AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 767

24 novembre 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [OMISSIS] S.r.l. – Affidamento in concessione, mediante procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016 sul Me.Pa., del servizio di riscossione coattiva delle entrate tributarie e patrimoniali. Periodo 2021/2024: tre anni. - Importo a base di gara: Euro 144.000,00 - S.A.: Comune di Viagrande (CT).

PREC 188/2021/S

Riferimenti normativi

Artt. 83 e 95 del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Criteri di valutazione dell'offerta tecnica – certificazioni di qualità – Requisiti di capacità economica e finanziaria – perdita di bilancio – Covid-19.

Massima

Criteri di valutazione dell'offerta – servizio di riscossione coattiva delle entrate – certificazioni di qualità.

Requisiti di capacità economico-finanziaria – perdita di bilancio – anno 2020 – richiesta non ragionevole né congrua – indebita restrizione concorrenza.

Le stazioni appaltanti, nell'esercizio della propria discrezionalità, hanno facoltà di richiedere il possesso di certificazioni di qualità tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli. Pertanto, in una gara per l'affidamento del servizio di riscossione non è manifestamente illogica o irragionevole la decisione della stazione appaltante di valorizzare il possesso

delle certificazioni di qualità ISO 27001 e ISO 9001 in sede di valutazione dell'offerta tecnica dei concorrenti, soprattutto se tali certificazioni non sono richieste come requisito di ammissione e se il relativo sub-punteggio non è eccessivo in relazione ai restanti.

In una procedura di gara per l'affidamento del servizio di riscossione, la richiesta del requisito del pareggio del bilancio riferita anche all'anno 2020 non è ragionevole né congrua e si sostanzia in una indebita, quanto inutile, restrizione della concorrenza. Essa, inoltre, contrasta con l'art. 6 del D.L. n. 23/2020 (convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40, come modificato dalla Legge di bilancio 2021, art. 1, comma 266, della L. 30 dicembre 2020, n. 178), da cui si evince che eventuali perdite di esercizio conseguite nell'esercizio 2020 vanno neutralizzate e posticipate al quinto esercizio di bilancio successo. Ne consegue che, anche nel settore della contrattualistica pubblica, le stazioni appaltanti debbano tenere conto della situazione emergenziale verificatosi e non possano prevedere, per gli anni 2020 e 2021, requisiti di accesso legati al pareggio di bilancio, limitando la partecipazione ad imprese operanti in settori (quali quello della riscossione) coinvolte dalla situazione emergenziale venutasi a creare con la pandemia, a causa della sospensione dei versamenti tributari disposta *ex lege*.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 24 novembre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 62020 del 16 agosto 2021, con la quale la società [OMISSIS] S.r.l. ha chiesto all'Autorità di esprimere il proprio parere in ordine alla legittimità di alcuni criteri di valutazione dell'offerta tecnica previsti nel Disciplinare di gara;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 66231 del 13 settembre 2021;

VISTA l'integrazione all'istanza di parere (acquisita al prot. Anac n. 78740 del 2 novembre 2021, con data di trasmissione della pec il 30 ottobre 2021), con cui l'istante ha rappresentato che la gara è andata deserta e che, in seguito, la SA ha pubblicato un nuovo bando di gara la cui legittimità è stata contestata sia in relazione ad alcuni criteri di valutazione delle offerte (reiterando le censure già sollevate) sia in relazione ai requisiti di capacità economico-finanziaria (in particolare, la clausola che richiede all'operatore economico di dimostrare di non avere subito perdite di esercizio iscritte nei bilanci depositati negli ultimi tre esercizi);

VISTA l'integrazione alla comunicazione di avvio del procedimento di cui alla nota prot. 79343 del 3 novembre 2021;

