



# DELIBERA N. 560

30 novembre 2022

## Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Sismed S.r.l, Interhospital S.r.l., A.F. Medical S.r.l. e Artò S.r.l. – Procedura aperta ai sensi dell’art. 60 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i., finalizzata alla stipula di Accordi Quadro con più operatori economici, senza la riapertura del confronto competitivo, conformemente a quanto previsto dall’art. 54, comma 4, lett.a), d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., per l’affidamento della “Fornitura di protesi ortopediche e dispositivi specialistici traumatologia, materiale accessorio e correlati servizi per le aziende sanitarie della Regione Puglia” – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Base d’asta: 3.239.749.560,00 euro - S.A.: Innovapuglia S.p.A.

**PREC 144/2022/F**

## Riferimenti normativi

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 83, commi 4 e 5.

## Parole chiave

Fatturato specifico minimo - motivazione

## Massima

**Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Requisiti - Requisiti di capacità economico – finanziaria – Fatturato specifico minimo annuo – Motivazione tautologica e apparente – Non conforme**

In caso di richiesta del possesso di un fatturato specifico minimo annuo, non soddisfa l’onere motivazionale a carico della stazione appaltante la motivazione che si limita a ribadire la necessità del fatturato, senza esplicitare le ragioni alla base della determinazione della soglia minima richiesta, alla luce delle caratteristiche ed esigenze di esecuzione del settore interessato e del contesto di mercato in cui si colloca la gara.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 30 novembre 2022

## Considerato in fatto

Con separate istanze acquisite, rispettivamente, ai numeri di protocollo 77383, 77491, 77502 e 77506 del 29 settembre 2022, gli operatori economici Sismed S.r.l, Interhospital S.r.l., A.F. Medical S.r.l. e Artò S.r.l. hanno chiesto all’Autorità di valutare il bando della gara in epigrafe sotto il profilo della conformità alla direttiva 2014/24/UE, nonché del rispetto dei principi di libera iniziativa economica, concorrenza, parità di trattamento



e buon andamento dell'azione amministrativa e dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza. In particolare, all'Autorità è stato richiesto di esprimere parere in ordine agli articoli 8.2 (requisiti di capacità economica e finanziaria) e 11 (garanzia provvisoria) del disciplinare di gara, che gli istanti ritengono violativi dell'art. 30, comma 7, e dell'art. 83, commi 2 e 5 del d.lgs. 50/2016, nonché degli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione.

I quattro operatori economici, con identico argomento, hanno rappresentato di essere impediti, in quanto PMI, a partecipare alla gara a causa dell'ammontare del fatturato specifico richiesto come requisito di capacità economico-finanziaria, che, calcolato in percentuale rispetto all'elevatissimo importo dell'appalto, risulta fuori dalla portata di imprese di medio-piccole dimensioni, e anche all'ingente ammontare della garanzia provvisoria. La gara bandita dal soggetto aggregatore Innovapuglia S.p.A. è finalizzata alla stipula di un accordo quadro con più operatori economici senza riapertura del confronto competitivo, di durata quadriennale, per la fornitura di protesi ortopediche e dispositivi specialistici di traumatologia per le aziende sanitarie della Regione Puglia. L'appalto, del valore complessivo di euro 3.569.104.176,00, è suddiviso in 487 lotti funzionali, con possibilità per ciascun operatore economico di presentare offerta e risultare aggiudicatario anche di tutti i lotti. Ai fini della partecipazione è richiesto il possesso di un fatturato specifico complessivo nel settore di attività oggetto dell'appalto, riferito agli ultimi tre esercizi finanziari, pari ad una percentuale del valore stimato dell'appalto relativo al lotto, o alla somma dei valori dei lotti, per cui si concorre, dapprima stabilita nella misura del 50% e poi, dopo la pubblicazione del bando, ridotta al 25% a seguito di interlocuzione con la associazione di categoria delle PMI pugliesi del settore (art. 82.2 Disciplinare). Del pari, l'ammontare della garanzia provvisoria, dapprima fissata nella misura del 2% dell'importo a base di gara, nella stessa circostanza è stata ridotta nella misura dell'1% (art. 11 disciplinare).

