

Parere n. 152 del 17/12/2009

Protocollo PREC 373/08/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Coop. Sociale Prato Verde a r.l. – Gestione, manutenzione e custodia dei parchi giochi “Il Boschetto”, “La Fornace” e “Baby Park” e dei chioschi in essi esistenti – Importo a base d’asta €183.748,50 – S.A.: Comune di Altamura

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 settembre 2008 è pervenuta all’Autorità l’istanza di parere in epigrafe, con la quale la Coop. Sociale Prato Verde a r.l. si duole della sua esclusione dalla procedura di gara per l’affidamento del servizio di gestione, manutenzione e custodia dei parchi giochi indicati in oggetto, siti nel Comune di Altamura, e dei chioschi in essi esistenti, disposta dalla stazione appaltante, in primo luogo, per non aver presentato, come previsto dal punto 7 del bando di gara (capacità economica e finanziaria), idonee dichiarazioni bancarie di almeno due istituti di credito, essendosi l’impresa istante limitata ad allegare la dichiarazione di un solo istituto, in secondo luogo, per aver indicato, nella dichiarazione di cui al punto 8 del bando (capacità tecnica), un elenco di lavori anziché di servizi analoghi a quelli oggetto dell’appalto, prestati negli ultimi tre anni.

Ritiene l’istante che l’art. 41, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006 consentirebbe, ove il concorrente, per giustificati motivi, non fosse in grado di presentare le referenze richieste, la dimostrazione della capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante. A supporto di tale tesi invoca la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 22.4.2002, n. 2183 e le sentenze del TAR Lazio, sez. III, 27.3.2007, n. 2661 e 27.4.2007, n. 3780. Quanto al secondo motivo di esclusione, la predetta Cooperativa assume che si tratterebbe di un mero errore terminologico, dovendosi intendere, quelli elencati, servizi e non lavori.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall’Autorità nell’istruttoria procedimentale, il Comune di Altamura ha precisato che sia le due referenze bancarie – di cui almeno una attestante che il concorrente ha la disponibilità di risorse finanziarie destinate al prefinanziamento proporzionate all’importo del servizio da appaltare – sia l’indicazione dei servizi analoghi prestati nell’ultimo triennio erano richiesti dai punti 7 e 8 del bando a pena di esclusione dalla gara. Inoltre, la stazione appaltante ha rilevato che la Cooperativa non aveva in alcun modo inteso dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria attraverso la produzione di altra documentazione, avendo semplicemente ommesso la presentazione della seconda referenza senza addurre alcun giustificato motivo ed essendo, peraltro, l’unica dichiarazione presentata del tutto generica e non formulata come richiesto dal punto 7 del bando. Quanto all’asserito errore terminologico (lavori anziché servizi), questo sarebbe chiaramente smentito dalla espressa indicazione, nella descrizione delle prestazioni effettuate, della categoria dei lavori OS24.

Ha partecipato al contraddittorio documentale, presentando una propria memoria, anche la controinteressata OLTRE IL MURO S.c.a.r.l., aggiudicataria dell’appalto, osservando che l’art. 41

del Codice dei contratti pubblici, oltre ad esemplificare gli elementi in base ai quali evincere il possesso dei requisiti di affidabilità dell'impresa sotto il profilo della solidità economica, ha specificato anche le modalità con le quali detti requisiti vanno comprovati, istituzionalizzando la richiesta di almeno due referenze bancarie, mentre in precedenza non vi era in tal senso alcuna specificazione numerica. Quanto al secondo motivo di esclusione, la controinteressata osserva che tutte le prestazioni indicate nell'elenco allegato dalla Cooperativa istante si riferiscono a lavori e non a servizi, essendo agevole constatare che la stessa non ha mai espletato alcun servizio di gestione o di custodia di parchi, né tanto meno di gestione di chioschi bar.

Ritenuto in diritto

Attualmente, a seguito della modifica apportata ai commi 1 e 4 dell'art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006 dal terzo decreto correttivo (D.Lgs. n. 152 del 11 settembre 2008, non applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie) mentre i dati comprovanti la capacità economica e finanziaria di cui alla lettera a) del comma 1 devono essere dimostrati con dichiarazioni di almeno due istituti bancari (esclusa ogni autocertificazione) già in sede di offerta, per i dati relativi ai bilanci o estratti dei bilanci (lettera b) e al fatturato (lettera c) è sufficiente un'autocertificazione ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, che dovrà essere successivamente suffragata da idonea documentazione solo dal concorrente aggiudicatario.

Tuttavia, anche nella sua versione previgente, che trova applicazione al caso di specie trattandosi di bando di gara pubblicato il 7 agosto 2008, l'art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006, pur non richiedendo espressamente che le dichiarazioni bancarie dovessero essere presentate già in sede di offerta, operava comunque una netta distinzione tra tale requisito, che non poteva essere oggetto di autocertificazione, e gli altri due, il cui possesso poteva essere attestato con dichiarazione sostitutiva, sempre salva la necessità di successiva produzione di documentazione probatoria da parte dell'aggiudicatario. Inoltre, il comma 4, secondo periodo, del predetto art. 41 già precisava che "Il requisito di cui al comma 1, lettera a) [idonee dichiarazioni bancarie] è comprovato con dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi della legge 1 settembre 1993, n. 385". Da ciò discende che il requisito delle due referenze bancarie, in quanto proveniente da soggetto esterno all'impresa concorrente, è stato fin dall'inizio ritenuto dal legislatore del Codice dei contratti pubblici particolarmente rilevante ai fini di saggiare la solidità economica e l'affidabilità dell'impresa stessa.

Ciò premesso, va ricordato che questa Autorità ha più volte affermato che, ove il bando di gara preveda, a pena di esclusione, la presentazione di due referenze bancarie, come nel caso di specie, la presentazione di una sola attestazione di un istituto di credito determina la carenza di un requisito essenziale previsto dalla *lex specialis*, oltre che dalla normativa vigente, con conseguente legittimità dell'esclusione del concorrente che abbia ommesso di produrre la seconda dichiarazione bancaria (parere del 31.7.2008, n. 211; del 17.9.2008, n. 216).

Quanto alla sentenza del Consiglio di Stato n. 2183/2002, invocata dalla Cooperativa istante, che aveva ritenuto illegittimo un disciplinare di gara nella parte in cui richiedeva almeno due referenze bancarie, a pena di esclusione, va sottolineato che tale pronuncia si colloca in un contesto normativo ormai superato in quanto, come nella stessa ricordato, nessuna disposizione normativa, prima dell'adozione dell'art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006, prevedeva la "dichiarazione di almeno due istituti bancari" ma genericamente "idonee referenze bancarie" (art. 18, comma 2, lett. a) D.P.R. n. 34/2000; art. 26, comma 1, lett. a) della Direttiva 93/37/CEE; art. 8, comma 3, lett. c), legge n. 109/1994; art. 20, comma 1, lett. a) D.Lgs. n. 406/1991).

In relazione, poi, alle sentenze del TAR Lazio n. 2661/2007 e 3780/2007, di identico tenore, anch'esse invocate dalla Cooperativa istante, si osserva che nelle stesse si dà atto che la ricorrente aveva espressamente indicato, in sede di gara, le motivazioni che avevano reso impossibile la presentazione di una duplice referenza bancaria, mentre nel caso di specie nessun "giustificato motivo", quale quello ad esempio di intrattenere rapporti di credito con un solo istituto, è stato addotto a sostegno della omissione in questione, né è stato prodotto alcun altro documento, quale ad esempio il bilancio dell'impresa, al fine di sopperire all'elemento mancante a riprova della capacità economico finanziaria.

Sembra opportuno, inoltre, ribadire che la giurisprudenza amministrativa ha ripetutamente messo in rilievo l'ampio potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni nel fissare i requisiti di partecipazione ad una gara per l'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture in modo più stringente o in numero maggiore di quelli fissati dalla legge, sempre che non siano irragionevoli o in violazione di principi generali o della stessa legge (Cons. Stato, sez. IV, 19.7.2004, n. 5174; sez. V, 22.4.2004, n. 2317; sez. IV, 21.11.2001, n. 5906; sez. VI, 17.10.2000, n. 5542). Sulla base di tali premesse, la richiesta di informazioni positive, da parte di almeno due aziende di credito, non appare in contrasto non solo con la legge o con alcun principio generale, ma neppure con alcun criterio logico. Invero, costituisce un dato di comune esperienza che imprese, anche di limitate dimensioni, non concentrano, di regola, i loro rapporti con un solo istituto bancario ma si avvalgono dei servizi di più d'uno di essi. Peraltro, in caso contrario, e tale rilievo è pertinente anche nel caso di specie, nulla impediva alla concorrente di darne notizia all'amministrazione appaltante, sì da far constatare che, con riguardo alla specifica e dimostrata situazione, la prescrizione del bando non poteva essere osservata per obiettive ragioni. Nulla di tutto ciò è stato fatto dalla Cooperativa istante, che si è limitata ad omettere la presentazione della seconda dichiarazione senza addurre alcuna giustificazione.

Il richiamato orientamento è stato di recente confermato dalla giurisprudenza amministrativa in un caso analogo a quello in esame, in cui lo stesso bando di gara prevedeva sia la presentazione di due idonee attestazioni di istituti bancari (c.d. capacità finanziaria, idonea a dimostrare la possibilità per l'aspirante aggiudicatario di poter usufruire di anticipazioni finanziarie) sia una certa entità di fatturato (c.d. capacità economica, idonea invece a rappresentare la robustezza dell'impresa relativamente alle obbligazioni da assumere), ritenendo evidente, in presenza di siffatte prescrizioni della *lex specialis*, che la presentazione di una sola attestazione bancaria determina una carenza di requisito essenziale (Consiglio di Stato, sez. IV, 7.4.2008, n. 1485).

Atteso il carattere assorbente del motivo di esclusione esaminato, si rende superfluo l'esame della legittimità dell'ulteriore motivo contestato dall'istante.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara della concorrente Coop. Sociale Prato Verde a r.l., disposta dalla stazione appaltante, è conforme alla *lex specialis* e alla vigente normativa di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 gennaio 2010