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

RILEVATO che, con memoria acquisita al prot. n. 80338 dell'9 novembre 2021, la SA ha rappresentato che la prima gara (con scadenza delle offerte il 16 agosto 2021) è andata deserta. Con Delibera del Consiglio Comunale n. 47 del 29 settembre 2021 è stata prevista la modifica degli atti di gara, eliminando la richiesta di apertura di uno sportello dell'ente riscossore sul territorio comunale; in esecuzione del deliberato consiliare, con determina dirigenziale n. 31 del 30 settembre 2021 e con bando pubblicato in

pari data sono stati confermati i criteri di accesso (con la sola esclusione dell'obbligo per il concessionario di aprire uno sportello di front-office) e i criteri di valutazione delle offerte. Alla nuova gara hanno partecipato due operatori economici, non ha partecipato la Società istante. La SA ha, inoltre, presentato argomentazioni a sostegno della legittimità dei criteri di valutazione, ha eccepito la tardività della clausola relativa all'assenza di perdite di esercizio nei ultimi tre bilanci e ha sottolineato che "*si ritiene ragionevole e non lesivo delle regole della concorrenza selezionare un operatore economico valutandone la struttura organizzativa aziendale e una sana capacità economico-finanziaria, atta a supportare un servizio quanto più efficiente ed efficace che possa sostenere anticipazioni di somme (...) e fatturati diluiti nel tempo*";

VISTO l'art. 8 del disciplinare di gara, il quale prevede i seguenti criteri di valutazione dell'offerta tecnica (max 70 punti):

- **1.** Organizzazione uffici e personale (max 18 punti): **1.1.** struttura organizzativa dell'azienda (logistica, struttura ufficio, dotazione strumentale) (5 punti); **1.2.** personale impiegato, quantità, relative qualifiche, abilitazioni professionali ed attività formative specifiche, esperienza nel settore (dipendenti con attestazione idoneità a svolgere funzioni di messo notificatore di cui all'art. 1, comma 159 L. 296/2006, dipendenti abilitati all'assistenza tecnica in giudizio) (5 punti); **1.3.** numero di ufficiali della riscossione aggiuntivi rispetto all'unità obbligatoria, da mettere a disposizione dell'ente (8 punti);
- **2.** Gestione del servizio (max 42 punti): **2.1.** modalità di erogazione del servizio (tempistica di lavorazione e di emissione degli atti affidati) (6 punti); **2.2.** organizzazione del rapporto con gli utenti contribuenti (n. postazioni di front-office, n. ore settimanali di apertura al pubblico, funzionalità del call center) (6 punti); **2.3.** grado di efficacia della gestione delle fasi esecutive della riscossione coattiva presso enti locali nell'ultimo quinquennio. Verrà valutata la media percentuale di riscossione, attribuendo un punteggio distinto per fasce percentuali (10 punti); **2.4.** certificazioni europee: - certificazione di qualità conforme alle norme UNI EN ISO 9001 riferita al settore di accertamento e riscossione dei tributi locali (6 punti); certificazione di qualità conforme alle norme UNI EN ISO 27001 attestante il possesso dei requisiti del corretto sistema di gestione per la sicurezza delle informazioni (4 punti); **2.5.** caratteristiche tecniche e funzionalità del sistema informativo utilizzato (5 punti); **2.6.** modalità di collaborazione e raccordo tra concessionario ed uffici competenti dell'ente (accesso/trasferimento dati in tempo reale, programmi informatici e modalità per la gestione della rendicontazione ecc.) (5 punti);
- **3.** Servizi e/o proposte migliorative (max 10 punti): **3.1.** iniziative e progetti finalizzati all'emersione ed al recupero dell'evasione (10 punti);

VISTI i chiarimenti resi dalla SA, in risposta ai quesiti formulati dall'odierno istante;

