

Parere n.43 del 16/9/2014

PREC 65/14/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 Cooperativa Macchia - Procedura aperta per l'affidamento del "Servizio di pulizia degli immobili di proprietà comunale e/o condotti in locazione dall'Ente" - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta: euro 301.120,00 IVA esclusa - S.A.: Comune di Polignano a Mare

Art. 39 d.lgs. n. 163/2006. Iscrizione all'Albo delle imprese artigiane o al Registro delle imprese per attività di pulizia e di sanificazione.

Art. 42 d.lgs. n. 163/2006. Fatturato nel triennio non proporzionato.

Art. 43 d.lgs. n. 163/2006. Certificazione di qualità e misure equivalenti di garanzia della qualità.

Art. 286, comma 3 del d.P.R. n. 207/2010. Fattori ponderali.

Il Consiglio

Considerato in fatto

Il Comune di Polignano a Mare ha pubblicato, in data 7 febbraio 2014, il bando relativo alla gara alla procedura aperta di cui all'oggetto con selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Con riguardo a detto bando, la Società Cooperativa Macchia ha richiesto un parere a questa Autorità in merito alla legittimità delle disposizioni, concernenti il possesso dei requisiti di seguito elencati ovvero relative alla valutazione delle offerte, ritenute limitative della partecipazione alla gara medesima: 1) iscrizione all'Albo delle imprese artigiane o al Registro delle imprese per attività di pulizia e di sanificazione, purché in possesso di classificazione in "fascia d)", ai sensi dell'articolo 3 del d.m. 7 luglio 1997, n. 274 (art. 9, punto 2, del bando); 2) fatturato relativo al triennio antecedente l'indizione di gara (2010 - 2011 - 2012) per la gestione di servizi di pulizia presso committenti pubblici, comunque non inferiore ad € 900.000,00 (Iva esclusa), pari a € 300.000,00 iva esclusa per ciascun anno (art. 9 punto 11 b) del bando); 3) possesso, al momento dell'indizione di gara, di un locale idoneo quale sede operativa da utilizzare ai fini dell'appalto entro 70 Km dal Comune di Polignano a Mare (art. 9, punto 20 del bando); 4) possesso di un sistema di qualità aziendale certificato e conforme alle UNI EN ISO 9001: 2008 per l'attività oggetto dell'appalto, nonché della certificazione SA 8000 circa la responsabilità sociale dell'impresa e della certificazione UNI CE EN ISO 14000 (art. 9, punto 9 del bando); 5) assegnazione di 70 punti all'offerta tecnica e 30 all'offerta economica (art. 15 del bando).

Con memoria del 31 marzo 2014 la stazione appaltante ha confutato punto per punto le doglianze della cooperativa istante.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto del presente esame concerne la legittimità della *lex specialis* di gara predisposta dal Comune di Polignano per l'affidamento del servizio di pulizia degli immobili comunali e/o condotti in locazione dall'ente, che l'istante contesta per le ragioni evidenziate in fatto.

La gara di cui trattasi è relativa alla gestione integrata del servizio di pulizia degli immobili comunali e/o condotti in locazione dall'Ente nonché del servizio affissionistico e di attacchinaggio, laddove la società cooperativa istante ripetutamente appare limitare l'appalto di che trattasi al solo servizio di pulizia non menzionando il servizio affissionistico.

Ciò posto, con riferimento al primo profilo di censura relativo al requisito richiesto della iscrizione all'Albo delle imprese artigiane o al Registro delle imprese per attività di pulizia e di sanificazione in possesso di classificazione in "fascia d" ai sensi del d.m. n. 274/1997, occorre rilevare che l'art. 3 del citato d.m., recante il Regolamento di attuazione degli articoli 1 e 4 della L. 25 gennaio 1994, n. 82, per la disciplina delle attività di pulizia, di disinfezione, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione, stabilisce che "1. Le imprese di pulizia, ai fini della partecipazione secondo la normativa comunitaria alle procedure di affidamento dei servizi di cui all'articolo 1 della legge 25 gennaio 1994, n. 82, sono iscritte, a domanda, nel registro delle imprese o nell'albo delle imprese artigiane, secondo le seguenti fasce di classificazione di volume di affari al netto dell'IVA: a) fino a 100.000.000 di lire; b) fino a 400.000.000 di lire; c) fino a 700.000.000 di lire; d) fino a 1.000.000.000 di lire; e) fino a 2.000.000.000 di lire; f) fino a 4.000.000.000 di lire; g) fino a 8.000.000.000 di lire; h) fino a 12.000.000.000 di lire; i) fino a 16.000.000.000 di lire; l) oltre 16.000.000.000 di lire.

