mancata adesione alla convenzione Consip SIE3 ai fini dell'affidamento del Servizio Energia, servizio che la S.A. affidava con gara ricomprendendo nell'oggetto dell'appalto anche il "Servizio Manutenzioni edili e affini" e il "Servizio Manutenzioni impianti tecnologici".



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Risultava pendente ricorso al Tar Emilia-Romagna avverso l'aggiudicazione, proposto dal concorrente Cofely Italia S.p.a., con udienza di merito fissata al 30 settembre 2015, e pertanto, ai fini di un compiuto riesame della vicenda, l'Ufficio acquisiva altresì la sentenza n. 947/2015 del 30 ottobre 2015 resa nel giudizio in parola.

La suddetta pronuncia del Tar si riferisce ai motivi di ricorso proposti dal ricorrente, che riguardano in particolare: la presunta illegittimità della verifica di anomalia dell'offerta svolta dalla S.A. con riferimento all'offerta dell'aggiudicatario; il costo della manodopera; l'assenza delle dichiarazioni di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006 da parte dei procuratori speciali e dai preposti, nonché da parte delle aziende cedenti; la presenza di un'annotazione nel Casellario Informatico in capo a una mandante; la richiesta del bando di offrire un ben individuato servizio informatico; la revoca, da parte dell'ATI affidataria, di un'impresa del raggruppamento (CPL Concordia) e la sua sostituzione con altra (Consorzio Unifica) antecedentemente all'aggiudicazione definitiva; la sostituzione di un commissario di gara, avvenuta prima della valutazione delle offerte tecniche; la richiesta di attestazione SOA nella categoria OG1 e il riferimento della qualificazione all'importo annuale dei lavori e non all'importo complessivo su base novennale, in sostanziale applicazione dell'art. 42 d.lgs. 163/2006; il sistema di riparametrazione dei punteggi utilizzato dalla S.A.

Appare pertanto evidente che la pronuncia del giudice amministrativo, che respinge il ricorso, è circoscritta ad aspetti specifici della procedura di gara che il ricorrente, anch'egli partecipante, riteneva fossero affetti da illegittimità.

L'istanza di precontenzioso presentata da Antas S.r.l., e sulla quale l'Autorità ha espresso il parere n. 137/15, era invece riferita alla lamentata violazione, da parte del Comune di Bologna, dell'obbligo di approvvigionamento del servizio Energia tramite convenzione Consip, di cui l'istante risultava aggiudicatario, e la mancanza di una valutazione comparativa di convenienza rispetto alla convenzione stessa.

Non si ravvisano pertanto elementi di sovrapposizione con la pronuncia del giudice amministrativo appena richiamata, in quanto l'istanza di Antas S.r.l. si riferisce più specificamente alla scelta di fondo dell'Amministrazione di non tenere conto della convenzione Consip di riferimento per il servizio Energia, e fa emergere profili di criticità sull'intero appalto in quanto avente ad oggetto prestazioni del tutto eterogenee.

Con il parere n. 137/15 l'Autorità richiamava preliminarmente la propria determinazione n. 7 del 28 aprile 2015 recante "Linee guida per l'affidamento dei servizi di manutenzione degli immobili", a tenore della quale «La decisione di porre in gara un appalto integrato di gestione e manutenzione di più impianti/strutture ovvero di singoli impianti deve rispondere, oltre che alle esigenze dell'amministrazione, anche ad un'attenta analisi delle caratteristiche del mercato di riferimento. Ad esempio, depone a favore del servizio integrato, a parità di altre condizioni, l'esistenza nel mercato di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