TENUTO CONTO che la Società (sia con la prima che la seconda istanza) ha contestato: *a)* il sub-criterio di valutazione 2.4. ritenendo restrittiva della concorrenza la valutazione delle certificazioni di qualità UNI ISO 9001 e ISO 27001; secondo l'istante tali certificazioni non possono essere valutate in sede di offerta tecnica perché non introducono caratteristiche migliorative, ma al più possono costituire requisito di partecipazione alla gara; *b)* i sub-criteri 1.2. e 1.2. in quanto formulati genericamente, dal momento che non contengono criteri utili all'attribuzione del punteggio; *c)* il sub-criterio 1.3. ritenendo che la clausola che valorizza il "*numero di ufficiali della riscossione aggiuntivi rispetto all'unità obbligatoria*" impone un onere ai concorrenti un onere proporzionato rispetto all'oggetto della gara e avvantaggia immotivatamente le imprese con il più elevato numero di personale; *d)* il sub-criterio 3.1. ritenuto non attinente e proporzionato rispetto all'oggetto del bando do di gara;

CONSIDERATO che la definizione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche è espressione della cd. discrezionalità tecnica, sindacabile solo se le valutazioni compiute appaiano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (sul sindacato della discrezionalità tecnica cfr., *ex multis*, pareri di precontenzioso n. 216 del 10 marzo 2021, n. 392 del 29 aprile 2020, n. 687 del 18 luglio 2018; n. 193 del 1° marzo 2018; n. 797 del 19 luglio 2017; n. 210 del 1° marzo 2017; n. 528 del 4 maggio 2016; n. 198 del 25 novembre 2015; n. 37 del 1 aprile 2015; Cons. Stato, sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5026; Id., sez. V, 26 marzo 2020 n. 2094; Id., sez. V, 30 aprile 2018, n. 2602; Id., sez. III, 2 maggio 2016, n. 1661; Id., sez. V, 23 febbraio 2015, n. 882);

CONSIDERATO che non sono del pari sindacabili, se non entro i suindicati limiti, gli interessi sottesi alla scelta (discrezionale) della stazione appaltante di attribuire preponderanza a determinate componenti dell'offerta (Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1668) e gli obiettivi dalla stessa prefissati per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico;

VISTI gli artt. 87 e 95 del D.Lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO che, in relazione alla doglianza *sub* a) relativa al sub-criterio 2.4., con il nuovo Codice è stato superato il divieto assoluto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta che aveva caratterizzato a lungo la contrattualistica pubblica. Come precisato nelle Linee guida Anac n. 2 "*nella valutazione delle offerte possono essere valutati i profili di carattere soggettivo introdotti, qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione. Naturalmente, anche in questo caso, la valutazione dell'offerta riguarda, di regola, solo la parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara, purché ciò non si traduca in un escamotage per introdurre criteri dimensionali*". È stato, pertanto, evidenziato sia dall'Autorità che dalla giurisprudenza che il possesso della certificazione di qualità è un requisito ambivalente: "*la possibilità di applicare in maniera "attenuata" il divieto generale, di derivazione comunitaria, di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente, è da ritenere ammessa soltanto al ricorrere di due condizioni: che aspetti della attività della impresa possano effettivamente "illuminare" la qualità della offerta (cfr. CdS, VI, 2770/08 e sez. V n. 837/09), e che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo. (vd. Consiglio di Stato n. 5197/2012 del 03/10/2012)*" (Parere di precontenzioso n. 1091 del 25 ottobre 2017; cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2020, n. 1916; Id. Cons. Stato, sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635);

CONSIDERATO che l'Autorità (con Delibera n. 430 del 26 maggio 2021) ha già affrontato la questione relativa alla legittimità della richiesta delle certificazioni ISO 9001 (specifica per l'accertamento e la riscossione dei tributi locali) e ISO 27001 (relativa al sistema di gestione per la sicurezza delle informazioni) come criteri di valutazione delle offerte. È stato evidenziato come "*non sia illogica né contraria al principio di proporzionalità la richiesta da parte della stazione appaltante della certificazione ISO 27001:2017, trattandosi di Certificazione attinente il Sistema di Gestione per la Sicurezza delle Informazioni, ritenuto dalla S.A. indispensabile alla luce dei dati e delle informazioni trattate; poiché obiettivo dello standard ISO 27001 è quello di proteggere i dati e le informazioni da minacce di vario tipo e di assicurarne l'integrità, la riservatezza e la disponibilità, la relativa richiesta al concessionario dei servizi in affidamento, non appare illogica sulla base degli obblighi contrattuali previsti in capo all'aggiudicatario*";

RITENUTO che, anche nella fattispecie in esame, non appare manifestamente illogica o irragionevole la decisione della stazione appaltante di valorizzare il possesso delle certificazioni di qualità ISO 27001 e ISO 9001 in sede di valutazione dell'offerta tecnica dei concorrenti, tanto più considerando che tali certificazioni non sono richieste come requisito di ammissione alla gara e che il relativo sub-punteggio non appare eccessivo rispetto ai restanti sub-punteggi;

RITENUTO che, con riferimento alla doglianza *sub* b), i sub-criteri 1.2. e 1.2. non presentano i profili di genericità e soggettività contestati, risultando, invece, descritti in maniera analitica e riferiti ad aspetti oggettivi dell'offerta tecnica. Con riferimento alla struttura organizzativa dell'azienda, la SA ha inteso valutare la dotazione strumentale posseduta dalla società e la sua organizzazione sul piano logistico, in quanto funzionale ad un più efficiente svolgimento del servizio; invero, con tale previsione non sembra che la SA abbia inteso avvantaggiare le imprese di maggiori dimensioni, bensì valorizzare una più efficiente organizzazione delle ditte, conformemente al disposto di cui all'art. 95, comma 6, lett. e) del Codice. Parimenti conforme a quest'ultima disposizione risulta essere il sub-criterio 1.3 volto a valorizzare le qualifiche, la formazione e l'esperienza del personale che verrà effettivamente utilizzato nell'appalto;

RILEVATO che, in relazione alla doglianza *sub* c), non appare violativa del principio di massima concorrenza e dell'art. 95 del Codice la clausola che valorizza il "*numero di ufficiali della riscossione aggiuntivi rispetto all'unità obbligatoria*". Basti evidenziare che si tratta di un elemento che attiene ad aspetti migliorativi dell'offerta e che la disponibilità di un maggiore numero di ufficiali addetti alla riscossione delle imposte impatta sulla qualità del servizio reso, in quanto rende più tempestiva e veloce un'attività che, come noto, è soggetta a termini di prescrizione;

RITENUTO, quanto alla doglianza *sub* d), che anche il sub-criterio di valutazione relativo all'adozione di misure finalizzate alla lotta all'evasione e/o elusione fiscale non appare censurabile in quanto è proporzionato ed attinente all'oggetto dell'appalto. Come evidenziato dall'Autorità anche nel Parere di precontenzioso n. 430 del 26 maggio 2021, si tratta di un servizio migliorativo che concerne aspetti oggettivi dell'offerta strettamente connessi con l'oggetto del contratto in affidamento, che, ai sensi dell'art. 1 del capitolato comprende le attività di riscossione coattiva delle entrate tributarie (quali IMU, TASI,TARI) e prevede il trasferimento "*all'aggiudicatario tutte le potestà, le pubbliche funzioni, diritti, obblighi ed oneri dell'Ente inerenti la riscossione coattiva delle entrate accertate e non riscosse con riferimento alla titolarità, direzione e controllo del procedimento*";

CONSIDERATO che con la seconda istanza (prot. n. 78740 del 2 novembre 2021) la Società ha anche contestato la clausola del disciplinare che richiede all'operatore economico di "*dimostrare di non avere subito perdite di esercizio iscritte nei bilanci depositati degli ultimi tre esercizi (o comunque degli ultimi esercizi in caso di inizio attività da meno di tre anni) precedenti*";

