



## Delibera n. 217 del 24 maggio 2023

Parere motivato ai sensi dell'articolo 211 comma 1<sup>ter</sup> d.lgs. 50/2016

Fascicolo 2193/2023

*(da citare nella risposta)*

### Oggetto

**Procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di pulizia di mezzi di trasporto 2023/S 052-154334 –Lotto 1: CIG: 9688821C03; Lotto 2: CIG: 968884717B. Parere motivato, ex art. 211 co. 1<sup>ter</sup> d.lgs. 50/2016.**

#### **Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**

Visto il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. n. 50/2016, del 13 giugno 2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 17 luglio 2018;

Visti gli esiti istruttori del procedimento in oggetto, condotto dall'Ufficio vigilanza collaborativa, vigilanze speciali e centrali di committenza;

#### **RILEVATO IN FATTO**

T. S.r.l. ha pubblicato in GUUE, in data 14.3.2023<sup>1</sup> il bando di gara/disciplinare di gara in oggetto, per un importo complessivo di € 209.611.100,00; la documentazione di gara è stata pubblicata su portale telematico<sup>2</sup> e il termine per il ricevimento delle domande di partecipazione è stato fissato alla data del 14.4.2023.

---

<sup>1</sup> *omissis*

<sup>2</sup> *omissis*

Con esposto acquisito al protocollo ANAC n. 29380 del 14.4.2023, è stata segnalata la presunta **illegittimità dell'art. IV.1.3.2), lett. e)** del disciplinare di gara relativo alla procedura in oggetto, contenente un requisito di partecipazione ritenuto dall'esponente restrittivo della concorrenza, cui è seguita l'istruttoria dell'Autorità.

Al riguardo deve osservarsi che nonostante le plurime richieste istruttorie, la stazione appaltante ha inviato solo una parte dei documenti richiesti e non ha inviato all'Autorità la determina a contrarre o l'atto equivalente (asserendo di non averlo adottato, in quanto non obbligatorio nei settori speciali), né la lettera di invito (relativa alla successiva fase di gara).

La stazione appaltante ha precisato che la procedura di gara si trova nella fase di prequalifica.

Dall'esame complessivo della documentazione di gara e dai riscontri forniti, sono emerse diverse criticità, alcune delle quali sussumibili nell'alveo applicativo **dell'art. 6 co. 2 lett. j)**, del Regolamento ANAC del 13.6.2018, sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 co. 1ter d.lgs. n. 50/2016, in quanto limitative della concorrenza e pertanto **legittimanti l'emissione di un parere motivato ai sensi dell'art. 211 co. 1ter d.lgs. 50/2016.**

Sono presenti ulteriori criticità che, pur non legittimanti l'emissione di un parere motivato, vengono segnalate alla stazione appaltante per ragioni di completezza e collaborazione.

#### CONSIDERATO IN DIRITTO

**1) Violazione dell'art. 83, co. 6, 133 e 136 e dell'Allegato XVII al Codice degli appalti. Violazione dell'art. 71, del Codice degli Appalti, nonché del par. 6.3 del Bando Tipo ANAC n. 1. Illegittimità del par. IV.1.3.2), lett. e) del disciplinare di gara. Illegittima/erronea determinazione del triennio di riferimento per il requisito tecnico-professionale del contratto di punta.**

1.1) La **normativa di riferimento**, richiamata anche nella documentazione di gara, è individuata dagli artt. 122 e ss. del codice dei contratti, trattandosi di procedura di gara per l'affidamento di servizi strumentali (di pulizia) relativi ai settori speciali.

Anche in relazione a tali procedure di gara risultano pacificamente applicabili i criteri di selezione degli offerenti di cui all'art. 83 del Codice dei contratti, stante il rinvio espresso contenuto negli artt. 133 co. 1 e 136 co. 2 del medesimo Codice.

Con particolare riferimento ai requisiti tecnico professionali, il par. 6.3 del bando tipo n. 1 dell'Autorità individua, quale triennio di riferimento, quello precedente la data di pubblicazione del bando di gara. Inoltre, la stessa Autorità e la giurisprudenza hanno precisato, in continuità con l'orientamento interpretativo venutosi a creare nella vigenza del precedente codice, che *"per la capacità tecnica e professionale il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando, e quindi, non coincide necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economico-finanziaria, da intendersi come periodo amministrativo di durata ordinariamente annuale, coincidente con l'anno solare"* (ex plurimis delibera ANAC 3/2017 e più di recente Delibera 481/2022; in termini C.d.S. 3285/2015; TAR Puglia, Bari, 978/2018).

1.2) Con particolare riguardo all'individuazione dei **requisiti di partecipazione di carattere tecnico-professionale** dalla stazione appaltante, nel disciplinare di gara al par. **IV.1.3.2), lett. e)**, è richiesto l'aver

realizzato nel triennio 2019-2021, *“un unico contratto comprensivo di servizi di pulizia di rotabili ferroviari, tranviari o metropolitani e dei relativi ambienti di lavoro per conto di Enti o società ferroviarie”*.

Come detto, il bando di gara è stato pubblicato il 14.3.2023. Pertanto, sulla base dell'esposta ricostruzione normativa e giurisprudenziale, il triennio di riferimento avrebbe dovuto essere individuato a ritroso dal 14.3.2023, con la conseguenza per cui la stazione appaltante avrebbe dovuto richiedere, a comprova del citato requisito di partecipazione, l'espletamento di un servizio di punta realizzato a far data dal 15.3.2020, fatta salva la possibilità di estendere ulteriormente, per ragioni concorrenziali, il periodo temporale di riferimento, ai sensi dell'All. XVII, parte II, lett. a, del Codice.

In seguito alla richiesta di chiarimenti avanzata da questa Autorità in ordine alla ragione per la quale fosse stato individuato quale ultimo triennio quello che andava dal 2019 al 2021, la stazione appaltante ha precisato che l'individuazione del triennio è stata dettata dalla considerazione per cui, alla data di pubblicazione della gara, *“il bilancio 2021 risulta essere l'ultimo approvato e depositato”*. La stazione appaltante ha poi specificato di aver agito in conformità con l'indirizzo giurisprudenziale per cui *“negli appalti di servizi e forniture il triennio di riferimento per l'attestazione del fatturato realizzato deve risultare da attestazioni quanto più possibile attendibili ed “ufficiali”, id est con riferimento ai bilanci il deposito presso il Registro delle Imprese”*.

Tale previsione è stata poi confermata in via perentoria anche nei chiarimenti pubblicati sulla pagina web del sito istituzionale della stazione appaltante: in proposito, a fronte dei quesiti di cui ai punti 9 e 11 per i quali si chiedeva di chiarire se un contratto per servizi di pulizia interamente consunto nel 2022 fosse idoneo a soddisfare il requisito di partecipazione imposto dai documenti di gara, la stazione appaltante ha espressamente affermato che *“il contratto consunto nel 2022 non è idoneo a soddisfare il requisito di che trattasi, atteso il riferimento previsto dagli atti di gara al triennio 2019-2021”*.

1.3) In proposito, si rileva **l'illegittimità del par. IV.1.3.2), lett. e) del disciplinare di gara** nell'individuazione operata dalla stazione appaltante del triennio di riferimento per quanto attiene alla comprova del possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale, atteso che appare del tutto irragionevole e comunque in contrasto con l'esposto quadro normativo e giurisprudenziale prendere a riferimento un triennio concluso nel 2021, quasi due anni prima rispetto alla pubblicazione del bando in GUUE (14 marzo 2023).

Il requisito di capacità tecnico professionale in esame deve opportunamente distinguersi da quello economico finanziario, attesa la loro diversa funzione e finalità: l'uno (quello *economico finanziario*) è infatti indice di una certa solidità finanziaria ed è pertanto logicamente connesso ad un periodo certo di comprova, mentre l'altro (quello *tecnico-professionale*) è indice di una certa abilità tecnica desunta da una pregressa esperienza ed è pertanto valorizzato il più recente periodo di maturazione di tale esperienza.

A conferma di quanto sopra, l'allegato XVII al codice dei contratti, disciplinante i mezzi di prova dei requisiti di partecipazione, prevede:

- per i requisiti di capacità *economico-finanziaria* *“una dichiarazione concernente il fatturato globale [...]al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o all'avvio delle attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni su tali fatturati siano disponibili”*(parte I, lett. c);

– diversamente, per i requisiti *tecnico professionali* un elenco dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni antecedenti la pubblicazione del bando (parte II, lett. a), n. 2).

Non a caso, anche il disciplinare della gara in oggetto ha richiesto una diversificata comprova per i differenti requisiti: *fatturato* per il requisito economico finanziario, *informazioni contrattuali* per il requisito tecnico professionale.

In tal senso non appaiono condivisibili (oltre che contraddittorie) le giustificazioni addotte dalla stazione appaltante, per le quali la previsione del triennio di riferimento è ancorata al dato dell'approvazione e deposito dei bilanci.

Invero, come evidenziato, la stazione appaltante ha richiesto, quale comprova del requisito tecnico professionale, elementi esclusivamente connessi all'esecuzione del contratto, senza alcun collegamento ad aspetti di fatturato e di bilancio, che non concorrono dunque alla comprova del requisito. In altre parole, appare contraddittorio ancorare dapprima l'accertamento di un requisito ad un lasso temporale connesso al deposito dell'ultimo bilancio, per poi richiedere la comprova di quello stesso requisito nello stesso arco temporale in relazione a fattori concernenti esclusivamente la descrizione dei servizi eseguiti e gli importi degli stessi, prescindendo totalmente da dati ed elementi contabili.

D'altra parte, qualora si considerasse quale triennio di riferimento del requisito tecnico del c.d. "servizio di punta" quello concluso nell'anno 2021, si consentirebbe l'assurda ed irragionevole partecipazione alla procedura di gara dei soli operatori economici che abbiano svolto questo tipo di servizio nel triennio 2019-2021, escludendo al contrario coloro che, ragionevolmente più qualificati, abbiano maturato il requisito dello svolgimento di detto servizio nell'annualità 2022 e, addirittura, nei primi mesi del 2023.

1.4) Da tanto discende che la contestata previsione del disciplinare di gara determina effetti irragionevolmente **distorsivi della concorrenza** e soprattutto non garantisce, in concreto, la capacità tecnico-professionale dei partecipanti, per un verso, andando ad escludere soggetti che abbiano svolto nei 15 mesi antecedenti la pubblicazione della gara il servizio in questione, e, per l'altro, consentendo, invece, di presentare offerte ad operatori economici che non abbiano svolto il servizio potenzialmente da più di due anni (si pensi, ad esempio, a coloro che abbiano svolto detto servizio fino 1 gennaio 2021 e poi non lo abbiano più eseguito).

La citata criticità determina quindi **una illegittima restrizione della concorrenza**, che porta ad escludere irragionevolmente dalla partecipazione alla presente procedura di gara operatori economici che potrebbero assicurare lo svolgimento del servizio in maniera efficace, efficiente ed economico, qualora fossero poste nelle condizioni di poter presentare un'offerta.

Si ritiene, pertanto, integrata **la fattispecie legittimante di cui all'art. 6 co. 2 lett. j), del Regolamento ANAC del 13.6.2018.**

## **2) Ulteriori criticità**

Fermo quanto sopra, si osserva che il bando ed il capitolato speciale paiono gravati da altre criticità che, come detto, pur non integrando le fattispecie legittimanti previste dall'art. 6 del Regolamento ANAC del 13.6.2018, l'Autorità segnala ai fini di una opportuna rimeditazione da parte della stazione appaltante della complessiva documentazione di gara.

**2.1) Violazione dell'art. 83, co. 5, 133 e 136 e dell'Allegato XVII al Codice degli appalti. Violazione dell'art. 71, del Codice degli Appalti, nonché del par. 6.2 del Bando Tipo ANAC n. 1. Illegittimità del par. IV.1.3.1), lett. a) del disciplinare di gara. Omissione della motivazione in ordine al requisito economico del fatturato minimo.**

Dalla documentazione messa a disposizione dell'Autorità, non è stato possibile individuare la motivazione richiesta dall'art. 83 co. 5 del d.lgs. 50/2016, per l'individuazione del fatturato specifico richiesto dal par. IV.1.3.1), lett. a) del disciplinare di gara (quale requisito economico finanziario), prevista pure dal bando tipo ANAC n. 1.

Come visto, la norma deve ritenersi operante stante il combinato disposto degli art. 83, co. 5, 133 co. 1 e 136 co. 2 del d.lgs. 50/2016 ed impone alla stazione appaltante di indicare nella documentazione di gara le ragioni della scelta di un certo fatturato minimo.

Pertanto, si ritiene che la omissione di tale motivazione si ponga in violazione dell'art. 83 co. 5 del codice e, come tale, costituisca criticità che deve essere emendata.

**2.2) Violazione dell'art. 63 della Direttiva CE 2014/24 nonché del par. 6.5 del Bando Tipo ANAC n. 1. Illegittimità del par. IV.1.3.1), lett. e) del disciplinare di gara. Illegittima richiesta del requisito maggioritario in capo alla mandataria. Illegittima modifica del disciplinare di gara.**

Il già richiamato par. IV.1.3.2), lett. e) del disciplinare di gara prevede che *"in caso di RTI il requisito deve essere posseduto interamente dalla mandataria"*. In proposito, si richiama la nota pronuncia della Corte di Giustizia Europea (4<sup>a</sup> Sezione) - C-642/20 del 28.04.2022, per la quale si prevede automatica disapplicazione dell'art. 83, comma 8, del D. Lgs. 50/2016, per contrasto con l'art. 63 della Direttiva CE 2014/24, nella parte in cui prevede che *"la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria"*

La citata previsione del disciplinare si pone dunque in contrasto con la sentenza della Corte di Giustizia Europea (4<sup>a</sup> Sezione) del 28.04.2022, in quanto riproduce esattamente la formulazione censurata dalla giurisprudenza comunitaria, tenuto conto che nessuna parte della *lex specialis* di gara contiene la motivazione, come invece suggerito dal Bando Tipo n. 1.

Peraltro, nella nota di riscontro alla richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità, sul punto, la stazione appaltante ha specificato che la contestata previsione del disciplinare di gara deve essere intesa nel senso che *"In caso di RTI il requisito dovrà essere posseduto interamente dall'impresa che esegue la prestazione principale"*.

Al riguardo si osserva che una simile interpretazione risulta essere assolutamente arbitraria, non logicamente desumibile dalla documentazione di gara, se non addirittura modificativa della *lex specialis* di gara, così rilevando ai sensi dell'art. 79 d.lgs. 50/2016.

In sintesi, deve ritenersi che la disciplina di gara sia illegittima anche sotto questo profilo, soprattutto alla luce del chiarimento modificativo offerto in sede istruttoria.

**2.3) Violazione dell'art. 35 co. 18. Omessa previsione della facoltà di anticipazione del prezzo.**

Dall'esame del capitolato speciale inviato dalla stazione appaltante, è emerso che l'art. 13 co. 2 esclude espressamente l'anticipazione del prezzo, in violazione dell'art. 35 co. 18 del Codice.

Sul punto, in sede istruttoria, la stazione appaltante ha precisato che trattasi di un refuso della documentazione di gara, che è in corso di revisione il Capitolato Generale d'Appalto per i servizi di T. e che l'anticipo è sempre stato concesso quando richiesto.

Al riguardo giova richiamare una recente delibera dell'Autorità che ha espressamente ribadito l'applicabilità dell'istituto anche ai settori speciali (Delibera 325/2022), risultando ben noti i potenziali effetti positivi per l'appaltatore, in termini finanziari.

Pertanto, premesso che allo stato la documentazione contrattuale trasmessa all'Autorità non appare in linea con l'attuale quadro normativo di riferimento, come del resto riconosciuto dalla stessa stazione appaltante, si raccomanda di revisionare la documentazione contrattuale posta a base della gara in oggetto, anche in considerazione del fatto che trattasi di modifica significativa, incidente sull'offerta economica e sulle concrete modalità di finanziamento dell'appaltatore.

#### **2.4) Violazione dell'art. 29 d.l. 4/2022. Omessa o dubbia previsione in ordina alla clausola di revisione dei prezzi.**

L'art. 29 d.l. 4/2022 impone, in via generalizzata, l'introduzione di clausole di revisione dei prezzi nella documentazione di gara.

La norma è assurda addirittura a principio generale nel nuovo codice (cfr. art. 9 e 60 d.lgs. 36/2023), essendo del resto ben noti gli effetti positivi della citata clausola in termini di garanzia dell'equilibrio contrattuale nel tempo, soprattutto in caso di contratto pluriennale (come quello in esame).

L'art. 15 del CSA contiene invece un mero e generico rinvio all'art. 106 d.lgs. 50/2016. In sede istruttoria, la stazione appaltante ha precisato che tale rinvio deve intendersi nel senso che esiste un ulteriore documento contrattuale – non inviato all'Autorità – recante una specifica clausola revisionale. Invero, il rinvio ad ulteriore documento, di cui il disciplinare non dà conto, rende quantomeno incerta la oggettiva interpretazione dell'effettivo inserimento della clausola di revisione prezzi.

In tale sede è sufficiente ribadire il carattere obbligatorio dell'inserimento della clausola di revisione prezzi nell'ambito della documentazione di gara, invitandosi pertanto la stazione appaltante a predisporre una documentazione di gara più chiara sul punto e comunque a trasmettere all'Autorità la documentazione contrattuale recante la descritta clausola di revisione dei prezzi.

\*\*\*\*\*

Per tutto quanto esposto,

#### **DELIBERA**

- di trasmettere il presente parere motivato, ai sensi dell'art. 211 co. 1 *ter* d.lgs. 50/2016, alla stazione appaltante, invitandola all'annullamento di tutti gli atti di gara (determina a contrarre, disciplinare di gara e atti consequenziali *medio tempore* adottati), stante la presenza dei vizi gravanti la *lex specialis* esposti in parte motiva sub 1), riconducibili alla fattispecie legittimante di cui all'art. 6 co. 2 lett. j) del Regolamento ANAC del 13.6.2018;
- di raccomandare, in occasione della futura e successiva riedizione della procedura di gara, una rivalutazione della complessiva documentazione di gara anche alla luce degli ulteriori vizi evidenziati nella presente delibera;

- ai sensi del richiamato art. 211, comma 1 ter, d.lgs. 50/2016, si assegna un termine di **20 giorni** dalla ricezione del presente parere per agire in conformità, con avvertenza che, in mancanza, l'Autorità sarà legittimata ad impugnare la documentazione di gara esaminata;
- ai sensi dell'art. 213 co. 13 D. Lgs. 50/2016 e dell'art. 9 del sopra richiamato Regolamento ANAC, la stazione appaltante è invitata a trasmettere, in ogni caso, gli ulteriori atti e provvedimenti eventualmente adottati nell'ambito della procedura di gara in oggetto.

Ai sensi dell'art. 13 del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. 50/2016 dispone la pubblicazione del presente parere motivato sul sito istituzionale dell'Autorità.

*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 26.5.2023

*il Segretario*

Valentina Angelucci

*Originale firmato digitalmente*