



DELIBERA n. 47
dell'8 febbraio 2023

Fascicolo Anac n. 3706/2022

Oggetto: Fornitura di materiale di vestiario operativo, vestiario per climi rigidi, vestiario per climi caldi per le esigenze del personale dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli. Lotto 1 - vestiario operativo - vestiario per climi rigidi - vestiario per climi caldi € 17.732.500,00 - CIG 9235300AA5; Lotto 2 calzature operative - calzature per climi rigidi - calzature per climi caldi € 3.416.000,00 - CIG 9235342D4D. Stazione appaltante: Agenzia delle Accise, Dogane e Monopoli.

Riferimenti normativi

Art. 83 comma 5 decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

Art. 51 decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

Art. 30 decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

Parole chiave

Requisiti di partecipazione

Fatturato

Suddivisione in lotti

Massima

Appalto pubblico - Forniture - Scelta del contraente - Procedura - Gara - Bando - Requisiti - Richiesta fatturato globale o specifico - Motivazione - Necessità - Sussiste

In capo alla stazione appaltante incombe sia l'onere di motivare la scelta di richiedere un fatturato minimo (globale e specifico), 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. Nel caso di specie, l'amministrazione aggiudicatrice non ha adeguatamente motivato, in relazione ai rischi specifici connessi alla natura delle forniture oggetto di affidamento, il superamento delle soglie previste dalla norma.

Appalto pubblico - Forniture - Scelta del contraente - Procedura - Gara - Suddivisione in lotti - Presupposti - Condizioni.

Le stazioni appaltanti, nel caso di suddivisione di un appalto in lotti, devono adeguarne il relativo valore in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese al fine di favorire la concorrenza nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici.

VISTO

l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

VISTO

il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e successive modificazioni;

VISTO

il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici adottato con delibera n. 803 del 4 luglio 2018, pubblicato in G.U.R.I. Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2018;

VISTA

la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture

Premessa

Con nota acquisita al protocollo Anac n. 57641 del 13 luglio 2022 è pervenuta all'Autorità un'istanza di parere di precontenzioso relativa alla procedura di gara indetta dall'Agenzia delle Accise, Dogane e Monopoli (di seguito ADM) avente ad oggetto la fornitura di materiale di vestiario operativo vestiario per climi rigidi vestiario per climi caldi per le esigenze del personale dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli.

Nell'adunanza del 27 luglio 2022 il Consiglio dell'Autorità ha deliberato l'inammissibilità dell'istanza ai sensi dell'art. 7 comma 1 lett. c) del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso, atteso che la stessa era diretta a far valere l'illegittimità di atti della procedura di gara autonomamente impugnabili rispetto ai quali, al momento della presentazione dell'istanza, risultavano già decorsi i termini per l'impugnazione in sede giurisdizionale.

In considerazione dei profili anticoncorrenziali prospettati nell'istanza e della rilevanza economica dell'appalto, con nota prot. n. 67389 del 22.8.2022 l'Ufficio Precontenzioso ha trasmesso gli atti all'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture per gli eventuali seguiti di competenza.

L'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture, esaminata la documentazione acquisita, con nota prot. n. 71390 dell'8.9.2022 ha chiesto all'ADM chiarimenti e informazioni ai sensi dell'art. 13 del Regolamento di vigilanza. L'ADM ha riscontrato la richiesta con relazione di cui alla nota prot. 420560/U, acquisita al prot. Anac n. 73934 del 19.9.2022.

Valutata la documentazione acquisita agli atti e la nota di riscontro dell'ADM, L'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture ha ritenuto la sussistenza dei presupposti per l'avvio dell'istruttoria ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. 50/2016 e degli artt. 13 e seguenti del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4 luglio 2018.

Pertanto, con nota prot. n. 95354 del 17.11.2022, il suddetto Ufficio istruttore ha inviato all'ADM la comunicazione di avvio dell'istruttoria.

L'ADM ha riscontrato, formulando le proprie controdeduzioni, con nota prot. n. 571645 /RU del 15.12.2022, acquisita al prot. Anac n. 105481 del 15.12.2022.



Fatto

Con determinazione prot. n. 212006/RU del 19 maggio 2022 l'Agenda delle Accise, delle Dogane e dei Monopoli deliberava di indire una gara comunitaria con procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016 avente ad oggetto la fornitura di materiale di vestiario operativo, vestiario per climi rigidi e vestiario per climi caldi per le esigenze del proprio personale, per un periodo di 60 mesi consecutivi decorrenti dalla data di stipula del contratto.

La gara veniva suddivisa in due lotti:

- lotto 1 -CIG 9235300AA5 - vestiario operativo - vestiario per climi rigidi - vestiario per climi caldi di importo pari ad € 17.732.500,00 di cui costi relativi alla sicurezza non soggetti a ribasso finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze pari a zero;
- lotto 2 – CIG 9235342D4D - calzature operative - calzature per climi rigidi - calzature per climi caldi di importo pari ad € 3.416.000,00 di cui costi relativi alla sicurezza non soggetti a ribasso finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze pari a zero.

