



DELIBERA n. 506

del 23 giugno 2021

Parere ai sensi dell'art. 211 comma 1-ter del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50

Fasc. Anac UVSF 2494/2021

Oggetto: Procedura aperta suddivisa in 12 lotti per la conclusione di un accordo quadro per la fornitura di vestiario ed equipaggiamento per il personale dell'Aeronautica Militare per il triennio 2021-22-23 – S.A. Aeronautica Militare. SIMOG 8108637

Riferimenti normativi

art. 83, d.lgs. 50/2016 art.211, comma

1-ter, d.lgs. 50/2016

art. 49, d.lgs. n. 56/2017

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

l'articolo 211 comma 1-ter, primo periodo, d.lgs. n. 50/2016 che attribuisce all'Autorità, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del Codice, il potere di emanare, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, parere motivato nel quale indicare specificamente i vizi di legittimità riscontrati;

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;

VISTO

l'articolo 211 comma 1-ter, secondo periodo, d.lgs. n. 50/2016 che attribuisce all'Autorità la legittimazione ad agire in giudizio se la stazione appaltante non si conforma al parere motivato reso ai sensi del primo periodo della richiamata norma, entro il termine assegnato, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione;

VISTO

il Regolamento Anac sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. n. 50/2016, approvato con delibera 572 del 13 giugno 2018 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 17 luglio 2018, che ha individuato i casi e le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali l'Anac esercita i poteri di legittimazione attiva attribuita dalle sopra richiamate disposizioni;

VISTA

la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture.

Premessa

Con nota acquisita al prot. Anac n.43495 del 31.5.2021 è pervenuto un esposto dell'O.e. (...*Omissis*...) relativo alla procedura aperta posta in essere dall'Aeronautica Militare avente ad oggetto un accordo quadro per la fornitura di vestiario ed equipaggiamento per il personale dell'Aeronautica Militare per il triennio 2021-22-23.

Tra i presunti profili di anomalia rappresentati, veniva segnalato come l'appalto, del valore complessivo per i 12 lotti stimato pari a € 13.604.312,34, richiedesse per la partecipazione il requisito di avere un fatturato nell'ultimo triennio di oltre il triplo del valore complessivo di ogni singolo lotto.

Tramite la documentazione fornita dall'esponente e quella pubblicata sul profilo di committente della S.A. Aeronautica Militare è stato possibile riscontrare quanto segue.

Fatto

Con determina a contrarre n. 125 del 06/04/2021, l'Amministrazione ha deliberato il necessario approvvigionamento di capi di vestiario ed equipaggiamento per le esigenze operative, logistiche e formative degli EE/DD/RR di F.A. per il triennio 2021-2023.

Veniva fissato per i requisiti di capacità economica e finanziaria (punto 7.2 del Disciplinare di gara) il criterio di un fatturato minimo specifico annuo medio, riferito agli ultimi n. 3 esercizi finanziari disponibili, non inferiore agli importi indicati nella tabella 2 dello stesso disciplinare (punto 7.2.) pari al 100,00 % del valore del lotto; tale requisito veniva richiesto dalla S.A. con la specifica, alquanto generica, "tenuto conto dell'entità, della complessità, della specificità dell'appalto e della necessaria esperienza ed affidabilità che devono possedere gli operatori economici che intendono partecipare alla presente gara".

In data 27 giugno 2021 l'O.e. (...*Omissis*...) inviava una nota alla S.A. in cui chiedeva la modifica in autotutela degli importi previsti al punto 7.2 "Requisiti di Capacità Economica e Finanziaria" del Disciplinare di Gara. Con tale nota l'O.e., inoltre, indicava alla S.A. che "essendo l'Aeronautica il principale committente di tute da volo in Italia con questo meccanismo (il triplo di capacità rispetto agli ordini) alla prossima gara nessuno avrebbe avuto i requisiti per partecipare da qui la stringente illogicità della clausola". L'iniziativa dell'O.e., tuttavia, non faceva recedere la S.A. Aeronautica Militare dal ritenere adeguate le sue richieste relative ai requisiti ex art.83 del d.lgs 50/2016 e contenuto al punto 7.2. del Disciplinare di gara.

Diritto

Sia pure premettendo che l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità nella previsione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, va rammentato che tale scelta è sindacabile laddove sia irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto la discrezionalità della P.A. non è stata correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 27.12.2018, n. 7268; Id., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440).

