

AS1913 - TRENORD-BANDO DI GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI PULIZIA E SANIFICAZIONE DEL MATERIALE ROTABILE FERROVIARIO

Roma, 31 luglio 2023

Trenord S.r.l.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 25 luglio 2023, ha deliberato di adottare un parere motivato, ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, sul bando di gara, pubblicato in G.U.R.I. il 28 giugno 2023, riguardante la procedura negoziata indetta da Trenord S.r.l., ai sensi dell'articolo 124 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. Codice dei contratti pubblici, di seguito anche "Codice"), volta alla stipulazione di un "Accordo Quadro per il servizio di pulizia e sanificazione del materiale rotabile ferroviario, ambienti di lavoro, aree esterne ed attività di piccola manutenzione".

Tale gara è stata indetta da Trenord S.r.l. a seguito dell'annullamento della gara precedentemente bandita, su cui l'Autorità, nella propria riunione del 30 maggio 2023, aveva deliberato di esprimere una segnalazione ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/1990¹.

La procedura in questione è suddivisa in due Lotti ed è finalizzata alla stipula di due Accordi Quadro (uno per ciascun Lotto) per il servizio di pulizia e sanificazione del materiale rotabile ferroviario, ambienti di lavoro, aree esterne e attività di piccola manutenzione. Il valore totale dell'appalto è pari a 209.611.100,00. La durata degli accordi quadro è stimata in trentasei mesi con la facoltà per Trenord S.r.l. "di esercitare due opzioni della durata di 12 mesi ciascuna". I contratti applicativi saranno stipulati nel corso della vigenza dell'Accordo Quadro con una durata che sarà ricompresa nell'ambito della durata di quest'ultimo.

La procedura prevede che l'appalto sia aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa. A seguito dell'aggiudicazione, il servizio sarà svolto presso la sede della Committente.

Per quanto attiene specificamente ai requisiti di capacità professionale e tecnica, l'avviso di indizione della procedura negoziata rinvia alle condizioni di partecipazione previste nel disciplinare di gara, disponibile unitamente agli altri documenti di gara nel sito *internet* <http://acquistionline.trenord.it>.

Il disciplinare di gara, in particolare, all'articolo IV.1.3.1), lettera e), prevede che l'operatore economico attesti "di aver realizzato, nell'ultimo triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, per attività oggetto di gara, in un unico contratto comprensivo di servizi di pulizia rotabili ferroviari, tranviari o metropolitani e dei relativi ambienti di lavoro per conto di Enti o società ferroviarie, non inferiore complessivamente a:

- Per il Lotto 1: € 9.000.000,00 (euro novemilioni/00) in un anno nel triennio;
- Per il Lotto 2: € 11.000.000,00 (euro novemilioni/00) in un anno nel triennio" (enfasi in originale).

Prima di procedere all'indicazione dei motivi per cui l'Autorità ritiene che tale disposizione presenti profili di criticità da un punto di vista concorrenziale, si ritiene opportuno precisare che, nella citata segnalazione AS1891, l'Autorità aveva già rappresentato a Trenord S.r.l. l'effetto restrittivo della partecipazione alla procedura di selezione derivante dall'impropria assimilazione del concetto di "forniture analoghe" con quello di "forniture identiche". Nella segnalazione, inoltre, l'Autorità auspicava che la società in futuro attuasse tutte le misure necessarie ad assicurare un corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali nell'ambito delle procedure di affidamento del servizio in questione e invitava Trenord S.r.l. a comunicare, entro il termine di trenta giorni dalla ricezione della segnalazione, le iniziative assunte con riguardo alle criticità concorrenziali evidenziate.

Con la nota pervenuta il 30 giugno 2023, la società Trenord S.r.l. ha comunicato di aver annullato la gara e di avere, altresì, indetto una nuova procedura di gara. Dall'analisi del nuovo disciplinare di gara, tuttavia, emerge che Trenord S.r.l. non ha tenuto conto delle osservazioni già espresse dall'Autorità per assicurare il corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali nell'ambito della procedura di affidamento in questione.

Ciò premesso, l'Autorità ritiene che l'articolo IV.1.3.1), lettera e), del Disciplinare di gara espliciti un'impropria assimilazione del concetto di "forniture analoghe" con quello di "forniture identiche" nella parte in cui richiede, ai fini della partecipazione alla gara in questione e della presentazione di un'offerta, che i concorrenti abbiano eseguito nel triennio di riferimento la fornitura di servizi di pulizia di rotabili ferroviari, tranviari o metropolitani e dei relativi ambienti di lavoro per conto di Enti o società ferroviarie.

¹ [AS1891 - Trenord - Bando di gara per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione del materiale rotabile ferroviario, in Bollettino n. 23/2023.]