Gli istanti, facendo leva sull'attuale composizione del mercato delle forniture ospedaliere caratterizzata da una presenza predominante di PMI e solo residuale di grandi imprese, hanno censurato l'architettura della gara e, in particolare le clausole sopra individuate, in quanto fortemente lesive del *favor participationis* e della libera iniziativa economica delle PMI di settore, deducendo la sussistenza dei seguenti vizi:

- i. violazione della direttiva 2014/24/UE e dei principi di libera iniziativa economica e di concorrenza. A fronte di un importo complessivo così ingente, la stazione appaltante non avrebbe ripartito i lotti in modo tale da garantire un'adeguata partecipazione di tutti gli attori presenti sul mercato, e in particolare delle PMI, poiché le considerevoli basi d'asta anche dei singoli lotti hanno a loro volta condotto alla definizione di requisiti di partecipazione irraggiungibili da moltissimi operatori del settore. Tutto ciò in violazione del principio espresso nel Considerando n. 59 della direttiva 2014/24/UE, per cui l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere di acquisto e collusioni nonché al fine di preservare la possibilità di accesso al mercato delle PMI;
- ii. difetto di istruttoria nella determinazione dei fabbisogni, seppure presuntivi, che tramite l'appalto si intende soddisfare. A parere degli istanti, alla base dell'enormità dei requisiti richiesti ai fini della partecipazione, vi sarebbe l'erronea rilevazione dei fabbisogni che, secondo i quattro operatori economici, sono stati fortemente sovrastimati, come sarebbe dimostrabile *per tabulas* dalla comparazione con i dati del settore di riferimento. In particolare, è stato rilevato che l'importo posto a base di gara risulta superiore di oltre dieci volte il valore della precedente edizione della medesima gara, bandita nel 2015 per un importo complessivo di euro 252.463.662,93 e aggiudicata nel 2017 per un valore complessivo di euro 150.730.607,81. Inoltre, il volume del fabbisogno presuntivo del prossimo quadriennio, e la relativa spesa, posti a confronto con la spesa sostenuta dalle strutture pubbliche del SSN per l'acquisto di dispositivi medici in generale - che, per l'anno 2019, secondo i dati pubblicati dal Ministero della Salute, ammonta a livello nazionale a circa 5 miliardi, e a livello di Regione Puglia a euro 349.196.899,30, pari a circa il 7% circa della spesa nazionale - apparirebbero del tutto inverosimili, ammontando a circa 750 milioni annui per la sola categoria oggetto della gara, a fronte di una spesa complessiva regionale per tutti i dispositivi medici ammontante, appunto, nel 2019 a circa 350 milioni;
- iii. violazione di legge. La *lex specialis* così fortemente limitativa della partecipazione delle PMI violerebbe l'art. 30, comma 7, d.lgs. n. 50/2016, che dispone che «*I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese*», e l'art. 83, comma 2, 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».* La stazione appaltante, nel fissare i richiamati requisiti di partecipazione, non avrebbe assolto l'obbligo di non discriminazione delle PMI stabilito dalla legge, strutturando una gara che risulta di fatto riservata a poche multinazionali. La richiesta del fatturato non sarebbe stata infatti sufficientemente ponderata. Su 487 lotti, solo 45 sono di valore inferiore al milione di euro, con una media di importo pari a 500.000,00 euro. Il fatturato specifico richiesto per la partecipazione al singolo lotto sarebbe pertanto di 125.000,00 euro e per dieci lotti, dovendosi fare riferimento alla somma dei lotti, pari a 1.250.000,00 euro. Solo questi lotti minori, che rappresentano meno del 10% della fornitura, sarebbero contendibili dalle PMI, mentre i rimanenti, alcuni dei quali superano i 30 milioni di euro, risulterebbero avvicinati solo da poche aziende di grandi dimensioni, con il rischio che possano fare cartello tra di loro. Inoltre, la stazione appaltante non avrebbe tenuto conto che l'ultimo triennio è stato gravemente condizionato dalla pandemia, registrando nell'ambito della protesica ortopedica una fortissima contrazione dei fatturati. Per finire, la decisione di richiedere un fatturato specifico minimo non sarebbe stata adeguatamente motivata, in violazione dell'art. 83, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, che assegna alla stazione appaltante un preciso onere di motivazione anche in caso di rispetto del limite del doppio del valore stimato dell'appalto. Nel caso *de quo*, l'affermazione contenuta nel disciplinare secondo cui il requisito sarebbe *"indispensabile alla dimostrazione del possesso in capo al concorrente, della capacità operativa nel settore oggetto di gara nonché a dimostrazione di solidità dell'impresa considerata la rilevanza strategica del servizio da affidare"* rappresenterebbe una motivazione meramente formale che non dà conto del percorso logico-giuridico seguito per la determinazione del requisito medesimo. Del pari, la successiva riduzione al 25% del valore dell'appalto non è stata assistita da alcuna esplicitazione delle ragioni che hanno condotto alla individuazione di tale percentuale.