una pluralità di operatori economici (che possano eventualmente riunirsi in raggruppamento, consorzio o aggregazione di rete) in grado di rispondere ai requisiti minimi richiesti. Viceversa, qualora l'integrazione (in relazione alle dimensioni, varietà, specialità e complessità delle prestazioni richieste nel bando) determini una restrizione significativa del numero dei potenziali concorrenti, tale da poter compromettere lo sviluppo di un adeguato livello di concorrenza in gara, sarà opportuna un'impostazione di gara differente, ad esempio, tramite l'affidamento separato dei servizi che richiedono una particolare specializzazione, ovvero la suddivisione degli stessi in lotti funzionali nell'ambito della medesima gara ai sensi dell'art. 2, comma 1-bis, del Codice. Si noti che la possibilità di suddividere in lotti funzionali può essere accompagnata da ulteriori misure volte a promuovere la partecipazione delle imprese di minori dimensioni e contenere i rischi di gestione dei contratti [...]. Nella scelta di affidare un unico contratto di servizi integrati in luogo di diversi contratti separati ovvero di procedere mediante suddivisione in lotti, infine, possono rilevare ulteriori fattori, quali, ad esempio, la qualità delle prestazioni, che potrebbe essere compromessa nel caso dell'eccessiva concentrazione di attività in capo ad un solo soggetto – elemento che spinge verso l'affidamento separato dei servizi – ovvero le potenziali economie di scala e/o di gestione nella gestione dei rapporti contrattuali che, viceversa, suggeriscono l'affidamento ad un unico contraente. Nella decisione, inoltre, deve tenersi conto del fatto che laddove il contratto preveda molti servizi eterogenei, in particolar modo, nel caso limite del global service, la complessità di gestione e di coordinamento delle attività può crescere considerevolmente nel caso di contraenti aventi identità plurisoggettiva (come, ad esempio, i raggruppamenti temporanei) composti da un numero elevato di imprese».

Sebbene, come fatto notare dalla S.A., la richiamata determinazione non fosse ancora pubblicata al momento del bando in oggetto, si osserva che i principi ivi esplicitati sono principi di carattere generale che si ricavano dalla normativa di settore, e che ben potevano/dovevano essere tenuti in considerazione al momento della programmazione di un appalto così complesso.

Con il suddetto parere n. 137/15 si rilevava che, nel caso di specie, l'oggetto dell'appalto è caratterizzato dalla coesistenza di prestazioni eterogenee, che ha comportato una notevole estensione dell'affidamento rispetto al solo Servizio Energia oggetto della convenzione Consip, oltre che un ingente importo dell'appalto.

E' evidente infatti che con un unico affidamento la S.A. ha proceduto ad appaltare attività che appaiono del tutto autonome da un punto di vista funzionale.

In linea generale, tale scelta procedurale appare in contrasto con i principi espressi all'art. 2, co. 1-bis d.lgs. 163/2006, introdotto dall'art. 44, co. 7 del d.l. 201/2011, convertito con modificazioni dalla l. 214/2011 ai sensi del quale: «Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. I criteri di partecipazione devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese».

Le previsioni normative richiamate sono espressione di una regola generale di suddivisione dell'appalto in lotti in un'ottica di tutela della concorrenza (Cons. Stato, sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669); la deroga alla regola generale può essere esercitata dalla stazione appaltante attraverso l'adempimento di un onere di motivare la scelta discrezionale di procedere all'affidamento di un unico lotto. Come rilevato in TAR Liguria, Genova, sez. II 29 agosto 2014, n. 1320, «dal menzionato comma 1 bis emerge un complessivo disegno volto a favorire le piccole e medie imprese, nell'ottica della tutela più ampia possibile della concorrenza e al fine di evitare che appalti per importi troppo elevati possano privilegiare solo le aziende più grandi (TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 18 marzo 2014, n. 694). Tale disposizione delinea quindi il principio secondo cui la stazione appaltante deve privilegiare la suddivisione della gara in lotti funzionali, laddove non sussista un valido e comprovato vantaggio economico per l'amministrazione».

Come evidenziato con Parere sulla Normativa AG 18/12 del 13 settembre 2012, l'art. 2, comma 1-bis del Codice esprime tutto il favor del legislatore per il frazionamento degli appalti, evidenziato da una previsione operante nel settore dei lavori, dei servizi e delle forniture e formulata in termini di doverosità se diretta a favorire l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese. La norma indica i presupposti di una legittima suddivisione in lotti stabilendo che il lotto abbia natura funzionale, sia possibile appaltarlo autonomamente, la suddivisione risponda ad una scelta conveniente. La stazione appaltante è chiamata ad esercitare la sua scelta discrezionale in ordine alla mancata suddivisione in lotti dandone motivazione nella determinazione a contrarre. L'esercizio della discrezionalità deve avvenire nel rispetto dell'interesse pubblico perseguito con l'affidamento nonché di quei principi di concorrenza, par condicio e non discriminazione previsti dallo stesso art. 2 del Codice (Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1101).

