



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 795

DEL 19 luglio 2017

Oggetto: istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla F. Mirto s.r.l. – Servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati ed indifferenziati, compresi quelli assimilati ed altri servizi di igiene pubblica nel territorio comunale di Campofelice di Roccella - Lascari - CIG 6828634F07 - Importo a base di gara: € 9.280.813,00 – S.A. A.R.O. di Campofelice di Roccella - Lascari

PREC 191/17/S

Requisiti speciali di partecipazione – procedimento di valutazione dei requisiti di qualificazione e di comprova del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara

Il procedimento di valutazione dei requisiti di partecipazione e di qualificazione ad una gara d'appalto e quello di verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione da parte dei concorrenti è di competenza della stazione appaltante e deve essere fondato su un iter logico-giuridico caratterizzato da logicità, razionalità e ragionevolezza.

Capacità economico-finanziaria – imprese di nuova costituzione

In materia di requisiti di partecipazione, le disposizioni di cui agli articoli 83, 86 e all'allegato XVII costituiscono indicazioni poste anche a presidio della massima partecipazione alle gare in ossequio ai principi di proporzionalità e di concorrenza, in linea con il principio enucleato all'articolo 1, punto ccc) della legge delega n. 11/2016, concernente il *miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e dei contratti di concessione 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*

Articolo 83, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 86, commi 4 e 5, d.lgs. n. 50/2016

Allegato XVII, d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 26180 del 20 febbraio 2017, presentata dall'impresa F. Mirto s.r.l. relativamente alla procedura di gara in epigrafe, con la quale veniva contestato il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante nei propri confronti per mancato possesso della capacità economico-finanziaria prevista dal bando; in particolare, la stazione



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

appaltante non avrebbe riconosciuto sussistente il possesso di un importo di servizi oggetto della gara realizzato negli ultimi tre esercizi pari all'importo annuale a base d'asta di € 1.856.162,64 e sarebbe stata considerata non sufficiente la dimostrazione delle idonee referenze bancarie;

VISTA la posizione rappresentata dall'odierno istante secondo cui in sede di partecipazione è stato dichiarato il possesso dei requisiti previsti dalla *lex specialis* in rapporto al periodo di attività, atteso che la società al momento della partecipazione svolgeva tale attività da meno di un anno (dal 17 febbraio 2016), avvalendosi dei vari mezzi di prova messi a disposizione del codice appalti e elencando *«gli affidamenti e gli importi dei servizi svolti identici a quelli oggetto di gara in relazione al proprio periodo di attività, dimostrando di aver eseguito servizi identici a quelli oggetto di gara per un importo di € 1.000.000,00 circa, ossia superiore a quello richiesto dal bando di gara che in relazione al singolo anno ammontava a € 618.720,81 (importo richiesto dal bando almeno € 1.856.164,22 negli ultimi tre esercizi)»*; l'istante sostiene, inoltre, di aver prodotto referenze bancarie rilasciate da due istituti, elenco dei servizi identici eseguiti ed in corso, fatturato globale dell'impresa negli ultimi tre esercizi;

VISTA la documentazione di gara e, nello specifico, il bando al punto III.2.2 e III.2.3 che definiscono rispettivamente i requisiti di capacità economica e finanziaria e i requisiti di capacità tecnica che i concorrenti devono possedere ai fini della partecipazione e, in particolare, il punto III.2.2 che stabilisce che i concorrenti dovranno produrre dichiarazione *«con la quale si attesta un fatturato globale annuo d'impresa dell'ultimo triennio di € 1.856.162,64, nonché un importo dei servizi oggetto della gara negli ultimi tre esercizi pari, almeno, all'importo annuale base d'asta di 1.856.162,64; tali importi al fine di valutare l'effettiva capacità imprenditoriale delle imprese concorrenti relativamente alla situazione economica patrimoniale e finanziaria attuale, nonché alla comprovata prestazione di servizi analoghi a quelli in appalto già realizzati in realtà territoriali analoghe a quella di cui alla presente procedura»*;

VISTA la disposizione del bando di gara al punto II.2.1 che, nel definire l'importo complessivo a base d'asta per cinque anni, specifica anche che *«riferito su base annua risulta pari ad € 1.856.162,64»*;

VISTO il verbale di gara del 7 febbraio 2017, depositato in atti;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 24 maggio 2017;

VISTE le memorie depositate dalle parti e, nello specifico, quella della stazione appaltante che ha confermato la propria decisione sostenendo che *«dall'analisi dei documenti di gara prodotti dalla concorrente si può agevolmente evincere che l'importo dichiarato dall'impresa concernente il fatturato oggetto del servizio richiesto per partecipare alla gara ammonta a € 1.002.848,55 e quindi inferiore a quello previsto dalla lex specialis che ammonta ad € 1.856.162,64. Pertanto, il primo rilievo che appare*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

fuori discussione è la difformità tra quanto richiesto dall'Amministrazione e quanto dichiarato dal concorrente F. Mirto s.r.l. e, pertanto, tale difformità giustifica ex se il provvedimento di esclusione» e richiamando, altresì, quanto previsto dal punto III.2.3. del bando di gara: «art. 83, lett. c) d.lgs. n. 50/2016: a) elenco dei principali servizi nel settore oggetto della gara, prestati negli ultimi tre anni per gli importi specificati nel disciplinare di gara e comunque almeno un contratto per servizio relativo ad un comprensorio avente un numero di abitanti pari o superiore a quello oggetto di gara». Inoltre, l'amministrazione, con riferimento all'inidoneità delle referenze bancarie, ha precisato che la concorrente aveva prodotto due dichiarazioni bancarie emesse dalla CREDEM Banca e dalla Banca Nuova che tuttavia sono apparse generiche e prive di quei requisiti che dovrebbero dimostrare la capacità economica e finanziaria della ditta esclusa;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO che è principio generale in materia di contratti pubblici quello secondo cui nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato sez. V 23 febbraio 2017 n. 852, Adunanza Plenaria 20 luglio 2015 n. 8, Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012);

CONSIDERATO che l'Autorità ha più volte ribadito che non è consentito pretendere il possesso di requisiti sproporzionati o estranei rispetto all'oggetto della gara e che la legge di gara ha come obiettivo quello di far partecipare alla gara concorrenti che abbiano l'esperienza e la competenza di gestire le complessità tecniche proprie del servizio che si intende affidare (cfr. da ultimo, delibera n. 290 del 22 marzo 2017)

CONSIDERATO, inoltre, che uno degli intenti del legislatore nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici è quello di favorire la partecipazione alle gare, con conseguente soddisfazione dell'interesse pubblico perseguito con il contratto da aggiudicare e lo sviluppo delle nuove imprese, con i correlati evidenti benefici per l'economia nazionale;

CONSIDERATO, nello specifico, che questa Autorità ha già avuto modo di precisare che il procedimento di valutazione dei requisiti di partecipazione e di qualificazione ad una gara d'appalto e quello di verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione da parte dei concorrenti di competenza della stazione appaltante deve essere fondato su un *iter* logico-giuridico caratterizzato da logicità, razionalità e ragionevolezza (delibera n. 843 del 3 agosto 2016);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che, con particolare riferimento alla dimostrazione della capacità economica e finanziaria, già in vigore del d.lgs. n. 163/2016, si era posta la questione relativa alle imprese di nuova costituzione, per le quali era stato sostenuto che, in considerazione del disposto normativo dell'articolo 41, comma 3, se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante. Tale interpretazione di tipo sostanziale è in linea con la *ratio* della disposizione che mira, da un lato, a favorire la partecipazione agli appalti, dall'altro lato, a promuovere lo sviluppo delle nuove imprese (TAR Napoli, 15 luglio 2015 n. 3790; delibera n. 350 del 13 aprile 2017);

CONSIDERATO che il quadro giuridico attualmente in vigore è caratterizzato dal combinato disposto dell'articolo 83, che definisce i criteri di selezione, dell'articolo 86, comma 4, che con riferimento alla prova della capacità economica e finanziaria stabilisce che essa può essere fornita *«mediante uno o più mezzi di prova indicati all'allegato XVII, parte I»* e che *«l'operatore economico che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante»*, mentre con riferimento alle capacità tecniche degli operatori stabilisce che *«possono essere dimostrate con uno o più mezzi di prova di cui all'allegato XVII, parte II, in funzione della natura, quantità e importanza e dell'uso dei lavori, forniture e servizi»* ed infine dell'Allegato XVII, che stabilisce: *«di regola, la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze: a) idonee dichiarazioni bancarie o, se del caso, comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali; b) presentazione dei bilanci o di estratti di bilancio, qualora la pubblicazione del bilancio sia obbligatoria in base alla legislazione del paese di stabilimento dell'operatore economico; 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»*;

