

Per “idonee referenze bancarie” si intende la qualità della referenza piuttosto che la sua quantità: la prescrizione di una pluralità di referenze bancarie, tenuto conto che in concreto non fornisce all’Ente appaltante maggiori garanzie rispetto ad un’unica referenza, diventa un appesantimento inutile ed anche eccessivo in relazione all’importo dell’appalto (inferiore a £.500.000.000), tanto più che l’adempimento era inserito tra quelli a pena di esclusione

Il bando tipo redatto dall’Autorità per la vigilanza sui llpp è uno schema astratto, non vincolante!

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 2128 del 22 aprile 2002 si occupa di una fattispecie di riapertura delle procedure di gara (per l’appalto dei lavori di manutenzione ordinaria del verde pubblico con riqualificazione dell’arredo appartenente al verde pubblico ed alle vie e piazze cittadine) e quindi della relativa aggiudicazione provvisoria all’attuale ricorrente, a seguito della sentenza del Tar con la quale veniva considerato illegittimo il disciplinare di gara nella parte cui richiedeva almeno due referenze bancarie, essendo sufficiente una sola referenza

I giudici di Palazzo Spada condividono la decisione di primo grado basandosi sul presupposto che nella fattispecie concreta, la richiesta di una pluralità di referenze non risultasse proporzionata alla finalità perseguita dalla stazione appaltante, fosse eccessiva rispetto alla modesta entità dell’importo a base d’asta e comunque inidonea a fornire in concreto maggiori garanzie all’ente.

Poiché il disciplinare di gara – sottolinea il giudice amministrativo di appello - si limitava a richiedere almeno due (generiche) dichiarazioni bancarie sulla capacità finanziaria ed economica dell’impresa, senza ulteriori precisazioni sugli impegni da assumere o su eventuali garanzie offerte da parte dell’Istituto bancario, la prescrizione di una pluralità di referenze bancarie, tenuto conto che in concreto non forniva all’Ente appaltante maggiori garanzie rispetto ad un’unica referenza, diventava un appesantimento inutile ed anche eccessivo in relazione all’importo dell’appalto (inferiore a £.500.000.000), tanto più che l’adempimento era inserito tra quelli a pena di esclusione.

La decisione si conclude con il principio secondo il quale l’espressione “idonee referenze bancarie” è una formula generica che intende essenzialmente mettere in rilievo la qualità della referenza piuttosto che la sua quantità. risultando altresì irrilevante poi la circostanza che lo stesso bando tipo redatto dall’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici richieda la presentazione di almeno due referenze bancarie, dal momento che trattasi di uno schema astratto (comunque non vincolante) da adattare alle particolarità del caso concreto.

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2001

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso di opposizione di terzo n. 1744/2001, proposto dall’impresa ****s.r.l.,

contro

Impresa ****, in persona del legale rappresentante p.t., non costituitasi;

e nei confronti

del Comune di Lecco, in persona del legale rappresentante p.t., non costituitosi;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, sez. 3°, n.9016 del 21.12.2000, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dall’impresa ****;

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, l’impresa ****ha fatto presente che il comune di Lecco aveva indetto un pubblico incanto per l’appalto dei lavori di manutenzione ordinaria del verde pubblico con riqualificazione dell’arredo appartenente al verde pubblico ed alle vie e piazze cittadine; che il disciplinare di gara prescriveva espressamente, a pena di esclusione, la presentazione di almeno due referenze bancarie; che nella prima seduta del 3.11. 2000, la commissione di gara escludeva sei

imprese per aver presentato una sola referenza bancaria; che nella seduta del 24. 11.2000, la commissione procedeva ai conteggi previsti ed aggiudicava in via provvisoria la gara alla medesima; che con nota del 12.1.2001 il Comune di Lecco le comunicava che alcune delle imprese escluse dalla gara per la ragione suddetta avevano proposto ricorso al TAR Lombardia, che con decisione assunta nella camera di consiglio del 14.12.2000 aveva ritenuto illegittimo il disciplinare di gara nella parte cui richiedeva almeno due referenze bancarie, essendo sufficiente una sola referenza, per cui avrebbe proceduto al riesame delle risultanze della gara.