L'articolazione dell'appalto in più parti deve garantire che ogni singola frazione abbia una funzionalità che ne consenta l'utilizzazione compiuta, mentre è precluso il frazionamento quando le frazioni sono inserite in una prestazione che può assumere valore e utilità solo se unitariamente considerata. La valorizzazione della natura funzionale del lotto ha il pregio di favorire l'efficienza e l'economicità dell'appalto, perché evita, qualora non fosse completata una frazione dell'appalto, uno spreco di risorse economiche e un danno per l'erario.

L'art. 2 novellato chiarisce inoltre esplicitamente che il frazionamento deve essere possibile sul piano tecnico, e in particolare la prestazione resa da più operatori dovrà rispettare in ogni caso standard qualitativi maggiori o almeno equivalenti a quelli rinvenibili nella prestazione resa da un unico operatore.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

La norma in esame, quindi, da un lato favorisce la suddivisione in lotti e dall'altro intensifica l'onere motivazionale delle stazioni appaltanti, che dovranno espressamente giustificare l'articolazione dell'appalto con riferimento alle condizioni poste dal Codice.

Il frazionamento dell'appalto è comunque qualificato come *doveroso* se diretto a favorire l'accesso alla commessa pubblica delle piccole e medie imprese, con la conseguenza che la stazione appaltante dovrà motivare anche con riferimento a tale aspetto, valorizzando la suddivisione in lotti sotto il profilo teleologico.

Come sopra evidenziato, nel caso di specie la S.A. ha ritenuto opportuno e conveniente accorpere in un unico appalto tutti i servizi in oggetto, comprensivi di servizio energia, manutenzione edile e impiantistica ordinaria e straordinaria per scuole, musei, uffici giudiziari ecc, con l'obiettivo di conseguire risparmi sia sui costi del personale interno sia sui singoli interventi, e ottenere la gestione univoca del patrimonio immobiliare e impiantistico con l'idea di agevolare l'attuazione di un programma di interventi manutentivi a canone su oggetti e beni specifici peculiari della città (sistemi di limitazione del traffico, fontane storiche, cippi, lapidi, aree di mercato).

Tale scelta, tuttavia, ha comportato un appalto avente un oggetto esteso, comprensivo di prestazioni eterogenee, difficilmente confrontabile con Convenzioni Consip settoriali, ma che si sarebbe ben prestato ad una suddivisione in lotti funzionali o all'affidamento con gare separate, trattandosi di interventi funzionalmente autonomi, per i quali sarebbe da attendersi un elevato livello di concorrenza e di partecipazione delle PMI.

Nel caso di specie, l'integrazione delle prestazioni richieste nel bando ha chiaramente determinato una restrizione significativa del numero dei potenziali concorrenti, e ha compromesso lo sviluppo di un adeguato livello di concorrenza in gara, dimostrato dal fatto che la partecipazione è stata limitata a soli tre concorrenti. Peraltro l'appalto risulta aggiudicato al gestore uscente, che aveva già usufruito di due proroghe annuali.

In disparte il tema dell'adesione alle convenzioni Consip di settore, quindi, la descrizione dell'oggetto contrattuale induce a ritenere doverosa una suddivisione in lotti o l'aggiudicazione con separate procedure di gara, in quanto la procedura seguita ha avuto l'effetto di compromettere l'accesso delle piccole e medie imprese, e di ledere l'interesse pubblico a un confronto concorrenziale adeguato rispetto all'oggetto.

Si osserva infine, con riguardo all'esigenza rappresentata dal Comune di evitare le difficoltà di gestione delle interferenze, nonché il dispendio di risorse interne da dedicare alla gestione di fornitori diversi, che la soluzione delle suddette problematiche va ricercata, non già nell'affidamento unitario di tutte le attività ad uno stesso soggetto, bensì attraverso un'adeguata attività di coordinamento delle attività in essere (cfr. determinazione n. 3/2008 del 5 marzo 2008 dove si evidenzia che è cura delle stazioni appaltanti dare indicazioni operative e gestionali su come superare i rischi da interferenza).



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

In base a quanto sopra considerato,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- è illegittimo e restrittivo della concorrenza l'oggetto contrattuale dell'affidamento in oggetto, il quale si riferisce ad appalti di tipologia sensibilmente differente che avrebbero dovuto essere aggiudicati con separate procedure di gara ovvero con una ragionevole suddivisione in lotti funzionali.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 dicembre 2015

Il Segretario Rosetta Greco