



DELIBERA N. 395

30 luglio 2024.

Oggetto

Istanza presentata da _OMISSIS_ - Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per l'affidamento del servizio di tesoreria comunale. S.A. _OMISSIS_.

UPREC/PRE/196 /2024/S/PREC

Riferimenti normativi

Artt. 10 comma 2 e 3; 100 comma 11 e 12 D.lgs.36/2023

Parole chiave

Appalto pubblico di servizi – requisiti speciali- requisiti di capacità finanziaria – patrimonio netto- legittimità

Massima

La clausola del bando che prevede la necessità di dimostrare per la partecipazione alla gara il possesso di un patrimonio netto di gran lunga superiore al doppio dell'importo del contratto è illegittima perché viola l'art. 100 comma 11 e 12;

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 luglio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 73192 del 26 giugno 2024, con cui la società _OMISSIS_S.p.a. chiede di verificare la legittimità del bando di gara nella parte in cui prevede quale requisito di



capacità economico finanziaria a pena di esclusione il possesso di un patrimonio netto pari a € 20.000.000,00 (venti milioni di euro);

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 77408 del 4 luglio 2024;

VISTE le memorie trasmesse dalle parti e consultati gli atti di gara;

Rilevato che il Comune indiceva una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di tesoreria comunale da svolgersi da luglio 2024 a dicembre 2027 di importo pari a €116.200,00, ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett. b) del Codice, da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo tramite piattaforma digitale e invitava l'istante a partecipare;

Considerato che il disciplinare all'art. 9 lett. b), tra i requisiti speciali di capacità economico finanziaria, richiedeva il possesso di un patrimonio netto annuo iscritto in bilancio negli ultimi tre esercizi disponibili non inferiore a € 20.000.000,00 (euro venti milioni/00);

Rilevato che l'istante contesta la previsione del bando in considerazione dell'entità del corrispettivo globale del contratto in affidamento che su base mensile risulta pari a €2.766,00 nonché in relazione al valore annuale pari a € 33.199,92; ne sostiene l'illegittimità per contrarietà al principio di tassatività dei requisiti di partecipazione nonché la sproporzione rispetto all'oggetto dell'appalto; chiede dunque la revisione della lex specialis di gara che impedisce la sua partecipazione a causa della clausola contestata; inoltre riferisce di aver tentato di interpretare il chiesto requisito come riferito a tutto il triennio invece che a un'unica annualità e di aver chiesto chiarimenti in merito alla stazione appaltante da cui ha ottenuto risposta negativa, giacché il Comune ha ribadito la volontà di riferire il requisito a una sola annualità;

Considerato che l'articolo 100 del D.lgs.36/2023 indica i requisiti speciali che la stazione appaltante può richiedere all'operatore economico in relazione all'oggetto dell'appalto. In particolare, il comma 11 tratteggia una disciplina transitoria in sostanziale continuità con quanto previsto dal D.lgs.50/2016 e prevede che, nelle more dell'adozione del regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC, per la qualificazione dell'operatore economico nelle procedure di appalto di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere, come requisito di capacità tecnica professionale, di aver eseguito, nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura, contratti analoghi a quello in affidamento, anche a favore di soggetti privati; mentre, come requisito della capacità economica finanziaria, può essere richiesto un fatturato globale non superiore al doppio del valore dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura;

Considerato che comma 12 dello stesso articolo dispone che la stazione appaltante non può prevedere ulteriori requisiti di partecipazione, salvo la richiesta di specifici impegni sociali volti a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato, l'applicazione dei contratti collettivi nazionale e territoriali di settore nonché le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa, le cui modalità di adempimento l'operatore economico deve indicare nell'offerta;

Come conferma la lettura della normativa resa da un recente Comunicato del Presidente ANAC (Fasc. 4314/2023 – (URCP 63/2023), a proposito della richiesta di certificazione di qualità per la partecipazione, il comma 12 dell'art.100 possiede una inequivocabile finalità di semplificazione e chiarimento (cfr. Relazione al Codice) in ragione della quale le stazioni appaltanti possono espressamente richiedere solo ed esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dallo stesso



articolo, con l'unica eccezione di cui al successivo art. 102 (obblighi occupazionali) o da leggi speciali; il criterio della tassatività dei requisiti speciali in materia di servizi e forniture è ulteriormente confermato al punto 6.3, il bando tipo n. 1/2023;

Appare quindi evidente l'intento del legislatore di prescrivere un limite netto alla discrezionalità dell'Amministrazione di imporre ai candidati requisiti di partecipazione ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti; *"In tal senso, la disciplina legislativa dei requisiti di qualificazione appare inderogabile, perché il comma 12 dell'art. 100 del D. Lgs. n. 36/2023 (completando quanto stabilito dall'art 10, comma 2, dello stesso testo legislativo) stabilisce che le stazioni appaltanti "richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti" nel medesimo art. 100"* (vd. Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 15 marzo 2024, n. 386);

Considerato che il patrimonio netto è principalmente composto dal capitale sociale cui vanno sommate riserve e utili non distribuiti, richiederlo nella misura di venti milioni di euro è requisito, non solo normativamente non contemplato, ma notevolmente sproporzionato, soprattutto se si considera il Codice consente di esigere il fatturato maturato nel triennio precedente l'indizione della procedura nella misura massima del doppio a base d'asta; la previsione deve ritenersi quindi illegittima per violazione dell'art. 100, commi 11 e 12 del d.lgs. n. 36/2023.

In merito alle controdeduzioni dell'ente appaltante, si ritiene che la tipologia del contratto in oggetto non giustifichi eccezioni ai principi generali previsti dalla normativa vigente e la necessità di procurarsi maggiori garanzie non sembra legittimare l'imposizione di un onere di tale peso, in quanto la discrezionalità esercitata dall'amministrazione nel caso di specie è proporzionale al fine specifico di perseguire il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso alla gara.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, la clausola di cui all'art. 9 lett. b) del disciplinare nella gara in oggetto sia da ritenersi illegittima in quanto contraria alle previsioni di cui all'art. 100, commi 11 e 12. La stazione appaltante è tenuta, pertanto, alla riedizione della procedura emendandola del requisito censurato.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1 del Codice, qualora la Stazione appaltante non intendesse conformarsi al parere dovrà comunicare, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che potrà proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 agosto 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente