



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1046

DEL 13 novembre 2019

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dalla Soc. Citypost S.p.A. – Affidamento del servizio di elaborazione, stampa, imbustamento, postalizzazione e relativa rendicontazione degli atti emessi dal Dipartimento Entrate Tributarie per IMU – TARI - ICP – Importo a base di gara: euro 180.000,00 - S.A.: Comune di Messina
PREC 166/19/S

Affidamento servizi postali – Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa – Servizi identici

Nell'ipotesi in cui, per dimostrare la capacità tecnica dell'operatore economico, la *lex specialis* richieda il previo svolgimento di servizi identici, il requisito dell'identità dei servizi deve essere chiaramente espresso, rispondere a un precipuo interesse pubblico e trovare giustificazione nelle caratteristiche tecniche del servizio oggetto di gara.

Prescrizioni di gara chiare ed univoche – Sono vincolanti per l'operatore economico e per l'amministrazione –Modifica – Atto formale

A fronte di una prescrizione di gara chiara ed univoca nel suo significato e come tale vincolante sia per gli operatori economici sia per l'Amministrazione (*id est* per la Commissione di gara), in virtù del principio del *contrarius actus*, ogni successiva modifica deve essere disposta mediante un atto formale, soggetto a pubblicazione e con riapertura dei termini per la presentazione delle offerte.

Art. 83 d.lgs. 50/2016

Considerato in fatto

Con istanza di parere acquisita al prot. n. 66638 del 22 agosto 2019 la Soc. Citypost S.p.A. ha contestato la legittimità dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa previsti dalla *lex specialis* di gara ed in particolare: 1) il fatturato globale delle annualità 2016/2017/2018 non inferiore a euro 500.000,00 iva esclusa svolta presso Pubbliche amministrazioni o enti pubblici e di euro 500.000,00 iva esclusa 2016/2017/2018 specifico dell'appalto; 2) l'elenco delle principali forniture e dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari pubblici; 3) la richiesta di n. 20 addetti



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

da destinare alla consegna dei plichi; 4) la richiesta di n. 2 punti di smistamento logistico della posta presenti sul territorio di Messina.

Ha inoltre rilevato la mancata pubblicazione dei flussi storici di invio e di destinazione della corrispondenza (CAP), facendone discendere l'impossibilità di formulare un'offerta consapevole. Con nota prot. 83050 del 21 ottobre 2019 è stato comunicato l'avvio del procedimento e sono pervenute le memorie.

Ritenuto in diritto.

In via preliminare si rappresenta che la mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara da parte dell'istante non assume rilevanza ai fini del rilascio del parere atteso che oggetto della contestazione sono i requisiti di partecipazione (*id est* clausole immediatamente escludenti) stabiliti dalla *lex specialis*; si ricorda che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella recente pronuncia 26 aprile 2018 n. 4, ha chiarito che è legittimato all'impugnazione degli atti di gara anche l'operatore economico che non ha presentato la domanda di partecipazione quando oggetto d'impugnazione siano clausole immediatamente escludenti, quali devono intendersi i requisiti di ammissione. In tal senso, peraltro, non ha alcuna rilevanza la circostanza, rappresentata dall'Amministrazione, che sono state presentate regolari offerte da parte di altri operatori economici.

Sul fatturato globale e specifico.

In riferimento ai requisiti di capacità economico finanziaria, il capitolato di gara, all'art. 18, lett. b), richiede un fatturato globale delle annualità 2016/2017/2018 non inferiore a euro 500.000,00 iva esclusa, svolta presso Pubbliche amministrazioni o enti pubblici e di euro 500.000,00 iva esclusa 2016/2017/2018 specifico dell'appalto.

In sede procedimentale, la stazione appaltante ha rappresentato che "l'importo è stato determinato considerando l'importo globale delle annualità 2016/2017/2018 a fronte dell'importo di euro 180.000 della gara in oggetto tenuto conto che il concetto del servizio *de quo* è stato considerato analogo e non identico".

Le giustificazioni fornite non consentono di ritenere conforme alla normativa di settore il predetto requisito di capacità economico-finanziaria.

Invero, l'art. 83 del d.lgs. 50/2016 nel codificare, al comma 2, il principio di matrice giurisprudenziale secondo il quale 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, ha previsto, al comma 4, che per gli appalti di servizi e forniture, ai fini



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

della verifica circa il possesso della capacità economico-finanziaria, le stazioni appaltanti possono richiedere *“a) 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 precisa, tuttavia, che il fatturato minimo annuo richiesto *“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”*.

Ebbene, nel rammentare, prioritariamente, che sulla base delle citate disposizioni codicistiche le amministrazioni possono richiedere, a dimostrazione della solidità economico-finanziaria degli operatori, un importo di fatturato minimo annuo e di fatturato minimo specifico non superiore al doppio dell’importo posto a base di gara, va sottolineato che, in ogni caso, detta richiesta deve essere sempre accompagnata da una specifica motivazione. Peraltro, nell’ipotesi in cui l’importo richiesto superi il doppio dell’importo posto a base di gara, come previsto dalla norma e chiarito dal Consiglio di Stato, è necessario che siano fornite *“motivazioni relative a rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento”* (Cons. Stat., sez. III, 19 gennaio 2018, n. 357).

