

Parere n. 76 del 15/04/2010

Protocollo PREC 205/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Consorzio stabile THESIS – Servizio di pulizia dell’immobile di proprietà SACE sito in Roma, Piazza Poli 37/42 presso SACE S.p.A. – Importo a base d’asta € 1.708.970,54 – S.A.: SACE S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 3 dicembre 2009 è pervenuta all’Autorità l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Consorzio THESIS ha chiesto a questa Autorità di esprimersi in merito alla legittimità della propria esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta dalla stazione appaltante per mancanza del possesso delle referenze bancarie da parte delle consorziate.

Nello specifico, il Consorzio istante ha rappresentato che la motivazione posta a sostegno dell’esclusione suddetta si fonda sul mancato rispetto di quanto disposto dall’art. 7 (Requisiti per la partecipazione alla gara a pena di esclusione) punto 11 del disciplinare di gara, secondo cui la partecipazione era riservata agli operatori economici in possesso di “idonee referenze bancarie da parte di almeno due istituti di credito...che possano attestare, in caso di aggiudicazione, l’idoneità finanziaria ed economica del concorrente al fine dell’assunzione della prestazione in esame; in caso di... Consorzi il predetto requisito dovrà essere posseduto da ciascuna Impresa...del Consorzio”, mentre nell’offerta del Consorzio istante risultavano fornite le sole referenze bancarie del Consorzio medesimo e non anche quelle delle due società consorziate (Trial Service s.r.l., quale esecutrice materiale del servizio, e Clean Company s.r.l., quale coordinatore delle attività e incaricata del controllo di qualità).

Tuttavia – a giudizio dell’istante – tale esclusione è da ritenersi illegittima per due ordini di ragioni. In primo luogo, la stazione appaltante non avrebbe tenuto conto dell’ulteriore enunciato, contenuto nel medesimo art. 7 del disciplinare di gara, laddove nelle avvertenze, alla lett. c), dopo aver fatto espresso riferimento soltanto ai “requisiti di carattere generale, di cui ai precedenti punti 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7”, è stato specificato che “in caso di partecipazione alla gara...di consorzi di cui all’art. 34, comma 1, lettera c) del Codice dei contratti (ossia consorzi stabili, come pacificamente ammesso trattarsi nel caso del consorzio istante) detti requisiti devono essere posseduti anche dalle imprese indicate come esecutrici dell’appalto”, per cui risulta evidente che con le parole “detti requisiti” si è inteso fare riferimento solo a quelli di carattere generale espressamente menzionati (punti da 1 a 7) e non anche al requisito speciale di cui al punto 11, concernente la capacità finanziaria e, propriamente, le referenze bancarie. Inoltre, la stazione appaltante medesima avrebbe violato le disposizioni di cui agli artt. 34 e 35 del D.Lgs. n. 163/2006 in materia di Consorzi stabili, assimilando ai fini della qualificazione il Consorzio stabile ad un Consorzio di concorrenti (o Consorzio ordinario).

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale con nota del 31 dicembre 2009, la SACE S.p.A. ha svolto le deduzioni di spettanza con memoria del 13 gennaio 2010, nella quale ha difeso la legittimità del proprio operato, ispirato a far valere legittime istanze precauzionali a tutela dell'interesse pubblico, fatte consistere, per come enunciato in detta memoria, in "una più adeguata selezione del soggetto appaltatore in ultimo esecutore, in ragione anche del significativo valore dei servizi posti a gara" ed ulteriormente sostenute dalla considerazione che "la sussistenza di idonee referenze bancarie – in particolare per quanto concerne la reale meritevolezza di credito dell'impresa esecutrice e la sua affidabilità da parte del sistema bancario – è un requisito indispensabile per valutare la situazione economica del concorrente"; funzione resa ancor più rilevante nel caso di specie, come chiarito dalla stessa stazione appaltante, in considerazione del fatto che gli indicatori della capacità finanziaria del Consorzio THESIS e dell'impresa esecutrice (Trial Service s.r.l.) risultavano essere oggettivamente esigui a fronte del valore e dell'importanza della commessa, senza considerare il fatto che, ad eccezione del Consorzio istante, tutti gli altri consorzi stabili partecipanti alla gara avevano depositato offerte corredate dal prescritto requisito speciale oggetto di contestazione.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, sembra opportuno preliminarmente ribadire che costituisce un dato acquisito nella giurisprudenza amministrativa e condiviso anche da questa Autorità che il possesso dei "requisiti generali" sia da pretendere in capo a tutte le imprese consorziate che partecipano alla gara, anche nel caso di "consorzio stabile" – come quello istante –, atteso che "la riconosciuta autonoma soggettività del consorzio stabile non è incompatibile sul piano logico con la necessità che i requisiti di partecipazione di ordine generale (ex art. 38, D.Lgs. n. 163 del 2006) siano posseduti anche dalle singole consorziate designate quali esecutrici effettive del servizio appaltato" (cfr. Tar Toscana, Firenze, sez. II, 18 giugno 2008, n.1637).

