

N. 03346/2015REG.PROV.COLL.

N. 00348/2015 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 348 del 2015, proposto da:
Vultur Security Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Colucci, con domicilio eletto presso l'avv. Sergio Saraceno
in Roma, Via di San Cosimato, 15;

contro

Regione Basilicata, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Roberto Brancati, con domicilio eletto presso l'Ufficio di
Rappresentanza della Regione Basilicata in Roma, Via Nizza, 56;

nei confronti di

Istituto di Vigilanza Discovery Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Donatello Genovese, con domicilio eletto presso la
Segreteria sezionale del Consiglio di Stato in Roma, p.za Capo di Ferro, 13;
Istituto di Vigilanza Frecce Lucane Srl;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. BASILICATA - POTENZA: SEZIONE I n. 00734/2014, resa tra le parti, concernente
l'affidamento del servizio di sorveglianza, sicurezza, pattugliamento e guardia armata degli uffici regionali.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Basilicata e dell'Istituto di Vigilanza Discovery Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 aprile 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti l'avv.
Sergio Saraceno su delega dell'avv. Giuseppe Colucci;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, Sez. I, con la sentenza 11 ottobre 2014, n. 734, ha respinto il ricorso proposto dall'attuale appellante per l'annullamento: della Determinazione n. 598 del 20.6.2014, con la quale il Dirigente dell'Ufficio Provveditorato e Patrimonio della Regione Basilicata ha emanato il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore dell'Istituto di Vigilanza Discovery S.r.l., per l'affidamento del servizio di sorveglianza, sicurezza, pattugliamento e guardia armata degli uffici regionali, siti in Melfi; dell'atto di aggiudicazione provvisoria, emanato dal seggio di gara con il verbale n. 5 del 10.4.2014, ed il relativo giudizio in esso contenuto, di congruità e non anomalia dell'offerta economica, formulata dalla Discovery S.r.l.; dei verbali nn. 1 e 2 del 6 e del 10.2.2014, nella parte in cui il seggio di gara, dopo aver verificato la documentazione amministrativa, ha ammesso alle fasi successive la Discovery S.r.l..

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- risulta sufficiente l'allegazione di una sola referenza bancaria, sia perché l'art. 41, comma 1, d.lgs. n. 163-2006 statuisce che la capacità economica e finanziaria può essere dimostrata, alternativamente alle referenze bancarie, con la dichiarazione concernente il fatturato globale o l'importo delle forniture identiche a quelle oggetto della gara realizzate negli ultimi tre esercizi; sia perché le attestazioni bancarie risultano generiche e non impegnative per le banche che le rilasciano e perciò la presentazione di due referenze bancarie non fornisce alla stazione appaltante maggiori garanzie rispetto all'esibizione di una sola referenza bancaria; sia perché la *lex specialis* della gara consentiva di sostituire una referenza bancaria con "qualsiasi altro documento idoneo allo scopo";

- per quanto riguarda il costo del lavoro, il giudizio sulla congruità delle offerte ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui si compone l'offerta e della loro incidenza sulla medesima offerta considerata nel suo insieme, al fine di valutare se l'anomalia di ogni singola voce del prezzo si traduce nell'inattendibilità dell'intera offerta complessiva; perciò, il giudizio di anomalia non deve essere finalizzato a rinvenire inesattezze in ogni singola componente, ma deve perseguire lo scopo di valutare se l'offerta nel suo complesso sia seria ed attendibile e trovi rispondenza nella realtà di mercato ed in quella aziendale, alla ricerca di una mediazione tra la convenienza dell'Amministrazione committente ad affidare l'appalto al prezzo più basso e l'esigenza di evitarne l'esecuzione con un ribasso che si attesti al di là del ragionevole limite dettato dalle leggi di mercato;

- inoltre, la *lex specialis* non prevedeva espressamente l'obbligo di utilizzare nell'esecuzione dell'appalto le stesse guardie giurate, impiegate nel precedente servizio di vigilanza, e, comunque, l'art. 1 L.R. n. 24-2010 va interpretato nel senso che il personale, utilizzato nel precedente appalto, può essere impiegato in altre commesse.

L'appellante contestava la sentenza del TAR, deducendo:

- eccesso di potere, istruttoria carente, violazione della *lex specialis* e della legge art. 41, comma 1, del d.lgs. n. 163-2006, a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152.

