

PARERE N. 191 DEL 21/11/2012

PREC 157/12/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 Servizi Atlantis – “*Procedura aperta per l'appalto del servizio di custodia e portierato presso la sede dell'Agenzia Latina Formazione e Lavoro*” – Data di pubblicazione del bando: 13.1.2012 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 399.000,00 – S.A.: Agenzia Latina Formazione e Lavoro.

Requisiti economico-finanziari - referenze bancarie

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 28 giugno 2012 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Consorzio Servizi Atlantis ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dalla Agenzia Latina Formazione e Lavoro per non aver dimostrato il requisito di capacità economico-finanziaria richiesto nella *lex specialis*.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 26 luglio 2012, la stazione appaltante ha ribadito la correttezza del proprio operato e la legittimità della disposta esclusione.

Considerato in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti del Consorzio Servizi Atlantis per le ragioni evidenziate in fatto.

L'esclusione, alla luce della documentazione in atti, è illegittima.

La *lex specialis* di gara richiedeva, ai fini della dimostrazione della capacità economico-finanziaria dei partecipanti, l'esibizione di “*idonee referenze bancarie comprovate da almeno un istituto bancario, contenenti l'impegno del medesimo ad aprire a favore dell'offerente, in caso di aggiudicazione, una linea di credito dedicata all'appalto pari all'importo a base d'asta triennale*”.

In sede di chiarimenti richiesti alla S.A., questa dichiarava che la clausola predetta dovesse intendersi sostituita come segue: “*Idonee referenze bancarie comprovate da almeno un istituto bancario. La lettera di referenze bancarie, redatta da un istituto bancario o da un intermediario autorizzato, deve esplicitare di aver concesso, o di essere disponibile a concedere in caso di aggiudicazione, una linea di credito dedicata all'assolvimento delle obbligazioni pecuniarie derivanti dall'appalto*”.

Si rinviene in atti la lettera della Banca Popolare del Lazio, del 6 marzo 2012, indirizzata alla S.A., nella quale si dichiara che l'impresa istante “*è impresa operante nel settore... intrattiene dal mese di maggio 2010 regolari rapporti di lavoro con il ns. Istituto e, per quanto a nostra conoscenza, l'azienda appare finanziariamente solida ed idonea ad assumere impegni di lavoro. In caso di*

aggiudicazione saremo disponibili a valutare una linea di credito dedicata all'appalto pari all'importo a base d'asta triennale".

Dal verbale n. 1 delle operazioni di gara del 12 marzo 2012, risulta che la commissione ha inteso richiedere all'impresa istante *"di far pervenire una nuova lettera di referenze bancarie entro le ore 10,00 di venerdì 16 marzo 2012..."*

Il Consorzio Atlantis ha quindi trasmesso un'ulteriore dichiarazione, resa in data 14.3.2012 dalla Banca Popolare di Milano che riferisce che l'impresa istante *"intrattiene con questo Istituto buoni rapporti. Si ritiene pertanto sia in possesso di mezzi finanziari tali da consentire di fronteggiare, con puntualità e correttezza, gli impegni assunti. Dichiariamo inoltre che la stessa è affidata dal nostro Istituto per complessivi euro 515.000,00 regolati su rapporto di conto corrente. Altre informazioni: ammontare saldi c/c euro 49.000,00"*.

Con successivo verbale n. 4 del 16 marzo 2012, la Commissione dà atto che le lettere presentate dall'impresa istante non sono idonee per la dimostrazione del requisito di capacità economico finanziaria, *"poiché non formulate secondo quanto previsto dal Disciplinare e Capitolato d'appalto, dalla relativa precisazione pubblicata sul sito internet e dalla specifica richiesta inoltrata su iniziativa della Commissione alle ditte interessate in data 12 marzo 2012"*.

In detta comunicazione, indirizzata in via telematica all'interessata, la S.A. si esprimeva come di seguito: *"Nel corso della valutazione della documentazione presentata dalla vostra impresa è emerso che la lettera di referenze bancarie non risulta pienamente idonea alla dimostrazione del requisito di capacità economico-finanziaria richiesto per la partecipazione alla gara... Si ribadisce che la lettera di referenze bancarie, redatta da un istituto bancario o da un intermediario autorizzato, deve esplicitare di aver concesso, o di essere disponibile a concedere in caso di aggiudicazione, una linea di credito dedicata all'assolvimento delle obbligazioni pecuniarie derivanti dall'appalto"*.

Trattasi, in tutta evidenza, di una motivazione, posta a base dell'esclusione di che trattasi, che suscita ragionevoli perplessità, alla luce del criterio rigorosamente letterale adoperato per valutare le suddette referenze, sulla base del riscontro di una mera difformità testuale tra la clausola in argomento, *ut supra* oggetto di precisazione, e le referenze bancarie prodotte.

Al riguardo, va detto che, nelle gare pubbliche, le referenze bancarie chieste dalla stazione appaltante alle imprese partecipanti hanno il valore di un indice sintomatico del possesso dei requisiti economico-finanziari necessari per l'aggiudicazione del contratto, in base al fatto notorio che il sistema bancario eroga credito unicamente a soggetti affidabili sotto tale profilo.

L'espressione *"idonee referenze bancarie"*, ove riportata nei bandi di gara pubblica, deve essere interpretata dagli istituti bancari nel senso che essi debbano riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità delle stesse nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso, e non anche fornire elementi sulla effettiva consistenza economica e finanziaria dei concorrenti, trattandosi di elementi che, di fatto, potrebbero non essere da loro conosciuti e che, comunque, anche se fossero disponibili, non potrebbero rendere noti a terzi, stante l'obbligo di riservatezza gravante sugli istituti bancari (Consiglio Stato sez. V, 23 giugno 2008, n. 3108). Non di meno, anche quest'ultimo elemento riservato risulta essere stato fornito nell'occasione dalla Banca Popolare di Milano.

Del resto, ai sensi dell'art. 41 del D.lgs. n. 163 del 2006, la capacità economica e finanziaria può essere dimostrata dai concorrenti, oltre che mediante asseverazioni bancarie e bilanci di impresa, attraverso una dichiarazione autocertificata concernente il fatturato globale di impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi, o (anche) mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante. Si tratta di previsione chiaramente ispirata al principio del *favor participationis*, come tale insuscettibile di interpretazione restrittiva da parte della stazione appaltante, che è tenuta ad effettuare la verifica dei requisiti economico finanziari senza aggravare l'onere probatorio a carico delle imprese

offerenti e senza indulgere in formalismi ingiustificati.

C'è da considerare, peraltro, che a seguito dell'introduzione del comma 1-*bis*, all'art. 46 del codice dei contratti pubblici è attualmente possibile disporre l'esclusione di un concorrente da una gara solo nei casi tassativamente indicati per cui, anche alla luce della novella normativa la presentazione di idonee referenze bancarie non può più considerarsi quale requisito "rigido", dovendosi conciliare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 4 novembre 2009, n. 10828).

Nella fattispecie, comunque, con le referenze bancarie presentate, l'impresa istante aveva sufficientemente dimostrato la propria affidabilità economico-finanziaria.

La non "rigidità" del requisito di che trattasi consente, in definitiva, di ritenere non conforme alla normativa di settore l'operato della S.A.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non conforme all'ordinamento di settore l'operato della S.A. e conseguentemente illegittima l'esclusione disposta nei confronti del Consorzio Servizi Atlantis.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 novembre 2012
Il Segretario Maria Esposito