Il bando di gara veniva pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana 5a Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 58 del 20 maggio 2022 e spedito alla GUUE in data 13 maggio 2022. Il termine per la presentazione delle offerte, originariamente fissato al 27 giugno 2022, veniva prorogato al 12 settembre 2022 a seguito di richiesta di alcuni operatori economici, Entro tale termine pervenivano due offerte per il lotto 1 ed un'offerta per il lotto 2.

Con determinazione direttoriale prot. n. 434564/RU del 26 settembre 2022 veniva nominata la Commissione giudicatrice, la cui composizione veniva integrata con determinazione direttoriale prot. n. 437861/RU del 28 settembre 2022.

Diritto

All'esito dell'istruttoria effettuata sono emersi elementi che inducono a ritenere come gli atti della gara indetta dall'ADM contengano elementi suscettibili di violare i principi di comunitari libera concorrenza, par condicio e massima partecipazione, recepiti dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016.

1. Nel disciplinare di gara all'art. 6.2 rubricato "Requisiti di capacità economica e finanziaria" è richiesto:

- un fatturato globale minimo annuo riferito a ciascuno degli esercizi finanziari 2019-2021 (somma del fatturato delle tre annualità indicate diviso tre) non inferiore ad € 35.465.000,00 Iva esclusa per il lotto 1 e ad € 6.832.000,00 Iva esclusa per il lotto 2;
- un fatturato specifico minimo annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto riferito a ciascuno degli esercizi finanziari 2019-2021 (somma del fatturato delle tre annualità indicate diviso tre) non inferiore ad € 17.732.500,00 Iva esclusa per il lotto 1 e ad € 3.416.000,00 Iva esclusa per il lotto 2.

Il settore di attività risulta, in specie, essere individuato a mezzo della CPV 35811200-4 "indumenti da lavoro e delle uniformi".

Nel disciplinare, la richiesta del fatturato minimo, sia globale che specifico, viene motivata con «*la necessità di selezionare operatori economici dotati di capacità economico - finanziaria proporzionata al valore presunto del contratto, tale da garantire la congruità della capacità*

produttiva dell'operatore economico con l'impegno da assumere per la realizzazione dell'intera fornitura. La più ampia partecipazione alla gara da parte degli operatori economici è comunque garantita dalla possibilità di costituire Raggruppamenti temporanei d'impresa e/o Consorzi, in fase di pre-qualifica».

In proposito occorre evidenziare che l'art. 83, comma 4 del d.lgs. 50/2016, stabilisce che per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della verifica del possesso dei requisiti attinenti alla capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti nel bando di gara possono richiedere che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto.

Il successivo comma 5 dell'art. 83, nel disciplinare il requisito del fatturato minimo annuo, prevede tuttavia che questo non può 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.

L'Autorità, con specifico riferimento al fatturato, ha poi precisato che nell'individuazione 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. delibera Anac n. 187 del 3 marzo 2021).

Nel disciplinare della gara indetta dall'ADM, essendo prevista una durata dell'appalto di 60 mesi, ossia cinque anni, risulta che sia stato richiesto un fatturato globale e specifico superiore al doppio dell'importo a base d'asta.

Infatti, ad esempio per quanto riguarda il lotto 1, la base d'asta è di € 17.732.500,00. Dividendo tale cifra per i 5 anni di durata contrattuale si ottiene l'importo di 3.546.500,00, il cui doppio ammonta a € 7.093.000,00. Dunque, il disciplinare avrebbe potuto chiedere, in base all'art. 83 comma 5, un fatturato minimo annuo sia globale che specifico riferito a ciascuno degli esercizi finanziari 2019-2021, non superiore a € 7.093.000,00, mentre è stato richiesto un fatturato globale minimo annuo pari ad € 35.465.000,00 ed un fatturato specifico minimo annuo pari a € 17.732.500 Iva esclusa.

Dagli atti di gara, tuttavia, non si evincono le circostanze adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento, che, ai sensi dell'art. 83 comma 5 del d.lgs. 50/2016, avrebbero potuto legittimare la richiesta di un fatturato superiore al doppio della base di gara.

L'ADM, nella nota 420560/U acquisita al prot. Anac n. 73934 del 19.9.2022, ha rappresentato che, come si evince dal capitolato tecnico (pag. 7 e seguenti) la fornitura prevede una fornitura iniziale pari a circa il 50% di quella totale. In base al disciplinare (pag. 16) «*resta inteso che la prima consegna delle uniformi complete di accessori (Lotto 1 e Lotto 2) dovrà avvenire entro e non oltre 120 giorni dalla rilevazione misure, in linea con la stagione di prossimo riferimento, previo accordo con il cronoprogramma che verrà stabilito con il direttore dell'esecuzione*».



