

Parere n.25 del 23/02/2012

PREC 264/11/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 società AfiCurci srl– Procedura aperta per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo – Importo a base d'asta: euro 102.277,88 – S.A.: Comune di Monfalcone

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 21 ottobre 2011 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la società AfiCurci srl ha chiesto l'avviso dell'Autorità, in merito alla sua esclusione dalla gara per carenza del requisito di natura economico finanziario richiesto dalla *lex specialis* e per mancata presentazione di tutta la documentazione richiesta dall'art. 49 D.Lgs. 163/2006 in caso di avvalimento.

Secondo l'istante il predetto requisito rappresentato dal "*possesso di bilanci in utile d'impresa nell'ultimo triennio disponibile*" (pag. 3 del Disciplinare di gara) sarebbe illegittimo, arbitrario e rappresenterebbe un elemento in grado di limitare senza alcuna valida giustificazione la partecipazione alla gara, in quanto l'art. 41 del Codice dei Contratti pubblici non richiede dei bilanci in utile, ma semplicemente una valutazione complessiva dello stato economico e finanziario dei concorrenti, al fine di valutarne la capacità ad assumere le obbligazioni nascenti dall'eventuale aggiudicazione. A giudizio dell'istante, inoltre, l'utile di bilancio non potrebbe costituire da solo un parametro determinante per l'ammissione delle imprese alle gare pubbliche, essendo possibile provare la capacità economico-finanziaria attraverso una pluralità di mezzi. La società, infine, contesta le motivazioni dell'esclusione, in quanto, posto che è ricorsa all'istituto dell'avvalimento per dimostrare il possesso del requisito censurato, la Commissione di gara ha sommato gli utili/perdite di bilancio delle società ausiliarie, concludendo che per gli esercizi 2008 e 2009 "*non è stato raggiunto un utile complessivo di bilancio*" ed ha, quindi, proposto l'esclusione dell'istante, mentre la *lex specialis* chiedeva semplicemente un "*utile di bilancio*".

A seguito dell'istruttoria documentale avviata dall'Autorità, il Comune di Monfalcone ha confermato la legittimità degli atti di gara, evidenziando i precedenti dell'Autorità (determinazione n. 5/2009, parere n. 5 del 12.1.2011, n. 113 del 16.6.2010) e della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. V, n. 4283 del 8.9.2008), secondo cui la stazione appaltante gode in virtù dell'art. 41 D.Lgs. 163/2006 di ampia discrezionalità nel fissare i requisiti di partecipazione alla gara, conseguentemente quelli indicata dalla norma in esame non hanno carattere tassativo. L'Amministrazione comunale, inoltre, ha precisato che il requisito contestato non è tale da limitare la concorrenza alla gara, data la possibilità per gli operatori economici di ricorrere all'istituto dell'avvalimento. L'istante, difatti, si è avvalso dei bilanci di altre imprese del medesimo gruppo, ma la Commissione di gara ha rilevato che il requisito richiesto non risultava comunque soddisfatto, in quanto i bilanci prodotti non presentavano utili di gestione. La stazione appaltante, infine, ha evidenziato che la documentazione presentata dalle imprese ausiliarie è carente e non rispetta quanto richiesto *ex art. 49 D.Lgs. 163/2006*, in quanto mancano le dichiarazioni *ex art. 38 D.Lgs. 163/2006* ed i certificati di iscrizione alla Camera di Commercio per attività coincidente con quella

oggetto del presente appalto ed i certificati di iscrizione al registro Unico degli Intermediari Assicurativi e Riassicurativi presso l'ISVAP.

Ritenuto in diritto

Premesso che l'istante non ha ritenuto di formulare alcuna censura avverso la riscontrata carenza documentale che riguarda le imprese ausiliarie, la questione controversa concerne solamente la legittimità del disciplinare di gara nella parte in cui prevede come requisito di partecipazione alla gara il "*possesso di bilanci in utile d'impresa nell'ultimo triennio disponibile*".

Al riguardo si osserva che, come correttamente rilevato dal Comune di Monfalcone, il legislatore ha rimesso alla stazione appaltante la facoltà di prevedere requisiti di partecipazione ulteriori e più rigorosi rispetto a quelli legali, purché gli stessi siano pertinenti rispetto all'oggetto dell'appalto e rispettino i principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Venendo al caso in esame, si rivela che la disposizione censurata non contrasta con l'art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto è lo stesso legislatore che consente di dimostrare il possesso dei requisiti economici e finanziari attraverso la presentazione dei bilanci, né appare affetta da vizi di illogicità ed irragionevolezza, sebbene richieda dei bilanci in utile, in quanto grazie a tale elemento la stazione appaltante è in grado di scegliere tra concorrenti che mostrano di avere una maggiore affidabilità economico-finanziaria rispetto a quelli che presentano perdite di esercizio (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21.1.2011 n.426). Il requisito censurato, inoltre, non limita la partecipazione alla gara *de qua*, atteso che, da un lato non viene richiesto un utile minimo, e, comunque, dall'altro, lo stesso può essere oggetto di avvalimento. Il disciplinare di gara, inoltre, ammette la partecipazione anche in forma associata.

Sotto altro aspetto si rileva che l'applicazione che la Commissione di gara fa della disposizione censurata non è corretta. Dall'esame del verbale n. 1 di gara e dalla tabella allegata allo stesso si apprende, infatti, che la Commissione di gara ha sommato gli utili d'esercizio dell'istante con quelli delle imprese di cui si è avvalso ed ha concluso che "*il gruppo nel suo complesso non presenta bilanci in utile nel triennio considerato*". In realtà la Commissione avrebbe dovuto verificare soltanto se la singola impresa ausiliaria possedeva o non possedeva il requisito richiesto.

Rimane, tuttavia, la carenza documentale correttamente accertata dalla stazione appaltante e risultante dal verbale di gara n. 1, non censurato dall'istante sotto questo profilo.

In base a tutto quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene nei limiti di cui in motivazione che la disposizione censurata del disciplinare di gara sia conforme all'art. 41 D.Lgs. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito