

PARERE N. 180 DEL 24/10/2012

PREC 206/12/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. - "Affidamento del servizio di cassa e deposito" - S.A.: Cassa conguaglio per il settore elettrico.

Requisiti di capacità economico-finanziaria - patrimonio sociale netto - principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 14 settembre 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale la Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. ha chiesto un parere in merito alla legittimità del bando di gara pubblicato dalla Cassa conguaglio per il settore elettrico per l'affidamento triennale del servizio di cassa e deposito, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La società istante, che non ha presentato domanda di partecipazione, contesta il contenuto della *lex specialis* di gara, nella parte in cui include tra i requisiti di ammissione l'avere un " *patrimonio netto, risultante dall'ultimo bilancio approvato, non inferiore a 8.000.000.000 (otto miliardi) di euro*". A suo avviso, un siffatto requisito di capacità economico-finanziaria sarebbe irragionevole e sproporzionato, tenuto conto che:

- *il valore dell'appalto, per il quale non è previsto corrispettivo fisso a base d'asta, dovrebbe essere quantificato in euro 1.000.000 (valore ricavabile, in via presuntiva, dall'importo di euro 100.000 della garanzia fideiussoria richiesta all'aggiudicatario dal paragrafo III.1.1. del bando, dal momento che l'art. 113 del Codice dei contratti pubblici stabilisce che la cauzione definitiva deve essere pari al 10% dell'importo contrattuale);*

- *il distinto ed ulteriore requisito del rapporto tra patrimonio ed attività ponderate per il rischio ("Core Tier 1, pari almeno al 9% al 31 marzo 2012"), anch'esso prescritto dal disciplinare di gara per l'ammissione, costituirebbe una sufficiente garanzia della solidità e solvibilità dell'istituto bancario;*

- *il patrimonio netto richiesto dal bando sarebbe circa quattro volte superiore alla giacenza media annua depositata presso il cassiere, quantificata negli stessi atti di gara in euro 2.200.000.000;*

- *in occasione dell'ultima gara esperita per l'affidamento del medesimo servizio (nel 2010), la Cassa conguaglio per il settore elettrico avrebbe richiesto un valore minimo di patrimonializzazione pari ad euro 2.000.000.000, quattro volte inferiore a quello indicato nella procedura controversa;*

- i bandi di gara pubblicati negli ultimi anni da enti pubblici di analoghe dimensioni (I.N.P.S., I.N.P.D.A.P., Cassa conguaglio g.p.l.) avrebbero richiesto un patrimonio netto minimo molto inferiore. La stazione appaltante, formalmente avvisata con nota di questa Autorità del 20 settembre 2012, ha trasmesso documenti ed una memoria difensiva nella quale ribadisce la legittimità del bando di gara.

Ritenuto in diritto

Il quesito all'esame dell'Autorità riguarda il bando di gara pubblicato il 27 luglio 2012 dalla Cassa conguaglio per il settore elettrico, per l'affidamento triennale del servizio di cassa e deposito.

La Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. non ha presentato offerta, in quanto priva di uno dei requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti dalla *lex specialis* di gara. Quest'ultima limitava la partecipazione agli istituti di credito in possesso dei seguenti requisiti minimi:

1) " *Patrimonio netto, risultante dall'ultimo bilancio approvato, non inferiore a 8.000.000.000 (otto miliardi) di euro*";

2) " *Rating pari ad almeno BBB da parte di Standard & Poor's e Fitch al 17 luglio 2012*"

3) " *Core Tier 1, pari almeno al 9% al 31 marzo 2012*".

Il primo dei requisiti, che imporrebbe ai concorrenti di dimostrare una patrimonializzazione *circa quattro volte superiore alla giacenza media annua depositata presso il cassiere*, è contestato sotto il profilo della violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Le doglianze sollevate dalla Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. sono infondate.

Per costante orientamento della giurisprudenza amministrativa e di questa Autorità, le stazioni appaltanti possono fissare, nell'ambito della propria discrezionalità, requisiti di qualificazione tecnica ed economica più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, non limitino indebitamente l'accesso alla procedura di gara e siano giustificate da esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto (cfr. A.V.C.P., parere 15 aprile 2010 n. 76; Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2304; Id., sez. IV, 15 settembre 2006 n. 5377).

L'adeguatezza e la proporzionalità dei requisiti richiesti dal bando di gara vanno, dunque, valutate con riguardo all'oggetto dell'appalto ed alle sue specifiche peculiarità, cosicché la richiesta di un determinato requisito va correlata al concreto interesse dell'amministrazione a contrattare con imprese affidabili.

Deve inoltre aversi riguardo all'intera platea degli operatori economici che potenzialmente sarebbero ammessi alla gara, specialmente quando la rilevanza e l'importo economico dell'appalto possono suscitare un interesse transfrontaliero.

Nella fattispecie, la stazione appaltante ha dimostrato che, entro il termine del 12 settembre 2012, sono pervenute tre valide offerte (Unicredit s.p.a., Gruppo Intesa San Paolo s.p.a. e Monte dei Paschi di Siena s.p.a.) e che, alla data del 31 dicembre 2011, almeno 18 istituti di credito europei potevano vantare un patrimonio netto superiore a 8.000.000.000 di euro (fonte: *Bankers Almanac*).

Sul piano oggettivo, l'importanza del servizio da affidare è di immediata percezione.

La Cassa conguaglio per il settore elettrico raccoglie, per conto dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, una quota parte (circa il 5%) del gettito delle bollette di elettricità e gas, per un volume finanziario prossimo a 4.000.000.000 di euro annui, e provvede alla gestione finanziaria dei fondi incassati ed all'erogazione di contributi ed incentivazioni per gli operatori del settore e per gli utenti finali, attraverso oltre 50 conti correnti.

Proprio l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas aveva invitato la stazione appaltante, con nota scritta del 27 giugno 2012, ad innalzare i requisiti di solidità finanziaria per la partecipazione alla nuova gara, suggerendo un *Core Tier 1 Capital* al 9% delle attività ponderate per il rischio ed un incremento dell'indicatore relativo al patrimonio societario netto, rispetto alla precedente gara per l'affidamento biennale del servizio.

Nelle proprie controdeduzioni, la stazione appaltante ha altresì spiegato le concrete ragioni giustificatrici della scelta operata, individuandole nella consistenza finanziaria della giacenza media annua (superiore a 2.200.000.000 euro) e nelle crescenti criticità del sistema bancario europeo (dovute, tra l'altro, ad inadeguati livelli medi di capitalizzazione degli istituti di credito).

Né il valore dell'appalto può riduttivamente desumersi dall'importo della cauzione definitiva fissata nel bando di gara, come pretenderebbe la società istante. L'affidamento del servizio di tesoreria si sostanzia, infatti, in una concessione di servizi che resta assoggettata alla disciplina del Codice dei contratti pubblici solo nei limiti specificati dall'art. 30 che, per quanto qui interessa, non pone l'obbligo di prestare la cauzione definitiva nella misura percentuale indicata all'art. 75 dello stesso Codice (cfr. in questo senso A.V.C.P., parere 22 giugno 2011 n. 118; Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2011 n. 3377).

Infine, va considerato che prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, la stazione appaltante ha risposto ad un quesito avanzato dalla Banca Nazionale del Lavoro s.p.a., chiarendo che il bando avrebbe consentito la dimostrazione del requisito di patrimonializzazione anche mediante avvalimento all'interno di un gruppo creditizio: la società istante, che avrebbe potuto avvalersi del patrimonio societario netto della capogruppo B.N.P. Paribas, proprio a tale scopo ha richiesto in data 31 agosto 2012 una proroga del termine per la presentazione dell'offerta, richiesta che è stata però correttamente respinta dalla stazione appaltante in ossequio al principio della *par condicio* ed alla perentorietà del termine di partecipazione fissato dal bando.

Per quanto detto, i requisiti di capacità economico-finanziaria imposti dalla Cassa conguaglio per il settore elettrico non potevano dirsi affetti da irragionevolezza e sproporzione, specialmente con riguardo alla posizione soggettiva della Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. che, per sua stessa ammissione, era in grado di soddisfare sia i parametri di *Rating* e *Core Tier 1 (autonomamente)*, che il parametro del patrimonio societario netto (mediante contratto di avvalimento con la controllante B.N.P. Paribas).

Ne discende la legittimità, per tale profilo, del bando di gara che non appare arbitrariamente restrittivo della concorrenza, ma unicamente ispirato a far valere le suesposte legittime istanze precauzionali a tutela dell'interesse pubblico.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che la Cassa conguaglio per il settore elettrico ha legittimamente richiesto, nel bando per l'affidamento triennale del servizio di cassa e deposito, la dimostrazione della capacità economico-finanziaria attraverso un patrimonio netto, risultante dall'ultimo bilancio approvato, non inferiore a 8.000.000.000 di euro.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 ottobre 2012

Il Segretario Maria Esposito