Nel caso di specie, anche a voler prescindere dal fatto che è stato previsto, come requisito, un fatturato globale e specifico (e non un fatturato minimo annuo e specifico minimo annuo), in ogni caso, dal complesso della documentazione di gara non risulta che la previsione dell’importo del fatturato sia stata accompagnata da alcuna motivazione; né tantomeno sono state fornite specifiche spiegazioni circa il superamento del doppio del valore stimato dell’appalto.

Il disallineamento tra la durata dell’appalto (un anno) e il periodo di riferimento del requisito (tre anni) non consente, infatti, alle amministrazioni di superare, in via automatica, il limite del valore del doppio dell’importo a base di gara. L’Autorità ha recentemente chiarito che l’art. 83, comma 5, del d.lgs. 50/2016, *“allo scopo di implementare il favor participationis, dispone che il fatturato vada quantificato considerando il “periodo di riferimento” dell’appalto, vale a dire la sua durata massima prevista nella lex specialis di gara, ed in ogni caso tenendo presente la soglia del doppio del valore stimato dell’affidamento. Ciò comporta che nel caso - come quello in esame - in cui il “periodo di riferimento” dell’appalto sia disallineato rispetto al periodo di riferimento dei requisiti, l’Amministrazione, dopo avere determinato l’ammontare annuo del fatturato in relazione all’importo annuale stimato per l’appalto, tenga conto altresì della durata complessiva dell’affidamento per determinare il limite massimo del valore del fatturato richiesto nel triennio precedente (che, in ogni caso, non può eccedere il doppio del valore complessivo dell’appalto calcolato in relazione alla totale durata).”* (Deliberazione A.N.AC. n. 501 del 5 giugno 2019).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Pertanto, nel caso di specie, l'Amministrazione avrebbe dovuto fornire una specifica motivazione circa la previsione del requisito del fatturato e, in considerazione del superamento della soglia del doppio del valore posto a base di gara, fornire motivazioni relative a rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento.

Peraltro, la limitazione delle attività computabili ai fini del raggiungimento della soglia di 500.000,00 euro appare lesiva della concorrenza oltre che ingiustificata. Non si comprende, infatti, quali siano le ragioni che hanno spinto l'Amministrazione a restringere la platea dei concorrenti ai soli operatori economici che hanno svolto precedenti servizi per conto di pubbliche amministrazioni e, dunque, a richiedere lo svolgimento di servizi identici; se è vero che la funzione assolta dai requisiti di capacità economica e finanziaria è quella di garantire la solidità e l'affidabilità economica dei potenziali contraenti, non assume alcuna rilevanza la veste pubblica o privata degli affidatari delle precedenti commesse.

A nulla vale la precisazione fornita dall'Amministrazione nelle memorie circa il fatto che *“il concetto del servizio de quo è stato considerato analogo e non identico”*. Infatti, a fronte di una prescrizione di gara chiara ed univoca nel suo significato e come tale vincolante sia per gli operatori economici sia per l'Amministrazione (*id est* per la Commissione di gara), in virtù del principio del *contrarius actus*, ogni successiva modifica deve essere disposta mediante un atto formale, soggetto a pubblicazione e con riapertura dei termini per la presentazione delle offerte. Ciò a garanzia dell'evidenza pubblica da dare ai requisiti di accesso alla gara, onde evitare che i concorrenti si autodeterminino alla partecipazione o meno sulla base di prescrizioni di bando non conformi a norma.

Sui servizi svolti nel triennio precedente.

Analoghe considerazioni valgono anche per i requisiti di capacità tecnico-organizzativa: il menzionato art. 18 del Capitolato richiede, infatti, un elenco delle principali forniture e dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari pubblici.

Si ricorda che l'art. 83, comma 6, del d.lgs. 50/2016 stabilisce che le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti atti a “garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità” e l'allegato XVII del Codice prevede che la capacità tecnico-organizzativa dei concorrenti possa essere provata mediante “un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati”.

Con specifico riferimento al settore dei servizi postali, l'Autorità, nella Determinazione n. 3 del 9 dicembre 2014 con cui ha approvato le *“Le linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali”* ha previsto che i bandi di gara possono richiedere quale requisito di capacità tecnica



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

“l’aver svolto negli ultimi tre anni, servizi analoghi a quelli oggetto dell’appalto, da provare attraverso la presentazione dell’elenco dei relativi principali servizi prestati. In proposito l’Autorità ha chiarito che il concetto di servizio analogo non va interpretato nel senso di servizio identico, ma come similitudine tra le prestazioni, tenuto conto che l’interesse pubblico sottostante è l’apertura del mercato attraverso l’ammissione alla gara di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità”.

