

Parere n. 50 del 11/03/2010

Protocollo PREC 152/09/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 TEQ SA – Sviluppo sistema di geolocalizzazione dei mezzi operativi – Importo a base d'asta €1.000.000,00 – S.A.: Terna S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 10 luglio 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa TEQ SA ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere in merito alla congruità dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica richiesti dalla stazione appaltante ai fini della partecipazione alla gara indicata in oggetto.

Al riguardo, l'istante ha rappresentato che la Terna S.p.A. ha bandito una gara avente ad oggetto lo sviluppo di un sistema di geolocalizzazione di mezzi operativi (rientrante nell'ambito dei settori speciali – servizi integrati di telecomunicazioni) della durata di 36 mesi, per un importo a base d'asta pari a €1.000.000,00 e che il bando di gara impone ai concorrenti di dimostrare la loro capacità economico-finanziaria fornendo prova di una “cifra di affari, relativa ai tre esercizi precedenti la data di pubblicazione del bando, pari o superiore a 5.000.000,00 di euro l'anno” (punto III.2.2), e di provare il possesso di idonea capacità tecnica dimostrando di aver “eseguito con esito positivo, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, 2 contratti di importo non inferiore a 600.000 euro ciascuno, ovvero un contratto di importo non inferiore a 1.000.000,00 di euro”, aventi ad oggetto forniture o servizi eseguiti sul territorio di paesi appartenenti all'Unione Europea (punto III.2.3).

Ritenendo eccessivi i requisiti richiesti dalla stazione appaltante, l'impresa istante TEQ SA ha, prima, chiesto alla Terna S.p.A. di ridurli e, poi, ha presentato istanza di parere all'Autorità, avente il medesimo oggetto, chiedendo, in particolare, in relazione alla capacità economica, di ridurre i requisiti richiesti ad un massimo di due volte il valore dell'appalto e, in relazione alla capacità tecnica, di ridurre il valore dei contratti eseguiti nel triennio anteriore alla pubblicazione del bando di gara, tenendo conto anche dei contratti eseguiti in Svizzera.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la Terna S.p.A., con nota pervenuta il 10 novembre 2009, ha rilevato che l'importo indicato come base d'asta non rappresenta una vera e propria base d'asta, ma una stima dell'importo contrattuale (in quanto sul sito della Gazzetta Ufficiale dell'unione Europea non è concesso modificare la dicitura standard “base d'asta”, con quella di “stima dell'importo contrattuale”) e che la componente prevalente dell'appalto oggetto del bando avrà esecuzione nel primo anno, per cui si è ritenuto che questa dovesse costituire meno del 20% del fatturato annuo delle aziende interpellabili. Inoltre, la stessa stazione appaltante ha evidenziato che, per garantire il principio del *favor participationis*, è stata concessa la facoltà agli operatori economici di presentare la propria candidatura in Raggruppamento Temporaneo di Imprese con conseguente riduzione del requisito in questione, per la Capogruppo, al 70% dell'importo (€3.500.000) e, per le mandanti, al 30% dell'importo (€1.500.000).

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, va, preliminarmente, richiamata la disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici in tema di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi, tenendo conto degli aspetti oggetto dell'istanza di parere.

L'art. 41, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 stabilisce che la dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria può essere fornita attraverso uno o più dei seguenti documenti: a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs. n. 385/1993; b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa; c) dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

L'art. 42, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 stabilisce che la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale, tra l'altro, può essere fornita attraverso la "a) presentazione dell'elenco dei principali servizi e delle principali forniture prestatati negli ultimi tre anni, con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi..".

Al riguardo, va considerato che la stazione appaltante vanta un apprezzabile margine di discrezionalità nel chiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli indicati nella disciplina richiamata, con il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; sicché non è consentito pretendere il possesso di requisiti sproporzionati o estranei rispetto all'oggetto della gara (Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655).

Per quanto concerne, in particolare, i requisiti di capacità tecnica, la Corte di Giustizia europea ha affermato l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante che impone mezzi di prova diversi da quelli contemplati dalla disciplina comunitaria al fine di dimostrare il possesso dei requisiti (CGCE 17 novembre 1993, causa n. C-71/92). Tuttavia, è ammissibile fissare nel bando di gara requisiti non tipologicamente ulteriori, ma più stringenti sul piano quantitativo rispetto a quelli previsti nell'elencazione legislativa (Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2006, n. 1878), purché siano rispettati i citati limiti della ragionevolezza e della proporzionalità.

Per tale ragione in giurisprudenza è stato considerato irragionevole chiedere ai concorrenti un fatturato superiore al doppio del corrispettivo presunto dell'appalto (Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2006, n. 206), ovvero l'esercizio pregresso di servizi identici a quello oggetto di gara per un importo medio annuo pari al 150% dell'importo della gara (TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 2 gennaio 2008, n. 1).

In sostanza, è necessario che la discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti sia esercitata in modo tale da non correre il rischio di restringere in modo ingiustificato lo spettro dei potenziali concorrenti o di realizzare effetti discriminatori tra gli stessi, in linea con quanto stabilito dall'art. 44, par. 2 della direttiva 2004/18/CE secondo il quale i livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto.

Nella fattispecie, il bando di gara richiede: - per dimostrare la capacità economica e finanziaria, idonee referenze bancarie comprovate con dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs. n. 385/1993 ed una cifra d'affari, relativa ai tre esercizi precedenti la data di pubblicazione del bando, pari o superiore a 5.000.000,00 euro l'anno (punto III.2.2); - per dare prova della capacità tecnica, di aver eseguito, con esito positivo, nel triennio

antecedente la data di pubblicazione del bando, due contratti di importo non inferiore a 600.000 euro ciascuno, ovvero un contratto di importo non inferiore a 1.000.000,00 di euro, aventi ad oggetto forniture o servizi eseguiti sul territorio di paesi appartenenti all'Unione Europea (punto III.2.3).

Ora, considerando che la Terna S.p.A. ha bandito una gara avente ad oggetto lo sviluppo di un sistema di geolocalizzazione di mezzi operativi della durata di 36 mesi, per un importo totale pari a €1.000.000,00, per cui si tratta di un appalto di circa €350.000 annui, deve ritenersi eccessivo chiedere, a dimostrazione della capacità economica e finanziaria del concorrente, una cifra d'affari, relativa ai tre esercizi precedenti la data di pubblicazione del bando, pari o superiore a 5.000.000,00 di euro l'anno.

Al riguardo, tenuto conto della *ratio* della normativa nazionale e comunitaria richiamata e dell'interpretazione che della stessa va data, deve ritenersi che non assumano particolare rilievo le osservazioni fornite dalla Terna S.p.A. secondo cui la componente prevalente dell'appalto oggetto del bando avrà esecuzione nel primo anno e, quindi, la stazione appaltante ha ritenuto che questa dovesse costituire meno del 20% del fatturato annuo delle aziende interpellabili. Né appare risolutivo il fatto che, per garantire il principio del *favor participationis*, è stata concessa la facoltà agli operatori economici di presentare la propria candidatura in Raggruppamento Temporaneo di Imprese con conseguente riduzione del requisito in questione, per la Capogruppo, al 70% dell'importo (€3.500.000) e, per le mandanti, al 30% dell'importo (€1.500.000).

Seguendo le coordinate sopra indicate, non appare, invece, sproporzionato, rispetto all'oggetto e all'entità dell'appalto, l'aver richiesto di provare il possesso di idonea capacità tecnica dimostrando una consolidata esperienza nello sviluppo oggetto di gara, mediante l'esecuzione, con esito positivo, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, di due contratti di importo non inferiore a 600.000 euro ciascuno, ovvero di un contratto di importo non inferiore a 1.000.000,00 di euro, aventi ad oggetto forniture o servizi eseguiti sul territorio di paese appartenenti all'Unione Europea. Sotto questo profilo, avuto riguardo alla disciplina di riferimento, appare anche corretto prendere in considerazione i contratti aventi ad oggetto forniture o servizi eseguiti sul territorio di paesi appartenenti all'Unione Europea, ferma restando l'applicabilità dell'art 47 del D.Lgs. n. 163/2006, in presenza delle condizioni ivi previste.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, sproporzionato il requisito di capacità economica e finanziaria da fornire mediante prova di una cifra d'affari, relativa ai tre esercizi precedenti la data di pubblicazione del bando, pari o superiore a 5.000.000,00 di euro l'anno.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 Marzo 2010