RITENUTO che – contrariamente a quanto eccepito dalla SA – la doglianza sia ammissibile e tempestiva, atteso che la seconda istanza di precontenzioso è stata trasmessa il 30 ottobre 2021, ultimo giorno utile per la contestazione del nuovo bando (pubblicato il 30 settembre 2021). Nessuna preclusione è intervenuta per effetto della mancata contestazione di analoga clausola contenuta nel primo disciplinare, considerando che con il bando pubblicato il 30 ottobre è stata indetta una nuova procedura di gara e che l'atto immediatamente ed attualmente lesivo della posizione dell'istante è l'ultimo bando di gara, di cui deduce l'illegittimità;

CONSIDERATO che l'art. 83, comma 4, lett. b), del D.Lgs. n. 50/2016 prevede che, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti possono richiedere che

"*gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività*". Tuttavia, l'ampiezza della discrezionalità della stazione appaltante nella definizione dei requisiti di partecipazione incontra il limite della logicità e della ragionevolezza nonché della pertinenza e congruità dei requisiti rispetto all'oggetto del contratto e allo scopo perseguito (infatti, ai sensi dell'art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 "*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 l'Autorità, con Comunicato del Presidente del 13 aprile 2021 (recante "*Impatto dell'emergenza sanitaria da Covid-19 sui requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento*"), in ragione della contrazione del fatturato di molte aziende dovuto all'emergenza sanitaria, ha suggerito "*alle stazioni appaltanti, 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*";

RITENUTO che la stessa attenzione vada posta, per gli stessi motivi, nei confronti della determinazione del requisito del pareggio di bilancio;

RILEVATO, inoltre, che, al fine di limitare l'impatto della crisi causata dal Covid-19, l'art. 6 del Decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40 (come modificato dalla Legge di bilancio 2021, art. 1, comma 266, della L. 30 dicembre 2020, n. 178), ha previsto che: "*1. Per le perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020 non si applicano gli articoli 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-bis, quarto, quinto e sesto comma, e 2482-ter del codice civile e non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile. 2. Il termine entro il quale la perdita deve risultare diminuita a meno di un terzo stabilito dagli articoli 2446, secondo comma, e 2482-bis, quarto comma, del codice civile, e' posticipato al quinto esercizio successivo; l'assemblea che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate*". Tale disposizione (applicabile alla società di capitali) prevede che le eventuali perdite di esercizio conseguite nell'esercizio 2020 vengono neutralizzate (sulla base delle decisioni dell'assemblea dei soci) e posticipate all'approvazione del bilancio 2025 (il quinto esercizio successivo);

RITENUTO che, alla luce di quanto sopra, la richiesta del requisito del pareggio del bilancio parametrata all'anno 2020 non sia ragionevole né congrua e si sostanzi in una indebita, quanto inutile, restrizione della concorrenza. Essa, inoltre, contrasta con il richiamato art. 6 del D.L. n. 23/2020, da cui si evince che eventuali perdite di esercizio conseguite nell'anno 2020 vanno neutralizzate e posticipate al quinto esercizio di bilancio successo. Ne consegue che, anche nel settore della contrattualistica pubblica, le stazioni appaltanti debbano tenere conto della situazione emergenziale verificatosi e non possano prevedere, per gli anni 2020 e 2021, requisiti di accesso legati al pareggio di bilancio, limitando la partecipazione ad imprese operanti in settori (quali quello della riscossione) coinvolte dalla situazione emergenziale venutasi a creare con la pandemia, a causa della sospensione dei versamenti tributari disposta *ex lege*.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, l'operato della stazione appaltante:

- conforme alla normativa di settore la previsione dei criteri e sub-criteri di valutazione oggetto di contestazione;
- non conforme alla normativa di settore la richiesta del requisito dell'assenza di perdite di bilancio anche per l'anno 2020.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 novembre 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente