Parere n. 34 del 24 febbraio 2011

PREC 237/10/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 Comune di Rapallo – Servizi di assistenza e attività connesse presso la Residenza Protetta Villa Tasso – Importo a base d'asta: €600.000,00 annui – S.A.: Comune di Rapallo.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 17 settembre 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Rapallo, in qualità di stazione appaltante, ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito all'ammissibilità alla procedura di gara per l'affidamento del servizio in oggetto dell'offerta presentata dall'A.T.I. Consorzio di Cooperative Roberto Tassano Soc. Coop. Soc. a r.l. e Tassano New Sinergy Consorzio di Coop. Sociali.

Al riguardo la stazione appaltante ha rappresentato che dall'esame della documentazione amministrativa prodotta è emerso che, relativamente alla dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria, il Consorzio Tassano New Sinergy Consorzio di Coop. Sociali, mandante del costituendo raggruppamento sopra denominato, aveva presentato una sola dichiarazione bancaria, anziché due come richiesto, dichiarando espressamente “*di avvalersi di un unico Istituto bancario e di rimanere a disposizione dell'Ente per produrre qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla Stazione Appaltante ai sensi dell'art. 41, comma 3 del D.Lgs. 163/2006*”. Alla luce della richiesta di avvalersi di tale facoltà avanzata dal predetto Consorzio e considerato che lo stesso risulta costituito da meno di tre anni, motivazione espressamente prevista dalla norma citata, la Commissione di gara ha disposto l'ammissione con riserva di detto raggruppamento, nutrendo tuttavia il dubbio che la documentazione alternativa dovesse essere prodotta già direttamente in sede di gara dal concorrente per la sua valutazione, subordinando lo scioglimento della riserva all'emissione del parere dell'Autorità.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale la stazione appaltante, in data 2 novembre 2010, ha confermato quanto già espresso nell'istanza di parere di cui trattasi, mentre la costituenda A.T.I. Consorzio di Cooperative Roberto Tassano Soc. Coop. Soc. a r.l. e Tassano New Sinergy Consorzio di Coop. Sociali ha ritenuto di non partecipare al contraddittorio documentale con proprie memorie.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire la controversia sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto occorre, preliminarmente, rilevare che il testo dell'art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006, come modificato dal D.Lgs. n. 152/2008, c.d. terzo decreto correttivo (pubblicato in G.U. 2 ottobre 2008) in applicazione al caso di specie “*ratione temporis*”, annovera tra i mezzi probatori che la stazione appaltante può richiedere ai concorrenti ai fini della dimostrazione della loro capacità economica e

finanziaria, alla lettera a) “*dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385*”. Dalla lettera della legge discende, pertanto, che la presentazione di una sola attestazione bancaria viene, in generale, a determinare la carenza di un requisito essenziale espressamente previsto dal legislatore.

In conformità alla richiamata norma primaria, anche la *lex specialis* in esame ha prescritto che i concorrenti, e in caso di associazione temporanea di imprese ciascuna delle imprese associate, dovessero presentare, a pena d'esclusione, dichiarazione, da prodursi in originale, di «*almeno due Istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs. 385/93 recanti espresso riferimento alla presente gara ed attestanti espressamente la solidità economica e la puntualità e regolarità nell'onorare gli impegni assunti da parte dell'impresa*» (v. punto 3, pag. 7, delle “*Modalità di partecipazione*”, concernente la busta A), del bando). Lo stesso bando di gara, inoltre, ha ribadito, dopo il punto 10), prima delle successive prescrizioni concernenti la busta B), che “*i requisiti e le prescrizioni del presente Bando devono essere intesi a pena di esclusione*”.

