



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 711 **DEL 23 luglio 2019**

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla società Zenner Gas S.r.l. – Procedura di gara per l'affidamento dell'appalto di fornitura di contatori elettronici gas G4 – Importo a base di gara: euro 1.240.000,00 Iva esclusa – S.A.: AGSM – Azienda Generali Servizi Municipali Verona S.p.A.

PREC 92/19/F

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere, acquisita al prot. n. 41095 del 22 maggio 2019, con la quale la Zenner Gas S.r.l. (società neo-costituita e attiva dal 13/11/2017) ha contestato il provvedimento di esclusione dalla procedura in oggetto per carenza dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale indicati nel bando;

VISTA la documentazione di gara e, nello specifico, il bando che, al punto III.1.2) e III.1.3), definisce rispettivamente i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che i concorrenti devono possedere ai fini della partecipazione alla gara, prescrivendo, per i primi, il possesso di *“un fatturato minimo annuo, nel triennio 2016-2018, pari ad almeno 2,480 milioni di Euro”*, per i secondi, di *“avere già fornito, nel periodo 2016 – data pubblicazione del bando, un numero equivalente o superiore a 20.000 contatori gas G4 conformi alla UNI TS 11291 e che queste forniture siano state regolarmente accettate dai committenti”*;

VISTA la posizione rappresentata dall'odierna istante secondo cui la stazione appaltante - in ossequio al principio di *favor participationis*, agli artt. 83 e 86 del d.lgs. n. 50/2016 e alle Linee Guida ANAC n. 1 - avrebbe dovuto considerare che la società è di recente costituzione, valutando (come requisito di capacità economica e finanziaria) il solo fatturato conseguito nell'unico anno di esercizio disponibile e (come requisito di capacità tecnica) la fornitura annuale di contatori di gas, in quanto superiore al doppio della media annuale richiesta;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato in data 14 giugno 2019;

VISTA la documentazione e le memorie prodotte dalle parti;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO, preliminarmente, che alla procedura in esame (appalto di fornitura di gas, rientrante nei settori speciali) si applicano le disposizioni di cui agli artt. 83 e 86 del d.lgs. n. 50/2016 relative, rispettivamente, ai criteri di selezione e ai mezzi di prova della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale negli appalti rientranti nei settori ordinari, stante il rinvio alle predette disposizioni effettuato dall'art. 133, comma 1, e dall'art. 136, commi 2 e 3, del Codice;

CONSIDERATO che costituisce principio di carattere generale valido tanto per i settori ordinari che per quelli speciali (come quello in esame) quello secondo cui i requisiti fissati nella *lex specialis* devono favorire la più ampia partecipazione alle gare, garantendo l'effettiva possibilità di partecipazione anche alle micro, piccole e medie imprese nonché a quelle di nuova costituzione. Infatti, in recepimento della normativa euro-unitaria, in particolare dell'art. 18 e dell'allegato X della direttiva 2014/24, dell'art. 36 della direttiva 2014/25, degli artt. 3 e 30, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2014/23, l'art. 1, comma 1, lett. ccc), della legge delega n. 11/2016 ha previsto, tra i criteri direttivi generali, 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 agli 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 partecipazione da parte delle micro, piccole e media imprese”*. Sulla scorta del suddetto principio, l'art. 30 del Codice ha positivizzato i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni, prevedendo 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”*;

CONSIDERATO che, con precipuo 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”* (cfr. Delibera dell'Autorità n. 1349 del 20 dicembre 2017; si vedano, nello stesso senso, Delibera n. 795 del 19 luglio 2017, Delibera n. 671 del 14 giugno 2017, nonché la Deliberazione dell'Autorità n. 299 del 26 luglio 2001, con riferimento ai requisiti che le imprese neo-costituite devono dimostrare ai fini del rilascio dell'attestazione SOA);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO tuttavia di dovere operare una distinzione con riferimento alla dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale nel caso di partecipazione alla gara di imprese di nuova costituzione;

CONSIDERATO, infatti, che i requisiti di capacità economica e finanziaria sonovolti a misurare la solidità patrimoniale dell'offerente e sono comprovabili, ai sensi di quanto disposto dall'art. 86, comma 4, del Codice *“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”*. Nell'ambito, dunque, della dimostrazione della capacità economico-finanziaria il legislatore ha espressamente contemplato, per le imprese neo-costituite, la possibilità di dimostrare la propria solidità patrimoniale parametrando il requisito previsto nel bando alla data di costituzione dell'impresa e agli anni di effettivo esercizio dell'attività;

CONSIDERATO, inoltre, che tale interpretazione si pone in linea con il disposto dell'art. 41 del d.lgs. n. 163/2006 e con i principi statuiti dalla giurisprudenza (cfr. TAR Campania, Napoli, 15 luglio 2015, n. 3790; Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2018, n. 1813) e dall'Autorità (cfr. Delibera n. 1349/2017 cit.), secondo la quale il livello di fatturato raggiunto e documentato da una società di recente costituzione va parametrato alla durata effettività dell'attività;

