

## **Parere n.221 del 21/12/2011**

### **PREC 74/11/S**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da S.I.E.C.AM. S.r.l. - (servizio di pulizia e sanificazione presso strutture di competenza comunale) - Importo a base d'asta €2.580.000,00 - S.A.: Comune di Rovigo.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 29 marzo 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'impresa S.I.E.C.AM S.r.l., ha chiesto un parere in merito alla legittimità della *lex specialis* della gara in oggetto nella parte in cui richiede requisiti di partecipazione ritenuti assolutamente “*irragionevoli e sproporzionati rispetto all'importo a base di gara*”, che di seguito si riportano:

- fatturato globale d'impresa riferito agli esercizi 2007 – 2008 – 2009 pari ad almeno euro 7.000.000,00 iva esclusa, da intendersi quale cifra complessiva del triennio;
- possesso di almeno due idonee referenze bancarie da cui emerga la correttezza degli impegni assunti verso la banca nonché l'impegno da parte di uno dei due istituti di credito a concedere alla ditta partecipante, in caso di aggiudicazione, una linea di credito dedicata al presente appalto, per un importo non inferiore a 150 mila euro, a garanzia del pagamento degli stipendi verso i propri dipendenti occupati nel servizio;
- esecuzione, conclusa o in corso, negli ultimi tre esercizi predetti, di almeno tre servizi di pulizia presso pp.aa., enti pubblici, privati, il cui importo complessivo sia pari o superiore ad euro 3.000.000,00;
- possesso di un patrimonio netto medio annuo, riferito all'ultimo biennio, pari ad almeno 800.000,00 euro, desumibile dalla copia degli estratti di bilancio considerati.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità dell'istanza in quanto accompagnata solo da due dei vari documenti richiesti dall'art. 4, comma 3, del nuovo regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ex art. 6 comma 7, D.Lgs. 163 del 2006; nel merito la stessa ha poi controdedotto in ordine alla ragionevolezza e proporzionalità dei requisiti in contestazione.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità delle previsioni contenute nella *lex specialis* della gara in oggetto in tema di requisiti e idonee referenze bancarie richieste, così come sopra riportate.

Preliminarmente, come in fatto richiamato, la stazione appaltante ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza, non risultando, la stessa, accompagnata dai documenti richiesti dall'art. 4, comma 3, del regolamento del precontenzioso.

L'eccezione appare infondata. Rispetto all'elenco di documentazione indicato dalla norma assume rilievo preminente, in termini di ammissibilità, l'indicazione degli elementi necessari in ordine all'oggetto dell'istanza; nel caso di specie il contenuto dell'istanza ed i documenti allegati hanno integrato quanto necessario ad avviare l'iter procedimentale. Né la stazione appaltante risulta essere stata in concreto lesa nel rispetto delle garanzie partecipative, avendo ricevuto tempestiva comunicazione dell'avvio dell'iter e dei relativi elementi, come dimostrato dalle compiute argomentazioni svolte.

Nel merito, la soluzione della questione in esame deve prendere le mosse, analogamente ai numerosi pareri già resi in materia, dal richiamo ai consolidati principi a tenore dei quali rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara di appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo però il limite della logicità e ragionevolezza degli stessi e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo tale da non restringere, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio (cfr. ex multis AVCP, pareri nn. 83 e 109 del 2010, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 8914 del 29 dicembre 2009, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2304 del 3 aprile 2007, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 6534 del 23 dicembre 2008).

In ordine alla suddetta discrezionalità, va richiamato, a fini di completezza, il dato normativo, da leggersi sotto il faro del giudice comunitario. In proposito, l'art. 42 del D. Lgs 163/2006 relativo alla capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizio, nel riprodurre il contenuto dell'art. 48 Direttiva 18/2004 CEE, dispone al comma 2, che la stazione appaltante precisa nel bando di gara o nella lettera di invito quali dei documenti e dei requisiti indicati al comma 1, devono essere presentati e dimostrati dai concorrenti. L'elenco contenuto nella norma in esame, a differenza di quello dell'art. 41, è stato considerato tassativo, tanto è vero che la Corte di giustizia europea, ha già da tempo affermato l'illegittimità della prescrizione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di mezzi di prova di capacità tecniche e professionali dei concorrenti diversi da quelli contemplati dalle direttive, pena, non solo la violazione del principio di parità di trattamento, ma anche il netto contrasto con le esigenze di integrazione comunitaria (Corte giust. com. eu. 17.11.1993 causa C-71/92) (cfr. in proposito parere 177 del 2010).