Come precisato in una propria recente segnalazione², l'Autorità ritiene che tale previsione non sia in linea con gli insegnamenti della giurisprudenza amministrativa in materia di requisiti c.d. di carattere speciale e, in particolare, dei requisiti di capacità tecnica e professionale previsti dall'articolo 83 del D.Lgs. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis*), oggi riportati nell'articolo 100 del D.Lgs. n. 36/2023. Secondo il giudice amministrativo, infatti, la richiesta della prova di forniture pregresse aventi a oggetto beni e/o servizi analoghi a quelli oggetto della procedura di selezione è legittima nella misura in cui il "servizio/fornitura analogo/a" non è inteso come "servizio/fornitura identico/a", ma meramente simile³.

Inoltre, con riferimento alla richiesta di svolgimento di servizi simili, la giurisprudenza amministrativa è pacifica nel ritenere che la prova debba ritenersi soddisfatta ove il concorrente abbia dimostrato di aver espletato servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale al quale afferisce l'appalto, cosicché possa ritenersi che grazie a esso il concorrente abbia maturato la capacità di svolgere quest'ultimo⁴.

Pertanto, pur godendo di ampia discrezionalità⁵ e pur avendo il requisito di capacità tecnica e professionale lo scopo generale di "garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità"⁶, alla stazione appaltante non è in ogni caso consentito escludere i concorrenti che non abbiano svolto esattamente tutte le attività rientranti nell'oggetto dell'appalto.

Dello stesso avviso è l'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, "ANAC"), secondo cui il concetto di "servizio analogo", deve essere inteso non come identità, ma come mera similitudine tra le prestazioni richieste, "tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità"⁷.

Nella nota illustrativa al bando tipo n. 1/2017, l'ANAC ha, peraltro, stabilito che la stazione appaltante deve qualificare nel modo più preciso possibile i servizi/forniture che possono essere considerati/e "analoghi/e" a quelli oggetto di gara, considerata l'entità dell'appalto, la natura e la tipologia di servizi richiesti, nonché gli altri elementi caratterizzanti il servizio da svolgere, e nel rispetto dei principi generali di libera concorrenza, parità di trattamento e proporzionalità di cui all'articolo 30 del D.Lgs. n. 50/2016. Pertanto, è necessario che le stazioni appaltanti, nell'esercizio della discrezionalità tecnica che è loro propria, in relazione al caso concreto, bilancino adeguatamente l'esigenza di selezionare soggetti dotati di adeguata esperienza nello specifico settore di interesse con quella di garantire il più ampio confronto concorrenziale in gara.

Circa il tipo di valutazione da effettuare per comprendere se un/una servizio/fornitura è simile o analogo/a a quello/a oggetto della gara, l'ANAC ha specificato che non va considerata decisiva la natura del singolo servizio o della singola fornitura. Infatti, anche laddove un singolo servizio/fornitura non possa considerarsi pienamente "analogo/a" a quello/a oggetto della gara, la valutazione che deve compiere la stazione appaltante non può che essere di tipo complessivo. Ciò in quanto la sommatoria di tutti i servizi o forniture dichiarate può ragionevolmente essere considerata quale indice di idoneità tecnica alla corretta esecuzione dell'appalto e di affidabilità.

Una diversa interpretazione della nozione di "servizi/forniture analoghi/e" determinerebbe, invero, la creazione di un vantaggio competitivo a favore delle imprese già fornitrici della stazione appaltante. Al contrario, la previsione di requisiti di carattere speciale deve consentire l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alla gara di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità. In altre parole, lo scopo di detti requisiti è quello di perseguire un opportuno contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato e il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche⁸.

Tali principi sono stati trasfusi in modo chiaro ed esplicito nel nuovo Codice dei contratti, laddove all'articolo 10, comma 3, del D.Lgs. n. 36/2023, nel sancire i principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione, statuisce che "Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e

² [Cfr. AS1885 - Procedura aperta multilotto per la conclusione di accordi quadro per la rilevazione e la somministrazione dell'insulina, in Bollettino n. 14/2023.]

³ [Ex plurimis, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenze nn. 4729/2023, 7341/2021 e 2048/2021.]

⁴ [Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 5944/2017; Sez. IV, sentenze nn. 695/2016 e 1122/2015.]

⁵ [Cfr. delibere ANAC n. 294 del 21 giugno 2022 e n. 830 del 27 luglio 2017 dove si afferma che "i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto, giacché rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di fissare requisiti di partecipazione a una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge".]

⁶ [Cfr. articolo 83, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016. Cfr., altresì, Tar Lazio, Roma, Sez. II, sentenza n. 8327/2018. Anche a livello unionale la direttiva 2014/24/UE prevede, con riferimento alle capacità tecniche e professionali, che "le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità" (cfr. articolo 58, paragrafo 4), così confermando l'impostazione secondo la quale la pubblica amministrazione, nel perseguimento del pubblico interesse, ha interesse a incentivare la partecipazione alle gare di soggetti qualificati, con un bagaglio di conoscenze tecniche tali da poter svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara.]

⁷ [Cfr. ANAC, delibera n. 147 del 30 marzo 2022.]