2. L'impresa viene classificata in base al volume di affari, al netto dell'IVA, realizzato mediamente nell'ultimo triennio, o nel minor periodo di attività, comunque non inferiore a due anni. La classe di attribuzione è quella immediatamente superiore al predetto importo medio. Nel caso della prima fascia l'importo medio deve essere almeno di 60.000.000 di lire.

3. Ai fini dell'inserimento nella relativa fascia di classificazione, l'impresa deve rispondere, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 25 gennaio 1994, n. 82, anche ai seguenti ulteriori requisiti economico-finanziari: a) avere fornito nel periodo di riferimento almeno un servizio di importo non inferiore al 40 per cento, ovvero almeno due servizi di importo complessivo non inferiore al 50 per cento, ovvero almeno tre servizi di importo complessivo non inferiore al 60 per cento, dell'importo corrispondente alla fascia inferiore a quella per la quale chiede l'iscrizione; per l'inserimento nella prima fascia le predette percentuali vanno applicate all'importo massimo della stessa fascia; b) avere sopportato, per ciascuno degli anni di riferimento, salvo quanto disposto al comma 5, un costo complessivo, per il personale dipendente, costituito da retribuzione e stipendi, contributi sociali e accantonamenti ai fondi di trattamento di fine rapporto, non inferiore al 40 per cento dei costi totali, ovvero al 60 per cento di detti costi se svolge esclusivamente attività di pulizia e di disinfezione....". In sostanza, il decreto consente l'attribuzione di una classe immediatamente superiore all'importo medio realizzato dall'impresa.

E' di tutta evidenza come tale classificazione si basi su mere presunzioni di idoneità tecnico-economica di un'impresa ad una certa gara in ragione dell'esistenza di situazioni o indici astrattamente individuati dal legislatore, cui, sempre in via astratta, viene ricondotta l'idoneità alla partecipazione alle gare.

Proprio in ragione di quanto considerato, non può dubitarsi che sussiste in capo all'Amministrazione aggiudicatrice il potere di determinazione dei requisiti di partecipazione ad una singola gara in relazione alla specifico oggetto della stessa, rientrando nel suo potere discrezionale la possibilità di fissare requisiti di partecipazione anche molto rigorosi e superiori rispetto a quelli previsti dalla legge, pretendendo anche l'attestazione di requisiti di capacità diversi ed ulteriori dalla semplice iscrizione nell'apposito elenco (Cons. di Stato, Sez. V, 1 giugno 2001, n. 2973; 31 dicembre 2003, n. 9305; 22 ottobre 2004, n. 6968; Sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442), fermo il rispetto dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità (con specifico riferimento al d.m. di cui è questione: T.A.R. Lazio, sezione 1 bis, 19 aprile 2005 n. 2885). La scelta di fissare specifici e più stringenti requisiti di ammissione o di partecipazione ad una gara pubblica rispetto a quelli minimi stabiliti dalla legge o a quelli presuntivamente risultanti dalla certificazione di iscrizione in un elenco ufficiale di prestatore di servizi, ai fini della dimostrazione dell'adeguatezza, rispetto alla specifica gara in questione, della capacità economico-finanziaria posseduta dai concorrenti, è frutto di ampia discrezionalità che impinge nel merito dell'azione amministrativa e conosce, per la sua stessa natura, limiti anche alla possibilità di sindacato giurisdizionale.

Nel caso di specie l'Amministrazione ha previsto, quale specifico requisito di partecipazione alla gara per l'affidamento biennale dei servizi di pulizia (nonché affissionistico e di attacchinaggio) per un valore a base d'asta (biennale) di euro 301.120.00, il possesso dell'iscrizione alla fascia di classificazione "d" di cui al d.m. n. 274 del 1997, correlata all'importo di euro 516.456,90.

La precedente fascia, la "c", di cui al citato d.m. - per la quale è iscritta la cooperativa istante - corrisponde alla fascia di classificazione per un volume di affari (nel triennio) fino ad euro 361.519,83, inferiore quindi all'importo complessivo dell'appalto, che è parametrato sul biennio.

Già sulla base del mero raffronto numerico tra l'importo a base d'asta e la fascia di classificazione richiesta quale requisito di ammissione, non sembrano potersi ravvisare nella scelta dell'Amministrazione profili di palese irrazionalità o arbitrarietà o irragionevolezza, risultando congruo e ragionevole prendere a riferimento, ai fini della individuazione della fascia di classificazione necessaria per la partecipazione alla gara, l'importo complessivo della stessa, per poi richiedere una fascia di classificazione corrispondente a un fatturato capiente rispetto a tale importo.

Pertanto, posto che viene in rilievo, nella fattispecie in esame, l'appalto per un servizio biennale, e posto che le fasce di classificazione vengono determinate sulla base del volume di affari realizzato mediamente dall'impresa nell'ultimo triennio, è ravvisabile una piena corrispondenza tra la capacità economico-finanziaria dell'impresa - come presuntivamente attribuita attraverso la fascia di iscrizione secondo le predette modalità - e la previsione del bando di gara che individua la fascia di classificazione necessaria per la partecipazione alla gara avuto riguardo all'importo complessivo dell'appalto, riferito alla durata biennale del servizio.

In definitiva, la richiesta del possesso della classificazione in "fascia d" appare coerente

con l'importo posto a base d'asta biennale.

Considerazioni diverse vanno espresse con riferimento alla seconda disposizione di bando contestata dalla società cooperativa istante e concernente la richiesta, quale requisito di capacità economico - finanziaria, di un fatturato non inferiore a 900.000,00 euro nell'ultimo triennio. Infatti, da un lato, detto fatturato risulta richiesto con specifico riferimento alla "gestione di servizi di pulizia presso committenti pubblici", dall'altro la stazione appaltante, a giustificazione della prescrizione contestata, rileva che l'appalto in questione presenta caratteristiche peculiari poiché, come già ricordato, contempla, oltre al servizio di pulizia, il servizio affissionistico. Tuttavia, il fatturato richiesto è riferito espressamente ai soli servizi di pulizia, laddove invero l'appalto ricomprende anche altri servizi. Per tale ragione, il richiesto requisito in effetti si appalesa illogico e non proporzionato e, quindi, idoneo a restringere in maniera indebita e non ragionevole la concorrenza.

Quanto alla terza questione, concernente la richiesta di un locale idoneo quale sede operativa entro 70 km dal Comune di Polignano a Mare, il rilievo di parte istante appare fondato.

L'Autorità si è più volte pronunciata censurando la prassi, seguita da diverse stazioni appaltanti, di inserire nei bandi di gara clausole non conformi ai principi sanciti dal Trattato UE e richiamati dall'art. 2 del Codice dei contratti pubblici, con particolare riferimento ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Tra queste, la prassi di inserire nel bando di gara clausole volte a riconoscere la preferenza per le imprese operanti nel territorio in cui si dovrà svolgere l'appalto, che il più delle volte risulta illegittima in quanto destinata a tradursi nell'ingiustificato privilegio accordato ad operatori economici locali (AVCP, parere n. 97 del 7 maggio 2014; 20 febbraio 2013 n. 15; Id., deliberazione 7 novembre 2012 n. 95; Id., parere 20 maggio 2009 n. 62; Id., parere 15 gennaio 2009 n. 2).

Un quarto rilievo, questa volta infondato, investe la prescrizione di gara a mente della quale è richiesta la produzione di 3 certificazioni aziendali. La società istante correla la non adeguatezza e proporzionalità della prescrizione al carattere "ordinario" del servizio di pulizia, che "non presenta carattere particolarmente delicato", laddove, come è stato già più volte ricordato, l'appalto in questione si presenta peculiare poiché contempla, oltre al servizio di pulizia, il servizio affissionistico, di particolare e specifico interesse per l'amministrazione poiché volto all'incameramento dei c.d. diritti di affissione.

In tema di appalti pubblici, la certificazione di qualità aziendale rientra nell'alveo dei requisiti soggettivi, ancorché di carattere tecnico, essendo finalizzata ad assicurare l'espletamento del servizio da parte dell'impresa secondo un livello minimo di prestazioni accertato da un organismo qualificato, sulla base di parametri rigorosi delineati a livello internazionale che valorizzano l'organizzazione complessiva dell'attività e l'intero svolgimento delle diverse fasi. L'art. 43 del Codice dei contratti pubblici ammette la richiesta di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità. Il citato articolo prevede, comunque, che la stazione appaltante ammetta anche altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici (in tal senso: Cons. di Stato, Sez. V, 21 novembre 2013, n. 5375).

Nel caso di specie, la stazione appaltante, nella propria memoria, dichiara di riconoscere tale possibilità, sulla base del citato art. 43, alle imprese che non possiedono le certificazioni richieste.

Infine, la richiesta di parere investe la *lex specialis* nella parte in cui dispone che all'offerta tecnica siano assegnati 70 punti e 30 a quella economica in quanto gli esposti fattori ponderali non sarebbero conformi alle vigenti disposizioni normative di riferimento.

Il rilievo della società istante non è condivisibile.

Fermo restando il principio generale per cui la distribuzione dei "pesi" (fattori di incidenza) rientra nella attività discrezionale dell'amministrazione, che, pacificamente, non è soggetta a valutazione da parte del giudice, salvi i casi di manifesta sproporzione, la stessa giurisprudenza ha osservato, con specifico riferimento a gara d'appalto di servizi di pulizia, che il ruolo assunto dal costo del personale è assolutamente preponderante (con costi tendenzialmente omogenei per i partecipanti), con conseguente ragionevole riconoscimento dell'importanza della strutturazione dell'"offerta tecnica" in modo preponderante (70%), a fronte di un presumibile allineamento delle proposte economiche, con la conseguenza che l'attribuzione di un peso del 30% all'offerta economica si presenta dunque del tutto coerente con la tipologia di contratto (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 19 aprile 2012, n. 382). Nella specie, peraltro, il ricorso a fattori di ponderazione diversi dal 40 e 60 di cui all'art. 286 comma 3 del D.P.R. n. 207 del 2010 trova ulteriore fondamento nella ripetuta ricorrenza, nella specie, del servizio affissionistico accanto al servizio pulizia.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, ai sensi di cui in motivazione, che non siano rinvenibili profili di illegittimità con riguardo alle disposizioni del bando per l'affidamento della gara, bandita dal Comune di Polignano a mare, di cui all'art. 9, punto 2 (iscrizione all'albo delle imprese o al registri delle imprese per attività di pulizia e sanificazione in possesso di classificazione in "fascia d" ai sensi dell'art. 3 del D.M. n. 274/1997), di cui all'art. 9, punto 9 (richiesta di 3 certificazioni aziendali), e di cui all'art. 15 (assegnazione di 70 punti all'offerta tecnica e di 30 punti all'offerta economica); invece ritiene illegittime le previsioni di cui all'art. 9, comma 20 (locale idoneo quale sede operativa entro 70 km dal Comune di Polignano a Mare) e all'art. 9 punto 11-b (fatturato non inferiore a 900,000,00 euro nell'ultimo triennio per la gestione di servizi di pulizia presso committenti pubblici).

Il Presidente F.F. Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 settembre 2014

Il Segretario Maria Esposito