

MASSIMA – Il contenuto delle “idonee referenze bancarie”.

## Consiglio di Stato n. 1168 del 09/03/2015

N. 01168/2015REG.PROV.COLL.

N. 05376/2014 REG.RIC.



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 5376 del 2014, proposto dalla s.r.l. Ecologica di Francesco Podda & C., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale Mandataria R.t.i., R.t.i.-Areariscossioni S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentati e difesi dagli avvocati Silvio Pinna e Giorgio Carta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giorgio Carta in Roma, viale Parioli, n. 55;

contro

La s.p.a. De Vizia Transfer, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Matilde Mura e Giovanni Contu, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Contu in Roma, via Massimi, n. 154;

nei confronti di

Il Comune di Tortoli, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marcello Mereu e Maria Stefania Masini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Maria Stefania Masini in Roma, via Antonio Gramsci, n. 24; la s.p.a. Areariscossioni, non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Sardegna, Sez. I, n. 447/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento di un servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani e di servizi complementari.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della s.p.a. De Vizia Transfer e del Comune di Tortoli';

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2014 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti l'avvocato Silvio Pinna, l'avvocato Davini su delega dell'avvocato Mura Matilde, e l'avvocato Maria Stefania Masini, anche su delega dell'avvocato Mereu Marcello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso n. 895 del 2013, proposto al TAR per la Sardegna, la s.p.a. De Vizia Transfer chiedeva l'annullamento della determinazione del 2 ottobre 2013 di aggiudicazione a favore del RTI Ecologica dell'appalto per l'affidamento del servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani e servizi complementari.

2. Il TAR accoglieva il ricorso in ragione della mancata dichiarazione ex art. 38, d.lgs. 163/2006, da parte dei signori Piero Dolce e Cristianelli Gabriele, consiglieri di amministrazione e titolari di poteri di decisionali e gestori della mandante Areacostruzioni, cessati dalla carica nell'anno antecedente, annullando gli atti impugnati e dichiarando l'inefficacia del contratto stipulato tra l'Amministrazione e il raggruppamento tra Ecologica Podda e la s.p.a. Areariscossioni, con decorrenza dalla data di pubblicazione della sentenza.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propongono appello gli originari contro interessati, lamentandone l'erroneità per le seguenti ragioni: I) la ricorrente dapprima avrebbe proposto la censura accolta dal TAR, sostenendo che un simile obbligo discendesse dall'essere amministratori in carica, e solo con memoria e non con motivi aggiunti avrebbe precisato che ciò derivava dalla situazione di essere cessati, con inammissibile modifica del *thema decidendi*.

In realtà, i signori Dolce e Cristianelli sarebbero stati in carica al momento della pubblicazione del bando, avvenuta 21 giugno 2013, essendo cessati in data 22 luglio 2013. Nessun obbligo sarebbe gravato, pertanto, sugli stessi, perché il disciplinare di gara farebbe riferimento ai soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, quindi vi sarebbe un travisamento dei fatti da parte della sentenza.

II) in ogni caso, i signori Dolce e Cristianelli non sarebbero stati tenuti a rendere alcuna dichiarazione, perché consiglieri di amministrazione privi di poteri di rappresentanza.

III) la situazione dei consiglieri di amministrazione in carica al momento della pubblicazione del bando, ma cessati subito dopo, si collocherebbe in una zona grigia non presa in esame dal bando di gara, rispetto alla quale andava valutato l'affidamento dell'aggiudicataria.

IV) in ogni caso l'esclusione si sarebbe potuta disporre non in ragione della mera mancanza della dichiarazione, ma solo in presenza di assenza del requisito sostanziale, come indicato dalle pronunce dell'Adunanza Plenaria n. 10/12 e n. 23/13, dovendo essere utilizzato il «soccorso istruttorio», come nella fattispecie accaduto con comunicazione del 5 dicembre 2013, su richiesta del comune del 27 novembre 2013.

V) erronea sarebbe la sentenza nella parte in cui ha dichiarato l'inefficacia del contratto, pur non ricorrendo l'ipotesi di «gravi violazioni» di cui all'art. 121 c.p.a. e non avendo il TAR adeguatamente motivato, ad esempio, in relazione alla mancata richiesta di tutela cautelare da parte del ricorrente, che ha comportato la stipula del contratto decorso il termine di *stand still*.