⁸ [V. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenze nn. 3220/2014, 5040/2018 e 3267/2018. Cfr. anche TAR Sicilia, Palermo, sez. II, sentenza n. 2892/2014.]

tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese".

E ancora l'articolo 100, recante i *"Requisiti di ordine speciale"*, del D.Lgs. n. 36/2023, prevede esplicitamente al comma 11 che *"Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara **contratti analoghi** a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati"* (enfasi aggiunta).

Al contrario di quanto sin qui argomentato, la previsione contenuta nel Disciplinare di gara, già censurata dall'Autorità, ha l'effetto di restringere significativamente la partecipazione alla procedura di selezione, consentendola soltanto a chi ha svolto servizi di pulizia di rotabili ferroviari, tranviari o metropolitani e dei relativi ambienti di lavoro per conto di Enti o società ferroviarie nei tre anni precedenti.

In conclusione, dunque, si ritiene che il requisito di carattere speciale tecnico-professionale, così come riportato nell'articolo IV.1.3.1), lettera e), del Disciplinare di gara, abbia l'effetto di restringere la concorrenza scoraggiando la partecipazione di operatori che potrebbero presentare delle offerte, in tal modo arricchendo il novero dei partecipanti e stimolando una dinamica competitiva in seno alla procedura di selezione. In altre parole, dunque, tale disposizione non appare proporzionata allo scopo che intende raggiungere e si pone in violazione della clausola generale, stabilita dal comma 2 dell'articolo 83 del D.Lgs. n. 50/2016, secondo cui i *"requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione"* (oggi riportata all'articolo 100, commi 2 e 11, del D.Lgs. n. 36/2023), nonché in contrasto con i principi di libera concorrenza e massima partecipazione sanciti dell'articolo 30 del D.Lgs. n. 50/2016 (come confermati dall'articolo 10 del D.Lgs. n. 36/2023).

Ai sensi dell'articolo 21-bis, comma 2, della legge n. 287/1990, pertanto, codesta Società dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

Comunicato in merito alla decisione dell'Autorità di non presentare ricorso, ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990 avverso, il bando di gara, pubblicato in G.U.U.E. e in G.U.R.I. il 28 giugno 2023, riguardante la procedura negoziata indetta da Trenord S.r.l. ai sensi dell'articolo 124 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, volta alla stipulazione di un "Accordo Quadro per il servizio di pulizia e sanificazione del materiale rotabile ferroviario, ambienti di lavoro, aree esterne ed attività di piccola manutenzione"

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria adunanza del 26 settembre 2023, ha deciso di non impugnare innanzi al TAR territorialmente competente il bando di gara, pubblicato in G.U.U.E. e in G.U.R.I. il 28 giugno 2023, riguardante la procedura negoziata indetta da Trenord S.r.l., ai sensi dell'articolo 124 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, volta alla stipulazione di un *"Accordo Quadro per il servizio di pulizia e sanificazione del materiale rotabile ferroviario, ambienti di lavoro, aree esterne ed attività di piccola manutenzione"*.

In data 25 luglio 2023, l'Autorità aveva deliberato l'invio alla società Trenord S.r.l. di un parere motivato. ai sensi dell'articolo 21-bis della legge n. 287/1990, nel quale rilevava che l'articolo IV.1.3.1), lettera e), del Disciplinare di gara, nel prevedere i requisiti di carattere speciale tecnico-professionale, assimilasse impropriamente il concetto di *"forniture analoghe"* a quello di *"forniture identiche"*, consentendo la partecipazione alla procedura di gara soltanto agli operatori che avessero svolto, nei tre anni precedenti, servizi di pulizia identici a quelli oggetto di gara.

Nello specifico, l'Autorità ha ritenuto che tale previsione non fosse in linea con i propri precedenti e con la giurisprudenza amministrativa in materia di requisiti c.d. di carattere speciale e, in particolare, dei requisiti di capacità tecnica e professionale previsti dall'articolo 83 del D.Lgs. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis*), oggi riportati nell'articolo 100 del D.Lgs. n. 36/2023, nonché si ponesse in contrasto con i principi di libera concorrenza e massima partecipazione sanciti dell'articolo 30 del D.Lgs. n. 50/2016 (come confermati dall'articolo 10 del D.Lgs. n. 36/2023).

A seguito del ricevimento del parere motivato, la società Trenord S.r.l. ha comunicato di aver proceduto alla rettifica del Capitolo IV.1.3.2.) lettera e), del Disciplinare di Gara attenendosi a quanto indicato dall'Autorità e di aver pubblicato il bando e il Disciplinare rettificati sulla G.U.R.I. in data 14 agosto 2023 e sulla G.U.U.E. in data 16 agosto 2023.

Preso atto di quanto sopra, l'Autorità ha ritenuto che le iniziative adottate dalla società Trenord S.r.l. siano idonee a rimuovere le violazioni concorrenziali rilevate nel parere inviato ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge n. 287/1990.