



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.100 del 26/11/2014

PREC 248/14/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata dal comune di San Cesareo - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica – Importo a base di gara euro 2.573.598,58 - S.A.: comune di San Cesareo.

Requisiti speciali di partecipazione – Referenze bancarie – Contenuto non conforme alla lex specialis – Esclusione – Soccorso istruttorio

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

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 nelle gare pubbliche, l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può essere considerata alla stregua di un'irregolarità sanabile, in applicazione del cd. "dovere di soccorso" e non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali.

Artt. 41 e 46, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza prot. n. 80299 del 16.7.2014 il Comune di San Cesareo ha chiesto il parere dell'Autorità in merito alla partecipazione della Cimas srl alla procedura indicata in oggetto.

La stazione appaltante, infatti, è in dubbio se ammettere o meno la predetta società in quanto una delle due referenze bancarie presentate da quest'ultima non risponde alle prescrizioni del disciplinare di gara. Trattandosi di una procedura per l'affidamento di uno dei servizi contemplati dall'Allegato II B al Codice dei contratti pubblici, ossia servizio di refezione scolastica, il Comune è anche incerto sulla possibilità di ovviare alla predetta mancanza mediante la richiesta di un'integrazione documentale. Lo stesso, infine, rappresenta che la società ha presentato, nel rispetto dell'art. 41, lett. c), del d.lgs. 163/2006, una dichiarazione attestante un fatturato medio annuo nel triennio (2011, 2012, 2013) di servizi analoghi a quelli oggetto di gara.

La Cimas srl con nota del 3.7.2014 inviata al comune di San Cesareo ha difeso i propri interessi, rappresentando che le dichiarazioni bancarie presentate sono conformi all'art. 41, d.lgs. 163/2006 e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

correlate a quanto richiesto dalla stazione appaltante, la quale, comunque, dovrebbe disporre l'integrazione documentale in virtù della novella introdotta nel Codice dei contratti pubblici dal d.l. 24.6.2014, n. 90. L'operatore economico, inoltre, ha fatto presente di aver allegato alla domanda di partecipazione ai sensi e per gli effetti del terzo comma dell'art. 41, d.lgs. 163/2006 l'elenco dei principali servizi di refezione scolastica volti nel triennio antecedente.

Con nota prot. n. 107836 del 2.10.2014, l'Autorità ha avviato il procedimento; le parti non hanno presentato ulteriore documentazione.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne l'ammissibilità alla procedura *de qua* della ditta che ha presentato una referenza bancaria non rispondente alle prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara

Al fine di risolvere la questione prospettata occorre innanzi tutto richiamare le disposizioni della *lex specialis* che regolano la partecipazione alla procedura *de qua*.

Al riguardo si osserva che il disciplinare di gara richiede la presentazione di almeno due idonee dichiarazioni bancarie, espressamente riferite alla gara in esame ed attestanti che la ditta è solida ed è in grado di riassumere i rischi di impresa connessi all'attività oggetto della gara.

La giurisprudenza ha già avuto modo di sottolineare che simili clausole sono espressione del potere discrezionale della stazione appaltante, il cui interesse non è semplicemente quello di contrarre con un soggetto che sia in generale affidabile, bensì di contrarre con un soggetto che sia affidabile in relazione agli specifici impegni che derivano dalla partecipazione alla gara bandita dall'amministrazione e dall'eventuale aggiudicazione dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2012 n. 2959; AVCP, parere di precontenzioso 21 settembre 2011 n.165).

Partendo da tale premessa, in un caso in cui la stazione appaltante chiedeva ai concorrenti di presentare una dichiarazione da parte di almeno due istituti bancari, comprovanti non solo la correttezza dell'impresa, ma anche la sua solvibilità e sostenibilità degli impegni in rapporto al valore dell'appalto al momento della presentazione dell'offerta, il Consiglio di Stato ha ritenuto che «in tal modo la stazione appaltante ha pertanto inteso legittimamente escludere, a comprova del requisito dell'idoneità economico-finanziaria dei concorrenti, le referenze bancarie recanti attestazioni di affidabilità del tutto generiche in quanto prive di concreti riferimenti all'appalto reso oggetto di gara [...], non essendo per certo sufficiente a tal fine il mero riferimento ad una "gara di appalto per servizi di igiene urbana" contenuto nell'oggetto della referenza stessa ma non considerato nel testo della referenza come elemento di giudizio in ordine alla concreta possibilità per la medesima [...] di poter onorare anche tale ulteriore suo impegno nell'ipotesi di eventuale aggiudicazione della gara» (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2014 n. 2728).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

La fattispecie in esame si presenta del tutto simile a quelle esaminate dalle pronunce sopra ricordate, posto che il comune di San Cesareo ha chiesto, ai fini della partecipazione, la presentazione di referenze bancarie aventi i contenuti prefissati dalla *lex specialis*.

Al riguardo occorre considerare non soltanto la disposizione dell'art. 8.3 del disciplinare già richiamata, ma anche quella del successivo art. 11, punto 10, secondo cui la busta A doveva contenere, a pena di esclusione, almeno due idonee dichiarazioni bancarie in originale, rilasciate da istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d.lgs. 385/1993 con l'avvertenza che: «la dichiarazione del direttore dell'istituto bancario deve avere il seguente tenore: l'impresa è accreditata presso il nostro istituto bancario, è economicamente e finanziariamente solida ed affidabile e quindi è in grado di riassumere i rischi d'impresa connessi all'attività oggetto della gara ovvero di far fronte ai propri impegni con regolarità e puntualità e dispone oggi di capacità economica e di solvibilità finanziaria in relazione all'importo della fornitura da eseguire».