Ha dedotto che:

-aveva legittimazione a proporre opposizione avverso la sentenza del TAR art. 404 c.p.c. in quanto pregiudicata dall'annullamento della disposizione di gara in questione;

-in qualità di provvisoria aggiudicataria della gara aveva titolo a contraddire nel giudizio di primo grado, mentre il ricorso non le era stato notificato;

-il Tar aveva errato nel ritenere fondato il ricorso dell'impresa ****, in quanto la richiesta di almeno due referenze bancarie rispondeva a criteri minimi di buona amministrazione nella cura del pubblico interesse ed era comunque conforme all'art. 18, comma 2 lett. a, del D.P.R. n.34/2000, all'art. 26, comma 1, lett. a) della Direttiva CEE 93/37 ed dall'art. 8, comma 3 lett. c, L.n.109/94 e successive modificazioni; lo stesso bando tipo redatto dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (pubblicato con il n.143 nel supplemento ordinario alla G.U. n.206 del 4.9.2000) richiedeva la presentazione di almeno due referenze bancarie; del resto in precedenza anche l'art. 20, comma 1 lett. a, del decreto legislativo n.406/91 faceva esplicito riferimento ad idonee referenze bancarie;

-la scelta di richiedere almeno due referenze bancarie rientrava nella discrezionalità della Stazione appaltante ed in quanto tale non poteva essere sindacata dal giudice amministrativo in un giudizio di legittimità;

Ha concluso chiedendo il risarcimento del danno.

Con ordinanza n.1765 del 20.3.2001, questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare proposta dall'appellante.

Alla pubblica udienza del 14.12.2001 il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

1.Il TAR Lombardia , sez. 3°, con sentenza n. 9016 del 21.12.2000 ha accolto il ricorso proposto dalla società **** avverso il punto 8 del disciplinare di gara richiedente, a pena di esclusione, l'esibizione di almeno due referenze bancarie per la partecipazione alla gara indetta dal comune di Lecco per l'appalto dei lavori di manutenzione ordinaria del verde pubblico con riqualificazione dell'arredo appartenente al verde pubblico ed alle vie e piazze cittadine (per l'importo complessivo di £.410.059.625); con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione della medesima società dalla gara per aver prodotto una sola referenza.

2.Avverso detta sentenza ha proposto opposizione di terzo ex art.404 c.p.c. la società Faminia Garden.

3.L'opposizione di terzo, pur essendo ammissibile, è infondata.

3.1.Il ricorso di primo grado della società ****, notificato unicamente al Comune di Lecco il 7.12.200, era rivolto avverso il punto 8 del disciplinare di gara ed il provvedimento di esclusione della gara di cui al verbale in data 3.11.2000.

Intanto, la commissione di gara, con verbale in data 24.11.2000, aveva aggiudicato in via provvisoria l'appalto alla ****(attuale opponente).

Di questa posizione di aggiudicataria provvisoria dell'impresa * Garden (che teoricamente le avrebbe consentito di assumere la veste di controinteressato nel giudizio davanti al TAR) non vi è traccia negli atti del fascicolo di 1° grado, per cui deve ritenersi (in mancanza di contrari elementi di prova da parte dell'opponente) che sia il ricorrente che il giudice di 1° grado fossero all'oscuro di tale circostanza.

3.2. Nella descritta situazione, deve escludersi che il ricorso di 1° grado dovesse essere notificato (oltre che al Comune di Lecco) anche alla ****in qualità di controinteressato, contrariamente a quanto asserito dall'opponente.

