

Parere n. 128 del 25/07/2012

PREC 77/12/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società Pulitori ed Affini S.p.A.– “Affidamento del servizio di pulizia dell’Ente, comprensivo della fornitura di prodotti ed attrezzature per il triennio 2012-2014 ovvero per mesi 36 dalla data di inizio servizio. Possibilità di rinnovo per un massimo di ulteriori 36”–. Importo a base d'asta €397.950,00 – S.A.: Opera Pia Dr. Domenico Uccelli – Cannobio (VB).

Indice di indipendenza finanziaria. Art. 41 comma 2 D.Lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 27 febbraio 2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale la Società Pulitori ed Affini S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dalla stazione appaltante IPAB Opera Pia Dr. Domenico Uccelli per aver dichiarato di non possedere il requisito di cui all’art. 5 lett. I) del disciplinare di gara, previsto per l’ammissione alla gara sia nel bando sia nel disciplinare.

Con determina dirigenziale n. 49 del 13.03.2012, l’appalto è stato aggiudicato in via definitiva alla ditta Miorelli Service S.p.A..

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 10 aprile 2012, la stazione appaltante e la ditta controinteressata hanno presentato memorie e documenti.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell’esclusione dalla gara in oggetto, disposta, per le ragioni evidenziate in fatto, nei confronti della ditta Pulitori ed Affini S.p.a.

Il disciplinare di gara, all’art. 5, sotto la rubrica “Requisiti di partecipazione”, alla lett. I) richiede “l’indice medio di indipendenza finanziaria desumibile dai dati dell’ultimo bilancio approvato non inferiore a 0,40. Per indice di indipendenza finanziaria si intende il rapporto tra capitale proprio (totale voce A del Passivo dello Stato Patrimoniale) e il capitale di terzi (coincidente con la somma dei totali delle voci “B”, “C”, “D” ed “E” del Passivo dello Stato patrimoniale) negli ultimi tre esercizi (2008-2009-2010)”.

L’art. 41 D.Lgs. 163/2006, sotto la rubrica “Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi”, al comma 2 stabilisce che “2. Le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere”.

La norma espressamente consente all'Amministrazione di richiedere nel bando di gara i requisiti di capacità economico-finanziaria ritenuti utili ai fini del corretto e soddisfacente adempimento degli obblighi contrattuali, riconoscendo alla P.A. piena discrezionalità. Naturalmente, la disposizione va letta in senso costituzionalmente orientato ai valori dell'imparzialità, della par condicio, della buona amministrazione (congruità, logicità e proporzionalità del requisito).

A tal proposito, la giurisprudenza ha sempre sostenuto che l'amministrazione ha un'ampia discrezionalità nell'introdurre nei bandi di gara di appalti pubblici requisiti di partecipazione anche più rigorosi di quelli prescritti dalla legge, purché non discriminanti ed abnormi rispetto alle regole proprie del settore. In altre parole, la lex specialis di gara può pretendere l'attestazione di requisiti di capacità diversi ed ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, ciò rientrando nell'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione finalizzato a dare corretta attuazione ai principi di imparzialità e buon andamento predicati dall'art. 97 Cost. (cfr. da ultimo Consiglio di Stato sez. V 02 febbraio 2012, n. 564; T.A.R. Roma Lazio sez.II 07 ottobre 2010 n. 32717).

Ai fini della verifica della correttezza dell'operato dell'Amministrazione qui in esame, occorrerà pertanto valutare se il requisito dell'indice di indipendenza finanziaria, così come posto nel disciplinare di gara, vada o meno esente dai rilievi di irragionevolezza ed arbitrarietà sollevati dall'istante società Pulitori ed Affini S.p.A..

In primo luogo, l'istante evidenzia che l'indice, così come richiesto dalla stazione appaltante, "non considera le poste attive di un'impresa: non sono considerate le immobilizzazioni, i crediti, le attività finanziarie, le liquidità".

Tuttavia, occorre osservare, che l'indice di indipendenza finanziaria è diretto ad appurare quale sia l'entità del capitale di rischio, ossia quello apportato dalla proprietà aziendale, se rapportato al capitale di terzi. Lo scopo risulta quello di verificare l'effettivo equilibrio delle fonti patrimoniali e l'effettiva autonomia patrimoniale dell'azienda, per scongiurare il rischio di indebitamento e di conseguente insolvenza della medesima. In buona sostanza, l'indice richiesto mira a verificare la solidità patrimoniale dell'azienda in quanto accerta l'esistenza di ottimali rapporti tra capitale proprio e capitale di terzi e, in ultima analisi, la sufficiente capitalizzazione dell'azienda. In tal senso è irrilevante la composizione degli investimenti (attivo patrimoniale), siano essi rappresentati da crediti, immobilizzazioni, attività finanziarie o qualsivoglia attività. Ciò in quanto non si ha di mira la verifica del corretto rapporto tra impieghi e fonti di finanziamento, ma l'autonomia patrimoniale dell'impresa a garanzia della stazione appaltante.

