

Parere n.97 del 5/06/2013

PREC 67/13/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Ludus Cooperativa r.l.– “Affidamento del servizio di asilo nido comunale periodo dal 01.09.2013 al 31.08.2016” - Importo a base di gara €1.218.000,00 – S.A.: Comune di Torrile (PR)

Referenze bancarie. Art. 41 D.Lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 22 febbraio 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la Ludus Cooperativa r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della disposta esclusione dalla procedura di gara di cui in oggetto.

Il Comune di Torrile indiceva la procedura per l'affidamento in appalto dei servizi per la prima infanzia del “Nido d'Infanzia e Centro Giochi” per il periodo dal 01 Settembre 2013 al 31 Agosto 2016, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta di complessivi €1.218.000,00, IVA esclusa.

Relativamente alla dimostrazione della capacità economica e finanziaria, il disciplinare di gara (punto 5 cpv 2) e il relativo allegato n. 1 indicavano, quale requisito, “*di essere in possesso di almeno una referenza rilasciata da istituti bancari o di credito o intermediari autorizzati ai sensi del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, attestanti che l'impresa gode di un livello di affidamento in relazione all'importo complessivo dell'appalto e che il concorrente ha sempre fatto fronte ai propri impegni con regolarità e puntualità... - La/e referenza/e, che devono essere allegate alla domanda di partecipazione ed inserite nella Busta A-Documentazione amministrativa, deve/ono essere prodotta/e in originale e riportare una data non anteriore a sei mesi dal termine di presentazione delle offerte per il presente appalto*”.

La Ludus cooperativa s.r.l. partecipava alla gara di appalto e, al fine di dimostrare la propria capacità economica e finanziaria, a corredo della propria offerta, produceva copia sia della referenza bancaria rilasciata dall'ente Poste Italiane in data 14/12/2012, sia della referenza bancaria rilasciata dalla Banca Popolare di Bergamo (Gruppo UBI) in data 18/12/2012, in occasione della procedura di gara per l'affidamento in gestione del servizio di asilo nido del Comune di Forte dei Marmi. La prima (del Banco Posta) datata 14.12.2012 indirizzata al Comune di Forte dei Marmi, per un diverso appalto di cui non è indicato l'importo, stringatamente afferma “*vi confermiamo che il rapporto di c.c. tutt'oggi presenta un andamento regolare e corretto*”. La seconda (UBI) datata 18.12.2012 indirizzata al Comune di Forte dei Marmi, certifica che “*Ci è gradito segnalare che la LUDUS Cooperativa ... è cliente del nostro istituto ... ha attività per servizi per asili nido, assistenza diurna per minori disabili. Da quanto ci risulta, la società attualmente presenta una situazione finanziaria equilibrata che consente di far fronte agli impegni assunti; fa capo a persone corrette e competenti, i rapporti con il nostro istituto sono stati, sinora, di reciproca soddisfazione. Pertanto ci dichiariamo disponibili, ove ne sussistano le condizioni ed in dipendenza dall'aggiudicazione della gara in oggetto (nдр: di Forte dei Marini) ad esaminare la richiesta di linee di credito che ci venisse eventualmente formulata dalla predetta società, fermo restando la necessità di valutare la sussistenza di idonee garanzie al riguardo*”. La LUDUS dichiarava, inoltre, con autocertificazione, di avere richiesto debite referenze bancarie a Poste Italiane presso cui tiene uno dei propri conti correnti aziendali, ma di non avere ancora ricevuto risposta.

La commissione di gara nella seduta del 18 Gennaio 2013 dichiarava la domanda non ammissibile nella parte relativa ai requisiti economico finanziari perché carenti delle referenze rilasciate da

istituti bancari o di credito o intermediari autorizzati ai sensi del d.lgs. n. 1 del 1 settembre 1993, n. 385, poiché non prodotte con le modalità previste dal bando, ovvero in originale e non riferite alla gara in oggetto.

La gara è stata provvisoriamente aggiudicata all'Aurora Domus Coop. Soc. Onlus, con determinazione n. 112 del 21.03.2013.

In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 2 aprile 2013, sono pervenute memorie da parte dell'istante, della stazione appaltante e dell'aggiudicataria provvisoria contro interessata.

Ritenuto in diritto

La questione di diritto che viene sottoposta all'attenzione di questa Autorità concerne la legittimità della esclusione disposta nei confronti della cooperativa istante per non avere dimostrato il requisito di ordine speciale di capacità economica e finanziaria di cui all'art. 41 D.Lgs. 163/2006 e di cui al disciplinare di gara (punto 5 cpv 2) e relativo allegato n. 1.

La lex specialis di gara espressamente prescrive, quanto al requisito economico-finanziario, che i concorrenti devono produrre in originale almeno una referenza bancaria che attesti che l'impresa gode di un livello di affidamento in relazione all'importo complessivo dell'appalto. Per contro, le due referenze bancarie prodotte da Ludus non sono in originale, né garantiscono la stazione appaltante in ordine all'affidabilità economico-finanziaria dell'operatore in relazione all'importo complessivo dell'appalto.

