

Parere Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 10/4/2013 n. 53

PREC 254/12/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 Consiglio Regionale della Calabria – "Gestione del servizio bar e ristorazione del Consiglio Regionale della Calabria" – Importo a base di gara euro 90.000,00 – S.A.: Consiglio Regionale della Calabria

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 17 ottobre 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale il Consiglio Regionale della Calabria ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione dalla gara in oggetto della ditta Biesse s.n.c. di Gabriella O. Stilo & C., per non aver dimostrato il possesso dei requisiti economico finanziari richiesti nella lex specialis di gara.

Al riguardo, la stazione appaltante fa presente che la Commissione giudicatrice, esaminata la documentazione amministrativa presentata dalla Biesse s.n.c., unica impresa partecipante, ha ritenuto insufficiente, ai fini della dimostrazione della capacità economica e finanziaria, la produzione della dichiarazione proveniente da un solo Istituto di Credito, atteso che il Disciplinare di gara al n. 4 del punto 3.1 richiedeva: "Dichiarazioni in merito all'idoneità finanziaria ed economica dell'impresa concorrente rese da almeno due istituti di credito in documento originale e di data non anteriore al giorno della pubblicazione dell'estratto del presente bando di gara", così come prescritto dall'art.41 del D.Lgs. n.163/2006.

L'impresa concorrente, con l'informativa ex art.243 bis del D.Lgs. n.163/2006, ha contestato la legittimità dell'esclusione, facendo presente che l'art. 46, comma 1bis del Codice dei contratti "esclude del tutto la possibilità per l'amministrazione di introdurre delle prescrizioni a pena di esclusione nei bandi e nei capitolati, stabilendo che prescrizioni del genere possono essere stabilite soltanto dal codice o dal regolamento al medesimo o dalle disposizioni di legge". La ditta esclusa ha poi richiamato una sentenza del giudice amministrativo "secondo cui l'omessa allegazione delle referenze bancarie non può essere intesa come causa di esclusione, dovendo la Commissione invitare il concorrente ad integrare la documentazione". (TAR Abruzzo, 9 novembre 2011, n. 632)

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata con nota del 15 novembre 2012, l'impresa interessata non ha fatto pervenire osservazioni.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità del provvedimento di esclusione disposto dal Consiglio Regionale della Calabria nei confronti della ditta Biesse s.n.c. la quale, ai fini della dimostrazione della capacità economica e finanziaria, ha presentato una sola referenza bancaria, anziché due, come richiesto, contravvenendo così a quanto prescritto al n. 4, punto 3.1. del disciplinare di gara.

L'esclusione in questione appare legittima, per le ragioni che di seguito si espongono.

Il testo dell'art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006, 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. La *lex specialis* in esame, in conformità alla richiamata norma primaria, ha prescritto che i concorrenti dovessero presentare "Dichiarazioni... rese da almeno due istituti di credito in documento originale e di data non anteriore al giorno della pubblicazione dell'estratto del presente bando di gara". La stazione appaltante, quindi, a fronte dell'evidente contrasto tra quanto prescritto nel disciplinare di gara e quanto prodotto dal concorrente, ha proceduto all'esclusione di quest'ultimo, nonostante l'allegazione delle due referenze bancarie non fosse richiesta 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 di 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, da accertare di volta in volta nel giudizio, che il soggetto partecipante alla gara, e da essa escluso per la mancata presentazione di almeno due referenze bancarie, avesse 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 (cfr. parere AVCP n. 34 del 24 febbraio 2011).

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 la rappresentante della ditta concorrente, presente alla seduta di gara che qui interessa, nel manifestare il giustificato motivo (la ditta intrattiene rapporti economici con un unico istituto di credito) che a suo giudizio le consentiva di produrre una sola referenza bancaria piuttosto che le due richieste nel disciplinare, non ha prodotto alcuna documentazione alternativa da sottoporre al giudizio di idoneità della stazione appaltante.

Quest'ultima, dal canto suo, nemmeno 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).

Ancora, lo stesso Consiglio di Stato (sez. V, 31.01.2012, n. 467) in un caso analogo a quello di specie, ha chiarito che la mancata presentazione della dichiarazione della seconda banca attestante la capacità economica e la solvibilità della concorrente, non consente alla Amministrazione di far ricorso all'istituto della integrazione documentale.

"Aggiungasi che la possibilità di integrazione della documentazione incompleta depositata nei termini assegnati nel bando di gara non poteva comunque essere esercitata nel caso che occupa perché volta ad integrare documenti che avrebbero dovuto essere prodotti a pena di esclusione in quanto attinenti a requisiti essenziali per la partecipazione (Consiglio di Stato, sez. V, 2 agosto 2010, n.5084).

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, 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, in casi analoghi a quello di specie, 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 tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia legittima l'esclusione dell'impresa concorrente che abbia prodotto, ai fini della dimostrazione della capacità economica e finanziaria, la dichiarazione proveniente da un solo Istituto di Credito, senza comprovare il requisito in questione con altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 aprile 2013

Il Segretario Maria Esposito