E' evidente, infatti, che la soggettività autonoma del Consorzio stabile di cui all'art. 34, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006, rilevante ai fini della responsabilità contrattuale (connessa agli obblighi derivanti, prima, dalla presentazione dell'offerta e, poi, dall'aggiudicazione della gara e dalla stipula del relativo contratto con la stazione appaltante), non può assumere rilevanza alcuna con riguardo al diverso piano logico-giuridico delle specifiche qualità, oggettive e soggettive, il cui possesso l'ordinamento vigente richiede ai soggetti che intendono partecipare alle procedure di affidamento di lavori forniture e servizi (e cioè entrare in rapporti di affari economici con le pubbliche amministrazioni che spendono danaro pubblico).

E' per questo, in definitiva, che il possesso dei requisiti generali va verificato, non solo in capo al Consorzio stabile, ma anche in capo alle consorziate designate esecutrici del servizio, dovendosi - invece - ritenere cumulabili in capo al Consorzio medesimo i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria (cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. III, 3 marzo 2009, n. 467 e in senso uniforme, fra i tanti, anche il parere di questa Autorità n. 146 dell'8 maggio 2008), ai sensi degli artt. 35 e 36 del D.Lgs. n. 163/2006.

Conseguentemente, in linea generale e di principio, il possesso dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria è richiesto esclusivamente in capo al Consorzio stabile, quale entità soggettiva distinta dalle singole società consorziate che fruiscono del beneficio di poter sommare i rispettivi requisiti ai fini del raggiungimento delle soglie minime richieste dalla lex specialis di gara; ne deriva, sempre in astratto, che i requisiti riguardanti la capacità tecnico-finanziaria debbono essere accertati solo con riferimento al Consorzio stabile nel suo complesso, sicché anche il requisito di capacità

finanziaria (referenze bancarie) preso in considerazione per la partecipazione alla gara si estende all'impresa indicata come esecutrice, non per la sua qualità di offerente, ma per quella di consorziata, cioè di parte integrante dell'organizzazione consortile ai fini della partecipazione suddetta.

Senonché, al punto III.2.2. (Capacità economica e finanziaria) del Bando di gara era espressamente prescritto, a pena di esclusione, che “ciascun concorrente (impresa singola/R.T.I./Consorzio) deve soddisfare, anche ai sensi di quanto stabilito nel Disciplinare di gara (si veda, in proposito, la lett. F) del punto 12 di detto disciplinare, concernente la documentazione amministrativa), le seguenti condizioni: a) presentare idonee dichiarazioni bancarie rilasciate in busta chiusa da due istituti bancari o intermediari autorizzati...In caso di...Consorzi il requisito di cui alla lett. a) dovrà essere posseduto da ciascuna Impresa del...Consorzio”.

Pertanto, sul punto controverso, risulta evidente come, ai sensi del combinato disposto del Bando e del Disciplinare di gara, la stazione appaltante abbia imposto un ulteriore e specifico requisito di partecipazione e che il parere che viene richiesto debba, quindi, incentrarsi sulla valutazione di legittimità della clausola della *lex specialis* che prevedeva la specifica (ulteriore) limitazione suddetta.

Al riguardo, non sussistono elementi per dubitare della legittimità di tale clausola, considerato che, in tema di capacità economica e finanziaria dei prestatori di servizi l'art. 41, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 espressamente stabilisce che “Le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere” e che per costante orientamento della giurisprudenza amministrativa e di questa Autorità 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, sicché 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 di introdurre lo specifico requisito contestato – come riportata nella narrativa in fatto – risulta esente da vizi apparenti di illogicità ed irragionevolezza, così da configurarsi non arbitrariamente restrittiva della concorrenza, ma unicamente ispirata a far valere le sopra esposte legittime istanze precauzionali a tutela dell'interesse pubblico.

Per completezza della trattazione si segnala, infine, una recente sentenza del Consiglio di Stato che, relativamente ad una fattispecie del tutto analoga a quella in esame, ha ritenuto necessaria da parte di un Consorzio stabile la dimostrazione, nei modi previsti dalla *lex specialis*, del possesso dei requisiti (anche nella specie referenze bancarie) non solo da parte del Consorzio medesimo ma anche da parte di tutti i consorziati individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto (Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 2008, n. 1485).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara del Consorzio stabile THESIS, disposta dalla stazione appaltante, è conforme alla lex specialis e alla disciplina di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2010