Parere n.18 del 5/08/2014

PREC 31/14/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di San Giovanni Rotondo - "Gestione in regime di concessione del servizio lampade votive avente durata quinquennale". Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara euro 667.257,50 - S.A.: Comune di San Giovanni Rotondo.

Referenze bancarie. Art. 41 d.lgs. n. 163/2006.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 5 febbraio 2014 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale il Comune di San Giovanni Rotondo ha chiesto un parere in ordine alla procedura di gara avente a oggetto la gestione, in regime di concessione, del servizio lampade votive della durata quinquennale, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Più precisamente, la stazione appaltante pone un quesito in merito alla decisione di non ammettere alla gara undici ditte (poi successivamente rettificato nel numero di dieci) che, pur avendo soddisfatto il requisito previsto dall'art. 41, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006, hanno presentato attestazioni dal contenuto generico e, comunque, non strettamente conforme a quanto letteralmente previsto dal bando di gara.

A seguito dell'avvio del procedimento, comunicato con nota del 25 febbraio 2014, sono pervenute memorie da parte delle seguenti imprese: I.L.V.C, MANUTEN SERVICE, SAIE, ELETTRIC MICAL, LAMEDICA, TES ENERGY SISTEM, le quali ribadiscono il possesso dei requisiti e la conseguente illegittima non ammissione.

Ritenuto in diritto

La questione in esame concerne la legittimità o meno della non ammissione alla gara indetta dal Comune di San Giovanni Rotondo di dieci ditte che hanno presentato referenze bancarie dal contenuto generico e non conforme a quanto letteralmente previsto nel bando di gara.

Nella *lex specialis*, la stazione appaltante ha richiesto, ai fini della verifica della capacità economica e finanziaria delle ditte partecipanti, la presentazione, ai sensi dell'art. 41 del d.lgs. n.163/2006, di idonee referenze bancarie rilasciate da almeno n. 2 istituti nonché la dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa, non inferiore complessivamente al 50% dell'ammontare annuo dell'appalto, pari ad euro 133.451,50, e l'indicazione dell'importo relativo ai servizi nel settore oggetto della gara o per lavori similari realizzati negli ultimi tre esercizi.

In particolare, relativamente alle attestazioni bancarie, il bando (art. 12.2 lett. b), ha previsto specificatamente che le attestazioni bancarie, dovessero attestare, a pena di esclusione, "la capacità economica e finanziaria del partecipante in riferimento all'oggetto e al valore dell'appalto, la sua affidabilità, regolarità e correttezza del rapporto intrattenuto con i medesimi istituti bancari".

Al riguardo, risulta che le imprese partecipanti alla selezione pubblica sono state complessivamente tredici e che la commissione di gara, in fase di verifica dei requisiti di ammissione, ha ritenuto di non ammettere le dieci ditte che avevano presentato attestazioni bancarie dal contenuto generico oltre che non conforme al dettato del bando di gara.

Orbene, è necessario premettere che l'affidamento in esame è annoverabile tra quelli aventi ad oggetto concessioni pubbliche di cui all'art. 30 d.lgs. n.163/2006, secondo cui "1. Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi ... 3. La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi".

Ne deriva che non trova applicazione diretta l'art. 41 d.lgs. n. 163/2006. Tuttavia, la stazione appaltante, nel richiedere i requisiti di capacità economico-finanziaria, ha fatto espresso riferimento a detta norma, secondo la quale "Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d.lgs. n.385 /1993" e, conseguentemente, si è auto vincolata al rispetto della stessa.

Per rispondere al quesito richiesto, occorre pertanto soffermarsi sul concetto di referenza bancaria in generale.

Le referenze bancarie, come noto, costituiscono lettere di affidabilità con cui gli istituti di credito attestano, genericamente, di intrattenere rapporti di affidamento bancario con l'impresa, con ciò fornendo garanzia della solidità finanziaria della stessa. Esse non hanno natura fidejacenti, costituendo semplici dichiarazioni di scienza che offrono alla stazione appaltante un mero indizio della solidità economica del concorrente.

Orbene, con riferimento al caso di specie, la *lex specialis* risulta conforme alla previsione di cui all'art. 41 del d.lgs n. 163/2006, facendone espresso richiamo all'art. 12.2 lett. b del bando, nella parte in cui sono richieste idonee dichiarazioni bancarie rilasciate da almeno due istituti.

L'ulteriore precisazione richiesta, a pena di esclusione, in ordine al contenuto delle referenze bancarie che devono attestare "la capacità economica e finanziaria del partecipante in riferimento all'oggetto e al valore dell'appalto, la sua affidabilità, regolarità e correttezza del rapporto intrattenuto con i medesimi istituti", per quanto coerente con l'oggetto e il valore dell'appalto, non appare in linea con i principi di adeguatezza e proporzionalità, non essendo, tra l'altro, conforme allo spirito della norma la richiesta di attestazioni che riproducano fedelmente formule eventualmente indicate nel bando di gara.

Deve infatti rilevarsi che le idonee referenze bancarie non possono considerarsi quale requisito rigido, dovendosi conciliare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 4 novembre 2009, n. 10828; pareri di precontenzioso. n. 191/2012; n. 196/2013).

Pertanto, entrando nel merito del contenuto delle referenze bancarie depositate dagli operatori economici in sede di gara, risulta agli atti che gli istituti bancari abbiano sempre fatto espresso riferimento sia all'oggetto che al valore dell'appalto di riferimento, circostanza che ha senz'altro permesso all'istituto di credito di prendere contezza sia dell'oggetto che della consistenza del servizio, ponendo lo stesso nelle condizioni di poter valutare se, in virtù dei rapporti instaurati con l'impresa, ed in base a proprie valutazioni, esistevano i presupposti per il rilascio della referenza stessa.

Né, dalle referenze bancarie in atti, si riscontra una formula generica, ritenendosi pertanto soddisfatto il requisito richiesto dalla *lex specialis*.

Inoltre, l'esclusione dalla procedura di gara non può trovare giustificazione in un vizio di forma con interpretazione prettamente formalistica del contenuto della referenza bancaria, poiché ciò si scontrerebbe con il principio sostanzialistico su cui si fonda la par condicio. Difatti, non è possibile non ritenere soddisfatto il requisito di capacità economica e finanziaria degli operatori economici solo perché il contenuto delle referenze bancarie non riporta pedissequamente quanto riportato nel bando di gara.

Peraltro, si osserva che le referenze bancarie non costituiscono l'unico elemento di prova del requisito, in quanto il bando prevedeva anche quello del fatturato globale, ciò tenendo presente che si tratta comunque di una procedura semplificata inerente le concessioni di servizi.

Pertanto, le referenze bancarie presentate dalle dieci imprese non ammesse appaiono sufficientemente idonee a dimostrare la capacità finanziaria ed economica delle stesse, così come richiesto dall'art. 41 d.lg. n. 163/2006.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante, che ha escluso le ditte che hanno presentato referenze bancarie dal contenuto generico e non conforme a quanto letteralmente previsto nel bando di gara, non sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente: Raffaele Cantone

Depositato in data 2 settembre 2014

Il Segretario Maria Esposito