RILEVATO che, nel caso di specie, la società istante ha dimostrato (mediante la presentazione della visura camerale) di essere stata costituita in data 20/10/2017 e di essere attiva dal 13/11/2017 e, per tale ragione, di non avere potuto dichiarare, nell'ambito del DGUE, il fatturato per gli anni 2016 e 2017, ma di avere riportato il solo fatturato del 2018, il cui importo supera la soglia minima “annuale” richiesta nel bando di gara;

RITENUTO che la stazione appaltante abbia del tutto omesso di valutare se l'importo auto-dichiarato dalla società, in ragione della sua data di costituzione e dell'avvio della propria attività, fosse adeguato e proporzionato rispetto alla prescrizione della legge di gara, essendosi limitata apoditticamente ad affermare che il fatturato avrebbe dovuto essere posseduto anche per gli anni antecedenti alla data di costituzione della società. Ciò senza considerare il disposto di cui all'art. 86, comma 4, del Codice e dell'Allegato XVII che, invece, impongono di verificare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria con riferimento agli anni di effettiva esistenza



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dell'impresa. Con la conseguenza che, sotto il predetto profilo, le doglianze prospettate dalla società istante si ritengono fondate;

RITENUTO che, invece, diverse sono le considerazioni da sviluppare per quanto concerne i requisiti di capacità tecnico-professionale di cui all'art. III.1.3) del bando;

CONSIDERATO, infatti, che la capacità tecnico-professionale è funzionale a selezionare operatori economici in grado di assicurare un livello adeguato di esperienza, capacità e affidabilità, valutandone l'attitudine di "sapere" svolgere, a regola d'arte e con buon esito, il servizio o la fornitura oggetto di affidamento anche sulla scorta delle pregresse esperienze professionali. Tale requisito è comprovabile, ai sensi di quanto disposto dall'art. 86, comma 5, del Codice con uno o più mezzi di prova previsti all'Allegato XVII, parte II, del Codice, vale a dire attraverso l'acquisizione di una variabile tipologia di dichiarazioni da parte dell'operatore economico, tra cui l'elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati, di norma, negli ultimi tre anni precedenti la gara, oppure la dichiarazione di avere eseguito un servizio e/o fornitura "di punta" ovvero la presentazione di certificazioni di qualità. In questo caso né il vigente Codice dei contratti pubblici né il precedente Codice (in particolare, l'art. 42 del d.lgs. n. 163/2006 speculare all'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016) contemplano una disposizione *ad hoc* relativa alla dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale in caso di partecipazione alla gara di imprese di recente costituzione, ma si limitano a richiamare i principi di ampia partecipazione, nonché quelli della necessaria proporzionalità e ragionevolezza nella richiesta dei criteri selettivi da parte della stazione appaltante;

CONSIDERATO altresì che per soddisfare il requisito di capacità tecnica e professionale di cui all'art. III.1.3) del bando, la società istante avrebbe potuto ricorrere all'avvalimento nei confronti di altro operatore oppure costituire un raggruppamento temporaneo di imprese, al fine di colmare la parte del requisito di cui – a causa della recente data di costituzione – era carente;

RILEVATO, peraltro, che nel caso di specie la società istante non ha contestato la proporzionalità e ragionevolezza del requisito previsto nell'art. III.1.3) del bando, deducendo (entro i termini decadenziali di impugnazione del bando) che la richiesta di "*avere già fornito, nel periodo 2016 – data pubblicazione del bando, un numero equivalente o superiore a 20.000 contatori gas G4 conformi alla UNI TS 11291*" non consentiva ovvero limitava ingiustificatamente la partecipazione alle imprese neo-costituite;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO che, sotto questo aspetto, il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante si rivela conforme alla normativa di settore. Si osserva peraltro che una diversa interpretazione della clausola del bando (*id est* quella volta a consentire all'istante la partecipazione a fronte della fornitura pregressa di 13.000 contatori di gas in luogo dei 20.000 richiesti) si tradurrebbe in una inammissibile modifica *ex post* dei criteri di selezione degli offerenti;

RITENUTO infine, e per mera completezza, di dovere precisare che (contrariamente a quanto rilevato dalla società istante) al caso di specie non è estensibile la disciplina dettata dalle Linee guida ANAC n. 1 e dall'art. 46, comma 2, del Codice con riferimento all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura.

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione dalla gara dell'istante:

- non sia conforme all'art. 86, comma 4, e all'Allegato XVII, Parte I del Codice, nonché ai principi di *favor participationis*, proporzionalità e ragionevolezza, per quanto concerne l'asserita carenza del requisito di capacità economico-finanziaria di cui all'art. III.1.2) del bando;
- sia conforme alla normativa di settore per quanto concerne la carenza del requisito di capacità tecnico-professionale di cui all'art. III.1.3) del bando, la cui proporzionalità e ragionevolezza non è stata oggetto di censura.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 luglio 2019

Il Segretario Rosetta Greco