Sostiene l'istante che, poiché l'art. 41 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 consente all'impresa concorrente di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi documento considerato idoneo dalla stazione appaltante, ne discende che possono essere ritenute adeguate a comprovare detta capacità anche le referenze bancarie rilasciate per un bando di gara diverso da quello promosso dal Comune di Torrile, seppure in copia. Infatti, l'art. 41 co. 3 là dove stabilisce che *"se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante"* non ha assunto una posizione rigida al fine della dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria, avendo dato ampio spazio alla necessità di conciliare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, prevedendo dei temperamenti rispetto a quelle imprese che non siano in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze indicate.

Inoltre, il bando non prevederebbe, come causa di esclusione, il deposito in copia delle referenze bancarie, ma contemplerebbe solo l'esclusione per il mancato possesso del requisito economico-finanziario richiesto, che l'impresa indubbiamente detiene, come ha dimostrato con la produzione della copia della referenze medesime. In ogni caso gli atti di gara, sotto il profilo della mancata previsione di alcun temperamento rispetto all'ipotesi della mancata presentazione "di idonee referenze bancarie", dovrebbero ritenersi illegittimi.

Infine, in sede di controllo sul possesso dei requisiti ex art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, l'Amministrazione appaltante avrebbe potuto procedere alla richiesta di produzione degli originali o ammettere con riserva l'operatore economico ovvero fare uso dei propri poteri di soccorso ai sensi dell'art. 46 D.Lgs. 163/2006.

Le censure sollevate dall'istante sia sul bando che sugli atti di gara non sono condivisibili.

In primo luogo deve osservarsi che il bando di gara, là dove prevede le referenze bancarie ai fini della comprova del requisito di capacità economico finanziaria, è perfettamente in linea con la previsione di cui all'art. 41 D.Lgs. 163/2006, nonché risulta eterointegrato dalla medesima disposizione di cui al co. 3 che, prevedendo, espressamente la facoltà dell'amministrazione di valutare, con discrezionalità, il possesso del requisito in capo ai concorrenti che non abbiano potuto fornire le referenze bancarie per come richieste dalla lex specialis, si inserisce automaticamente in via d'imperio tra le clausole del disciplinare stesso, che non sono comunque con esso in contrasto. E', tuttavia, evidente che l'istante, non avendo adempiuto alle previsioni del disciplinare di gara –

che imponevano espressamente il deposito in originale di almeno una referenza bancaria attestante che l'impresa gode di un livello di affidamento in relazione all'importo complessivo dell'appalto e che il concorrente ha sempre fatto fronte ai propri impegni con regolarità e puntualità – senza addurre giustificati motivi, non può invocare l'applicazione del co. 3 dell'art. 41 che introduce un meccanismo di tutela, nell'ottica della massima partecipazione, a favore soltanto di quei concorrenti che non sono *“in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze richieste”*. In ogni caso, dal verbale n. 1 del 18.01.2013, risulta che la Commissione di gara ha valutato le referenze prodotte in copia anche in relazione al comma 3 dell'art. 41.

Inoltre, la discrezionalità dell'amministrazione, in ordine al possesso del requisito di cui all'art. 41 D.Lgs. 163/2006, poteva dirsi in gran parte consumata - con conseguente auto vincolo in capo alla medesima - là dove nel disciplinare di gara la stazione appaltante ha ritenuto di dover chiedere in originale almeno una referenza bancaria che inerisse all'importo complessivo dell'appalto. Né poteva essere fatto uso dei poteri di soccorso ex art. 46 D.Lgs. 163/2006 - considerato di stretta interpretazione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 04-07-2012, n. 3925) - posto che, come è noto, detti poteri sono utilizzabili ad integrazione di una documentazione esibita che risulti carente o incompleta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, Sent., 17-09-2008, n. 4408 e T.A.R. Umbria Perugia Sez. I, 13-11-2012, n. 486), mentre, nella circostanza, i documenti presentati in sede di gara, ossia le referenze bancarie, non erano comunque idonei a comprovare il requisito poiché non fornivano assicurazioni a copertura della solvibilità del concorrente in relazione al valore dell'appalto, peraltro elevato. Inoltre, il potere di soccorso deve ritenersi esercitabile quando le prescrizioni formali siano state formulate in modo impreciso ed equivoco (Consiglio Stato, Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 78) e non, come nel caso di specie, in presenza di una chiara previsione di legge. Senza poi considerare che *“... l'omessa allegazione di dichiarazioni previste a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi o dimenticanze puramente formali; ciò tanto più quando non sussistano equivoci od incertezze generati dall'eventuale ambiguità di clausole della legge di gara...”* (Cons. St., III, 14 dicembre 2011 n. 6569).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le disposizioni della *lex specialis* di gara e la disposta esclusione della Ludus Cooperativa r.l. siano conformi all'art. 41 D.Lgs. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 giugno 2013

Il Segretario Maria Esposito