Le quattro istanze aventi identico tenore sono state riunite in un unico procedimento avviato con comunicazione trasmessa in data 5 ottobre 2022 tramite prot. n. 79215.

La stazione appaltante Innovapuglia S.p.A ha replicato con nota acquisita al prot. n. 80844 dell'11 ottobre 2022, specificando, quanto all'impostazione e al dimensionamento della procedura, che si tratta di una iniziativa di acquisto aggregata avente ad oggetto una delle categorie merceologiche di cui al DPCM 11/7/2018 e che, pertanto, necessariamente, convoglia volumi di acquisto importanti. I requisiti e le garanzie richieste, peraltro ridotti in corso di gara con avviso di rettifica, sarebbero finalizzati ad assicurare la continuità assistenziale da parte delle Aziende sanitarie. In conformità alla regolamentazione regionale delle gare centralizzate, la gara è stata progettata sotto il profilo capitolare e della definizione dell'elenco dei prodotti mediante un Tavolo tecnico di esperti delle Aziende del SSR e, per il relativo dimensionamento, mediante la raccolta dei fabbisogni presso gli Enti SSR beneficiari dell'iniziativa di acquisto aggregata. La possibilità di accesso alla gara centralizzata da parte delle PMI sarebbe garantita dalla suddivisione in numerosi lotti. A seguito di richiesta inoltrata dall'Autorità in sede istruttoria (nota prot. n. 84011 del 18 ottobre 2022) di esplicitare l'iter logico e di chiarire le ragioni di carattere tecnico e/o economico che hanno condotto alla determinazione del fabbisogno e al calcolo della somma posta a base di gara, con esplicitazione delle motivazioni che hanno determinato un così significativo scostamento rispetto ai dati storici indicati dagli istanti, la stazione appaltante, con nota prot. n. 85440 del 21 ottobre 2022, ha riferito che la ricognizione quantitativa dei fabbisogni è stata effettuata raccogliendo presso le Aziende sanitarie regionali i rispettivi fabbisogni, espressi tramite la compilazione di appositi file excel e certificati dalle Direzioni competenti. Il dimensionamento della gara è stato conseguente al consolidamento dei dati comunicati dalle direzioni aziendali.

Nel corso dell'istruttoria, i quattro operatori istanti hanno fatto pervenire all'Autorità una nota indirizzata dal Dipartimento Promozione della salute e del benessere animale della Regione Puglia al Direttore Generale di InnovaPuglia recante un invito a verificare con urgenza i fabbisogni di prodotti quantificati con le aziende beneficiarie del SSR, *«poiché a seguito di disamina effettuata per le vie brevi si è rilevata qualche possibile incongruenza tra i volumi di interventi ortopedici attesi per il periodo di validità del contratto da stipularsi e i quantitativi di prodotto posti a base di gara. Un ulteriore disallineamento sembrerebbe riscontrabile da un*



*raffronto tra la spesa totale per dispositivi medici registrata in bilancio e gli importi a base di gara relativi esclusivamente alle protesi ortopediche e ai dispositivi specialistici di traumatologia» (protocolli nn. 84606, 84659, 84779, 84909 del 20 ottobre 2022).*

### **Ritenuto in diritto**

L'istanza di precontenzioso trova fondamento, risultando per tale motivo ammissibile, nella contestazione della legittimità del requisito di partecipazione del fatturato specifico in quanto avente efficacia immediatamente escludente nei confronti dei quattro operatori interessati a partecipare alla gara. Nell'illustrare le ragioni alla base della pretesa di annullamento in autotutela degli artt. 8.2 e 11 del disciplinare, gli istanti, tutti PMI operanti nel settore delle forniture ospedaliere e già aggiudicatari del precedente accordo quadro bandito dalla Regione Puglia nel 2015, hanno esteso il *petitum* sul quale l'Autorità è stata chiamata a pronunciarsi dalla valutazione della legittimità della singola clausola a quella dell'architettura dell'intera gara, con specifico riferimento alla ripartizione dei lotti avuto riguardo alla possibilità di accesso delle PMI, fino alla rilevazione dei fabbisogni. Si tratta di questioni che, per quanto potenzialmente incidenti sulla clausola del bando oggetto di censura, esorbitano dall'ambito di indagine della funzione precontenziosa, propriamente volta a dirimere controversie insorte nel corso della procedura di gara, poiché presuppongono l'esercizio di poteri istruttori più penetranti e la messa in campo di poteri di vigilanza a più ampio spettro, idonei a verificare la congruità dell'impianto della gara a partire dalla fase di progettazione per la determinazione dei fabbisogni e il dimensionamento dei volumi oggetto dell'appalto nonché a valutarne l'impatto sul mercato delle forniture ospedaliere in Puglia.

La seguente trattazione sarà pertanto limitata, per quanto concerne i primi due vizi sintetizzati nella parte in fatto, ad alcune considerazioni alla luce dei principi che dovrebbero presiedere alla fase progettuale della gara oggetto di censura, fatta salva ogni ulteriore valutazione da parte dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture a cui il fascicolo viene trasmesso per la disamina di competenza.

### Rilevazione dei fabbisogni e calcolo della base d'asta

Secondo un ordine logico di priorità si procede considerando per primo l'asserito vizio di istruttoria che avrebbe inficiato la rilevazione dei fabbisogni, con conseguenti ricadute sull'accessibilità alla gara da parte delle PMI. Al riguardo si osserva che la determinazione del quantitativo di beni e/o servizi di cui ci si intende approvvigionare per soddisfare le esigenze dell'ente beneficiario incide, da un lato, sulla valutazione della convenienza economica da parte dei singoli operatori economici interessati a partecipare e, dunque, sulla formulazione dell'offerta e, dall'altro, nel caso (come quello attuale) di volumi considerevoli di spesa, sull'equilibrio del mercato di riferimento e sulle dinamiche di aggregazione dell'offerta. La gara è finalizzata alla stipula di un Accordo quadro con più operatori economici ai sensi dell'art. 54, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 e, pertanto, il quantitativo di beni posti a base di gara rappresenta solo una stima presuntiva massima non vincolante, suscettibile di modifica nella fase esecutiva dell'appalto in relazione alle effettive esigenze di approvvigionamento delle Aziende sanitarie beneficiarie. Il disciplinare di gara è esplicito nel rappresentare che *«I quantitativi richiesti sono puramente indicativi e non vincolanti e vengono indicati in via del tutto presuntiva; gli stessi riguardano il fabbisogno stimato quadriennale delle Aziende Sanitarie, al fine di consentire opportune valutazioni da parte degli operatori economici nella formulazione dell'offerta. Con la conclusione dell'Accordo Quadro, le Aziende individuano l'importo massimo dello stesso, al raggiungimento del quale l'accordo si intenderà concluso, ma non garantisce agli operatori economici, risultati idonei per ciascun lotto, l'affidamento delle prestazioni né per un valore minimo né per un valore massimo. Ogni Operatore economico facente parte dell'Accordo Quadro dovrà pertanto impegnarsi a fornire fino all'importo massimo previsto per il lotto, mentre l'Azienda Sanitaria non risponderà nei confronti degli operatori economici prescelti in caso di emissione di ordinativi inferiori, costituendo, pertanto, i quantitativi preventivati solamente un limite massimo di accettazione obbligatoria degli ordinativi da parte dei singoli fornitori»*. Similmente a quanto riconosciuto dalla giurisprudenza per gli Accordi quadro per la fornitura di farmaci (Consiglio di Stato, sez. III, n. 2507/2016), può senz'altro ritenersi che anche il reale fabbisogno di protesi ortopediche e dispositivi specialistici di