Dunque ad avviso dell'ADM il fatturato richiesto negli atti di gara sarebbe commisurato alla capacità dell'operatore economico affidatario di effettuare «*da solo*» in un terzo dell'anno una fornitura di € 8.850.000,00.

L'ADM ha ulteriormente evidenziato che «*tale prima fornitura rappresentando circa il 50% del totale, quindi circa € 8.850.000 (€ 17.700,00 /2) per il lotto 1 da espletare in 120 gg (4 mesi) richiede una capacità produttiva e quindi un volume di fatturato che su base annua si attesta a circa 26.500.000,00 (€ 8.850.000 x 3). Quindi il fatturato richiesto, rapportato su base annua, risulta pari a meno di 1,5 volte l'importo del 50% del lotto, € 35.400.000/26.500.000 vale a dire € 8.850000,00 (importo della fornitura in 120 gg rapportata all'anno) x 3 (120 gg x 3 quadrimestri)*», aggiungendo, inoltre, che il requisito del fatturato minimo è motivato «*dalla necessità di selezionare operatori economici dotati di capacità economico - finanziaria proporzionata al valore delle prestazioni richieste, tenuto conto anche della distribuzione delle stesse nell'arco temporale della durata dell'intero contratto, tale da garantire la congruità della capacità produttiva dell'operatore economico con l'impegno da assumere per la realizzazione della fornitura. La più ampia partecipazione alla gara da parte degli operatori economici sarebbe comunque garantita dalla possibilità di costituire Raggruppamenti temporanei d'impresa e/o Consorzi*».

Nelle controdeduzioni del 15 dicembre 2022 l'ADM ha ribadito che il dato del fatturato non è stato commisurato alla durata complessiva dell'affidamento, ossia 5 anni, in considerazione dell'impegno richiesto nella prima tranche di consegna a 120 giorni, invocando a sostegno della correttezza del proprio operato il principio di matrice giurisprudenziale codificato nell'art. 83 del d.lgs. 50/2016, per cui le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità nella fissazione dei requisiti di selezione dei concorrenti, con il limite della proporzionalità ed attinenza con l'oggetto dell'appalto. Tale scelta è sindacabile laddove sia irragionevolmente limitativa della concorrenza e nel caso oggetto di istruttoria la scelta della stazione appaltante non sarebbe caratterizzata da vizi di illogicità ed irragionevolezza.

Come ulteriore argomentazione a sostegno della peculiare modulazione della richiesta del requisito del fatturato, l'ADM ha rappresentato che a seguito dell'ultima procedura concorsuale bandita nel mese di luglio 2022, sono previsti consistenti ulteriori ingressi di nuovo personale. La gara per l'acquisto di vestiario è stata indetta nel mese di maggio 2022, periodo in cui non si potevano conoscere con esattezza i tempi di espletamento dei concorsi banditi dall'ADM, con relativa assunzione del personale. L'ADM ha ipotizzato che a metà anno del 2023 avverrà l'ingresso di circa 1600 unità di personale destinatario di divisa operativa ed una tale evenienza, correlata all'indeterminatezza dei tempi di conclusione dei concorsi, avrebbe comportato all'aggiudicatario della procedura un ulteriore sforzo in termini di capacità di produzione che al momento della gara non era prevedibile. A fronte di tale tesi, la fornitura complessiva posta a base di gara si sarebbe conclusa molto prima dei 5 anni e, in ogni caso la seconda fornitura prevista a circa 2,5 anni dalla prima, non avrebbe soddisfatto per intero i fabbisogni dell'Agenzia che ad oggi consta di circa n. 13.000 unità di personale.

Tale argomentazione non appare correlata alla richiesta di un fatturato minimo annuo superiore al doppio dell'importo a base di gara, ed anzi, come si dirà in seguito, appare avvalorare che i documenti di gara non contengano elementi chiari e precisi in merito ai tempi di consegna delle

forniture, circostanza che potrebbe aver compromesso la valutazione di convenienza per gli operatori economici, indispensabile per la corretta e consapevole elaborazione di un'offerta sostenibile.

Relativamente alle altre argomentazioni dall'ADM spiegate nel corso dell'istruttoria si osserva quanto segue.

L'Autorità, in linea con la giurisprudenza, ha più volte affermato come i bandi di gara possano 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. *ex multis* delibera n. 830 del 27 luglio 2017).

Come già evidenziato, nel caso di specie rilevano le disposizioni dell'art. 83 comma 5 del d.lgs. 50/2016 per cui il fatturato 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 dell'affidamento*».

Si ritiene che le diverse argomentazioni illustrate dall'ADM in corso di istruttoria non abbiano fornito elementi attinenti alla sussistenza di rischi specifici connessi alla natura delle forniture oggetto di affidamento, che, in base al dettato normativo, possono giustificare la fissazione del requisito di partecipazione concernente il fatturato in misura superiore a quella prevista dall'art. 83 comma 5 del d.lgs. 50/2016. Né si ritiene condivisibile il percorso logico-giuridico che sottende al criterio di calcolo utilizzato dalla stazione appaltante per la definizione dei livelli minimi di fatturato richiesti per la partecipazione alla gara (Cfr. Delibera Anac n. 506 del 23 giugno 2021).

2. Sotto un diverso profilo, l'ADM nel corso dell'istruttoria ha collegato la richiesta del fatturato globale e specifico alla capacità produttiva dell'impresa, mentre in realtà la capacità economico-finanziaria, espressa nel fatturato, mira a misurare la solidità economica e patrimoniale dell'impresa partecipante ed a garantire la capacità dell'impresa stessa a far fronte agli impegni economici derivanti dal contratto di appalto anche in caso di inadempimento.

Nelle controdeduzioni del 15 dicembre 2022 l'ADM ha affermato che la richiesta di un volume di fatturato nel settore oggetto dell'appalto può in ipotesi essere considerato dalla stazione appaltante come indice di capacità tecnica, se diretto ad accertare che la capacità di produrre ricavi nel settore di attività oggetto dell'appalto sia derivante da una dotazione di risorse aziendali e di esperienza rilevante sul piano della corretta esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto (Cons. Stato, Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6066; 19 luglio 2018, n. 4396).

Relativamente a quanto sopra si evidenzia che lo stesso Consiglio di Stato ha precisato che anche laddove nel disciplinare la richiesta del fatturato specifico venga inserito tra i requisiti di capacità tecnica e professionale (cosa che tra l'altro non è avvenuta nel caso di specie, in cui sono stati distinti i requisiti di capacità economica e quelli di capacità tecnica) questo non sia sufficiente. Infatti, in base al combinato disposto dei commi 4 e 6 dell'art. 83 del d.lgs. 50/2016, a tale qualificazione, cioè del fatturato come indice di capacità tecnica, deve accompagnarsi la richiesta



di dimostrare il possesso «di risorse umane e tecniche e più in generale dell'esperienza necessaria ad eseguire l'appalto» (Cons. Stato, Sez. V, 26.11.2020 n. 7436).

Si ritiene che nel caso oggetto di istruttoria l'esame degli atti della gara smentisca la possibilità di considerare il fatturato (globale o specifico) di per sé indice di capacità tecnica e produttiva dell'affidatario.

Analizzando la documentazione richiesta nel disciplinare per la dimostrazione del requisito relativo al fatturato, si evince infatti che questa non permette di operare un'adeguata e pertinente verifica sulle risorse umane, tecniche e di esperienza necessarie per l'esecuzione dell'appalto.

Infatti in base al disciplinare gli elementi comprovanti il requisito del fatturato sono costituiti dai seguenti documenti:

- per le società di capitali mediante bilanci, o estratti di essi, approvati alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte corredati della nota integrativa;
- per gli operatori economici costituiti in forma d'impresa individuale ovvero di società di persone mediante copia del Modello Unico o la Dichiarazione Iva;
- dichiarazione resa, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000, dal soggetto o organo preposto al controllo contabile della società ove presente (sia esso il Collegio sindacale, il revisore contabile o la società di revisione), attestante la misura (importo) e la tipologia (causale della fatturazione) del fatturato dichiarato in sede di partecipazione.

Dall'esame del disciplinare di gara emerge poi che la valutazione dell'idoneità dell'offerente ad effettuare a regola d'arte la specifica attività oggetto dell'appalto, possedendo effettivamente le risorse umane, tecniche e l'esperienza necessarie, quindi l'insieme del "saper fare" e delle competenze ed esperienze maturate ed acquisite, viene effettuata attraverso la valutazione dei requisiti di capacità tecnico-professionale.

Nel disciplinare di gara, infatti, all'art. 6.3 rubricato "Requisiti di capacità tecnica e professionale" è richiesta l'esecuzione negli ultimi tre anni dei seguenti servizi/forniture analoghi:

«Il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio almeno 2 forniture di vestiario di importi pari alla base d'asta del lotto di riferimento a favore di istituzioni pubbliche, Enti pubblici, S.p.A¹».

La comprova delle esperienze pregresse è fornita mediante:

- certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione;
- contratti stipulati con le amministrazioni pubbliche, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse.

L'ADM nelle controdeduzioni del 15 dicembre 2022 ha rappresentato che la documentazione richiesta nel disciplinare ai fini della dimostrazione della capacità economica e finanziaria è in linea con quanto previsto dal d.lgs. 50/2016 e che i requisiti di capacità economico finanziaria sono stati parametrati alle tempistiche di consegna, ovvero una fornitura iniziale pari a circa il 50% di quella totale che deve avvenire entro 120 giorni. Oltre al requisito della capacità economica finanziaria è

¹ L'ADM ha chiarito che una S.p.A. può essere sia pubblica che privata.

stato richiesto anche il requisito di capacità tecnico organizzativa che ha un obiettivo differente, attraverso la richiesta del pregresso svolgimento di servizi analoghi.