A fronte delle chiare ed espresse previsioni degli artt. 8.3 e 11.10 del disciplinare di gara, la referenza rilasciata dalla UBI Banca Popolare di Ancona non ha il contenuto sostanziale sopra ricordato, ma recita: «da quanto ci risulta, la Società attualmente presenta una situazione economico finanziaria equilibrata che sembrerebbe consentirle di far fronte agli impegni assunti. I rapporti con il nostro Istituto sono stati, sinora, improntati a correttezza e reciproca soddisfazione». A ben vedere quest'ultima afferma genericamente che la società potrebbe far fronte agli impegni assunti, ma non specifica quali; la stessa, inoltre, non attesta che la situazione economico finanziaria della società è solida, né da atto che la stessa consente all'operatore economico di riassumere i rischi di impresa connessi allo specifico oggetto della gara *de qua*. Anche in questo caso come in quello esaminato dal Consiglio di Stato la referenza presentata fa riferimento all'appalto in esame solo nell'oggetto del testo e non correla allo stesso la solvibilità dell'operatore economico.

Il problema, è bene precisarlo, non è quello di una corrispondenza meramente formale o letterale tra la dichiarazione rilasciata dalla banca e la clausola del disciplinare di gara che regola il contenuto della stessa, ma sostanziale, non avendo la banca attestato quanto richiesto dalla stazione appaltante. Tanto è vero che l'altra referenza prodotta dalla Cimas srl, sebbene non riproduca letteralmente la clausola di cui all'art. 11, punto 10, del disciplinare è stata ritenuta dal Comune conforme alla *lex specialis* in quanto riportante, comunque, le informazioni richieste.

L'operatore economico ritiene di aver superato la predetta carenza mediante la presentazione dell'elenco dei principali servizi di refezione scolastica svolti nel triennio antecedente ai sensi dell'art. 41, comma 3, d.lgs. 163/2006. Tale argomentazione non risulta fondata né in punto di fatto né in punto di diritto.

Sotto il primo profilo, si osserva che, in virtù di quanto stabilito dal disciplinare di gara, l'operatore economico doveva presentare, per poter partecipare alla gara: (i) a comprova della capacità economico finanziaria due idonee referenze bancarie; (ii) a comprova della capacità tecnica e professionale attestazione relativa all'espletamento di servizi identici a quelli oggetto del bando svolti



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

negli anni 2011, 2012, 2013, con importo medio del triennio non inferiore a 800.000,00 euro al netto dell’IVA (artt. 8.3. e 8.4). Ciò significa che la presentazione di entrambi i documenti appena indicati era necessaria ai fini della partecipazione alla gara e, conseguentemente, la presentazione dell’uno non poteva sostituire quella dell’altro..

Sotto il secondo profilo, si osserva che occorre ben interpretare la disposizione invocata dall’istante. Se è vero, infatti, che l’art. 41, comma 3, d.lgs. 163/2006 dispone «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 norma, tuttavia, 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 aprile 2013, n.53). 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 allegghi 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.

Al di fuori di questa ipotesi espressamente disciplinata dal legislatore, la giurisprudenza ha più volte ribadito che il difetto di una delle due referenze bancarie richieste 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 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2014, n. 3821; Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014 n. 2728; AVCP, parere di precontenzioso, 20 giugno 2014, n.135).

Nel caso in esame, le parti non hanno inviato alcuna documentazione dalla quale potersi desumere che effettivamente l’operatore economico abbia avuto un giustificato motivo per produrre solo una dichiarazione bancaria conforme a quanto richiesto dalla stazione appaltante. Occorre, pertanto, che quest’ultima verifichi se effettivamente all’atto della presentazione della domanda di partecipazione la Cimas srl abbia indicato i giustificati motivi che non le hanno consentito di presentare la referenza richiesta. Nel caso in cui tale verifica abbia esito negativo, deve ritenersi che la società non possa partecipare alla gara, pena la violazione della *par condicio* dei concorrenti.

Va, infine, soggiunto, che la Cimas non può giovare della disposizione dell’art. 46, comma 1 ter, d.lgs. 163/2006, introdotta dal d.l. 24.6.2014, convertito in legge 18.8.2014, n. 114, che estende il potere di soccorso istruttorio oltre i limiti sin qui delineati dalla prassi amministrativa e dalla giurisprudenza, in quanto l’art. 39, comma 3, del medesimo decreto legge prevede che la disposizione *de qua* si applica alle



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, ossia 25.6.2014, mentre il bando relativo all'affidamento *de quo* è stato pubblicato il 6.6.2014.

Ne consegue allora che va richiamato l'orientamento tradizionale della giurisprudenza, secondo cui nelle gare pubbliche, l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può essere considerata alla stregua di un'irregolarità sanabile, in applicazione del cd. "dovere di soccorso" e che, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali: ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara, potendosi al più ammettersi in tale contesto l'integrazione solo quando i vizi sono chiaramente imputabili ad errore materiale, e – per l'appunto - sempre che riguardino dichiarazioni o documenti non richiesti a pena di esclusione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma, che si tradurrebbe in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione del principio di parità delle parti, che deve presiedere ogni procedura ad evidenza pubblica (cfr. sul punto le dirimenti, conclusive e vincolanti argomentazioni di Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2014, n.16 e 25 febbraio 2014 n.9).

Sulla base della documentazione in atti ed in considerazione di quanto sopra rilevato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la Cimas srl non possa essere ammessa alla procedura in esame, salvo il caso in cui la stessa, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione, abbia indicato i giustificati motivi che non le hanno consentito di presentare le referenze bancarie richieste dalla *lex specialis*.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 dicembre 2014
Il Segretario Maria Esposito