Si consideri, inoltre, che nell’ipotesi in cui, per dimostrare la capacità tecnica dell’operatore economico, la *lex specialis* richieda il previo svolgimento di servizi identici, il requisito dell’identità dei servizi deve essere chiaramente espresso, rispondere a un precipuo interesse pubblico e trovare giustificazione nelle caratteristiche tecniche del servizio oggetto di gara (Consiglio di Stato, decisione 4170/2015). Nel caso di specie, non sembrano ricorrere né particolari interessi pubblici da tutelare né specifiche caratteristiche tecniche del servizio tali da differenziarlo in maniera importante e significativa rispetto a quello svolto per conto di committenti privati.

Appare, quindi, irragionevole e distorsivo della concorrenza limitare ai soli servizi identici, ovvero quelli svolti per conto di committenti pubblici, le attività dichiarabili dall’operatore economico ai fini della qualificazione; si ripete, peraltro, che laddove l’Amministrazione avesse inteso il requisito in termini di servizio analogo, ovvero svolto anche per committenti privati, avrebbe dovuto modificare, con un atto formale, gli atti di gara.

Sull’organico da destinare al servizio e sui punti di smistamento logistico

Con riferimento alla richiesta dell’organico minimo, le citate Linee guida dell’ANAC, pur facendo salva la facoltà dell’Amministrazione di indicare valori differenti a seguito di un’analisi delle caratteristiche del servizio e del territorio da coprire, suggeriscono la seguente proporzione “un addetto ogni 120 mila pezzi di posta ordinaria da spedire nell’arco dell’anno; un addetto ogni 30 mila pezzi di posta raccomandata da spedire nell’anno”.

Nella procedura in oggetto, tale proporzione non appare rispettata, in quanto viene richiesto un organico di 20 addetti a fronte della consegna a mezzo raccomandata di soli 60 mila plichi.

La Stazione appaltante, nelle memorie, ha motivato tale scelta segnalando che “la consegna dei plichi (60.000) può avvenire in un solo lotto in tempi ristretti per la consegna degli avvisi di accertamento e tenuto conto della conformazione del territorio comunale con una popolazione di quasi 240.000 abitanti, dislocati su 67 frazioni comunali (villaggi) oltre il centro cittadino, la consegna non può che avvenire con un numero stimato di almeno 20 addetti”.

Ebbene, è noto il principio giurisprudenziale, fatto proprio dall’Autorità, secondo cui le valutazioni tecniche dell’Amministrazioni sono sindacabili solo nel caso di manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In forza di tale principio e tenuto conto di quanto previsto dalle Linee guida in materia di affidamento dei servizi postali, le motivazioni fornite dall'Amministrazione sembrano giustificare una richiesta di organico maggiore rispetto a quella ivi suggerita; tuttavia non può sottacersi che il numero di addetti richiesti (n. 20), 10 volte superiore a quello della stima (n. 2 addetti), appare imporre agli operatori economici un onere sovrabbondante e sproporzionato rispetto alle esigenze manifestate dall'Amministrazione e restringere irragionevolmente la platea dei potenziali concorrenti.

Con riferimento, invece, alla disponibilità di due punti di smistamento logistico nel territorio del Comune di Messina, ritenuta eccessiva dall'istante, le circostanze manifestate dall'Amministrazione circa la dislocazione del territorio comunale e la necessità di agevolare l'utenza nel ritiro dei plichi inesitati connotano la richiesta in termini di ragionevolezza e proporzionalità.

Sui flussi storici di invio e destinazione della corrispondenza

L'istante rileva che la stazione appaltante non ha reso pubblici i flussi storici di invio e destinazione della corrispondenza (CAP) diversificati per tipologie di prodotti postali e per le diverse grammature di peso, impedendo, in tal modo, la formulazione di una offerta seria.

Sul punto, si richiamano ancora una volta le «Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali» che, al par. 4, prevedono che *«Tenuto conto che spesso la carenza di informazioni impedisce ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole, si ritiene che le stazioni appaltanti debbano indicare, nel bando di gara, i flussi storici di invio e di destinazione della corrispondenza (Cap) diversificati per le tipologie di prodotti postali (es. posta massiva e posta raccomandata) e per le diverse grammature (peso dell'invio). Ciò risulta particolarmente importante quale che sia la modalità di gara prescelta»*. (vd. anche delibera Anac n. 714 del 23 luglio 2019).

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che:

- i requisiti relativi al fatturato globale e specifico e all'elenco dei principali servizi svolti nel triennio precedente non sono conformi alla normativa dettata dal d.lgs. 50/2016 e risultano lesivi della concorrenza;
- il numero di addetti richiesti dal Capitolato di gara grava i concorrenti di un onere sovrabbondante e sproporzionato rispetto alle esigenze manifestate dall'Amministrazione; appare giustificata, invece, la richiesta di due punti di smistamento logistico.
- l'omessa indicazione, negli atti di gara, dei flussi storici di invio e di destinazione della corrispondenza non consente ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 novembre 2019
Il segretario Rosetta Greco