Inoltre, l'appellante "ad abundantiam" esponeva anche in ordine al secondo motivo di impugnazione ove il TAR ha errato giustificando l'idoneità dell'offerta su taglio dei costi previsti dal Contratto Collettivo nonché sulla presenza di agevolazioni di carattere fiscale e contributivo.

Con l'appello in esame, si chiedeva l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituiva la Regione appellata chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 14 aprile 2015 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio rileva in via di fatto che la vicenda oggetto del giudizio concerne una procedura negoziata di affidamento del servizio di sorveglianza, sicurezza, pattugliamento e guardia armata degli uffici regionali per una durata di 36 mesi, prorogabili per ulteriori 12 mesi, il cui importo complessivo, tenendo conto anche del periodo di proroga, è pari ad € 316.409,28, oltre IVA e oneri della sicurezza non soggetti a ribasso pari ad € 540,00.

La gara si è svolta con procedura negoziata di affidamento al prezzo più basso sull'importo posto a base di gara di € 56.582,08 (IVA, oneri della sicurezza e spese relative al costo del personale escluse).

Sono state ammesse alla gara n. 3 imprese di Vigilanza Armata: Vultur Security srl, Frecce lucane srl e Discovery srl: la Discovery srl è risultata prima classificata con un ribasso pari all'88,63%.

2. Nel merito ritiene il Collegio che il primo motivo d'appello sia infondato.

Infatti, in relazione a tale motivo, si deve rilevare che la lettera di invito, inviata in data 10.1.2014 a tutti gli Istituti di Vigilanza con sede nella Provincia di Potenza, prevedeva, all'art. 5, come requisiti di ammissione, oltre all'iscrizione alla CCIAA ed al possesso dell'autorizzazione ex art. 134 R.D. n. 773-1931 (lett. b), "almeno due idonee dichiarazioni bancarie, presentate in originale, rilasciate da altrettanti istituti di credito autorizzati ai sensi del d.lgs. n. 385-1993", specificando che, se "per giustificati motivi, compreso quello concernente l'inizio dell'attività da meno di 3 anni", i concorrenti non erano in grado di presentare due referenze bancarie, potevano provare la loro capacità economico-finanziaria "mediante qualsiasi altro documento la cui idoneità allo scopo" sarebbe stata valutata dalla stazione appaltante.

Nel caso di specie, dunque, la stessa legge di gara ammetteva una deroga all'obbligo di presentare due referenze bancarie (obbligo sussistente in base all'art. 41, comma 1, d.lgs. n. 163-2006, ma derogabile dalla *lex specialis*, nonché dall'art. 41, comma 3, del medesimo d.lgs. n. 163-2006).

Nella sostanza, l'attuale appellata ricorreva a tale deroga, non avendo la stessa altre relazioni bancarie (circostanza non contestata in specifico in giudizio).

Essa, infatti, ha presentato, oltre ad una referenza bancaria sicuramente regolare, altra referenza emessa dal titolare dell'agenzia di assicurazioni Luppolo Michele e C. S.a.s. di Melfi, su carta intestata Milano Assicurazioni Divisione La Previdente, attestante: "una situazione finanziaria equilibrata che consentiva di far fronte agli impegni assunti" e attestante che il concorrente intratteneva "da diversi anni rapporti di investimento ed assicurativi, dimostrando buone capacità di programmazione, essendo dotata di adeguata struttura economica-finanziaria, non avendo dato, fino ad oggi, a rimarchi negativi di alcun genere ed avendo dimostrato nei nostri confronti puntualità e solvibilità".

E' evidente che tale referenza non può ritenersi concretizzare una referenza bancaria e, come tale, non può essere considerata; ma la sua mancata considerazione, come detto, non preclude al concorrente la partecipazione alla gara in questione.

Al riguardo, il Collegio rammenta che è pur vero che la stazione appaltante è titolare di un'ampia discrezionalità in ordine all'individuazione della documentazione da produrre al fine della comprova della capacità economica e finanziaria dei concorrenti, potendo in tal senso prevedere nel bando l'acquisizione di "uno o più" dei "documenti" anzidetti, senza dunque che la produzione da parte del concorrente dei bilanci e del fatturato globale degli anni di riferimento possa surrogare la richiesta delle referenze bancarie contemplata dalla *lex specialis*.

Ed è pur vero, inoltre, che la produzione di tali referenze non può essere surrogata dal ben diverso istituto della cauzione provvisoria di cui all'art. 75 d.lgs. n. 163-2006, il quale disciplina la prestazione di una garanzia chiesta, per ragioni contingenti, al concorrente, ma non concorre ad individuare gli elementi "storici" della sua capacità economico-finanziaria.

La giurisprudenza, infatti, in via generale, ha evidenziato che nelle gare pubbliche le referenze bancarie chieste dalla stazione appaltante alle imprese partecipanti, con i contenuti fissati dalla *lex specialis*, hanno una sicura efficacia probatoria dei requisiti economico-finanziari necessari per l'aggiudicazione di contratti pubblici: e ciò in base al fatto notorio che il sistema bancario eroga credito a soggetti affidabili sotto tali profili, per cui è ragionevole che un'Amministrazione aggiudicatrice, nell'esercizio della propria discrezionalità in sede di fissazione della legge di gara, ne richieda la produzione in tale sede (così Consiglio di Stato, Sez. V, 22 maggio 2012, n. 2959; Consiglio di Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2728; Consiglio di Stato, sez. V, 17 luglio 2014, n. 3821; Consiglio di Stato sez. III, 10 dicembre 2014, n. 6078).

Le referenze bancarie assolvono pertanto alla funzione di determinare in concreto la capacità economica e finanziaria delle imprese concorrenti, essendo infatti del tutto assodato il non limitato potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni nel fissare i requisiti di partecipazione a una gara per l'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture (Consiglio di Stato, sez. VI, 22 maggio 2006, n. 2959).

3. Nel caso di specie, tuttavia, la *lex specialis* di gara, pur sancendo l'indefettibilità dell'obbligo della produzione, a pena di esclusione, di due dichiarazioni bancarie, conferma la possibilità di una produzione di un numero inferiore a due (o di altro documento idoneo) per i concorrenti che non sono in grado di presentare due referenze bancarie.

Infatti, da un lato, come già detto, la *lex specialis* della gara consentiva di sostituire una referenza bancaria con "qualsiasi altro documento idoneo allo scopo"; dall'altro, ragionevolmente, non può escludersi a priori una ditta che intrattenga rapporti con un solo istituto di credito, per cui in tal caso l'offerente non può fare altro che presentare una sola referenza bancaria e la stazione appaltante non può escluderlo dalla gara se, come nella specie, un altro operatore del settore finanziario attesta il possesso di un'adeguata struttura economica-finanziaria che gli consente di far fronte agli impegni conseguenti alla stipula del relativo appalto pubblico, ai sensi di quanto dispone anche l'art. 41, comma 3, d. lgs. n. 163-06.

Pertanto, l'aggiudicataria, avendo presentato una sola referenza bancaria poiché con un solo istituto bancario intrattiene rapporti, nonché un documento emesso dal titolare dell'agenzia di assicurazioni Luppolo Michele e C., già descritto, da ritenersi idoneo a suffragare la capacità economica dell'offerente, non può considerarsi priva di un requisito posto a pena di esclusione dalla legge (art. 41, comma 1 e 3, Codice dei Contratti Pubblici) e dalla lex specialis, con la conseguenza che essa doveva essere ammessa, così come ha correttamente e legittimamente disposto la Stazione appaltante.

4. Il secondo motivo di appello (violazione dell'art. 3 della L. n. 241-1990 ed eccesso di potere), non è fondato posto che, sottraendo dall'importo a base d'appalto (€ 316.409,28) l'importo del ribasso dell'offerta dell'appellata (€ 50.149,26), si ottiene il corrispettivo del servizio appaltato pari ad € 266.260,02, importo sufficiente a coprire i costi ed a garantire all'appellata un congruo, per quanto ridotto, margine di utile, come spiegato alla commissione di gara dalla Discovery S.r.l. con le giustificazioni presentate nel termine assegnato e prodotte in primo grado.

Tali giustificazioni hanno superato ogni sospetto di anomalia dell'offerta e non evidenziano, ad avviso del Collegio, profili di irrazionalità e di manifesta incongruità (i soli profili che, sulla sostanza delle valutazioni compiute possono essere sindacati in sede giurisdizionale), atteso anche il fatto che il giudizio sulla congruità delle offerte ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui si compone l'offerta e della loro incidenza sulla medesima offerta considerata nel suo insieme, al fine di valutare se l'anomalia di ogni singola voce del prezzo si traduce nell'inattendibilità dell'intera offerta complessiva.

5. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore della parte appellata controinteressata e della Regione, spese che liquida in euro 3000,00, oltre accessori di legge, per ciascuna, con distrazione delle spese ex art. 93 c.p.c. in favore del difensore della parte appellata controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/07/2015

IL SEGRETARIO

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