Si ritiene che le argomentazioni dell'ADM non valgano a superare il rilievo per cui la documentazione richiesta dal disciplinare al fine di comprovare il requisito del fatturato non sia direttamente correlabile alla congruità della capacità produttiva dell'operatore economico con l'impegno da assumere per la realizzazione della fornitura, consegnando cioè circa il 50% della fornitura entro 120 giorni dal rilevamento delle misure.

Sulla base di tutte le considerazioni sopra svolte, si ritiene che la richiesta del requisito di partecipazione relativa al fatturato contenuta nel disciplinare della gara indetta dall'ADM, di importo superiore al doppio della base d'asta, non sia congrua, ragionevole e proporzionata in relazione all'oggetto ed alla durata dell'appalto.

3. Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria era stato osservato come non risultasse se la richiesta di un fatturato di tale significativa entità fosse stata preceduta, o meno, dall'analisi del mercato di riferimento, al fine di individuare le imprese attive nel settore della fornitura di abbigliamento per la pubblica amministrazione e le loro relative caratteristiche, anche dimensionali e le approssimative capacità produttive delle stesse. L'acquisizione di tali elementi, in uno alla più adeguata valutazione dei propri fabbisogni di approvvigionamento, avrebbero consentito la migliore preparazione della gara d'appalto e considerazioni circa possibili scelte alternative, per esempio in relazione a richieste più equilibrate sui requisiti di cui si tratta, ovvero ancora sulla possibile articolazione in lotti funzionali o prestazionali dell'appalto medesimo, tenuto anche conto di quanto previsto dall'art. 51 del d.lgs. 50/2016.

Nelle controdeduzioni del 15 dicembre 2022 l'ADM ha dichiarato di aver condotto preliminarmente un'indagine di mercato relativa alle procedure di gara espletate negli ultimi anni riportando l'estratto di tale ricerca in una tabella, nella quale sono indicati l'ente appaltante, la data di indizione del bando, l'importo a base d'asta ed il numero di partecipanti. Dalla tabella emerge che la partecipazione alle procedure di gara sarebbe stata sempre limitata (si va da un minimo di 2 ad un massimo di 5 partecipanti).

Relativamente alle risultanze dell'indagine svolta dall'ADM, si evidenzia che i dati contenuti nella tabella fornita non hanno consentito di individuare né l'oggetto dell'affidamento, né il CIG e dunque, anche tramite diverse ricerche, non hanno consentito di verificare la pertinenza dei dati riportati dall'ADM in merito all'esigua partecipazione degli operatori economici alle gare aventi ad oggetto la fornitura di capi vestiario/calzature per le pubbliche amministrazioni.

ADM ha inoltre dichiarato di aver eseguito un'ulteriore istruttoria condotta grazie ai dati presenti sul sito Istat open source relativi all'industria tessile, relativi agli anni 2019 e 2020, concludendo che nel mercato del settore tessile in Italia oltre il 90% delle imprese sono di dimensioni ridotte; in quanto occupano al massimo 19 persone e che «queste imprese non possono chiaramente ambire a soddisfare ciò di cui ADM necessita e per cui ha bandito la gara».

Sebbene ADM non disponga di dati apprezzabili sulla dotazione di capitale di tali imprese, a suo giudizio non sarebbe possibile soddisfare le esigenze di vestiario con un numero così ridotto di fattore lavoro.



La struttura di mercato sarebbe costituita da molte piccole imprese che contribuiscono poco al fatturato globale, mentre sono poche le grandi imprese che danno un contributo molto più apprezzabile al fatturato complessivo. Considerando infatti il 2020 9.282 imprese (0-9 addetti) fatturano in totale €1.891.265.000,00 mentre 34 imprese (250 e più addetti) fatturano in totale €2.803.600.000,00

In sostanza vi sarebbero pochi grandi players che contribuiscano in maniera significativa al fatturato del settore e dunque per l'ADM «*i criteri inerenti il fatturato globale e quello specifico, inseriti nel bando di gara, vengono tarati sulle esigenze specifiche di ADM di invogliare a partecipare proprio quei players di cui sopra, gli unici capaci di soddisfare le richieste di ADM*».

In merito a tali argomentazioni si ritiene in primo luogo che i dati ISTAT nel caso di specie risultano generici, in quanto relativi all'industria tessile e non specificatamente ai soggetti che forniscono vestiario per le pubbliche amministrazioni. In secondo luogo, i dati ISTAT esaminati dall'ADM non si possono ritenere esaustivi, in quanto riferiti unicamente al mercato italiano, mentre la gara oggetto di istruttoria è di rilevanza comunitaria.