Sostiene poi l'istante che il requisito privilegierebbe le cooperative in danno delle società di capitali. Anche questo assunto è infondato e smentito in fatto, posto che, tra l'altro, aggiudicataria dell'appalto non è una cooperativa, ma una società di capitali.

Evidenzia l'istante che l'indice richiesto non è proporzionato al tipo di appalto (importo modesto, servizio semplice per il quale non sono richiesti ingenti investimenti, costi per lo più rappresentati dalle spese di manodopera fronteggiabili con la cessione dei crediti). Anche questi rilievi non sono fondati. Infatti, la scelta dell'amministrazione di imporre una barriera di accesso finanziaria è pienamente giustificata dall'esigenza di non voler trasferire su di sé l'onere del rischio di insolvenza - per la difficoltà all'accesso al credito in caso di squilibrio finanziario - delle aziende che sono con essa legate da vincoli negoziali.

Inoltre, l'importo a base d'asta non risulta affatto modesto, in considerazione del fatto che il contratto, efficace nel triennio 2012-2014, è prorogabile di ulteriori 36 mesi, per un valore complessivo pari a €795.900,00 più IVA, somma sicuramente rilevante per una IPAB.

L'amministrazione ha, quindi, correttamente preteso il possesso di un indice di indipendenza finanziaria che le potesse assicurare, nel tempo, una congrua garanzia di affidabilità finanziaria della ditta appaltatrice.

Inoltre, tale requisito non costituiva uno sbarramento in assoluto, potendo essere oggetto di avvalimento ex art. 49 D.Lgs. 163/2006, come peraltro espressamente consentito dall'art. 6 del Disciplinare di gara.

Si aggiunga che l'indice richiesto (0,40) riporta un valore medio-basso di autonomia finanziaria e che esso è richiesto come indice medio degli ultimi tre esercizi e dunque non preclude la partecipazione alla gara di imprese che in un dato esercizio si trovino in una situazione di squilibrio finanziario che impone il ricorso a fonti di finanziamento di terzi.

La circostanza, poi, che nella procedura aperta in questione siano state presentate solo tre offerte valide è del tutto irrilevante e non significa affatto che ciò sia dipeso dal requisito richiesto dalla stazione appaltante.

Infine, sostiene l'istante che l'indice di indipendenza finanziaria era del tutto superfluo in considerazione del fatto che la ditta Pulitori ed Affini S.p.A. è abilitata all'esecuzione di appalti nella fascia E (L. 82/1994 e art. 2 comma 1 lett. C) D.M. 274/1994) e, pertanto, risulta in possesso di requisiti di capacità tecnico-organizzativa e di solidità economico-finanziaria che la abilitano all'esecuzione di appalti di importo anche superiore. Tuttavia, il possesso dei pre-criteri da parte dell'azienda e la sua idoneità ad operare nella fascia E, non preclude alla stazione appaltante di porre ulteriori requisiti che, peraltro, non risultano posseduti dalla medesima azienda, a dimostrazione della differente natura e finalità che i pre-criteri e l'indice di indipendenza finanziaria si propongono.

Da ultimo, l'istante riferisce che la giurisprudenza amministrativa ha visto con sfavore la richiesta, da parte della stazione appaltante, di un elevato patrimonio netto in un appalto di pulizie, risultando il requisito di ammissione manifestamente sproporzionato rispetto all'oggetto ed al valore dell'appalto (TAR Lazio, Roma, sez. II ter, n. 1821/2006). Anche questa osservazione è priva di fondamento, posto che l'oggetto del requisito richiesto non è il livello di patrimonializzazione espresso in termini assoluti, bensì l'equilibrio tra il capitale proprio e il capitale di terzi.

Conclusivamente, in conformità ai principi costituzionali e del trattato UE, si deve ritenere che l'indice di indipendenza finanziaria qui in esame, apposto dalla stazione appaltante nel disciplinare di gara, sia legittimo in relazione all'art. 41 comma 2 D.Lgs. 163/2006 e che la discrezionalità amministrativa non sia affetta da vizi di illogicità, arbitrarietà, inutilità o superfluità, nonché sia rispettosa del principio di proporzionalità, il quale esige che ogni requisito individuato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti. Il concreto esercizio del potere discrezionale è dunque funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal pubblico incanto.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il requisito dell'indice di indipendenza finanziaria posto dalla stazione appaltante Opera Pia Dr. Domenico Uccelli nell'art. 5 lett. I) del Disciplinare di gara sia legittimo ai sensi dell'art. 41 comma 2 D.Lgs. 163/2006 e non viziato da eccesso di potere,

essendo stata la discrezionalità amministrativa contenuta nei parametri della logicità, proporzionalità e adeguatezza.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 luglio 2012

Il Segretario Maria Esposito