4. Con memoria di costituzione, l'originario ricorrente ripropone motivi non esaminati dal TAR:

a) l'art. 12, lett. a2), del disciplinare, in conformità a quanto dispone l'art. 41 d.lgs. 163/2006, avrebbe richiesto referenze economiche da parte di due istituti di credito, ma le dichiarazioni presentate dall'appellante non sarebbero idonee, essendo generica quella del Banco di Sardegna, a fronte di un conto economico rispetto al quale il valore dell'appalto è pari ad un terzo;

b) l'offerta economica sarebbe superiore alla base d'asta, in violazione dell'art. 14 del disciplinare di gara, che imponeva di presentare l'offerta attraverso l'indicazione in percentuale di un ribasso sull'importo a base d'asta, e dell'art. 26, lett. b3, che vietava l'offerta condizionata. La base d'asta era pari a 2.441.076,38 a fronte di un'offerta pari a 2.457.062,57. Né in senso opposto potrebbe valere l'indicazione del ribasso dello 0,27%, perché l'aggiudicatario precisava che l'importo sopra indicato teneva conto degli oneri previsti per la sicurezza diversi dai costi per la sicurezza indicati nel DUVRI, che sono pari a 22.577,10, sicché l'offerta sarebbe superiore alla base d'asta;

c) palesi illogicità riguarderebbero l'attribuzione dei punteggi, come si evince dal fatto che, ad esempio, l'appellante ha presentato un unico progetto di P.C.A. e non già un progetto per ogni punto di conferimento automatizzato, come richiesto dalla *lex specialis*. Analoga illogicità riguarderebbe le soluzioni tecniche.

5. Con memoria del 9 luglio 2014, l'originario ricorrente sostiene che:

a) quanto al I motivo d'appello, sarebbe irrilevante il fatto che i signori Piero Dolce e Cristianelli Gabriele non fossero cessati al momento della pubblicazione del bando;

b) in ordine al II motivo d'appello, i signori Piero Dolce e Cristianelli Gabriele sarebbero stati tenuti a rendere la dichiarazione in qualità di consiglieri di amministrazione con poteri rappresentativi e gestionali, secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria n. 23/2013;

c) quanto al III motivo d'appello, il momento rilevante per individuazione dell'obbligo di rendere la dichiarazione sarebbe quello della pubblicazione del bando e non vi sarebbe alcun fraintendimento rinveniente dalla formulazione del modulo allegato al disciplinare di gara;

d) quanto ai motivi riproposti, reitera quanto già dedotto;

e) quanto alla declaratoria di inefficacia del contratto, sarebbe irrilevante che non sia stata proposta istanza cautelare, trattandosi di ipotesi che rientra nella declaratoria facoltativa di cui all'art. 122 c.p.a. della quale sussisterebbero tutti i presupposti: - la possibilità di conseguire l'aggiudicazione; - lo stato di esecuzione del contratto; - la valutazione dell'interesse delle parti.

6. Costituitasi in giudizio l'amministrazione invoca l'accoglimento dell'appello principale.

7. In sede cautelare il Collegio, confermando il decreto presidenziale monocratico emesso *medio tempore*, accoglie la richiesta di sospensione dell'esecutività della sentenza con ordinanza n. 3131/2014, con la seguente motivazione: «*Considerato che in questa sede appare necessario dare prevalenza al periculum in mora, sussistendo una situazione nella quale rischierebbe di essere bruscamente interrotto il servizio pubblico. Sicché esclusivamente a questi fini appare essere fondato l'appello in esame ed opportuno concedere l'invocata misura cautelare*».

8. Nelle successive difese, l'amministrazione comunale evidenzia che i signori Dolce e Cristianelli sarebbero consiglieri di amministrazione senza poteri di gestione, potendo porre in essere solo atti che ricadono all'interno dell'impresa: anche a volerli considerare procuratori *ad negotia*, la *lex specialis* non avrebbe previsto in capo a questi un obbligo dichiarativo. Contrariamente a quanto sostenuto dal giudice di primo grado, non si applicherebbe l'art. 122 c.p.a., stante la difficoltà di subentro.

9. Con successiva memoria, gli odierni appellanti deducono l'infondatezza dei motivi riproposti dall'originario ricorrente.

