

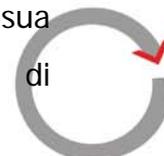
La capacità economica e finanziaria negli appalti pubblici di servizi: profili interpretativi

Le stazioni appaltanti valutano, ai fini dell'ammissione ad una procedura di gara ad evidenza pubblica, se le imprese partecipanti siano in possesso, tra gli altri, dei requisiti che attestino la loro capacità economica.

In proposito, l'art. 41 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, rubricato "capacità economica e finanziaria dei fornitori e prestatori di servizio", indica al comma 1 i documenti a mezzo dei quali può essere fornita la prova della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti, rimettendo alla discrezionalità delle amministrazioni appaltanti l'individuazione dei documenti ritenuti più idonei a tal fine.

Infatti, il Codice dei Contratti (art. 41) stabilisce che la dimostrazione della capacità economica e finanziaria può essere fornita mediante uno o più dei documenti costituiti rispettivamente dalle idonee dichiarazioni bancarie (comma 1, lett. a), dai bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa (comma 1, lett. b), ovvero dalla dichiarazione concernente il fatturato globale di impresa e l'importo relativo ai servizi e forniture oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre anni (comma 1, lett. c).

Le dichiarazioni bancarie, che in base alla normativa vigente devono essere almeno due e rilasciate da istituti bancari o intermediari autorizzati ex D. Lgs. 1 settembre 1993 n. 385, assolvono alla funzione di garantire che l'impresa concorrente sia affidabile sotto il profilo economico e creditizio. Tralasciando il merito circa il contenuto della c.d. "referenza" bancaria e le relative modalità di rilascio, si ritiene utile in questa sede affrontare le problematiche connesse alla loro presentazione. Se, da un lato, è pacifica l'interpretazione della norma in merito alla partecipazione della singola impresa, o comunque da un unico soggetto giuridico, quale può essere l'A.T.I. o il R.T.I. già costituito, dall'altro, più incerta appare la sua applicazione nelle ipotesi relative a costituendi raggruppamenti temporanei di imprese.



Sul punto si analizzano due diverse interpretazioni giuridiche. Secondo una deliberazione dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (17 gennaio 2007, n. 3), in assenza di espressa disposizione del disciplinare di gara, la presentazione da parte del solo mandatario delle referenze bancarie assolve la dimostrazione del requisito, tenuto conto che il raggruppamento si qualifica dimostrando cumulativamente il possesso dei requisiti richiesti per il singolo partecipante.

Di diverso parere, invece, è stato il Tar Piemonte che, con una pronuncia del 2008 (Sentenza n. 603 del 8 aprile 2008), ha inteso estendere l'onere della presentazione delle due referenze bancarie a tutte le imprese del costituendo raggruppamento temporaneo, elaborando all'uopo il principio secondo cui *"la funzione della (almeno) duplice referenza consiste nel fatto che il legislatore vuole rafforzare la garanzia offerta alla stazione appaltante circa l'affidabilità sotto il profilo economico e creditizio dell'impresa, facendo in modo che l'una referenza trovi conferma nell'altra: ciò non può avvenire ove ciascuna impresa dell'ATI costituenda presenti un'unica referenza, posto che i soggetti imprenditoriali partecipanti sotto questa forma rimangono distinti in tutta la fase di svolgimento della procedura di gara, anche se assumono l'impegno di eseguire insieme l'appalto e di mettere insieme le proprie forze nella fase di realizzazione. Tuttavia la loro credibilità sotto il profilo economico-finanziario deve essere singolarmente dimostrata attraverso la presentazione di (almeno) due referenze"*.

Discrezionalmente, la stazione appaltante può decidere di avvalersi dei bilanci, o loro estratti, in base ai quali valutare l'effettiva capacità imprenditoriale delle imprese concorrenti, oppure della dichiarazione sul fatturato globale e su quello relativo ai servizi e forniture oggetto della gara (c.d. fatturato specifico), realizzato negli ultimi tre esercizi, volto alla dimostrazione delle concrete capacità operative dell'impresa concorrente. Invero, tale requisito genera a volte difficoltà interpretative e di conseguenza altrettanti difficoltà applicative, laddove, per esempio, il requisito temporale degli "ultimi tre esercizi" viene sostituito dalla locuzione "ultimi tre anni",

ovvero viene richiesta l'esibizione di un fatturato relativo a prestazioni svolte in un determinato periodo, pur non essendo dimostrabile in quanto, per ragioni tecnico-legali, il relativo bilancio non è stato ancora approvato. Una sentenza del Consiglio di Stato (*Sez. IV[^], 25 novembre 2008, Sent. n. 5808/2008*) fa chiarezza proprio in merito, evidenziando l'importanza del dato temporale, del momento, cioè, in cui viene svolto un determinato servizio e/o fornitura, ed il relativo fatturato dimostrabile solo attraverso l'approvazione del bilancio nell'anno successivo. In proposito, i giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che il termine "fatturato", richiama un dato contabile e finanziario, piuttosto che meramente storico: il "fatturato", ad avviso del Collegio, individua non il complesso degli affari svolti in un determinato arco di tempo, ma quello ricompreso in un determinato esercizio finanziario, e pertanto può essere determinato unicamente con riferimento ai bilanci di esercizio (che, come noto, costituiscono il riferimento temporale convenzionale in materia contabile e finanziaria).

Insomma, si deve ritenere, che l'unico modo con cui la stazione appaltante può agganciare ad un riferimento certo l'individuazione di un dato, quale quello richiesto ai concorrenti, sia quello di richiamarsi ai bilanci di esercizio, unici documenti contabili che consentano di ricostruire il "fatturato" in maniera non arbitraria od opinabile.

Sotto altro profilo, una recente sentenza, sempre del Consiglio di Stato, è intervenuta per affermare l'idoneità dei singoli requisiti di cui al precitato articolo 41, nel senso utilizzati anche isolatamente, ad assolvere alla funzione di provare la capacità economica e finanziaria di un'impresa concorrente. Più precisamente, ad avviso dei giudici investiti della questione, quantunque la formulazione della lettera c) dell'art. 41 del Codice dei Contratti possa essere interpretata nel senso che la dichiarazione ivi prevista debba contenere sia il fatturato globale dell'impresa concorrente sia l'importo relativo ai servizi o forniture oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre anni, è sufficiente ai fini della legittimità del bando che l'amministrazione chieda la dichiarazione anche di uno solo di tali dati. Il Collegio



parte dall'assunto dell'art. 47 della direttiva n. 18 del 31 marzo 2004, che costituisce, tra l'altro, fonte normativa recepita dal nostro ordinamento giuridico, secondo cui la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze, tra cui, alla lett. c) "una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o all'avvio delle attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni siano disponibili". In virtù di tale assunto il Consiglio di Stato afferma che *"la disposizione contenuta nell'articolo 41 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, consente all'amministrazione appaltante di inserire nel bando di gara la richiesta della prova della capacità economica e finanziaria attraverso una dichiarazione che riguardi sia il fatturato globale, sia il fatturato del settore oggetto dell'appalto, ma solo la dichiarazione del primo dato è indispensabile (nell'ambito della scelta discrezionale dei documenti ritenuti più opportuni al fine della prova del requisito in esame) ai fini della legittimità del bando, laddove la richiesta del secondo dato è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, il cui concreto esercizio, com'è noto, sfugge al sindacato di legittimità allorquando non risulti essere manifestamente illogica, arbitraria, irragionevole o irrazionale (profili questi che non sussistono nel caso di specie e che, anzi, non sono stati neppure evidenziati)"*.

Ufficio Consulenza

