



DELIBERA N. 716

27 ottobre 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 presentata da GEROPA S.r.l. - Procedura aperta per l'affidamento dei servizi relativi alla TARIC di supporto alla gestione ordinaria e concessione dell'attività di accertamento e riscossione coattiva - CIG 8863428C29 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: 2.219.625,42 euro - S.A.: A.C.T.A. S.p.A. - Azienda per la Cura e la Tutela dell'Ambiente S.p.A.

PREC 197/2021/S-PB

Riferimenti normativi

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

Parole chiave

Requisiti di partecipazione – requisiti di capacità economico-finanziaria – fatturato – discrezionalità della stazione appaltante – limiti

Massima

La norma di cui all'articolo 83 del d.lgs. n. 50/2016 pone due limiti espressi alla discrezionalità della stazione appaltante: il primo di carattere quantitativo prevede che il fatturato richiesto non può superare il doppio del valore stimato dell'appalto; il secondo, di carattere sistematico, 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.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 27 ottobre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 68766 del 22 settembre 2021, presentata da GEROPA S.r.l. relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante contestava la previsione di cui all'articolo 11 del disciplinare di gara, che nel definire i requisiti di partecipazione prevedeva al punto D.1. il possesso di un «*fatturato specifico minimo annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto (esclusivamente riferito alle entrate di natura tributaria) riferito a ciascuno degli ultimi 3 esercizi finanziari disponibili non inferiore ad € 4.300.000,00 (pari al doppio dell'importo stimato dell'appalto)*», sostenendone l'illegittimità in quanto superiore ai limiti normativi previsti dall'articolo 83 del d.lgs. n. 50/2016;



VISTA la disciplina di gara e la relativa documentazione;

VISTA la clausola del disciplinare oggetto di contestazione che all'articolo 11, lettera D) prevede: «*REQUISITI DI CAPACITÀ ECONOMICA FINANZIARIA, ai sensi dell'articolo 83, comma 1, lettera b), e commi 4 e 5, del d.lgs. n. 50/2016: D.1 fatturato specifico minimo annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto (esclusivamente riferito alle entrate di natura tributaria) riferito a ciascuno degli ultimi 3 esercizi finanziari disponibili non inferiore ad € 4.300.000,00 (pari al doppio dell'importo stimato dell'appalto)*»;

VISTO altresì l'importo stimato e presunto dell'appalto indicato nel disciplinare di gara pari a € 2.150.000,00, oltre i costi della sicurezza pari a € 69.625,42 e oltre IVA, come per legge, calcolato sulla durata quinquennale di espletamento del servizio;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

RITENUTO che il parere possa essere reso ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del Regolamento di precontenzioso;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 29 settembre 2021, con nota prot. n. 70734;

VISTA la documentazione in atti e le memorie depositate dalle parti;

VISTA in particolare la memoria della stazione appaltante volta a sostenere la legittimità della scelta effettuata evincibile, secondo quanto riportato dalla stessa amministrazione, in un passaggio della documentazione di gara da considerare in ottica sistematica riferito a tutti i requisiti richiesti: «*Detti requisiti sono richiesti in considerazione dell'esigenza di garantire l'aggiudicazione ad operatore economico in possesso di una buona esperienza maturata in Comuni di grandezza almeno pari a quella del Comune di Potenza, considerato anche il livello di affidabilità prestazionale richiesto, al fine di salvaguardare i crediti della Società*»;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità della clausola del disciplinare di gara che prevede un requisito di capacità economico-finanziaria presuntivamente illegittimo, in quanto eccessivo;

VISTO l'articolo 83, comma 4 del d.lgs. n. 50/2016: «Per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di cui al comma 1, lettera b), le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere: a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto» e il successivo comma 5 dell'articolo 83, secondo cui: «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 altresì che, con riferimento al contenuto dispositivo dell'articolo 83, in merito al possesso dei requisiti di partecipazione, giova ricordare come la giurisprudenza abbia affermato che la stazione appaltante, nel definire i requisiti dei concorrenti, 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 (circa la rilevanza del "vaglio in



concreto” di tali presupposti cfr. delibera ANAC n. 99 del 10 giugno 2015) e che la stessa Autorità, nella delibera n. 830 del 27 luglio 2017, abbia stabilito che «i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all’oggetto complessivo del contratto di appalto, giacché rientra nella discrezionalità dell’amministrazione aggiudicatrice la possibilità di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge» (cfr., da ultimo, ANAC, delibera n. 191 del 3 marzo 2021, delibera n. 393 del 29 aprile 2020 e delibera n. 25 del 13 gennaio 2021);

CONSIDERATO inoltre che l’Autorità, con specifico riferimento al fatturato, ha precisato che nella predisposizione del requisito del fatturato annuale il richiamo al “periodo di riferimento” del contratto esprime la necessità che vi sia proporzionalità e adeguatezza tra la durata del contratto e il periodo di riferimento richiesto per il fatturato, che può essere annuale, biennale o triennale, fermo restando che il valore complessivo del fatturato richiesto non può superare il doppio dell’importo posto a base di gara (cfr. da ultimo ANAC, delibera n. 187 del 3 marzo 2021);

VISTO il Bando tipo n. 1, recante “Schema di disciplinare di gara Procedura aperta per l’affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”, approvato dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017 che stabilisce: «*Fatturato specifico minimo annuo nel settore di attività oggetto dell’appalto riferito a ciascuno degli ultimi n..... [indicare da uno a massimo tre] esercizi finanziari disponibili di € IVA esclusa. Il settore di attività è [il settore di attività deve essere individuato in senso ampio, quale ambito di attività in cui si inserisce l’oggetto dell’appalto e non coincidente con esso]. Tale requisito è richiesto [indicare le precise motivazioni ai sensi dell’art. 83, comma 5 del Codice]*»;

VISTA la nota illustrativa al Bando tipo n. 1 che ha specificato: «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 la norma di cui all’articolo 83 del d.lgs. n. 50/2016 pone due limiti espressi alla discrezionalità della stazione appaltante: il primo di carattere quantitativo prevede che il fatturato richiesto non può superare il doppio del valore stimato dell’appalto; il secondo, di carattere sistematico, 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; (cfr. ANAC, delibera n. 116 10 febbraio 2021);

CONSIDERATO peraltro che 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 suggerito 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. Qualora le stazioni appaltanti ritengano, comunque, necessario richiedere la dimostrazione di un fatturato minimo annuo, sarebbe opportuno che il valore del fatturato richiesto fosse inferiore a quello massimo consentito dalla norma, ossia al doppio dell’importo a base d’asta»



RITENUTO pertanto che, in ragione dei presupposti giuridici sopra richiamati, nella gara in controversia, il fatturato specifico richiesto, calcolato sul triennio precedente, pari a 4.300.000,00 euro non sia conforme al disposto normativo di cui all'articolo 83, comma 4 e 5 e alle letture interpretative fornite al riguardo, dal momento che si tratta di un fatturato che, in rapporto all'importo a base di gara calcolato su base quinquennale, supera il limite quantitativo previsto dall'ordinamento, senza fornirne adeguata motivazione;

RITENUTE pertanto fondate le contestazioni sollevate dall'odierno istante alla disciplina di gara;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il requisito del fatturato minimo annuo previsto dal disciplinare di gara all'articolo 11, punto d.1, non sia conforme all'articolo 83, commi 4 e 5 e ai principi generali in materia di contratti pubblici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 novembre 2021

Per Il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente