

N. 01194/2015REG.PROV.COLL.

N. 09710/2014 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9710 del 2014, proposto dalla Gpr Security Srl Istituto di Vigilanza in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Pogliani, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, Via Portuense, 104;

contro

Istituto di Vigilanza Notturna e Diurna di Cannas Bruno & C.Snc in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Gianfranco Meazza e Paolo Coli, con domicilio eletto presso Massimo Colarizi in Roma, viale Bruno Buozzi 87; Area - Azienda Regionale per l'Edilizia Abitativa, Distretto di Carbonia, in persona del legale rappresentante in carica;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Sardegna, Sez. I n. 517/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di vigilanza armata;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Istituto di Vigilanza Notturna e Diurna di Cannas Bruno & C.Snc;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2015 il Cons. Raffaele Prosperi e udito per l'Istituto Cannas l'avvocato Gianfranco Meazza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con determinazione n. 264 del 4 giugno 2013, successivamente pubblicata on-line, l'Azienda Regionale per l'Edilizia Abitativa, distretto di Carbonia, aveva indetto una gara ai sensi degli artt. 20 e 27 D. Lgs. n. 163 del 2006 per l'affidamento del servizio di vigilanza armata per due anni per la propria sede di Carbonia da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso sulla base di gara fissata in €. 132.000,00 oltre Iva.

Veniva richiesto ai concorrenti, tra l'altro, la presentazione di almeno due idonee referenze bancarie rilasciate da primari istituti e l'offerta avrebbe dovuto consistere in due buste contrassegnate dalle lettere A e B, contenenti una la documentazione amministrativa, l'altra l'offerta economica.

Risultavano infine ammesse tre imprese, la G.P.R. Security, con un ribasso del 25,133%, l'Istituto di Vigilanza Cannas, con un ribasso del 19,57% e La Sicurezza Notturna con un ribasso dell'11,20%; esperita la verifica di congruità, in data 20 settembre 2013 il servizio veniva giudicato alla G.P.R. Security.

L'Istituto di Vigilanza Bruno Cannas impugnava dinanzi al TAR della Sardegna l'aggiudicazione disposta nei confronti della prima classificata deducendo le censure di violazione dell'art. 41 d.lgs. 163/2006 e della *lex specialis* di gara in ordine alla mancata presentazione delle due referenze bancarie ed eccesso di potere sotto vari profili, carenza di istruttoria ed eccesso di potere nella figura sintomatica della carenza di istruttoria in ordine alla posizione di GPR Security sulla regolarità fiscale e contributiva alla luce delle voci di bilancio 2009, 2010 e 2011, violazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. 163 del 2006, del D.M. 8.7.2009, degli artt. 46, 47 e 75 del d.P.R. 445/2000 e della *lex specialis* della procedura aperta, violazione dell'art. 38 comma 1 lettere b), c) *ter* del D. Lgs. 163 del 2006, ed omessa dichiarazione del direttore tecnico di G.P.R. Security.

Si costituivano l'Amministrazione intimata e la controinteressata, chiedendo il rigetto del ricorso

Alla camera di consiglio del 20 novembre 2013 la domanda cautelare veniva accolta con ordinanza n. 370/2013, confermata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 616/2014.

Con sentenza n. 517 del 30 giugno 2014 il TAR accoglieva il ricorso, sulla base dell'assorbente fondatezza del primo motivo, mentre riteneva infondati gli altri tre.

Il giudice di primo grado riteneva che l'obbligo di produrre le dichiarazioni bancarie era direttamente previsto dall'art. 41, d.lgs. n. 163 del 2006 e non poteva essere assorbito da modalità diverse di dimostrazione dei requisiti di capacità economico — finanziaria, scelte dall'impresa partecipante alla gara, a meno che non si fosse seguita la procedura di cui all'art. 41 comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 ai sensi del quale, 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; ma senza potersi ritenere che le diverse fattispecie di cui all'art. 41 presentino carattere di alternatività, sul rilievo che è la stessa disposizione a stabilire che "le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere".

Se proprio la *lex specialis* concedeva la possibilità di "provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento" tale possibilità era agganciata a due condizioni:

a) la presenza di giustificati motivi;

b) la valutazione da parte di Area della idoneità degli altri documenti presentati.