traumatologia non sia determinabile con precisione *ex ante* perché correlato alle effettive esigenze assistenziali che verranno a determinarsi nel periodo di svolgimento dell'appalto. Va altresì rilevato che la giurisprudenza ha ampiamente indagato, con riferimento agli accordi quadro, il tema della sufficiente determinatezza dell'oggetto dell'appalto a fronte di una mera stima approssimativa non vincolante del fabbisogno, e ha ritenuto che, nella contrattualistica pubblica, il principio della determinatezza/determinabilità dell'oggetto del contratto debba trovare una applicazione flessibile al fine di consentire alla stazione appaltante, nell'esercizio tipicamente discrezionale della determinazione delle regole e dell'oggetto della gara, di contemperare i diversi interessi in gioco, con conseguente spostamento dell'alea contrattuale a carico del privato (Cfr. Consiglio di Stato, III, n. 4062/2022, riferito ad una gara in forma centralizzata per la forniture di protesi ortopediche per le Aziende sanitarie della Regione Umbria). Ciò non di meno, la stessa giurisprudenza ha ritenuto che il fabbisogno stimato possa rappresentare una base previsionale sufficientemente attendibile per consentire all'operatore economico di formulare una offerta economica consapevole quando sia ancorato al fabbisogno storico ove determinato sulla scorta di un'adeguata attività istruttoria (Cfr. Consiglio di Stato, III, cit.). «*La determinatezza dell'oggetto è garantita dall'indicazione approssimativa del fabbisogno, costruito sulla base dei dati storici. (...) In tal modo non si registra una totale incertezza, potendo i quantitativi essere stabiliti con buona approssimazione sulla base delle necessità che la singola Azienda Sanitaria ha manifestato nel corso degli ultimi anni*» (TAR Emilia Romagna, Bologna, II, n. 816/2021).

Ovvero, a fronte dell'ineliminabile incertezza circa le effettive esigenze che emergeranno nel corso della durata contrattuale, si riconosce come criterio base per la determinazione di una stima attendibile dei quantitativi presunti quello del riferimento ai dati storici.

Nel caso in esame, secondo i dati forniti dai quattro operatori economici, l'importo posto a base di gara si discosterebbe in modo molto significativo dai dati storici, in quanto superiore di oltre dieci volte l'importo indicato come base d'asta nella precedente edizione della medesima gara, bandita nel 2015 per un importo complessivo di euro 252.463.662,93 e aggiudicata nel 2017 per un valore complessivo di euro 150.730.607,81. Inoltre, messo a confronto con la spesa sostenuta dalle strutture pubbliche del SSN per l'acquisto di dispositivi medici in generale che, per l'anno 2019, secondo i dati pubblicati dal Ministero della Salute, ammonta a circa 5 miliardi a livello nazionale ed a euro 349.196.899,30 per la Regione Puglia, il fabbisogno per le sole protesi ortopediche stimato in circa 750 milioni annui appare incongruo. L'esplicita richiesta rivolta a InnovaPuglia S.p.A. nel corso dell'istruttoria di chiarire le motivazioni che hanno determinato un così significativo scostamento, è rimasta senza riscontro. A ciò si aggiunge l'invito di un Dipartimento dell'amministrazione regionale a riverificare la quantificazione dei fabbisogni stante la «*possibile incongruenza tra i volumi di interventi ortopedici attesi per il periodo di validità del contratto da stipularsi e i quantitativi di prodotto posti a base di gara*».