10. In sede di replica, infine, l'originario ricorrente sostiene che l'appellante riporterebbe solo in parte i poteri di cui erano titolari i signori Dolce e Cristantielli, senza evidenziare che tali poteri, a ben vedere, erano di particolare ampiezza, avevano una rilevanza sostanziale ed un notevole contenuto economico, non erano mai circoscritti volta per volta, ma erano durevoli e persistenti, ed il loro esercizio non era subordinato alle direttive degli amministratori. La titolarità dei suddetti poteri decisionali li avrebbe resi, dunque, equiparabili agli «amministratori con poteri di rappresentanza», espressamente previsti nell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, con conseguente obbligo di rendere le dichiarazioni sul possesso dei requisiti di moralità professionale.

Più in dettaglio, con riferimento, ad esempio, al signor Cristantielli, come risulta dalla visura camerale della società Areariscossioni, emergerebbe che al medesimo erano conferiti «i più ampi poteri di ordinaria amministrazione», relativi ad una pluralità di aree di attività aziendale connesse alla gestione dei tributi e, in particolare, «all'organizzazione dei settori e dei processi aziendali dedicati alla gestione dei servizi», alle «funzioni commerciale e di marketing», erano attribuiti poteri di firma, nonché il potere di partecipare alle gare, senza limite d'importo, confermandosi, così, in capo al medesimo signor Cristantielli, l'autonomo ruolo decisionale e gestionale societario. Peraltro, la stessa dizione omnicomprensiva del conferimento dei «più ampi poteri di ordinaria amministrazione» sarebbe indubitabile e priverebbe di fondamento l'avversa tesi.

11. Così riassunte le questioni controverse, ritiene la Sezione che l'appello è fondato e va accolto.

Non convincono sono condivisibili, infatti, le conclusioni alle quali giunge il TAR in ordine alla posizione dei signori Dolce e Cristianelli rispetto all'obbligo di rendere le dichiarazioni ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. 163/2006.

12. In particolare, risulta fondata la seconda censura contenuta nel gravame in esame.

Al riguardo, va rilevato che i signori Dolce e Cristianelli - secondo quanto emerge dalle visure camerali - devono qualificarsi quali procuratori *ad negotia*.

Occorre, infatti, rilevare che gli amministratori muniti del potere di rappresentanza sono quelli nominati dall'assemblea (art. 2380 bis c.c.) con specifici poteri infrasocietari, poteri ben distinti dai

procuratori *ad negotia*, titolari di limitati poteri gestori in forza di procura degli amministratori e in posizione subordinata, nell'ambito delle direttive degli amministratori.

Pertanto, sebbene la natura dei poteri loro affidati abbia rilevanza sostanziale e spessore economico tali da impegnare sul piano decisionale e gestorio la società, da un lato i medesimi poteri risultano comunque settoriali e, dall'altro, la *lex specialis* non prevedeva per tali figure un obbligo dichiarativo.

Inoltre, successivamente si è accertato che i signori Dolce e Cristianelli possedevano il requisito sostanziale richiesto dall'art. 38, comma 1, lett. b) e c), d.lgs. 163/2006

Pertanto, deve farsi applicazione dei principi espressi dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio 16 ottobre 2013, n. 23, che ha chiarito come:

a) *«nel caso in cui una norma circa le dichiarazioni da rendere in sede di gara non sia univoca e sussistano indirizzi giurisprudenziali non uniformi, ove la lex specialis non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione, ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito»;*  
b) *«nel caso in cui la lex specialis faccia generico rinvio all'art. 38, comma 1 del d.lgs. n. 163 del 2006, non prendendo affatto in considerazione le posizioni dei procuratori speciali, né di altro soggetto diverso da quelli desumibili in via immediata dal menzionato art. 38, non può disporsi l'esclusione dalla gara di una ditta per mancata dichiarazione anche in ordine a detta figura, ove peraltro non sia stata dimostrata, né tantomeno assunta in via di ipotesi, l'esistenza di mende a carico del procuratore "ad negotia", così che dall'invocata verifica possa sortire l'effetto preclusivo dell'ammissione alla gara per il difetto del requisito in questione».*

Quindi, nella fattispecie in esame non poteva essere disposta l'esclusione dell'originaria contro interessata, atteso che non sussisteva un obbligo dichiarativo in capo ai citati procuratori *ad negotia* e che gli stessi in ogni caso sono risultati in possesso del requisito morale richiesto dal citato art. 38.

13. La fondatezza della doglianza sopra illustrata comporta l'irrelevanza delle altre contenute nell'appello principale, sicché si deve passare al vaglio di quelle assorbite dal TAR e riproposte in questa sede dall'originario ricorrente.

13.1. Con la prima censura, si contesta l'inidoneità delle referenze economiche prodotte dall'odierna appellante.

Al riguardo, deve osservarsi che l'art. 41, comma 1, del D.L.vo n. 163 del 2006, come sostituito dall'art. 2, comma 1, lettera l), numero 1), del D.L.vo 11 settembre 2008, n. 152, al riguardo dispone che, *« 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 decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385; b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi».*

L'espressione *« idonee referenze bancarie »*, ove riportata nei bandi di gara pubblica senza ulteriori precisazioni, deve essere interpretata dagli istituti bancari nel senso, anche lessicalmente corretto,

che essi devono riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (cfr. Cons. St., Sez. V, 17 luglio 2014, n. 3821; Id., 23 giugno 2008, n. 3108).

Nella fattispecie in esame, la *lex specialis* richiedeva la dichiarazione di almeno due istituti di credito dello Stato di residenza, attestanti che il concorrente dispone di risorse congrue per l'esecuzione dell'appalto e offre sufficienti garanzie sul piano economico e finanziario.

A fronte di ciò, la contestata dichiarazione rilasciata dal Banco di Sardegna fa riferimento nel suo oggetto all'appalto in questione, precisa la correttezza e la puntualità dei rapporti intrattenuti con la concorrente, del buon giro d'affari posseduto e del possesso di risorse adeguate, sicché la stessa non può ritenersi generica.

13.2. Allo stesso modo non può accogliersi la doglianza con la quale l'originario ricorrente lamenta che l'offerta economica dell'appellante sarebbe stata superiore alla base d'asta, in violazione dell'art. 14 del disciplinare di gara. Infatti, il citato art. 14 dispone che *«l'offerta deve essere espressa attraverso l'indicazione del massimo ribasso percentuale sull'importo a base di gara (al netto dei costi sulla sicurezza)...Il ribasso deve essere espresso in cifre e in lettere»*.

L'odierna appellante ha indicato un ribasso dello 0,27% sull'importo a base di gara al netto dei costi sulla sicurezza pari a 22.577,10 euro, sicché non ricorre la dedotta violazione. Né la stessa offerta risulta incerta o indeterminata

13.3. Quanto all'ultima articolata censura, con la quale si evidenziano la presenza di illogicità riguardanti l'attribuzione dei punteggi, va premesso che il sindacato sulla discrezionalità tecnica dell'amministrazione si deve in ogni caso fondare sulla presenza di elementi sintomatici che evidenzino l'irragionevolezza, l'illogicità o una disparità di trattamento o l'erronea rilevazione dei fatti, al fine di evitare una mera attività sostitutiva da parte del g.a.

Ciò posto, nessuna delle doglianze indicate dall'odierna appellata può essere apprezzata in termini tali da evidenziare un uso disfunzionale della discrezionalità tecnica esercitata dalla stazione appaltante. Ed, infatti, nessuna disposizione della *lex specialis* impone la produzione di più progetti di P.C.A. Al contrario, l'art. 13 fa riferimento ad un *«progetto definitivo dei Punti di Conferimento Automatizzati»*, risultando necessario soltanto che si facesse riferimenti a tutti i P.C.A. previsti, come nella fattispecie ha fatto l'odierno appellante.

Quanto, infine, all'attribuzione del punteggio in relazione al sistema software ed hardware, è genericamente affermata e non riscontrata l'indicazione secondo la quale l'offerta dell'odierna appellante non sarebbe conforme al capitolato speciale, dal momento che dalla Relazione tecnica dell'aggiudicataria - allegata per stralcio agli atti del giudizio di primo grado - emerge il contrario. Né al contempo si apprezza un'attribuzione manifestamente irragionevole del punteggio su tale elemento da parte della commissione.

14. L'appello deve, quindi, essere accolto, ed in riforma della sentenza impugnata va respinto il ricorso di primo grado n. 895 del 2013. Le spese dei due gradi seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 5376 del 2014, come in epigrafe proposto, (R. 5376/2014) lo accoglie e per l'effetto in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado n. 895 del 2013.

Condanna la s.p.a. De Vizia Transfer al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00) in favore degli odierni appellanti (da intendersi quale unica parte) e in euro 5.000 (cinquemila/00) del Comune di Tortolì.

Dispone che la parte soccombente restituisca gli importi effettivamente versati - a titolo di contributo unificato - dalla parte vincitrice del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/03/2015

IL SEGRETARIO

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