Nel caso sottoposto dall'esponente O.e. relativo al lotto 3, si ritiene che, a fronte di un importo triennale a base di gara pari ad € 1.634.441,81, sia irragionevole e sproporzionata (oltre che non motivata, come si preciserà successivamente) la richiesta di un fatturato globale e specifico minimo annuale relativo al triennio 2018-2020 che supera complessivamente (vale a dire, sommando l'importo "minimo" previsto per le singole annualità considerate) il valore stimato dell'appalto. In particolare, per il fatturato specifico la predetta soglia viene superata di due terzi, avendo la stazione appaltante richiesto un importo annuale minimo di € 1.634.441,81 che nel triennio richiesto comporta un importo complessivo minimo di € 4.903.325,43. Tale scelta effettuata dalla S.A., in particolare, contrasta con la formulazione testuale dell'art. 83, comma 5, in seguito alla modifica apportata dal correttivo al codice dei contratti pubblici, e con la sua ratio.

Infatti, l'art. 49 del d.lgs. n. 56/2017, nell'ambito del primo periodo del comma 5 dell'art. 83 ("il fatturato minimo annuo richiesto ai sensi del comma 4, lettera a) non può comunque superare il doppio del valore stimato dell'appalto") ha inserito l'inciso "calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso". Come precisato nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo "correttivo", la predetta integrazione al dettato normativo esige "nel caso in cui le stazioni appaltanti richiedano, come requisito, un fatturato minimo annuo, che questo sia calcolato in relazione al periodo di riferimento dell'appalto".

Pertanto, la disposizione de qua, 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, e 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).

Una diversa interpretazione della disposizione de qua porterebbe, da un lato, ad una sostanziale disapplicazione dell'inciso introdotto dal correttivo, dall'altro, all'elusione del principio di proporzionalità e del "favor participationis", vale a dire di quegli stessi principi che il legislatore sia nazionale che europeo hanno inteso preservare attraverso la previsione di un limite quantitativo alla richiesta del fatturato.

D'altra parte, la scelta del legislatore di prevedere un preciso limite quantitativo per la richiesta del fatturato, pur rappresentando una novità introdotta dal Codice del 2016, appare coerente sia con le indicazioni della giurisprudenza formatasi sotto la vigenza dell'art. 41 del d.lgs. n. 163/2006 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2006, n. 348; Id., sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7460), che con le posizioni espresse da questa Autorità (cfr. Parere n. 222 del 22 dicembre 2015; Delibera n. 40 del 19 dicembre 2013; Parere n. 36 del 26 febbraio 2014; Parere n. 149 del 20 giugno 2014; Parere n. 95 del 13 maggio 2010), che avevano individuato nel doppio del valore stimato dell'appalto il limite massimo del fatturato richiedibile. Inoltre, l'interpretazione in chiave pro-concorrenziale del comma 5 dell'art. 83 appare coerente con le previsioni della direttiva 2014/24/UE (considerando n. 83 e art. 58, par. 3).

Oltre a quanto dianzi rilevato, appare ulteriormente dirimente il vizio relativo al difetto di motivazione della decisione dell'Amministrazione di richiedere un fatturato annuo minimo. Tale obbligo (rectius onere) è stato espressamente previsto dall'art. 83, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, in coerenza con la statuizione di cui all'art. 58, par. 3, della direttiva 2014/14/UE (secondo cui "l'amministrazione aggiudicatrice indica i motivi principali di tale requisito nei documenti di gara o nella relazione unica di cui all'articolo 84").

Come chiarito dal Consiglio di Stato (sez. III, 19 gennaio 2018, n. 357), in capo alla stazione appaltante incombe sia l'onere di motivare la scelta di richiedere un fatturato minimo (globale e specifico) "indipendentemente dal rispetto o no del limite del doppio del valore stimato dell'appalto", 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, poiché in questo caso occorre dare ragione della sussistenza di "circostanze adeguatamente motivate relative a rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento".

Nel caso di specie, si ritiene che l'amministrazione aggiudicatrice abbia assolto solo in modo formale ed apparente l'onere motivazionale ma non abbia esternato, in relazione alle caratteristiche del servizio da affidare e del mercato di riferimento, il percorso logico-giuridico seguito in ordine alla scelta dei requisiti di fatturato minimo globale e specifico e quindi le specifiche ragioni, sempre avuto riguardo all'oggetto dell'appalto, in base alle quali è stata individuata una determinata soglia (cfr. Cons. Stato, cit., n. 357/2018).

