



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.102 del 26/11/2014

PREC 256/14/S

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata dal I Quattro Castelli soc. coop. soc. - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di lavanolo biancheria e del servizio di lavanderia del vestiario degli ospiti – Importo a base di gara: 552.946,00 euro – Istanza presentata singolarmente dall'operatore economico – S.A.: Azienda pubblica di servizi alla persona (ASP) Opus Civum

Requisiti speciali di partecipazione – Referenze bancarie – Presentazione di una referenza priva della firma del dichiarante – Esclusione – Soccorso istruttorio

E' rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante l'individuazione della documentazione da produrre, potendo la stessa prevedere nel bando l'acquisizione di uno o più dei documenti indicati all'art. 41, comma 1, d.lgs. 163/2006.

Le referenze bancarie costituiscono lettere di affidabilità con cui gli istituti di credito attestano di intrattenere rapporti di affidamento bancario con l'impresa concorrente, con ciò fornendo indicazioni sulla solidità finanziaria della stessa. Queste ultime non hanno natura fidefacente, costituendo semplici dichiarazioni di scienza, conseguentemente, la mancanza su di esse della firma del dichiarante priva il documento stesso di qualsivoglia valenza probatoria.

Il difetto di una delle due referenze bancarie presentate in sede di gara in adempimento di quanto previsto dalla *lex specialis* impedisce al concorrente di comprovare la capacità economico-finanziaria nei modi voluti dalla stazione appaltante.

Ai sensi della disciplina normativa applicabile *ratione temporis* al caso in esame non è ammessa una sanatoria postuma della referenza bancaria priva della firma del suo autore, ostandovi il disposto dell'art. 46, comma 1, d.lgs. 163/2006.

Artt. 41 e 46 d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza prot. n. 83343 del 27.7.2014 la cooperativa I quattro Castelli ha chiesto il parere dell'Autorità in merito alla propria esclusione dalla procedura indicata in oggetto, motivata in ragione della presentazione di una delle due referenze bancarie previste dalla *lex specialis* priva della firma del dichiarante.

Secondo l'istante il provvedimento *de quo* sarebbe illegittimo sotto due distinti profili: in primo luogo la società cooperativa rappresenta di avere, comunque, dimostrato la propria capacità economico finanziaria mediante l'esibizione dell'ulteriore documentazione richiesta dal disciplinare di gara; in secondo luogo, fa presente di aver presentato la referenza *de qua* priva di firma solo per mero errore materiale, il quale, stante il principio del *favor participationis*, non



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

giustificherebbe l'esclusione. Tanto più nel caso di specie dove, successivamente all'esclusione, l'istante ha presentato alla stazione appaltante un'ulteriore copia della referenza richiesta, firmata dalla banca e recante la dichiarazione di quest'ultima, che attesta la regolarità della prima lettera ancorché mancante della firma.

Con nota prot. n. 119478 del 29.10.2014 l'Autorità ha avviato il procedimento, concedendo termine alle parti per la trasmissione di eventuali considerazioni in merito alla fattispecie in esame.

Con nota prot. n. 12081 del 31.10.2014 la stazione appaltante ha confermato la legittimità del provvedimento di esclusione in quanto, da un lato, il disciplinare di gara sanzionava chiaramente con l'esclusione la mancanza, anche parziale, della documentazione richiesta e, dall'altro, secondo l'Azienda, la carenza riscontrata non può essere "sanata" dall'ulteriore documentazione inoltrata dalla concorrente, non essendosi la stessa avvalsa della facoltà di cui l'art. 41, comma 3, d.lgs. 163/2006, né la presentazione dei bilanci può essere considerata equivalente all'esibizione delle referenze bancarie richieste.

Con nota prot. 124155 del 7.11.2014 la Cooperativa ha ribadito la propria posizione, ritenendo, nonostante l'errore materiale in cui è incorsa, di aver presentato tutta la documentazione atta a dimostrare la propria capacità economico finanziaria e più precisamente: una referenza bancaria regolarmente firmata; una referenza bancaria mancante di firma per mero errore materiale; copie conformi agli originali degli ultimi tre bilanci; dichiarazione resa dal legale rappresentante ai sensi del d.p.r. 445/2000, recante l'elenco dei principali servizi svolti nel triennio 2010-2011-2012.

Considerato in diritto

La questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità riguarda la legittimità dell'esclusione della società istante dalla gara indicata in oggetto. Al fine di formulare il parere richiesto occorre tenere presente la normativa di riferimento nonché le disposizioni del disciplinare di gara.

Al riguardo, si osserva innanzitutto che l'art. 41, comma 1, d.lgs. 163/2006 dispone: «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 D.P.R. 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»; e che il successivo comma rimette alla discrezionalità della stazione appaltante l'individuazione della documentazione da produrre, al fine della comprova della capacità economica e finanziaria dei



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

concorrenti, potendo quest'ultima prevedere nel bando l'acquisizione di uno o più dei documenti indicati al primo comma (AVCP, parere di precontenzioso 21.9.2011, n.165).

Nel caso in esame la stazione appaltante ha esercitato tale potere, richiedendo ai concorrenti i seguenti requisiti minimi di capacità economico finanziaria per poter essere ammessi alla gara: (i) possesso di almeno due referenze bancarie rilasciate da primari istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d.lgs. 385/2006; (ii) fatturato globale di impresa [...] non inferiore a euro 600.000,00 [...] e la relativa documentazione contabile/tributaria/fiscale-bilanci, dichiarazioni IVA, dichiarazione redditi, mod. unico [...] (art. 6 lett. c).

L'istante ha presentato due referenze bancarie, ma una di esse è risultata priva della firma del suo autore. L'AVCP ha già avuto occasione di riconoscere la natura delle referenze in parola quali lettere di affidabilità, con cui gli istituti di credito attestano di intrattenere rapporti di affidamento bancario con l'impresa, con ciò fornendo indicazioni sulla solidità finanziaria della stessa (AVCP, parere di precontenzioso 20.11.2013, n.196). Queste ultime non hanno natura fidefacente, costituendo semplici dichiarazioni di scienza, conseguentemente la mancanza su di esse della firma del dichiarante rende il documento inidoneo ad attestare alcunché. La firma, infatti, ha una duplice funzione: indicativa, in quanto consente di distinguere, dagli altri, l'autore del documento, e dichiarativa, in quanto consente l'assunzione di paternità del documento stesso. Ne deriva che la referenza bancaria, per attestare la capacità economico finanziaria del concorrente deve avere i requisiti di sostanza e di forma che consentono di riferire la dichiarazione al suo autore, che ne assume la piena responsabilità (cfr. C.G.A 2 dicembre 2010, n.1423; TAR Catania, sez. III, 18.2.2013 n.552).

Nel caso in esame, in virtù di quanto sopra osservato, può concludersi che la mancanza della firma su una delle due referenze priva quest'ultima della propria capacità probatoria. La Cooperativa ritiene di aver "superato" la predetta carenza e di avere, comunque, comprovato il possesso del requisito *de quo* tramite la presentazione dell'ulteriore documentazione richiesta dalla stazione appaltante. Tale argomentazione risulta priva di pregio in fatto e in diritto.

Sotto il primo profilo, si osserva che, in virtù di quanto stabilito dal disciplinare di gara, la domanda di partecipazione, tutta la documentazione richiesta nonché l'offerta dovevano essere presentate secondo le modalità previste dall'art. 12 del disciplinare di gara. Quest'ultimo precisa che la busta A deve contenere, tra l'altro:

- (i) attestazioni di almeno due istituti bancari o autorizzati ai sensi della l.385/1993, comprovanti la capacità economica e finanziaria dell'impresa (o raggruppamento) in relazione al servizio da svolgere (punto 6);
- (ii) bilanci o estratti dei bilanci in copia conforme all'originale (punto 7);
- (iii) dichiarazione resa dal legale rappresentante contenete l'elenco dei principali servizi svolti (punto 8).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Dalla lettura in combinato disposto degli artt. 6 e 12 del disciplinare di gara risulta evidente che la stazione appaltante ha richiesto la presentazione sia delle referenze bancarie sia dei bilanci, al fine di comprovare la capacità economico finanziaria, e l'elenco dei principali servizi svolti per comprovarne la capacità tecnica professionale. Conseguentemente, la presentazione di uno di tali documenti non può considerarsi equivalente alla presentazione dell'altro.

Sotto il secondo profilo, si osserva che la giurisprudenza ha più volte ribadito che il difetto di una delle due referenze bancarie previste dal disciplinare di gara impedisce al concorrente di comprovare la capacità economico-finanziaria nei modi voluti dalla stazione appaltante, con la conseguenza che l'impresa medesima, in applicazione delle regole espulsive sancite dalla *lex specialis* della gara, non può che essere esclusa dal procedimento di scelta del contraente, 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 dal bando (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17.7. 2014, n. 3821; Cons. Stato, sez. V, 27.5.2014 n. 2728; Cons. Stato, sez. V, 22.5.2012 n. 2959).

Né, ai sensi della disciplina normativa applicabile *ratione temporis* al caso in esame, è possibile procedere ad una sanatoria postuma della referenza *de qua*, come vorrebbe l'istante, ostandovi il disposto dell'art. 46, comma 1, d.lgs. 163/2006. Tale norma, infatti, nella versione anteriore alla riforma introdotta dal d.l. 24 giugno 2014 n.90 consente di completare o chiarire dichiarazioni o documenti già presentati, ma non di introdurre documenti nuovi, né tantomeno può essere utilizzato per supplire alla violazione di adempimenti procedurali o all'omessa allegazione dei documenti richiesti a pena di esclusione, senza determinare la violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis* una dichiarazione o documentazione conforme al regolamento di gara (Cons. Stato, Ad. pl., 25.2.2014 n. 9; AVCP pareri di precontenzioso 19.3.2014, n. 59; 20.6.2016, n.135).

Neppure a vantaggio dell'istante può essere richiamata la facoltà di cui all'art. 41, comma 3, d.lgs. 163/2006, secondo cui: «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». Tale disposizione, infatti, non può essere letta come una sorta di clausola generale di commutazione dei requisiti di ordine speciale, che autorizza la produzione da parte del concorrente di documenti diversi in luogo delle richieste referenze bancarie. La stessa, invero, si limita a consentire al concorrente, ove sussistano giustificati motivi, di produrre a comprova del requisito richiesto una documentazione alternativa ritenuta idonea dalla stazione appaltante (AVCP, parere di precontenzioso del 10.4.2013, n.53).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Conseguentemente, solo in questo caso il concorrente può comprovare il possesso del requisito di cui all'art. 41, comma 1, lett. a) presentando una sola referenza bancaria, sempre che lo stesso contestualmente alleggi l'ulteriore documentazione atta a comprovare il possesso del requisito richiesto ed espliciti il "giustificato motivo" che gli abbia impedito di presentare la seconda referenza, cosa, quest'ultima, che non è avvenuta nel caso in esame.

In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, legittimo il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante per carenza della firma su una delle due referenze bancarie richieste dalla *lex specialis* ai fini dell'ammissione alla gara.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 dicembre 2014

Il Segretario Maria Esposito