

Parere n. 36 del 25/02/2010

Protocollo PREC 105/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa SERV. INT. Coop. Soc. – Servizi di assistenza e prestazioni a favore di anziani parzialmente autosufficienti e non autosufficienti presso il Centro Servizi per Anziani “Fili d’Argento” – Importo a base d’asta €1.922.690,00 – S.A.: Comune di Pavullo nel Fringnano (MO)

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 21 luglio 2009, è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la SERV. INT. Coop. Soc. si duole della propria esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dell'appalto di servizi in oggetto, ritenendo illegittimo tale provvedimento, poiché non tiene in debito conto della circostanza che essa intrattiene rapporti bancari soltanto con il gruppo Banco Popolare e non con altri istituti di credito. Per tale ragione la cooperativa istante si trovava nella impossibilità di fornire, come previsto dal punto c) - 3 del bando di gara, dichiarazioni bancarie di almeno due istituti di credito o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs. n. 385/1993, attestanti l'attuale solvibilità e capacità finanziaria del concorrente, per cui l'esclusione disposta dalla stazione appaltante - a giudizio dell'istante - concretizza una forma di discriminazione a suo danno in violazione della direttiva 2004/18/CE.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Pavullo nel Fringnano ha rappresentato di avere aggiudicato l'appalto ad altra impresa che il 1 agosto 2009 aveva iniziato a prestare il servizio e di ritenere di non essere incorso in alcuna illegittimità, avendo escluso la cooperativa istante per aver presentato referenza positiva di un solo istituto di credito, mentre il bando richiedeva espressamente che gli istituti di credito fossero due.

Ritenuto in diritto

Sulla specifica questione oggetto dell'istanza occorre preliminarmente rilevare che il testo dell'art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006, come modificato dal D.Lgs. n. 152/2008, c.d. terzo decreto correttivo (pubblicato in G.U. 2 ottobre 2008) in applicazione al caso di specie “*ratione temporis*”, annovera tra i mezzi probatori che la stazione appaltante può richiedere ai concorrenti ai fini della dimostrazione della loro capacità economica e finanziaria, alla lettera a) “dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385”. Dalla lettera della legge discende, pertanto, che la presentazione di una sola attestazione bancaria viene a determinare la carenza di un requisito essenziale espressamente previsto dal legislatore.

Invero, alcune pronunce giurisprudenziali recepiscono una interpretazione “attenuata” della norma di legge in discorso, affermando che la presentazione di idonee referenze bancarie comprovate

dalla dichiarazione di “almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati”, non può considerarsi quale requisito rigido, dovendosi conciliare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, con conseguente necessità di prevedere dei temperamenti rispetto a quelle imprese che non siano in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze indicate. Partendo da tali premesse la richiamata giurisprudenza giunge a ritenere “l'illegittimità degli atti gara sotto il profilo della mancata previsione di alcun temperamento rispetto all'ipotesi della mancata presentazione “di due idonee referenze bancarie”, in ciò ponendosi in contrasto con l'espressa indicazione normativa che consente alle imprese di provare la propria capacità economica e finanziaria “mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante”, specie laddove siano indicate, in sede di gara, le motivazioni che avevano reso impossibile la presentazione di una duplice referenza bancaria» (T.A.R. Lazio, Roma Sez. III, 27 marzo 2007 n. 2661). Tale orientamento valorizza la circostanza di fatto, di volta in volta accertata nel giudizio, che il soggetto partecipante alla gara e da essa escluso per la mancata presentazione di almeno due referenze bancarie aveva espressamente indicato, in sede di gara, le motivazioni che avevano reso impossibile la presentazione di tale documentazione. Ciò in coerenza con quanto previsto dallo stesso art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006, che al comma 3 prevede l'ipotesi di impossibilità di presentare le referenze richieste “per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio di attività da meno di tre anni”; in tal caso, infatti, il legislatore consente di “provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante”.

Nella fattispecie però, per quanto emerge dalla documentazione fatta pervenire dalle parti, la cooperativa istante si è limitata a giustificare l'omissione rispetto alla previsione del bando con l'affermazione di avere rapporti con un solo istituto di credito. Tale affermazione - senza ulteriori specificazioni probatorie - non appare sufficiente ad integrare la situazione d'eccezione descritta dal comma 3 del citato art. 41, il quale richiede la ricorrenza di giustificati motivi (non allegati dalla cooperativa istante, nemmeno nella presente procedura precontenziosa) e, soprattutto, non appare idonea a compensare il *deficit* documentale rispetto alle previsioni del bando, essendo necessaria a tal fine la produzione di altri documenti (quale ad esempio il bilancio dell'impresa ovvero altre attestazioni sull'affidabilità finanziaria) ritenuti validi dalla stazione appaltante.

Si rileva, inoltre, che la richiesta di informazioni positive da parte di almeno due aziende di credito non appare in contrasto non solo e non tanto 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. Peraltro, in caso contrario, e tale rilievo è pertinente anche nel caso di specie, nulla impediva alla concorrente di darne notizia all'amministrazione appaltante, così da far constatare che, con riguardo alla specifica e dimostrata situazione, la prescrizione del bando non poteva essere osservata per obiettive ragioni ed essere autorizzata a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante altri documenti ritenuti idonei dalla stazione appaltante. 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.

Deve pertanto concludersi per la conformità dell'operato della stazione appaltante alla *lex specialis* di gara e alla normativa di settore.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la presentazione di una sola anziché di due dichiarazioni bancarie, richieste a pena di esclusione dal bando, senza alcun giustificato e documentato motivo, determini la carenza di un requisito essenziale espressamente previsto dalla *lex specialis* nonché dalla normativa vigente e legittimi quindi l'esclusione del concorrente.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 marzo 2010