Ciò premesso, si deve tuttavia rilevare che alcune pronunce giurisprudenziali recepiscono una interpretazione “attenuata” della norma di legge in discorso, applicata nella *lex specialis* di gara, affermando 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. Partendo da tali premesse la richiamata giurisprudenza giunge a ritenere «*l'illegittimità degli atti gara sotto il profilo della mancata previsione di 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”, specie laddove siano indicate, in sede di gara, le motivazioni che avevano reso impossibile la presentazione di una duplice referenza bancaria*» (T.A.R. Lazio, Roma Sez. III, 27 marzo 2007 n. 2661). Tale orientamento valorizza la circostanza di fatto, di volta in volta accertata nel giudizio, che il soggetto partecipante alla gara e da essa escluso per la mancata presentazione di almeno due referenze bancarie aveva espressamente indicato, in sede di gara, le motivazioni che avevano reso impossibile la presentazione di tale documentazione. Ciò in coerenza con quanto previsto dallo stesso art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006, che al comma 3 prevede l'ipotesi di impossibilità di presentare le referenze richieste “*per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio di attività da meno di tre anni*”; in tal caso, infatti, il legislatore consente di “*provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*” (in tal senso cfr.: parere AVCP n. 36 del 25 febbraio 2010). Si deve, peraltro, rilevare come tale facoltà, in quanto espressamente prevista dalla citata norma primaria (art. 41, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006), pur in assenza di una esplicita previsione del bando a proposito della produzione di una sola referenza bancaria, in luogo delle due richieste, sia ugualmente esercitabile in virtù del carattere obbligatorio della previsione normativa di che trattasi.

Invero, nel caso di omesso inserimento nella *lex specialis*, da parte della stazione appaltante, di un contenuto previsto come obbligatorio dall'ordinamento giuridico, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., si colmano in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla P.A., soccorrendo al riguardo il meccanismo di integrazione automatica (Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2959). Sicché, nel caso di specie non v'è dubbio che, a prescindere dalla riproduzione nel bando dell'art. 41, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, tale ultima norma, applicabile a tutte le procedure di evidenza pubblica, integrasse *ipso iure* la disciplina di gara.

Ciò detto, si deve al contempo rilevare che l'impresa partecipante, nel manifestare per iscritto e sin dal momento della presentazione della documentazione di gara il giustificato motivo che a suo

giudizio le permetteva di produrre una sola referenza piuttosto che le due richieste dal bando, avrebbe contestualmente dovuto produrre la documentazione alternativa da sottoporre al giudizio di idoneità della stazione appaltante. Specularmente, quest'ultima non avrebbe potuto, senza alterare la *par condicio*, procedere alla richiesta di chiarimenti e di integrazione documentale.

Come è noto, infatti, la giurisprudenza ha affermato che è consentito, in via di principio, completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto della documentazione prodotta, ma con due limitazioni: – l'impossibilità di fornire la prova tardiva del possesso di un requisito o capacità prescritto per la partecipazione alla gara, in ordine al quale sia stata omessa l'allegazione di ogni documento in sede di presentazione dell'offerta, nel rispetto dei termini fissati nel bando o nella lettera d'invito; – l'impossibilità di precisare e sostanzialmente cambiare, attraverso la produzione di documenti o chiarimenti, elementi costitutivi dell'offerta, oggetto di valutazione e attribuzione di punteggio, pena la violazione del principio della *par condicio* (Cons. Giust. Amm. Sicilia, Sez. Giurisdizionale, 28 luglio 2006, n. 478).

In conclusione, va affermato che il concorrente ha la possibilità di presentare una sola referenza bancaria, o comunque di esonerarsi in parte dalla dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti nel bando, ma solo a condizione che, nell'esplicitarne il giustificato motivo alla stregua del comma 3 dell'art. 41, contestualmente produca la documentazione alternativa atta a comprovare il possesso del requisito richiesto in sede di gara, poiché uno solo è il termine, essenziale a pena di esclusione, per la produzione della documentazione richiesta per l'ammissione ed illegittima è ogni integrazione postuma ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006. La giurisprudenza più volte si è espressa al riguardo, statuendo la legittimità dell'esclusione dalla gara (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2007, n. 5909). Il che preclude in radice sia la possibilità di interpretazioni estensive del bando nella prospettiva del *favor participationis* sia l'esercizio del potere di chiedere integrazioni documentali postume, risolvendosi altrimenti quest'ultimo in una violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara dell'A.T.I. Consorzio di Cooperative Roberto Tassano Soc. Coop. Soc. a r.l. e Tassano New Sinergy Consorzio di Coop. Sociali sia conforme alla *lex specialis* predisposta dalla stazione appaltante e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11 marzo 2011

Il Segretario: Maria Esposito