Sul punto però occorre una congrua motivazione da parte dell'Amministrazione, la quale aveva invece completamente ommesso di giustificare la decisione di ammettere ugualmente alla gara la controinteressata.

Con appello al Consiglio di Stato, notificato il 13 novembre 2014, la G.P.R. Security impugnava la sentenza in questione, sostenendo in sintesi che l'avviso di gara era stato pubblicato solamente on-line, lasciando agli interessati un termine di nove giorni per presentare la domanda e dunque l'appellante, per dare prova della propria capacità economica e finanziaria, ha seguito la via indicata dallo stesso art. 41 D. Lgs. n. 163 del 2006 nel caso di giustificati motivi - oggettivamente sussistenti nel caso di specie - producendo i propri bilanci di esercizio e le autocertificazioni recanti l'importo del fatturato globale, poiché anche la presentazione delle referenze bancarie - in seguito presentate - non può essere intesa in modo rigido, dovendosi sempre tener presente il rispetto del principio generale della massima partecipazione alle pubbliche gare; la sentenza impugnata non ha tenuto conto dei giustificati motivi, si è limitata ad una valutazione sbrigativa delle cause di esclusione individuandole come un elenco tassativo, nonostante la

stessa stazione appaltante non avesse opposto difficoltà alle produzioni, così come avvenute. Né la legge di gara prevedeva comminatoria di esclusione in caso della contestata incompletezza.

L'appellante concludeva per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese.

L'Istituto di Vigilanza Cannas si è costituito in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso, mentre non si è costituita l'Azienda Regionale per l'Edilizia Abitativa.

All'odierna udienza del 10 febbraio 2015 la causa è passata in decisione.

L'appello è fondato.

L'art. 41, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 prevede che "Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante".

Secondo l'orientamento di questo Consiglio di Stato - diversamente da quanto ritenuto dal giudice di primo grado - l'applicazione di tale disposizione non può essere esclusa dal mancato intervento, nella specie, di un espresso giudizio di idoneità della stazione appaltante; giudizio che può essere anche implicito (Cons. Stato, VI, 27 giugno 2008 n. 3295).

D'altro canto l'inidoneità non è stata in alcun modo dimostrata dall'appellante.

Inoltre, "qualsiasi altro documento considerato idoneo" poteva pacificamente essere costituito dai bilanci di esercizio e dalle autocertificazioni recanti l'importo del fatturato globale, visto che proprio lo stesso art. 41 pone sullo stesso piano le referenze bancarie, i bilanci di esercizio e le autodichiarazioni concernenti il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

Del resto lo stesso avviso di gara, pur prescrivendo in prima battuta tra la documentazione da presentare due idonee referenze bancarie atte a dimostrare il possesso dei mezzi finanziari idonei al servizio da parte del concorrente, ha espressamente specificato l'ammissibilità di altra documentazione utile a provare quanto richiesto nel caso di giustificati motivi.

L'assenza della previsione di un'espressa giustificazione da parte della stazione appaltante alla mancata tempestiva presentazione delle referenze bancarie in luogo di altro tipo di documenti conferisce maggiore credibilità all'interpretazione tendente ad escludere che la presentazione di documentazione diversa dalle referenze bancarie avesse valore di autonoma causa di esclusione: ciò infatti non è espressamente previsto né dalla legge, né dal bando, il quale prescrive la necessità della prova di una serie di requisiti, ma non mediante un solo tipo di documento in via assoluta, e questo senza interporre la necessità di un'approvazione espressa da parte della commissione aggiudicatrice.

Tale interpretazione – anche nel caso in esame - si pone in linea con l'interesse pubblico alla massima concorrenzialità e con quello privato all'affidamento in base alle condizioni di partecipazione enunciate dalla stazione appaltante (CDS n. 6390-2012).

La legittimità dell'approvazione implicita da parte di Area dei documenti presentati dalla G.P.R. Security per provare la propria capacità finanziaria e l'assenza di prove contrarie prodotte dal controinteressato Istituto Cannas inducono quindi il Collegio all'accoglimento dell'appello.

Una qualche ambiguità dell'avviso di gara costituisce ragione di compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/03/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)