Al riguardo si osserva che, pur dovendosi ammettere una lenta evoluzione giurisprudenziale sul concetto di controinteressato, fino ad epoca recente formalmente ancorato allo specifico atto impugnato (V., con riferimento all'impugnativa di un atto di esclusione dal concorso, la decisione di questo consiglio A.P. n.7 del 7.7.1962), comunque l'onere di notificare il ricorso avverso l'esclusione da

una procedura non solo all'autorità emanante ma anche ad almeno un controinteressato, a pena di inammissibilità ex art. 21 L.6.12.1971 n.1034, in tanto sorge in quanto al momento della proposizione del ricorso al TAR siano noti al soggetto escluso i beneficiari della procedura che nel frattempo si sia conclusa (V. le decisioni di questo Consiglio, sez. V n.204 del 18.3.1969, n.383 del 22.4.1977, n.1026 del 21.10.1992, n.1381 del 22.11.1996; sez. VI n.1249 del 21.10.1988; sez. IV n.1071 del 30.10.1959 e n.259 del 5.5.1987).

Conoscenza, che nella specie era insussistente, come precisato in precedenza.

3.3.Peraltro, essendo la ****pregiudicata dalla decisione di 1° (che comporta il riesame della posizione della Ditta esclusa e conseguente rideterminazione dell'offerta più vantaggiosa) in quanto aggiudicataria provvisoria della gara, l'opposizione di terzo è senz'altro ammissibile per effetto della pronuncia additiva di cui alla sentenza Corte cost. n.177 del 17.5.1995 (V. la decisione di questo Consiglio, sez. IV, n.655 del 20.5.1996).

3.4.Nel merito va condivisa la decisione di 1° grado.

3.4.1.Il TAR ha ritenuto che la richiesta di una pluralità di referenze non risultasse proporzionata alla finalità perseguita dalla stazione appaltante, fosse eccessiva rispetto alla modesta entità dell'importo a base d'asta e comunque inidonea a fornire in concreto maggiori garanzie all'ente.

3.4.2.Tale decisione appare corretta, in quanto il disciplinare di gara (punto 8) si limitava a richiedere almeno due (generiche) dichiarazioni bancarie sulla capacità finanziaria ed economica dell'impresa, senza ulteriori precisazioni sugli impegni da assumere o su eventuali garanzie offerte da parte dell'Istituto bancario. Con la conseguenza che la prescrizione di una pluralità di referenze bancarie, tenuto conto che in concreto non forniva all'Ente appaltante maggiori garanzie rispetto ad un'unica referenza, diventava un appesantimento inutile ed anche eccessivo in relazione all'importo dell'appalto (inferiore a £.500.000.000), tanto più che l'adempimento era inserito tra quelli a pena di esclusione.

3.4.3.Né la richiesta di almeno due referenze bancarie può ritenersi imposta dalla normativa di settore (V. 18, comma 2 lett. a, D.P.R. 25.1.2000 n.34, art. 26, comma 1, lett. a) della Direttiva CEE 93/37, art. 8, comma 3 lett. c, L.11.2.1994 n.109 e successive modificazioni art.20, comma 1 lett. a) decreto legislativo 19.12.1991 n.406) per il semplice fatto che nelle relative disposizioni viene adoperata l'espressione "idonee referenze bancarie" al plurale, trattandosi di formula generica che intende essenzialmente mettere in rilievo la qualità della referenza piuttosto che la sua quantità.

3.4.4. Irrilevante è poi la circostanza che lo stesso bando tipo redatto dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (pubblicato con il n.143 nel supplemento ordinario alla G.U. n.206 del 4.9.2000, pag. 69 punto 8) richieda la presentazione di almeno due referenze bancarie, dal momento che trattasi di uno schema astratto (comunque non vincolante) da adattare alle particolarità del caso concreto.

3.4.5.Infine, va precisato che nel pronunciarsi sulla questione il TAR non ha invaso il merito dell'azione amministrativa, atteso che la valutazione del giudice amministrativo in ordine alla manifesta irragionevolezza ed inutilità di un adempimento a carico del privato attiene alla legittimità, come confermato dall'art. 1 L. 7.9.1990 n.241 che ha posto l'economicità come uno dei criteri fondamentali (insieme a quelli di efficacia e pubblicità) per l'azione amministrativa.

5.Per quanto considerato, l'opposizione di terzo va respinta.

Non occorre pronunciarsi sulle spese del presente grado di giudizio in quanto le parti intimiate non si sono costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V) respinge l'opposizione di terzo in epigrafe.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 14.12.2001

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il..... 22/04/2002.....