Osservazioni

Per quanto sopra indicato, risulta essersi quindi configurata la fattispecie di grave violazione individuata dall'art. 6 comma 2 lett. h) del Regolamento Anac sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 commi 1-bis e 1-ter del d.lgs. 50/2016, ovvero la prescrizione di un fatturato minimo per la partecipazione annuale pari a tre volte il valore di ogni singolo lotto quale dimostrazione della capacità economico – finanziaria dell'offerente.

Con riferimento alla capacità economico-finanziaria negli appalti di servizi e forniture, l'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 introduce, rispetto al previgente art. 41 del d.lgs. n. 163/2006, una serie di prescrizioni nell'ottica di implementare il rispetto del principio del "favor participationis".

Innanzitutto, viene codificato il principio di matrice giurisprudenziale (cfr. ex multis Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8914; Id., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 2304) 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 (art. 83, comma 2). Inoltre, pur prevedendo che le amministrazioni possano richiedere il possesso di un fatturato (sia globale che specifico) minimo "annuo" (laddove il previgente codice si riferiva al fatturato complessivo del triennio considerato e non a quello annuale), il nuovo codice introduce due limiti espressi alla discrezionalità della P.A.:

- il primo è di carattere quantitativo e comporta che il fatturato richiesto non può superare il doppio del valore stimato dell'appalto;
- il secondo limite, invece, è di carattere sistematico e comporta la necessità di motivare in modo adeguato la scelta di prevedere criteri di selezione connessi al fatturato di impresa, nonché di motivare in modo ancora più rigoroso la previsione di una soglia di fatturato superiore al limite quantitativo di cui si è detto.

Nel caso in esame, si ritiene che la stazione appaltante non abbia rispettato né il limite quantitativo né quello motivazionale previsti espressamente dal legislatore.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono si può affermare che il criterio di calcolo utilizzato dalla S.A. per la definizione dei livelli minimi di fatturato richiesti per la partecipazione alla gara (punto 7.2. del disciplinare) è contrario anche allo spirito, espresso dalle direttive comunitarie in materia di appalti e dallo stesso d.lgs. 50/2016, di ampliare il più possibile la platea di partecipanti qualificati ed in particolare le piccole imprese, in quanto la ratio espressa dall'art.83 del d.lgs. 50/2016 è proprio quella di perseguire un opportuno contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato e il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche.

Tali considerazioni valgono quale indicazione dei rimedi da adottare ai sensi dell'art. 8 comma 1 del Regolamento Anac sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 commi 1-bis e 1-ter del d.lgs. 50/2016.

Sulla base di quanto sopra rappresentato, il Consiglio

DELIBERA

- la S.A. Aeronautica Militare risulta avere ingiustificatamente richiesto, ai partecipanti alla gara in epigrafe, requisiti minimi di capacità economico – finanziaria il cui importo risulta sovra dimensionato alle reali esigenze di gara senza, altresì, aver adeguatamente motivato tale sua scelta discrezionale;

- si è quindi configurata la fattispecie di grave violazione individuata dall'art. 6 comma 2 lett. h) del Regolamento Anac sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 commi 1-bis e 1-ter del d.lgs. 50/2016, ovvero la richiesta di requisiti di capacità economico- finanziaria che contrastano nella loro quantificazione, per ogni singolo lotto, con le prescrizioni dell'art. 83 del d.lgs. 50/2016 tendenti a favorire, nei limiti e con le modalità sopra descritte, la più ampia partecipazione degli operatori interessati. Per di più tale scelta non risulta essere stata adeguatamente motivata dall'Amministrazione,

così come sarebbe stato obbligatorio fare per giustificare una tale sovra dimensionata quantificazione di detti requisiti;

- dà mandato all'Ufficio istruttore di trasmettere il presente parere motivato alla S.A. Aeronautica Militare – Ufficio Generale Centro di responsabilità Amministrativa, al fine di segnalare ai sensi dell'art. 211, comma 1-ter, d.lgs. n. 50/2016 le riscontrate gravi violazioni delle norme in materia di contratti pubblici, così come illustrate nella parte in diritto;

- assegna alla stessa S.A. il termine di 60 giorni per conformarsi al presente parere, con avvertenza che, in mancanza, l'Autorità potrà essere legittimata ad impugnare gli atti che si assumono illegittimi;

- ai sensi dell'art. 13 del Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. 50/2016 dispone la pubblicazione del presente parere motivato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Il Presidente

Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 luglio 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente