Parere n.153 del 25/09/2013

PREC 174/13/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 Artogne - "Affidamento gestione servizi socio-sanitari alberghieri ed ausiliari c/o R.S.A. Lucia Lorenzetti"- Importo a base di gara € 4.704.000,00 - S.A. Comune di Artogne

Servizi dell'allegato II B - Richiamo all'art. 41 D.L.gs. 163/2006 - Mancata presentazione di due referenze bancarie - Esclusione - Legittimità

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 5 luglio 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Artogne ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'eventuale esclusione della cooperativa Valle Camonica Solidale soc. coop. Onlus per mancata produzione delle due referenze bancarie, richieste dalla lex specialis tra i requisiti di partecipazione. Nel caso in esame la predetta concorrente ha ritenuto di soddisfare il requisito di cui sopra mediante la presentazione di un mutuo ipotecario. Al fine di rappresentare la posizione di tutte le parti interessate, la stazione appaltante ha trasmesso anche le osservazioni pervenute dalle imprese concorrenti. In particolare la cooperativa Valle Camonica Solidale ha osservato che la documentazione dalla stessa prodotta è idonea e sufficiente a soddisfare il requisito di cui sopra, stante quanto disposto al punto 14) dell'Allegato A) al bando, che fa riferimento a dichiarazioni bancarie concernenti o linee di credito o affidamenti bancari. La stessa, inoltre, ha precisato di aver presentato soltanto la documentazione afferente al mutuo ipotecario in considerazione di quanto indicato dalla stessa stazione appaltante mediante FAQ. Quest'ultima, infatti, al quesito "se le dichiarazioni debbono essere distinte per linee di credito e per gli affidamenti o possono essere citati in una unica dichiarazione" ha risposto: "le referenze bancarie di cui all'art.13 determinate in n.2 Dichiarazioni, in originale, di istituti bancari o intermediari autorizzati, ai sensi del decreto legislativo n.163/2006 s.m. poiché sono indicati in modo espresso sono da ritenersi cumulativi", ingenerando, secondo la ricostruzione della cooperativa, il convincimento che fosse sufficiente un'unica referenza bancaria.

La società Eurotrend Assistenza s.c.r.l. coop. soc. ha osservato che la presentazione di due referenze bancarie era richiesta a pena di esclusione e, pertanto, la cooperativa Valle Camonica Solidale soc. coop. Onlus dovrebbe essere esclusa dalla gara.

La società Nuova Assistenza soc. coop. soc. Onlus ha fatto presente che l'unica referenza bancaria presentata dalla cooperativa Valle Camonica Solidale soc. coop. Onlus sotto forma di mutuo ipotecario non costituisce un'adeguata attestazione di solidità economica e finanziaria, in quanto il mutuo ipotecario è un finanziamento a lungo-medio termine assistito da una garanzia ipotecaria accesa su un bene immobile, che nulla ha a che vedere con la specificità delle referenze bancarie richieste al punto 13 del bando di gara nella misura di linee di credito o di affidamenti bancari.

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità la Nuova Assistenza soc.coop. soc. Onlus ha ribadito che non può predicarsi l'equivalenza della documentazione presentata dalla cooperativa Valle Camonica Solidale con quella richiesta dal bando.

Ritenuto in diritto

La questione controversa concerne la legittimità dell'eventuale provvedimento di esclusione di un concorrente per omessa presentazione di due referenze bancarie, richieste dalla lex specialis come requisito di partecipazione.

Al riguardo occorre preliminarmente considerare che l'appalto de quo ha ad oggetto l'affidamento della gestione di servizi socio sanitari assistenziali ed accessori, ossia di quei servizi contemplati dall'Allegato IIB del D.Lgs. 163/2006. Questi ultimi, per espressa disposizione legislativa, sono sottratti all'integrale applicazione del Codice dei Contratti Pubblici e rimangono disciplinati dalle disposizioni degli artt. 20, 27 D.Lgs. 163/2006, unitamente a quelle eventualmente richiamate dalla lex specialis. Conseguentemente assume valore dirimente l'analisi della disciplina di gara.

In particolare, per quel che rileva, il bando prevede al punto 13, sotto la rubrica Referenze Bancarie, la presentazione di: "n.2 (due) dichiarazioni, in originale, di istituti bancari o intermediari autorizzati, ai sensi del decreto legislativo n.163/2006 s.m. Dette dichiarazioni debbono attestare la solidità economica e finanziaria della ditta in data non anteriore a 180 gg dalla scadenza dell'offerta e comunque le linee di credito o affidamenti bancari totali superiori a euro 2.000.000,00, pena l'esclusione". La disposizione è chiara nel richiedere la presentazione di due dichiarazioni di istituti bancari o assicurativi, sia nel disciplinare il contenuto delle stesse, disponendo che queste ultime debbono attestare la solidità economica e finanziaria della ditta. Ciò nonostante, a fronte di tale incontestabile dato, la cooperativa de qua ha ritenuto di poter soddisfare il predetto requisito presentando unicamente un contratto di mutuo ipotecario.

Sotto altro profilo si osserva che risulta privo di fondamento l'assunto della cooperativa Valle Camonica Solidale, secondo cui la FAQ predisposta dalla stazione appaltante, avrebbe ingenerato il

ragionevole convincimento che fosse sufficiente un'unica referenza bancaria a patto di soddisfare i parametri quantitativi richiesti. A ben vedere, infatti, l'istante ha posto alla stazione appaltante un quesito relativo non al numero delle referenze da produrre, bensì al come produrle, infatti, ha chiesto "se le dichiarazioni debbono essere distinte per linee di credito e per gli affidamenti o possono essere citati in una unica dichiarazione" e la stazione appaltante nel dare la risposta ha ribadito che le referenze bancarie di cui all'art.13 sono determinate in due dichiarazioni di istituti bancari o intermediari autorizzati, ai sensi del decreto legislativo n.163/2006 s.m..

Quest'ultimo, nel corpo dell'art. 41 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". Ne consegue allora che anche la lettura della predetta FAQ, unitamente a quella della lex specialis e dell'art. 41 D. Lgs. 163/2006, suggerisce ragionevolmente la necessità, ai fini dell'ammissione alla gara de qua, di presentare due referenze bancarie.

E' opportuno, infine, ricordare che questa Autorità ha già chiarito che i requisiti speciali, costituiscono presupposti di natura sostanziale per la partecipazione alla gara, ai sensi dell'art, 2 del Codice dei contratti pubblici, di conseguenza la carenza degli stessi si traduce necessariamente nell'esclusione dalla gara (cfr. AVCP determinazione n.4/20012).

Tale insegnamento vale ancor di più nel caso in esame, ove il punto 13 del bando ha richiesto espressamente a pena di esclusione due referenze bancarie, pertanto è proprio dalla lex specialis che discende la legittimità dell'esclusione della concorrente che non ha presentato due referenze bancarie (cfr. AVCP parere di precontenzioso n.80 del 9.5.2013).

Le osservazioni appena svolte assorbono ogni altro profilo sollevato.

Tutto ciò premesso e considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'eventuale esclusione dalla gara della cooperativa Valle Camonica Solidale soc. coop. Onlus sia legittima.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 ottobre 2013

Il Segretario Maria Esposito