Si ritiene anzi che le argomentazioni dell'ADM confermino un'apprezzabile lesione dei principi di concorrenza e massima partecipazione di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016, in quanto per stessa ammissione dell'ADM la formulazione dei requisiti di capacità economico finanziaria è stata tarata in modo tale da restringere la possibilità di partecipazione alla gara ai soli players in grado di produrre un fatturato di significativa entità, la cui individuazione non pare sia stata supportata da elementi idonei a comprovarne l'effettiva necessità.

A ciò si aggiunga la scelta operata di suddividere l'affidamento in soli due lotti di grandi dimensioni e valore economico (vestiario con importo a base di gara di 17,7 milioni di euro e calzature, con importo a base di gara di 3,4 milioni di euro), fatto - anche questo - che non risulta adeguatamente motivato, tenuto conto delle disposizioni dell'art. 51 del d.lgs. 50/2016.

Tale norma prevede, infatti, che nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti debbano suddividere gli appalti in lotti funzionali o prestazionali. Le stazioni appaltanti inoltre devono motivare la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica.

L'art. 51 del d.lgs. 50/2016 chiarisce inoltre che «*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*».

Nel caso di specie non si rinvencono motivazioni della suddivisione da parte dell'ADM in soli 2 lotti né nella determina a contrarre né nel bando né nel disciplinare di gara.

Nelle controdeduzioni l'ADM ha chiarito che per quanto riguarda il lotto 1 gli articoli riguardano un unico lotto sotto articolato in tre sottogruppi: vestiario operativo; vestiario per climi rigidi; - vestiario per climi caldi.

Per l'ADM «*L'esigenza di non ripartire i sottogruppi in ulteriori lotti, nasce dalle necessità di garantire uniformità di fornitura in presenza di un numero di pezzi da assegnare al personale decisamente contenuto e dalle caratteristiche simili. Al contrario di altre procedure espletate da altre Amministrazioni e/o Enti, come ad esempio l'Arma dei Carabinieri, la Polizia di Stato etc, si è*

notato che nel corso del medesimo anno è facile individuare diverse procedure di approvvigionamento per vestiario. Ciò con molta probabilità è ragione della numerosità di uomini/donne e delle specialità che tali istituzioni hanno al proprio interno e, in parte, anche alle diverse caratteristiche tecniche presenti a parità di articolo (es. "pantaloni") da qui la facilità alla suddivisione in lotti. Tali caratteristiche o specialità non sono rinvenibili nei fabbisogni dell'Agenzia, tenuto conto anche del numero di personale da approvvigionare».

Si ritiene che le argomentazioni dell'ADM non valgano a giustificare l'adeguatezza dei lotti ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. 50/2016 in primo luogo perché, dalle stesse dichiarazioni dell'ADM, il personale destinatario delle forniture non risulta così esiguo.

Ulteriormente occorre rilevare che le medesime argomentazioni dell'ADM, nonché l'esame delle tipologie e delle caratteristiche del diverso materiale vestiario da approvvigionare e le relative quantità, come evincibile dal capitolato tecnico di gara, inducono a ritenere che, quantomeno per le forniture di cui al lotto 1, le stesse potevano essere suddivise almeno in tre lotti diversi (vestiario operativo, vestiario per climi rigidi, vestiario per climi caldi), anziché essere ricomprese in un unico lotto del valore di 17,7 milioni di euro.

Analogo ragionamento potrebbe farsi valere per il lotto n. 2 relativo alle calzature, che in base agli atti di gara sono suddivise in calzature operative, calzature per climi rigidi e calzature per climi caldi.

L'intento di voler limitare la partecipazione alla procedura da parte delle piccole e medie imprese sembrerebbe desumersi anche da quanto affermato dalla stessa ADM, la quale, come sopra evidenziato, ha dichiarato che la procedura di gara è stata così strutturata al fine di permettere la partecipazione ai soli maggiori players del mercato.

Quanto all'astratta possibilità di costituire un RTI o di ricorrere all'avvalimento, prevista nei documenti di gara, si ritiene che ciò non escluda vulnus al principio del favor participationis, in quanto la costituzione di un RTI o il ricorso all'avvalimento richiedono la volontà di ricorrere a tali strumenti da parte di tutti gli operatori economici coinvolti e pertanto potrebbe non essere sufficiente la volontà di ricorrere a tali strumenti della singola impresa (Tar Lazio, Sez. II, 26.11.2017, n. 1345).

4. Anche la richiesta del requisito di capacità tecnica di aver eseguito nell'ultimo triennio almeno 2 forniture di vestiario di importi pari alla base d'asta del lotto di riferimento suscita una qualche perplessità sia per quanto concerne la non dimostrata effettuazione di un'opportuna ed adeguata analisi del mercato di riferimento, sia per quanto concerne l'adeguatezza e la proporzionalità di tale requisito, soprattutto se letta in combinato disposto con il requisito del fatturato, nei termini sopra illustrati.

Sempre con riguardo al requisito di capacità tecnica, anche a seguito dei chiarimenti forniti dall'ADM nelle controdeduzioni permangono inoltre non chiare le motivazioni per cui le pregresse forniture effettuate nei confronti di soggetti pubblici o privati siano state circoscritte alla sola forma giuridica di società per azioni.



5. Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria era stato inoltre osservato come gli atti di gara non indicassero in maniera chiara e precisa i quantitativi e le tempistiche della fornitura, almeno nei termini prospettati dall'ADM, che implicano una lettura in combinato disposto del disciplinare e del capitolato di non immediata comprensione.

Infatti, dallo specchio n. 7 a pag. 8 e 9 del capitolato non risulta che il 50% della fornitura deve essere consegnato entro 120 giorni, in quanto vengono indicati, per ciascun articolo, i quantitativi della dotazione iniziale, i quantitativi dei rinnovi ed il totale da acquistare nei 5 anni, e non tutti gli articoli prevedono una dotazione iniziale pari al 50% della fornitura (es. polo a manica lunga per cui vi è una dotazione iniziale di 16 mila unità, un rinnovo pari a 24 mila unità ed un totale in 5 anni di 40 mila unità).

Per quanto riguarda la consegna entro 120 giorni dalla rilevazione delle misure, il disciplinare all'art. 3.1. rubricato "Durata" prevede che *«Si precisa che durata dell'appalto è fissata in 60 mesi, ragione per cui sono state previste le sostituzioni delle dotazioni come indicato a pag. 8 e seguenti del capitolato tecnico; resta inteso che la prima consegna delle uniformi complete di accessori (Lotto 1 e Lotto 2) dovrà avvenire entro e non oltre 120 giorni dalla rilevazione misure, in linea con la stagione di prossimo riferimento, previo accordo con il cronoprogramma che verrà stabilito con il direttore dell'esecuzione... Le tempistiche delle successive consegne saranno concordate con il direttore dell'esecuzione. La consegna dei beni avverrà a cura e spese del contraente (comprensive delle operazioni di facchinaggio, carico, scarico e trasporto al piano)».*

Tale disposizione non appare chiara in primo luogo per quanto riguarda il luogo e le modalità della rilevazione delle misure. In proposito l'AGCM, nel provvedimento n. 30053 del 1 marzo 2022² ha evidenziato che «secondo quanto riferito dalle Parti, un'altra caratteristica del settore che incide sulla capacità dell'offerta di rispondere alla domanda pubblica è la richiesta da parte delle stazioni appaltanti di rilevare in loco le misure per le divise. Nel corso del procedimento, tutte le Parti hanno rappresentato come la rilevazione delle misure incida notevolmente sulla capacità dell'azienda di partecipare alle procedure, alla luce dei costi legati a tale attività, specialmente quando ciò impone degli oneri di trasferta e un investimento in termini di tempo e risorse umane da dedicare».

Il disciplinare appare inoltre generico e non chiaro per quanto riguarda la tempistica delle successive consegne, che non sono legate ad un cronoprogramma fissato negli atti di gara, bensì lasciato alla discrezionalità del direttore dell'esecuzione.

Relativamente alla scarsa chiarezza in merito al luogo ed alle modalità della rilevazione delle misure, nelle controdeduzioni ADM ha affermato che la scelta operata non sarebbe in contrasto con il provvedimento dell'AGCM del 1° marzo 2022.

La scelta operata all'art. 3.1. del Disciplinare deriverebbe dal fatto che l'ADM *«a) conscia dell'incidenza di detta attività in termini di costi per l'operatore economico che sceglie di partecipare a una procedura di questo tipo; b) valutata la possibilità di rispetto alla capacità dell'azienda di partecipare alle procedure per il rilievo misure in loco e della possibilità di adottare dei software o altri strumenti con la medesima finalità; non ha voluto dettare indicazioni al*

² Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - 1846 - Gare per la fornitura di vestiario professionale e accessori tecnici-Provvedimento n. 30053 adunanza del 1° marzo 2022, punto 24.

riguardo proprio per non incidere sui costi fissi degli operatori economici partecipanti e scongiurare l'eventualità che si potesse incoraggiare una politica di prezzi al ribasso in termini di offerte presentate e scarsa qualità».

L'ADM nelle controdeduzioni ha inoltre rappresentato che un cronoprogramma dettagliato non è stato definito in quanto il Rup e il Dec si sarebbero riservati di elaborare in maniera condivisa con l'aggiudicatario le tempistiche delle consegne, a valle delle reali e contestuali esigenze di unità di personale in servizio.

Sempre relativamente al cronoprogramma, l'ADM nelle controdeduzioni ha evidenziato che in fase di offerta sarebbe stata chiesta agli operatori la presentazione di una campionatura corredata da numerosi rapporti di prova e documenti. Come previsto nel documento "Campionatura da presentare e documenti" l'ADM si sarebbe riservata la facoltà di verificare, in qualsiasi momento nel corso della procedura di gara, la veridicità di quanto autodichiarato/presentato, anche attraverso l'invio dei campioni o dei tessuti a laboratori accreditati per l'effettuazione di prove tecniche a spese dell'offerente, nei casi in cui ciò si fosse reso necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura.

L'ADM ha dichiarato che tale verifica potrebbe essere disposta nel corso della gara o all'esito dell'aggiudicazione come verifica ulteriore dei requisiti, o nel corso dell'esecuzione, motivo per cui in fase di gara la stazione appaltante non ha ritenuto opportuno indicare ulteriori dettagli in merito al cronoprogramma delle attività.

Si ritiene che tali argomentazioni relative alla campionatura (che attiene alle caratteristiche qualitative dei prodotti offerti ed alla corrispondenza con le specifiche tecniche) siano inconferenti rispetto alla mancata predisposizione, nei documenti di gara, di un preciso cronoprogramma delle attività.

Anche l'argomentazione per cui al momento dell'indizione della gara l'ADM non era in possesso di dati precisi circa le tempistiche e l'entità del personale da assumere, non fa che avvalorare l'indeterminatezza e la genericità della legge di gara, che potrebbe aver reso difficoltosa una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta da parte degli operatori economici.

Per quel che riguarda la dotazione generale riportata nello specchio 7 a pag. 8 e 9 del capitolato tecnico, l'ADM nelle controdeduzioni ha rappresentato che molti dei capi prevedono la seconda fornitura e altri, come per esempio i pantaloni, felpa, zuccotto, basco, berretto, fazzoletto, cinturone, pettorine varie, etc., la sola dotazione iniziale, mentre per altri capi è prevista una seconda fornitura con rinnovo totale, per altri ancora il rinnovo prevede una quantità leggermente inferiore alla prima. Ciò perché costituiscono capi intercambiabili tra loro (es. polo manica lunga per il personale maschile e femminile, polo manica corta per il personale maschile e femminile, T-shirt unisex). A supporto di quanto asserito, l'ADM ha evidenziato che questi ultimi articoli prevedono nello specchio 7 tutti una dotazione iniziale di 16.000 capi e un rinnovo di 24.000, per un totale di 40.000. Per quel che concerne le calzature lotto 2, il rinnovo alla seconda fornitura è totale.

Si ritiene che anche tali argomentazioni non valgano a superare il rilievo relativo alla scarsa chiarezza, negli atti di gara, in merito ai quantitativi ed alle tempistiche di consegna, che possono aver inciso sul calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara,



rendendo difficoltosa la formulazione di un'offerta corretta, adeguata e consapevole, determinando, anche sotto tale aspetto, una restrizione della concorrenza ed una lesione al principio della par condicio.

Da ultimo, si evidenzia che la limitazione della concorrenza e della massima partecipazione discendente dalle richieste formulate in ordine al requisito del fatturato configurato negli atti della gara ai fini suddetti e dall'incertezza degli atti di gara per come sopra evidenziato, paia, in concreto, essere fortemente avvalorata dal fatto che, in un mercato caratterizzato, comunque, dalla presenza di più operatori economici, nella gara in questione risultano essere state presentate solamente due offerte per il lotto 1 (vestiario) ed una sola offerta per il lotto 2 (calzature).

In base alle risultanze istruttorie e per quanto innanzi considerato, il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, nell'adunanza dell'8 febbraio 2023

DELIBERA

l'istruttoria effettuata ha consentito di riscontrare, nella procedura di gara indetta dall'Agenzia delle Accise, Dogane e Monopoli con determinazione del 19 maggio 2022, avente ad oggetto la fornitura di materiale di vestiario e calzature, il mancato rispetto dei principi comunitari di libera concorrenza, par condicio e massima partecipazione, recepiti dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016, in quanto:

- è stato richiesto, quale requisito di capacità economica e finanziaria, un fatturato minimo superiore al doppio dell'importo a base di gara, in assenza di idonee e documentate motivazioni e non rispettando, pertanto, le disposizioni di cui all'art. 83 comma 5 del d.lgs. 50/2016;
- l'appalto è stato suddiviso in soli due lotti di significativa entità, senza che sia emersa un'adeguata motivazione in ordine all'adeguamento del relativo valore per garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese al fine di favorire la concorrenza nell'osservanza della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, non rispettando pertanto le disposizioni dell'art. 51 del d.lgs. 50/2016;
- il capitolato ed il disciplinare di gara presentano elementi di indeterminazione ed approssimazioni, che, unitamente alle criticità sopra evidenziate, possono ostare ad un'adeguata e ponderata valutazione di convenienza indispensabile per la corretta e consapevole elaborazione di un'offerta da parte degli operatori economici;
- dà mandato al competente Ufficio dell'Autorità di trasmettere la presente delibera all'Agenzia delle Accise, Dogane e Monopoli ai fini delle valutazioni e delle iniziative di competenza.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio

Il Segretario

Laura Mascali

Atto firmato digitalmente