

Parere n. 71 del 15/04/2010

Protocollo PREC 144/09/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 GE.IM.ECO AMBIENTE S.r.l. – Servizi di raccolta di rifiuti solidi urbani – Importo a base d'asta €10.000.000,00 – S.A.: Comune di Tarquinia

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 28 luglio 2009 perveniva all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa GE.IM.ECO AMBIENTE S.r.l., in qualità di impresa del settore interessata alla procedura di gara in questione, lamentava la irragionevolezza della previsione della *lex specialis* a tenore della quale, tra i requisiti minimi per partecipare, è prevista la produzione di almeno due idonee referenze bancarie, rilasciate da istituti di credito, in data non anteriore a mesi due dalla data di scadenza per la presentazione delle offerte, attestanti esplicitamente la capacità economica e finanziaria dell'impresa concorrente ad assumere impegni dell'importo quinquennale messo a base d'asta, pari ad euro 10 milioni, oltre la cauzione prevista dal capitolato speciale d'appalto.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la stazione appaltante evidenziava la proporzionalità dell'indicata richiesta del bando in rapporto alla base d'asta e la conformità della stessa a quanto disposto dalla vigente normativa nonché dalla giurisprudenza, dalla prassi delle stazioni appaltanti formatasi in merito e dalle posizioni espresse da questa Autorità in precedenti pareri resi (tra cui il 194 del 10 luglio 2008).

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto concerne la proporzionalità della previsione della *lex specialis* a mente della quale, in sede di indicazione dei requisiti minimi di partecipazione alla gara d'appalto per l'affidamento del servizio quinquennale di raccolta rifiuti urbani, si richiede la produzione di almeno due idonee referenze bancarie, rilasciate da istituti di credito, in data non anteriore a mesi due dalla data di scadenza per la presentazione delle offerte, attestanti esplicitamente la capacità economica e finanziaria dell'impresa concorrente ad assumere impegni dell'importo quinquennale messo a base d'asta, pari ad euro 10 milioni, oltre la cauzione prevista dal capitolato speciale d'appalto.

Al riguardo si rileva, in generale, che costituisce principio consolidato quello per cui la stazione appaltante può fissare, nell'ambito della propria discrezionalità, requisiti di partecipazione ad una gara di appalto e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché, tuttavia, tali prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, non limitino indebitamente l'accesso alla procedura di gara e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto (Cons. Stato n. 2304/2007 e n. 5377/2006). L'adeguatezza e la proporzionalità dei requisiti richiesti dalla documentazione di gara vanno, dunque, valutate con riguardo all'oggetto dell'appalto ed alle sue specifiche peculiarità, per

cui la richiesta di un determinato requisito va correlata al concreto interesse dell'amministrazione a una certa affidabilità del proprio interlocutore contrattuale, avuto riguardo alle prestazioni oggetto di affidamento e, nel caso in esame, la motivazione fornita dalla stazione appaltante a sostegno della scelta compiuta, ossia il significativo valore dei servizi posti a gara, pari ad euro 10 milioni, risulta esente da vizi apparenti di illogicità ed irragionevolezza.

Peraltro, dal punto di vista normativo la disciplina concernente la dimostrazione della capacità economica e finanziaria degli aspiranti concorrenti, in esecuzione delle direttive comunitarie, ha inteso mediare le diverse esigenze in gioco, della necessità di garantire la serietà delle offerte e del rispetto del principio teso a tutelare la massima concorrenza e quindi il c.d. *favor participationis*. In tale ottica l'art. 41 del Codice dei contratti pubblici espressamente prevede al primo comma che "Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385;...".

La stessa norma poi, dopo aver previsto che le amministrazioni precisino nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere, espressamente statuisce al terzo comma che, "Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante".

Pertanto, la norma da ultimo richiamata comporta, da una parte, l'onere del concorrente, impossibilitato a presentare le due referenze richieste dal bando, di indicare i «giustificati motivi» dell'impedimento e allegare «qualsiasi altro documento» idoneo a dimostrare la propria capacità finanziaria; dall'altra, l'obbligo della stazione appaltante di valutare la idoneità della documentazione «alternativa» presentata a dimostrare la capacità del concorrente. Quindi, a titolo esemplificativo, in sede applicativa va legittimamente esclusa l'impresa concorrente che si sia limitata a presentare una sola referenza bancaria senza nulla dichiarare in ordine ai giustificati motivi dell'impossibilità di presentarne due e senza presentare documentazione alternativa a supporto del possesso del requisito in contestazione.

In definitiva, alla luce della richiamata disciplina codicistica e dei principi ad essa sottesi, 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.

Di conseguenza, non appaiono conformi alla disciplina vigente gli atti di gara che non consentano 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".

Nel caso di specie, pertanto, se per un verso la previsione della *lex specialis*, sub lett. d) punto VI.3), si limita ad indicare la necessaria produzione di "Idonee referenze bancarie (minimo due), rilasciate da istituti di credito, in data non anteriore a mesi due dalla scadenza per la presentazione delle offerte, attestanti esplicitamente la capacità economica e finanziaria dell'impresa concorrente

ad assumere impegni dell'importo quinquennale messo a base d'asta, pari a 10.000.000 EUR (euro diecimilioni/00), oltre la cauzione prevista da Capitolato Speciale d'Appalto", per un altro verso la stessa disciplina va intesa ed applicata in conformità alla disciplina codicistica ed ai principi sopra richiamati. Pertanto la previsione di *lex specialis* in oggetto va letta ed intesa alla luce della disciplina vigente di cui all'art. 41, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, cosicché se il concorrente motivatamente giustifica l'impossibilità di presentare le referenze richieste, allo stesso va consentito di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento che sia considerato idoneo dalla stazione appaltante.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la previsione della *lex specialis* in questione debba essere intesa ed applicata alla stregua della disciplina vigente di cui all'art. 41 comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2010