Come già evidenziato, un fabbisogno presunto che si riveli molto distante dai dati reali potrebbe falsare la gara inducendo a formulare offerte non remunerative e, anche, produrre sul mercato di riferimento gli effetti distorsivi paventati dagli istanti.

#### Ripartizione in lotti

Gli istanti hanno evidenziato che, stante il rilevante importo (3,5 miliardi), l'appalto ha un'enorme rilevanza strategica per il mercato di riferimento, nel quale le PMI sono una presenza di gran lunga preponderante. La stazione appaltante ha replicato di avere garantito la partecipazione alla gara centralizzata da parte delle PMI tramite la suddivisione dell'oggetto in numerosi lotti (487 lotti funzionali). Gli istanti sostengono che meno del dieci per cento dei lotti è contendibile da parte delle PMI, così che la parte più consistente della fornitura risulta di fatto riservata a poche multinazionali.

La solidità dell'impianto della gara rispetto al vizio sollevato dagli istanti relativo al dimensionamento dei lotti va vagliata alla luce del principio di matrice pro-concorrenziale con specifico riguardo alla tutela delle PMI sancito dall'art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui «*Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese*». Al riguardo, con particolare riferimento alle gare centralizzate per gli Enti del SSN, caratterizzate dall'elevato valore unitario degli appalti richiesti dalle singole Aziende sanitarie



e la conseguente difficoltà di rendere tali gare effettivamente accessibili alle PMI, l'Autorità ha già avuto modo di osservare che il principio generale di suddivisione dell'appalto in lotti coerenti alle dimensioni delle PMI di cui al richiamato art. 51 può essere derogato solo in presenza di adeguata motivazione in relazione al caso concreto caratterizzata da ragionevolezza e proporzionalità rispetto all'interesse pubblico perseguito. Nella specie, non è stata ritenuta adeguata la motivazione riferita in via esclusiva o prevalente alla finalità di ottenere dalla gara il miglior risultato quanto a riduzione della spesa o massimizzazione dell'efficienza, ritenendola, alla luce dell'art. 51, una finalità recessiva rispetto a quella di tutela della partecipazione delle imprese di minore dimensione (delibera n. 123 del 13 febbraio 2019).

#### Il requisito del fatturato specifico

Gli istanti hanno contestato la clausola del disciplinare che, a seguito della rettifica, richiede ai fini della partecipazione il possesso di un «*Fatturato specifico complessivo nel settore di attività oggetto dell'appalto ("protesi ortopediche e dispositivi specialistici per traumatologia") riferito agli ultimi n. 3 (tre) esercizi finanziari disponibili alla data di presentazione dell'offerta almeno pari al 25% del valore stimato dell'appalto relativo al lotto, o alla somma dei valori dei lotti, per cui si concorre*».

Secondo un principio ampiamente consolidato in giurisprudenza, la stazione appaltante, nel definire i requisiti di partecipazione, vanta un margine di discrezionalità tale da consentirle di definire criteri ulteriori e più stringenti rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto del limite della proporzionalità e della ragionevolezza, oltre che della pertinenza e congruità dei requisiti prescelti in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto di gara.