CONSIDERATO che, in materia di requisiti di partecipazione, le norme di cui alle menzionate disposizioni costituiscono indicazioni poste anche a presidio della massima partecipazione alle gare in ossequio ai principi di proporzionalità e di concorrenza, in linea con il principio enucleato all'articolo 1, punto ccc) della legge delega n. 11/2016, concernente il *“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 agli altri servizi professionali dell'area tecnica, per*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

i piccoli e medi operatori economici, per i giovani professionisti, per le micro, piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione» Linee Guida n. 1, delibera n. 973 del 14 settembre 2016);

CONSIDERATO, altresì, che questa Autorità si è espressa più volte sulla questione dell'idoneità delle referenze bancarie richiamando i principi ermeneutici elaborati in vigenza della precedente normativa e sostenendo che, in coerenza con quanto previsto dall'articolo 41 del D.Lgs. n. 163/2006, comma 3, che prevede, nell'ipotesi di impossibilità di presentare le referenze richieste «*per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio di attività da meno di tre anni*», la possibilità di «*provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*», l'espressione «*idonee referenze bancarie*» prevista nei bandi di gara non può considerarsi quale requisito rigido, stante la necessità di contemperare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, con conseguente necessità di prevedere dei temperamenti rispetto a quelle imprese che non siano in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze indicate. Tale posizione conferma quell'indirizzo giurisprudenziale ormai consolidatosi che, sul punto, aveva precisato che tra i motivi che determinano l'impossibilità di esibire il duplice documento possa esserci anche semplicemente la circostanza che l'operatore economico partecipante alla gara intrattenga rapporti professionali con un solo istituto bancario, pur essendo dotato di tutti i requisiti economico-finanziari e tecnici richiesti dalla stazione appaltante per partecipare alla gara (cfr. TAR Veneto – Venezia sentenza n. 331 del 23 marzo 2015; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 5542 del 22 novembre 2013 e TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, sentenza n. 236 del 6 giugno 2014; da ultimo, ANAC delibera n. 350 del 13 aprile 2017; delibera n. 518 del 21 aprile 2017);

CONSIDERATO che, nel caso di specie, la stazione appaltante nel definire il requisito di capacità economica ha fatto riferimento all'importo annuale posto a base di gara pari a € 1.856.162,64 e che invece il concorrente, da quanto rappresentato nella propria memoria, ha ritenuto tale importo riferito al triennio (facendo pertanto riferimento ad un importo annuo di 618.720,88 euro) e che tale circostanza ha comportato l'adozione del provvedimento di esclusione da parte della stazione appaltante, che ha ritenuto i requisiti dichiarati non sufficienti a soddisfare le richieste della *lex specialis*;

RITENUTO che, poiché il procedimento di valutazione dei requisiti di partecipazione e di qualificazione ad una gara d'appalto e quello di verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione da parte dei concorrenti è di specifica competenza della stazione appaltante, la stessa deve esercitare il proprio potere nel rispetto dei principi sopra menzionati di applicazione del contenuto normativo del combinato disposto di cui agli articoli 83, 86, commi 4 e 5, e allegato XVII;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO che spetti, dunque, alla stazione appaltante valutare i requisiti dichiarati dal concorrente in relazione alle condizioni di partecipazione previste dalla *lex specialis* e ai criteri ermeneutici elaborati in materia, tenendo, in ogni caso, conto della data di costituzione o dell'avvio dell'attività del concorrente; valutazione che non sembra evincersi dalla documentazione in atti;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la stazione appaltante deve valutare il possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati dall'odierno istante in considerazione delle condizioni previste dalla *lex specialis* e dei criteri ermeneutici elaborati in materia tenendo, in ogni caso, conto della data di costituzione o dell'avvio dell'attività del concorrente.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 27 luglio 2017

Il segretario Maria Esposito