



DELIBERA N. 23

del 13 gennaio 2021

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da _____Omissis_____Srls – Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara su MEPA per l'affidamento della gestione dei servizi bibliotecari ed animazione culturale per il triennio 2021/2023 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: € 106.380,00 – S.A.: Comune di Cambiano (TO)

PREC 258/2020/S

Riferimenti normativi

Artt. 30, 83, 86, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Appalto di servizi - Requisiti di capacità economica e finanziaria – Fatturato specifico – Comprova dei requisiti – Referenza bancaria – Soccorso istruttorio – Impresa di nuova costituzione

Massime

Requisiti di capacità economica e finanziaria – Fatturato specifico – Impresa neocostituita – Soccorso istruttorio

La normativa dettata dal Codice dei contratti pubblici consente alle imprese di nuova costituzione, ai fini della comprova dei requisiti di capacità economica e finanziaria, di comprovare il richiesto requisito del fatturato specifico parametrandolo agli anni di effettiva esistenza dell'impresa. Ne consegue che è conforme agli artt. 30 e 83, commi 2 e 4, lett. a), 86, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, garantendo tutela al principio del *favor participationis*, la richiesta di soccorso istruttorio della stazione appaltante ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 indirizzata all'operatore economico e volta ad acquisire comprova della capacità economica e finanziaria mediante chiarimenti e ulteriore documentazione.

Artt. 30, 83 e 86, d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del

DELIBERA 13 gennaio 2021

VISTA l'istanza prot. n. 93112 del 07/12/2020 con la quale la società _____ Omissis_____ Srls chiede un parere all'Autorità sulla legittimità dell'ammissione con riserva alla procedura di gara in oggetto e sulla conseguente richiesta di soccorso istruttorio ricevuta in data 30/11/2020 (prot. n. 14585 del 30/11/2020 class. 7.5), con la quale la stazione appaltante domanda chiarimenti in ordine alle dichiarazioni rese sul possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, ritenendo non assolto il requisito previsto dalla lettera di invito al punto 7.2. relativo al fatturato specifico; la società istante sostiene che la richiesta istruttoria sarebbe in contrasto con i chiarimenti resi dalla stazione appaltante in sede di gara ed illegittima tenuto conto che la società è una microimpresa neocostituita;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 95876 del 16/12/2020;

VISTE le memorie e i documenti trasmessi in atti dalle parti interessate;

VISTO l'art. 7.2. della lettera di invito, rubricato "Requisiti di capacità economica e finanziaria", che richiedeva, ai fini della partecipazione alla procedura di gara, che l'operatore economico avesse "eseguito nell'ultimo triennio (inteso come tre anni solari precedenti alla data di invito alla procedura di gara (2019-2018-2017) un fatturato specifico per gestione servizi bibliotecari ed animazione culturale, per un importo complessivo pari ad almeno € 107.000 (I.V.A. esclusa se e in quanto dovuta)"; inoltre, la lettera di invito specificava che la comprova del requisito relativo al fatturato specifico dovesse essere fornita, "ai sensi dell'articolo 86, comma 4 e allegato XVII parte I, del D.Lgs. n.50/2016, mediante uno o più dei seguenti mezzi di prova: √ idonee referenze bancarie; √ presentazione dei bilanci o di estratti di bilancio; √ una dichiarazione concernente il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, 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"; inoltre, sempre sul requisito richiesto, indicava: "Ove le informazioni sui fatturati non siano disponibili, per le imprese che abbiano iniziato l'attività da meno di tre anni, i requisiti di fatturato devono essere rapportati al periodo di attività. Ai sensi dell'articolo 86, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016 l'operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze richieste può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante";

CONSIDERATO che in data 18/11/2020 la società, mediante la piattaforma MEPA, presentava una richiesta di chiarimenti domandando alla stazione appaltante se per l'assolvimento del punto 7.2 della lettera di invito fosse sufficiente la sola presentazione di una idonea referenza bancaria; l'istante riferisce che, in data 20/11/2020, la stazione appaltante chiariva che "Le referenze bancarie costituiscono uno dei mezzi di prova ai sensi dell'art. 86 comma 4 e allegato XVII parte prima del D.Lgs. n. 50/2016, pertanto si ritiene che anche una sola referenza bancaria sia sufficiente o possa essere sostituita da altri mezzi di prova previsti";

CONSIDERATO che l'istante presentava, ai fini della comprova dei requisiti, una referenza di istituto bancario che indicava l'impresa come "*idonea a far fronte agli impegni economici e finanziari derivanti dall'eventuale aggiudicazione dell'appalto*";



CONSIDERATO che il seggio di gara, nella seduta del 30/11/2020, ammetteva con riserva l'istante ritenendo che il requisito della capacità economico finanziaria, richiesto dall'art. 7.2 della lettera di invito, necessitasse di chiarimenti "in quanto risultano discrepanze tra la dichiarazione del possesso di tale requisito e la modalità di assolvimento dello stesso, dichiarata dall'O.E. nel DGUE"; ne conseguiva, da parte della stazione appaltante, l'avvio della procedura di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 con domanda di chiarimenti in quanto "L'operatore economico deve aver eseguito nell'ultimo triennio (...) un fatturato specifico per gestione servizi bibliotecari ed animazione culturale, per un importo complessivo pari ad almeno € 107.000 (...). Pertanto il suddetto requisito non può ritenersi assolto come da voi indicato al punto 6 lettera B parte IV del D.G.U.E. in quanto: A. la referenza bancaria è uno dei mezzi di prova ammesso ma di un requisito già esistente in capo all'operatore economico all'atto della partecipazione (...)"

CONSIDERATO che, nella richiesta di parere, l'istante sostiene la idoneità della referenza bancaria presentata in quanto "microimpresa" di nuova costituzione e richiama a fondamento della propria idoneità l'art. 18 e l'allegato X della direttiva 2014/24/UE, l'art. 36 della direttiva 2014/25/UE e l'art. 3 e 30, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2014/23/UE, l'art. 1, comma 1, lett. ccc), l. n. 11/2016 che ha previsto tra i criteri quello del "miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, anche con riferimento ai servizi di architettura e ingegneria e gli altri servizi professionali dell'area tecnica, per i piccoli e medi operatori economici, per i giovani professionisti, per le micro, piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione" e di "garantire l'effettiva possibilità di partecipare da parte delle micro, piccole e medie imprese"; richiama l'art. 30, d.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui indica che "i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese (comma 7); inoltre, l'art. 83, comma 2, del Codice ha previsto che "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"; richiama, infine, l'art. 86, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 ai sensi del quale "L'operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicataria, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo per la stazione appaltante";

CONSIDERATO che, nella memoria trasmessa, la stazione appaltante ha precisato che, a fronte della richiesta del requisito relativo al fatturato specifico pari a euro 107.000 e del requisito di svolgimento di servizi analoghi nel triennio antecedente, la società istante, in sede di compilazione del DGUE, dichiarava "zero" come fatturato specifico per il triennio antecedente la gara (2017, 2018, 2019) e rinviava a un elenco per i servizi analoghi svolti, producendo un prospetto da cui risulta una gestione dei servizi bibliotecari per l'anno 2020 per un valore di euro 2.872, 65 e un contratto di avvalimento con un'associazione culturale che, a sua volta, dichiarava di avere svolto servizi di custodia e gestione delle attività di help desk di biblioteca per un importo pari a euro 8.321, 23 per l'anno 2019 e 740, 99 per l'anno 2018; la stazione appaltante sostiene che il principio del *favor participationis* non può prevalere dinanzi a prescrizioni di contenuto vincolante e inequivoco come quelle contenute nella lettera di invito, che non possono essere messe in discussione dai chiarimenti resi rispetto ai quali prevalgono (richiama Cons. Stato, sez. V, 27/07/2020, n. 4758); in ogni caso, con l'avvio del soccorso istruttorio, avrebbe consentito al concorrente di integrare la documentazione presentata al fine della comprova del possesso dei requisiti al tempo della presentazione della domanda;

CONSIDERATO che costituisce principio di carattere generale quello secondo cui i requisiti fissati nella *lex specialis* devono favorire la più ampia partecipazione alle gare e, in particolare, che i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le micro imprese, le piccole e le medie imprese (art. 30, comma 7, d.lgs. n. 50/2016);