Con riferimento alla capacità economico-finanziaria negli appalti di servizi e forniture, l'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 ha tuttavia introdotto una serie di prescrizioni nell'ottica di implementare il rispetto del principio del *favor participationis*. Riguardo alla richiesta di un fatturato minimo, pur prevedendo che le amministrazioni possono richiedere il possesso di un fatturato, sia globale che specifico, minimo annuo (art. 83, comma 4, lett. a), il legislatore ha infatti previsto due limiti espressi alla 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 (art. 83, comma 5). Nel caso in esame, il requisito richiesto non supera il limite del doppio del valore dell'appalto ma occorre verificare se è stato assolto l'onere motivazionale che, come chiarito dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, III, n. 357/2018), e dalla stessa Autorità (delibere nn. 1154/2019; n. 1046/2019), grava sulla stazione appaltante anche nel caso di rispetto del limite quantitativo. Come osservato dal Consiglio di Stato, infatti, la decisione di imporre un requisito che, secondo le direttive e la disciplina nazionale, potrebbe anche non essere richiesto perché sostituito da altri, in ipotesi meno impegnativi e selettivi, deve essere accompagnata da idoneo corredo motivazionale, secondo quanto previsto dall'art. 83, comma 5 («*La stazione appaltante, ove richieda un fatturato minimo annuo, ne indica le ragioni nei documenti di gara*»). Tale onere di motivazione investe la scelta di richiedere un fatturato minimo, e di richiedere un fatturato minimo specifico nel settore degli appalti cui si potrà partecipare, alla luce delle caratteristiche ed esigenze di esecuzione di detto settore ed al contesto di mercato in cui si colloca. La motivazione va fornita dunque anche nel caso di richiesta di fatturato specifico (e non globale) poiché l'art. 83 non distingue, tra fatturato minimo complessivo e specifico, e anzi, data la diversa rilevanza ai fini della delimitazione dei concorrenti, la richiesta del fatturato specifico comporta un onere di motivazione più stringente (Cfr. Consiglio di Stato, cit.).

Il disciplinare della gara in esame ha inteso fornire una motivazione laddove ha precisato che «*Tale requisito è richiesto in quanto ritenuto indispensabile alla dimostrazione del possesso, in capo al concorrente, della capacità operativa nel settore oggetto di gara, nonché a dimostrazione di solidità dell'impresa considerata la rilevanza strategica del servizio da affidare*».

Detta motivazione, tuttavia, (ricorrendo alle parole del Consiglio di Stato) appare «*una mera petizione di principio ed è meramente tautologica*» (Cfr. Consiglio di Stato, cit.), perché non dà conto della scelta alla luce



delle caratteristiche ed esigenze di esecuzione del settore interessato, né, tanto meno, al contesto di mercato in cui si colloca.

Essa inoltre appare svuotata di ogni significato sol che si consideri che tramite tale motivazione la stazione appaltante intendeva inizialmente giustificare la necessità della richiesta di un fatturato specifico (pari al 50% del valore stimato dell'appalto) che è stato successivamente dimezzato con l'avviso di rettifica, a dimostrazione che non poteva considerarsi invero così indispensabile. La stessa motivazione accompagna ora la richiesta di un fatturato specifico pari al 25% del valore stimato dell'appalto, senza esternare, sempre in relazione alle caratteristiche della fornitura da affidare e del mercato di riferimento, il percorso logico-giuridico seguito nell'individuazione dell'attuale diversa soglia.

La clausola del bando non appare pertanto conforme all'art. 83, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, per difetto di motivazione.

L'effetto restrittivo della platea dei concorrenti prodotto dalla clausola *de qua* appare ulteriormente aggravato dalla richiesta del conseguimento del fatturato specifico nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando (avvenuta l'8 agosto 2022), e dunque negli anni 2019/2020/2021, che, per almeno due terzi, ricadono nel periodo interessato dalla pandemia da Covid-19, nel corso del quale si è registrato una forte contrazione delle prestazioni assistenziali per patologie diverse dal trattamento del virus, e rispetto ai quali l'Autorità, con comunicato del Presidente del 13 aprile 2021 "Impatto dell'emergenza sanitaria da Covid-19 sui requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento", ha raccomandato alle amministrazioni «*per i servizi che sono stati interessati in modo significativo dalle misure di prevenzione e contenimento dell'emergenza sanitaria in corso, di valutare attentamente la necessità di richiedere la dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria mediante il possesso di un fatturato minimo annuo per il triennio precedente la gara, che ricomprendesse gli anni 2020 e 2021*».

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

## Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 novembre 2022

ritiene, sulla base e nei limiti delle motivazioni che precedono,

- la clausola del disciplinare recante la richiesta del possesso del requisito di partecipazione del fatturato specifico minimo (art. 8.2) non conforme all'art. 83, comma 5, d.lgs. n. 50/0216, per difetto di motivazione;

dispone la trasmissione del fascicolo all'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture per le valutazioni di competenza.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 dicembre 2022

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente