



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1154 DELL' 11 dicembre 2019

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da E.P. S.p.A. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per le scuole materne ed elementari - Importo a base di gara: euro 817.619,00 oltre Iva – S.A.: Comune di Cercola.

PREC 192/19/S

Requisiti di capacità economica e finanziaria – Fatturato specifico minimo annuo – Importo annuale “almeno” superiore al doppio del valore stimato dell'appalto – Illegittimità.

Requisiti di capacità economica e finanziaria – Fatturato specifico minimo annuo – Motivazione – Necessità.

Ai sensi dell'art. 83, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, come modificato dall'art. 49 del d.lgs. n. 56/2017, l'ammontare annuo del fatturato va determinato in relazione al valore stimato dell'affidamento e alla durata massima dell'appalto. Ciò comporta che di regola il fatturato minimo annuo richiesto non può essere superiore al doppio del valore stimato annuo dell'appalto e che, in ogni caso, il *quantum* richiesto, non deve eccedere il doppio del valore complessivo dell'affidamento considerando anche la sua durata. È, pertanto, illegittima la clausola del disciplinare di gara che richiede, come requisito di capacità economica e finanziaria, il possesso di un fatturato specifico minimo annuo “almeno” superiore al doppio dell'importo a base di gara (specie se, come nel caso in esame, la somma dei fatturati “minimi” delle tre annualità richieste porta ad una soglia superiore di ben 6 volte l'importo posto a base di gara).

Ai sensi dell'art. 83, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, è illegittima, per difetto di motivazione, la richiesta del possesso di un fatturato specifico minimo priva di una qualsiasi indicazione delle ragioni specifiche in base alle quali, avuto riguardo all'oggetto dell'appalto, la stazione appaltante ha individuato una determinata soglia di fatturato.

Art. 83, comma 5, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere acquisita al prot. n. 79601 del 9 ottobre 2019, con la quale la società E.P. S.p.A. (premettendo di avere partecipato alla gara in oggetto) ha censurato la legittimità della *lex specialis* sotto due profili inerenti: 1) la richiesta, quale requisito di capacità economica e finanziaria, del possesso di un fatturato specifico “sestuplo” rispetto all'importo a base di gara; 2) i criteri di valutazione delle offerte;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato con nota n. 90085 del 12 novembre 2019;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti interessate;

VISTA, in particolare, la memoria del Comune di Cercola (acquisita al prot. n. 91983 del 18 novembre 2019), con la quale è stato eccepito il difetto di legittimazione dell'istante, a fronte della mancata presentazione della domanda di partecipazione (diversamente da quanto sostenuto dalla medesima ditta), deducendo nel merito l'infondatezza delle doglianze sollevate;

RITENUTO, preliminarmente, di dovere disattendere l'eccezione di inammissibilità formulata dalla stazione appaltante, in quanto le clausole della *lex specialis* censurate dall'istante hanno portata immediatamente escludente, per cui possono essere contestate anche dall'operatore economico che non ha presentato la domanda di partecipazione alla gara. La giurisprudenza costante, infatti, qualifica come clausole escludenti, in quanto tali immediatamente impugnabili, quelle che prescrivono il possesso di requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato, V, 12 aprile 2019, n. 2387), ovvero quelle che impongono oneri incomprensibili o sproporzionati, che rendano la partecipazione alla gara incongruamente difficoltosa, che precludano una valutazione di convenienza economica, come pure sono impugnabili i bandi che presentino gravi carenze nell'indicazione dei dati essenziali necessari per la formulazione dell'offerta (si vedano: Cons. Stato, III, 5 dicembre 2016, n. 5113; Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4; Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1; Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4). Con riferimento al caso di specie, rientrano nel *genus* delle "clausole escludenti" sia la clausola del disciplinare che, ai fini della partecipazione, impone il possesso di un determinato fatturato annuale minimo, sia i criteri di valutazione delle offerte nella misura in cui, essendo contrari ai principi di parità di trattamento tra i concorrenti, falsano la procedura rendendo oggettivamente difficoltosa o non concorrenziale la presentazione dell'offerta (cfr. TAR Toscana, sez. I, 8 marzo 2018, n. 351);

CONSIDERATO che assume carattere assorbente la prima questione sollevata dalla società istante, relativa alla legittimità della clausola di cui all'art. 5, lett. c) del disciplinare di gara, il quale (a fronte della previsione di un importo complessivo triennale a base di gara pari ad € 817.619,00 IVA esclusa) richiede, come requisito di capacità economica e finanziaria, il "*possesso di un fatturato negli ultimi tre anni (2016 – 2017 – 2018) pari, annualmente, ad almeno il doppio dell'importo a base d'asta in servizi identici*";

CONSIDERATO che costituisce principio di carattere generale quello secondo cui la stazione appaltante gode di ampia discrezionalità nella previsione dei requisiti di selezione dei concorrenti, con i limiti della proporzionalità ed attinenza con l'oggetto dell'appalto, e che l'esercizio di tale discrezionalità è sindacabile allorquando risulti, in concreto, manifestamente illogico, arbitrario, sproporzionato, irragionevole o irrazionale rispetto all'oggetto dell'affidamento, nonché evidentemente ed ingiustificatamente restrittivo della concorrenza (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 27.12.2018, n. 7268; Id., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RILEVATO che, negli appalti di servizi e forniture, ai sensi dell'art. 83, comma 4, lett. a) del Codice, le stazioni appaltanti possono richiedere che *“gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto”* e che, ai sensi del comma 5 della medesima disposizione (come modificata dall'art. 49 del D.Lgs. n. 56/2017, cd. Decreto Correttivo al Codice dei Contratti Pubblici) *“il fatturato minimo annuo richiesto ai sensi del comma 4, lettera a) non può comunque superare il doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso, salvo in circostanze adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento. La stazione appaltante, ove richieda un fatturato minimo annuo, ne indica le ragioni nei documenti di gara”*;

CONSIDERATO che nel bando-tipo ANAC n. 1 (recante *“Schema di disciplinare di gara per l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, aggiudicati all'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo”*, approvato con delibera del Consiglio n. 1228 del 22 novembre 2017), all'art. 7.2, lett. d), è stato precisato che la stazione appaltante può richiedere un *“fatturato specifico minimo annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto riferito a ciascuno degli ultimi...tre esercizi finanziari disponibili”* e che, nell'allegata relazione illustrativa, è stato sottolineato che *“il fatturato specifico nel settore oggetto dell'appalto va inteso in senso più ampio rispetto all'oggetto dell'appalto stesso. Il fatturato specifico è requisito idoneo a dimostrare la solidità dell'operatore nel settore/ambito di attività all'interno del quale rientra l'oggetto dell'appalto. È evidente che l'ambito di attività è qualcosa che va oltre l'oggetto dell'appalto e lo trascende”*;

CONSIDERATO che, come chiarito dall'Autorità (cfr. da ultimo Delibera n. 501 del 2 giugno 2019) la riportata disposizione di cui all'art. 83 del vigente Codice - rispetto all'art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006 - *“introduce due limiti espressi all'esercizio della discrezionalità della P.A.: il primo è di carattere quantitativo e comporta che il fatturato richiesto non può superare il doppio del valore stimato dell'appalto; il secondo limite, invece, è di carattere sistematico e comporta la necessità di motivare in modo adeguato la scelta di prevedere criteri di selezione connessi al fatturato aziendale, nonché di motivare in modo ancora più rigoroso la previsione di una soglia di fatturato superiore al limite quantitativo di cui si è detto”*. Con riferimento al limite di carattere quantitativo, la norma *de qua* – in seguito alla modifica apportata dal Decreto Correttivo, D.Lgs. n. 56/2017, che ha inserito nel comma 5 dell'art. 83 l'inciso *“calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso”* – richiede che l'ammontare annuo del fatturato sia determinato in relazione al valore stimato dell'affidamento e alla durata massima dell'appalto. Ciò comporta che di regola il fatturato minimo annuo richiesto non può essere superiore al doppio del valore stimato annuo dell'appalto e che, in ogni caso, il *quantum* richiesto, non deve eccedere il doppio del valore complessivo dell'affidamento considerando anche la sua durata. La stazione appaltante deve comunque motivare la scelta di richiedere il possesso di un fatturato minimo annuo come requisito di partecipazione, fermo restando che, sulla scorta di una propria valutazione (soggetta anch'essa all'obbligo di una adeguata motivazione), può richiedere anche un fatturato superiore alla soglia del doppio del valore dell'appalto;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO che, nel caso di specie, la clausola di cui all'art. 5, lett. c) del disciplinare di gara non sia rispettosa dell'art. 83 del Codice e del principio di *favor participationis*, essendo peraltro fortemente restrittiva della concorrenza, sulla base di una serie di concorrenti motivazioni di seguito esplicitate;

RILEVATO, infatti, la clausola *de qua* richiede il possesso di un fatturato minimo annuo, per ciascuno dei tre anni antecedenti la pubblicazione del bando (2016 – 2017 – 2018) almeno pari “*annualmente*” al “*doppio dell'importo a base d'asta in servizi identici*”. Il che vuol dire che per partecipare alla gara ciascun operatore doveva possedere un fatturato specifico almeno di € 1.635.238 per ogni anno (considerando che l'importo posto a base di gara è di € 817.619,00) con la conseguenza che, sommando i fatturati “*minimi*” delle tre annualità, l'ammontare del fatturato specifico richiesto è pari ad € 4.905.714,00. Detta cifra, in effetti, come rilevato dalla società odierna istante, è ben superiore alla soglia del doppio del valore stimato dell'affidamento (che viene addirittura sestuplicata);

CONSIDERATO che la clausola del disciplinare oggetto di disamina è altresì illegittima per difetto di motivazione e che, dunque, anche sotto tale aspetto viola l'art. 83, comma 5, del Codice. Come chiarito dalla giurisprudenza, la richiamata disposizione pone a carico della stazione appaltante sia l'onere di motivare la scelta di richiedere un fatturato minimo “*indipendentemente dal rispetto o no del limite del doppio del valore stimato dell'appalto*”, sia l'onere (più rigoroso) di indicare le circostanze in presenza delle quali si sia ritenuto di superare la soglia del doppio del valore dell'appalto, poiché in questo caso occorre dare ragione della sussistenza di “*circostanze adeguatamente motivate relative a rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento*” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 19 gennaio 2018, n. 357). Nel caso di specie, invece, la stazione appaltante – sia negli atti di gara che nella memoria presentata nell'ambito del procedimento di precontenzioso - non ha minimamente indicato le specifiche ragioni in base alle quali è stata prevista una soglia così elevata di fatturato specifico;

CONSIDERATO, peraltro, che, nel caso in esame, l'effetto restrittivo della concorrenza prodotto dalla clausola *de qua* è ulteriormente aggravato dalla richiesta del conseguimento del fatturato nell'ambito di servizi “*identici*” a quelli oggetto di gara. Sul punto, si osserva che, sebbene la stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità, possa richiedere che i concorrenti abbiano svolto servizi identici a quello oggetto dell'appalto, ai fini della legittimità di tale richiesta, è necessario che essa risponda ad un precipuo interesse pubblico e sia giustificata in base alle caratteristiche tecniche del servizio oggetto di affidamento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2006 n. 1599; TAR Lazio Roma, sez. II-*bis*, 3 luglio 2019 n. 8721). Inoltre, si rammenta che, in un'ottica pro-concorrenziale, nel bando-tipo ANAC n. 1 (sopra richiamato), viene precisato che il fatturato specifico minimo annuo va riferito al medesimo settore di attività dell'appalto (inteso in senso ampio);

RITENUTO, dunque, che, nella fattispecie in esame, il combinato disposto della previsione di una soglia di fatturato specifico minimo superiore al doppio dell'importo a base di gara, del deficit di motivazione e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

della richiesta del conseguimento del predetto fatturato in “*servizi identici*” produce un ingiustificato effetto restrittivo della concorrenza.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, con riguardo alla prima questione sollevata dalla società istante, avente carattere assorbente, che non è conforme alla normativa di settore la clausola del disciplinare di gara che richiede, come requisito di capacità economica e finanziaria, il possesso di un fatturato specifico minimo annuo “almeno” superiore al doppio dell’importo a base di gara; detta previsione, in combinato disposto con la richiesta del conseguimento del fatturato in “servizi identici” ed in carenza di una adeguata motivazione (ai sensi dell’art. 83, comma 5, del Codice) produce un ingiustificato effetto restrittivo della concorrenza.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 dicembre 2019

Il Segretario Rosetta Greco