CONSIDERATO che i requisiti di capacità economica e finanziaria sono comprovabili, ai sensi dell'art. 86, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, "mediante uno o più mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte I", il quale a sua volta stabilisce che "di regola, la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze: (...) c) una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, 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", contemplando espressamente, per le imprese di nuova costituzione, la possibilità di dimostrare il requisito tenuto conto della data di costituzione dell'impresa e degli anni di effettivo esercizio dell'attività;

RITENUTO che la lettera di invito in maniera chiara e univoca domandava come requisito speciale di capacità economica e finanziaria il fatturato specifico pari a euro 107.000,00 per lo svolgimento degli indicati servizi nel triennio antecedente, da comprovare attraverso diversi mezzi di prova, tra cui indicava anche le referenze bancarie; la lettera di invito non domandava alternativamente la referenza bancaria rispetto al requisito del fatturato specifico, trattandosi quest'ultima di uno dei mezzi indicati per comprovare il fatturato specifico richiesto e limitandosi la stessa ad attestare la regolarità dei rapporti tra l'istituto bancario e la concorrente; d'altra parte, se anche si volesse intendere il chiarimento reso dalla stazione appaltante come idoneo a legittimare la partecipazione alla gara in base alla sola referenza bancaria e a prescindere dal comprovato possesso del richiesto requisito del fatturato specifico, tale operazione risulterebbe illegittima per contrasto con la lettera di invito che deve prevalere sul chiarimento reso, come ampiamente ribadito dalla giurisprudenza amministrativa; in tal senso, la citata sentenza n. 4758/2020 del Consiglio di Stato che ha evidenziato ancora una volta: "in tema di gare d'appalto le uniche fonti della procedura sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati: ne consegue che i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle, né integrarle, assumendo le previsioni della legge di gara carattere vincolante per la Commissione giudicatrice (Cons. di Stato, Sez. V, 23 settembre 2015, sent. n. 4441); dette fonti devono essere interpretate e applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi della stazione appaltante";

RITENUTO, quindi, che il disposto soccorso istruttorio sia conforme alle prescrizioni della lettera di invito che, inoltre, a tutela del principio del *favor participationis* e, in particolare, delle imprese di nuova costituzione, prescrivevano: "Ove le informazioni sui fatturati non siano disponibili, per le imprese che abbiano iniziato l'attività da meno di tre anni, i requisiti di fatturato devono essere rapportati al periodo di attività. Ai sensi dell'articolo 86, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016 l'operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze richieste può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante"; con riferimento alla possibilità per le imprese di recente costituzione di partecipare alle gare d'appalto, l'Autorità ha più volte rilevato che "ai fini della salvaguardia del principio generale di più ampia partecipazione, il calcolo per la verifica del possesso dei requisiti indicati nel bando va effettuato sugli anni di effettiva esistenza dell'impresa e i bilanci e la documentazione da presentare sono da riferirsi agli anni di effettiva operatività della stessa" (Delibera n. 711 del 23 luglio 2019; Delibera n. 1349 del 20 dicembre 2017; Delibera n. 795 del 19 luglio 2017, Delibera n. 671 del 14 giugno 2017);

RITENUTO che la stazione appaltante, accertata la necessità di acquisire chiarimenti e eventuale documentazione integrativa, attraverso la richiesta di soccorso istruttorio abbia agito in conformità alle prescrizioni della lettera di invito e agli artt. 30 e 83, commi 2 e 4, lett. a), 86, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, garantendo tutela al principio del *favor participationis*;

RITENUTO che, rispetto all'istruttoria in corso in ordine al possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico finanziaria in capo al concorrente, l'Autorità non possa sostituirsi nelle valutazioni della stazione appaltante;



RITENUTO, pertanto, che l'operatore economico sia tenuto a presentare i chiarimenti e la documentazione che ritenga più appropriata in riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio della stazione appaltante;

Sulla base delle considerazioni sopra espresse,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante, con riferimento alla richiesta di soccorso istruttorio indirizzata all'attenzione dell'istante, sia conforme alle prescrizioni della *lex specialis* di gara e della normativa di settore.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 gennaio 2021
Per il Segretario Maria Esposito,
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente