

## **Parere n.165 del 21/09/2011**

### **PREC 59/11/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 MAT Servizi S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia degli uffici della Soprintendenza dei Beni Culturali ed Ambientali di Caltanissetta - Importo a base d'asta €73.527,70 - S.A.: Soprintendenza dei Beni Culturali ed Ambientali di Caltanissetta

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

La MTA Servizi srl ha presentato l'istanza in oggetto, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla procedura aperta bandita dalla Soprintendenza dei Beni Culturali ed Ambientali di Caltanissetta per l'affidamento del servizio di pulizia dei propri uffici.

L'istante, in particolare, ha lamentato l'illegittimità del disciplinare di gara, nella parte in cui chiede agli operatori economici di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria mediante la produzione di due idonee dichiarazioni bancarie, recanti, a pena di esclusione, la seguente dicitura "*è in possesso delle capacità finanziarie ed economiche per fare fronte agli impegni della gara d'appalto di cui all'oggetto*" (art. 8). Conseguentemente risulterebbe illegittima anche l'esclusione dalla gara della MAT Servizi srl dovuta proprio alla non conformità alla suddetta disposizione di una delle referenze bancarie presentate.

A parere dell'istante le referenze bancarie devono essere considerate idonee a dimostrare il possesso dei requisiti economico-finanziari, se attestano l'assenza di pendenze negative a carico dell'operatore economico e la solvibilità di quest'ultimo, non potendo un istituto di credito né verificare il possesso della capacità economico-finanziaria necessaria per la corretta esecuzione di un contratto d'appalto né sostituirsi alla stazione appaltante nel valutare la sussistenza di simile requisito. Conseguentemente, secondo l'istante, una banca non potrebbe attestare la capacità economico finanziaria di un concorrente, ma soltanto l'affidabilità dello stesso e l'osservanza da parte sua degli impegni assunti.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la Soprintendenza ha confermato la legittimità del proprio operato in virtù di quanto disposto in maniera chiara ed espressa dall'art. 8 del disciplinare di gara.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa concerne la legittimità o meno del provvedimento di esclusione dovuto alla presentazione di una referenza bancaria non conforme alla specifica disposizione della *lex*

*specialis.*

Occorre preliminarmente richiamare il contenuto della clausola contestata, la cui violazione ha determinato l'esclusione dell'istante. In particolare si rileva che in virtù dell'art. 8 del disciplinare di gara: *“i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara sono: Capacità economica (comma 1, lettera a, art. 41, D.L.gs. 163/2006 e s.m.i.) - Idonee dichiarazioni di almeno due Istituti di Credito/Intermediario, a pena di esclusione, operanti negli Stati membri della UE, autorizzati ai sensi della Legge 01.09.1993 n. 385, in grado di attestare l'idoneità finanziaria dell'Impresa ai fini di assunzione dell'appalto in questione. Tale attestazione dovrà fare esplicitamente, a pena di esclusione riferimento all'oggetto della presente gara, al relativo importo, nonché riportare almeno la seguente dicitura: è in possesso delle capacità finanziarie ed economiche per fare fronte agli impegni della gara d'appalto di cui all'oggetto”.*

A fronte di tale chiara ed espressa previsione, la referenza rilasciata dalla Banca Credito Emiliano spa recita che la MTA Servizi srl *“intrattiene rapporti affidati con il nostro istituto ed ha finora dimostrato di far sempre fronte agli impegni assunti”.* E' evidente che il contenuto di tale documento è diverso da quello richiesto a pena di esclusione dalla stazione appaltante.

Si tratta allora di verificare se la descritta clausola del disciplinare di gara sia conforme o meno alla specifica disciplina di settore. 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 *“le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere”* (art. 41 D.Lgs. n. 163/2006), 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 anche più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché 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 (cfr. TAR Puglia Bari, Sez. I, 9.6.2011 n. 859, Cons. Stato, Sez. IV, 22.10. 2004 n. 6972; Cons. Stato, Sez. V, 31.12.2003 n. 9305).

Nel caso in esame la Sovrintendenza ha esercitato la suddetta discrezionalità, indicando il contenuto minimo che le richieste referenze bancarie dovevano avere. Tale previsione risulta rispettosa dei predetti criteri di adeguatezza e proporzionalità, atteso che la stazione appaltante ha richiesto di fornire la prova circa il possesso della capacità finanziaria ed economica necessaria per far fronte agli impegni nascenti dalla specifica gara d'appalto. La stessa, inoltre, corrisponde al concreto interesse dell'amministrazione di ammettere alla procedura *de qua* solo quei soggetti in grado di fornirle un certo grado di affidabilità. E' evidente, infatti, che tutela maggiormente l'interesse pubblico alla corretta esecuzione dell'appalto la referenza con cui un istituto di credito dichiara che il proprio cliente ha capacità economico finanziare per far fronte agli impegni scaturenti dalla partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica, piuttosto che la referenza con cui un istituto di credito dichiara che l'operatore economico *“intrattiene rapporti affidati”* con l'istituto stesso. L'interesse della stazione appaltante, infatti, non è semplicemente quello di contrarre con un soggetto che sia in generale affidabile, bensì di contrarre con un soggetto che sia affidabile in relazione agli specifici impegni che derivano dalla partecipazione alla gara bandita dall'amministrazione e dall'eventuale aggiudicazione dell'appalto.

Si osserva, infine, che la tesi dell'istante circa l'impossibilità per un istituto di credito di rilasciare la dichiarazione richiesta a pena di esclusione dalla stazione appaltante è smentita anche dalle risultanze della seconda referenza bancaria che la MTA Servizi srl ha presentato in gara, in cui si legge: *“non abbiamo difficoltà a dichiarare senza nostra responsabilità ne garanzia, che la stessa dispone di adeguate capacità economico-finanziarie per far fronte a quanto in oggetto”.*

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la previsione dell'art. 8 del disciplinare di gara sia legittima e che pertanto l'esclusione dalla gara della MTA Servizi srl sia conforme alla normativa di settore ed alla *lex specialis*.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 ottobre 2011*

Il Segretario: Maria Esposito