Dopo aver fissato i canoni generali, nella specie si prendono le mosse dal dato relativo ai requisiti economico finanziari. Se, quindi, negli ambiti in questione la stazione appaltante ha i noti spazi di discrezionalità, la relativa ragionevolezza non deve essere valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto ed alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara. In proposito, nelle deliberazioni n. 20, 33 e 62 del 2007 e in numerosi successivi pareri, l'Autorità ha ritenuto non incongrua o sproporzionata, né limitativa dell'accesso alla gara la richiesta di un fatturato globale, nel triennio pregresso, sino al doppio dell'importo posto a base della stessa (cfr. ad es. i pareri 59 del 2009 e 95, 19 e 4 del 2010).

Va quindi ribadito in termini di indicazione di principio che non è conforme alla normativa di settore, in quanto lesiva dei principi posti a tutela della libera concorrenza e del mercato, la

prescrizione del bando che richieda il possesso di un fatturato minimo globale, negli ultimi tre anni, in misura superiore al doppio dell'importo posto a base della stessa.

Nel caso di specie, l'importo di fatturato minimo richiesto appare superiore al predetto limite (7.000.000 di euro è superiore al doppio di 2.580.000 euro), con conseguente illegittimità della previsione.

Per quanto concerne i requisiti tecnici, se per un verso i servizi pregressi rientrano nell'elenco previsto dall'art. 42, per un altro verso occorre verificare anche qui se il *quantum* richiesto sia connotato dal rispetto dei limiti dettati alla discrezionalità della p.a..

In proposito, come già evidenziato da questa Autorità (parere 116 del 2010), l'art. 42 citato, al comma 3, nel prescrivere che i requisiti di capacità tecnica e professionale dei prestatori dei servizi non possono eccedere l'oggetto dell'appalto, implicitamente richiede che l'individuazione di tali requisiti sia proporzionata al valore presuntivo posto a base d'asta e sia comunque idonea a fornire in concreto maggiori garanzie alla stazione appaltante, in quanto una diversa previsione si risolverebbe in una ingiustificata limitazione della platea dei possibili concorrenti. Pertanto, anche volendo forzare il limite dettato dal comma 3, in esame al fine di garantire la sussistenza della predetta discrezionalità, analogamente a quanto sopra stabilito per i requisiti economici, occorre individuare un limite non oltre il doppio del predetto importo, che nel caso di specie appare parimenti superato (importo annuo a base d'asta pari a 430 mila euro, importo annuo richiesto servizi pregressi pari a 1 milione di euro).

In proposito, va altresì richiamato quanto emerso in giurisprudenza (cfr. ad es. Consiglio di Stato, Sezione V - Sentenza 31/10/2008 n. 5459) in ordine alla ragionevolezza della previsione del richiamo al fatturato, specie in tema di servizi pregressi, in quanto dal mero dato del fatturato non è possibile desumere con la necessaria chiarezza le attività effettivamente e correttamente svolte nel pregresso servizio analogo. Un tale metodo di dimostrazione, infatti, non è idoneo a garantire (come avviene, ad esempio, in presenza di un certificato di specifica e corretta esecuzione) l'effettiva consistenza (per natura e per qualità) del servizio pregresso; cosicché l'eccessiva dilatazione del *quantum* richiesto, rispetto all'importo a base d'asta, costituisce indizio di eccessiva restrizione della concorrenza.

Passando all'ulteriore requisito in contestazione, relativo alla richiesta linea di credito, occorre, anche in tale contesto, prendere le mosse dal richiamo ai consolidati principi già espressi da questa Autorità.

Come noto, in generale, tra i mezzi probatori che la stazione appaltante può richiedere ai concorrenti ai fini della dimostrazione della loro capacità economica e finanziaria, l'art. 41 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 annovera, tra gli altri, anche la "dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385". A titolo esemplificativo del campo applicativo della norma in questione, è stato già evidenziato come la presentazione di una sola attestazione bancaria venga a determinare la carenza di un requisito essenziale espressamente previsto dal legislatore (parere 216 del 2008 e Consiglio di Stato, sez. IV, 7 aprile 2008 n. 1485).

Peraltro, in proposito, è stato altresì già ricordato dall'Autorità 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. 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 (parere n. 71 del 2010).

Per quanto concerne poi, in particolare, la richiesta di una specifica linea di credito, oggetto di contestazione nella specie, in analoghe fattispecie l'Autorità, partendo dai medesimi principi in tema di discrezionalità della stazione appaltante e dei relativi limiti, ha avuto modo di statuire (parere n. 194 del 2008) che la previsione del bando di gara nella quale, ai fini della dimostrazione della capacità economico-finanziaria, venga richiesto l'impegno a concedere una linea di credito dedicata all'assolvimento delle obbligazioni pecuniarie determinate dall'appalto, *per un importo non inferiore alla base d'asta*, riferita alla durata triennale del contratto, appare irragionevole e non giustificata.

Applicando tali coordinate, rispetto alle quali non vi sono nuove ragioni di ripensamento, nel caso di specie il limitato importo della linea di credito (150 mila euro, ben al di sotto dell'importo a base d'asta) ne esclude la illegittimità nei termini paventati.

Per quanto concerne poi il quarto ed ultimo requisito in contestazione, relativo alla consistenza del patrimonio, occorre evidenziare che tale elemento non risulta ricompreso tra quelli indicati dall'articolo 41, cosicché i relativi margini di discrezionalità vanno esercitati sulla scorta di una adeguata esplicitazione delle ragioni sottese alla scelta perseguita, altrimenti operando il principio generale dettato dal comma 3, del medesimo art. 41. Nel caso *de quo*, nulla emerge né dalla *lex specialis* né dalle controdeduzioni formulate dal Comune sull'istanza in oggetto. A diverse conclusioni si giungerebbe, in assenza del disposto normativo predetto ovvero in presenza di esplicitazione delle ragioni sottese alla scelta (assenti anche in sede di controdeduzioni sul punto specifico del patrimonio) nell'ipotesi in cui si estendano al patrimonio i medesimi principi dettati per il fatturato (elemento espressamente richiamato dal predetto art. 41), in quanto nella specie il *quantum* minimo di patrimonio netto richiesto appare ben inferiore al doppio dell'importo a base d'asta.

A quest'ultimo proposito, peraltro, la rilevanza del requisito verrebbe ormai ad essere comunque elisa, quantomeno a fondamentali fini del rischio di esclusione, dal principio recentemente introdotto nell'ordinamento attraverso la formulazione dell'art. 46 comma 1 bis, del Codice, con cui il legislatore ha inteso innovare l'ordinamento in termini restrittivi rispetto al proliferare delle cause di esclusione nell'ambito delle leggi di gara. Tale norma, dal tenore stesso piuttosto incisivo ("1-bis. *La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle*"), costituisce espressione di una chiara scelta normativa tesa a rendere legislativamente tassativo lo spettro delle cause che comportano l'esclusione da una gara d'appalto. In disparte delle questioni che potranno sorgere in ordine all'effettivo ambito applicativo delle diverse voci richiamate dallo stesso art. 46 comma 1 bis, l'innovazione normativa costituisce indicazione interpretativa per gli operatori in ordine alla tassatività delle cause di esclusione.

In base a quanto sopra considerato

**Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le clausole concernenti il fatturato, i servizi pregressi ed il patrimonio, non siano conformi alla normativa e ai principi in tema di evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 dicembre 2011*

Il Segretario: Maria Esposito