



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 896 DEL 17 ottobre 2017

OGGETTO: Istanza congiunta (per adesione successiva) di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da M.I.A. S.r.l./Comune di San Pietro in Guarano (CS) – Affidamento del servizio raccolta e trasporto per smaltimento e valorizzazione rifiuti solidi urbani, assimilati e servizi complementari – Importo a base di gara: euro 391.146,06 - S.A.: Comune di San Pietro in Guarano

PREC 194/18/S

Considerato in fatto

Con istanze acquisite ai protocolli n. 61823 del 12 luglio 2018 e n. 67072 del 31 luglio 2018, l'operatore economico M.I.A. Multiservizi Igiene Ambientale S.r.l. ha lamentato di essere stato illegittimamente escluso dalla gara in epigrafe per carenza delle referenze bancarie. L'istante ha rappresentato di avere prodotto n. 2 referenze bancarie che, sebbene non riportavano precisamente tutta la dicitura richiesta dall'amministrazione, esplicitavano la puntualità degli assolvimenti degli impegni assunti e di avere ulteriormente prodotto a dimostrazione della propria capacità economica e finanziaria, in sede di soccorso istruttorio, i bilanci societari relativi agli anni 2015/2016/2017.

Con istanza acquisita al prot. n. 75367 del 12 settembre 2018, il Comune di San Pietro in Guarano ha chiesto all'Autorità di confermare la legittimità dell'esclusione di M.I.A. S.r.l. sottolineando che i motivi adottati dall'impresa a fondamento dell'impossibilità di produrre referenze bancarie recanti la dicitura richiesta dalla stazione appaltante (ovvero insufficienza dei 10 giorni concessi per integrare la documentazione a fronte dei tempi e delle condizioni di rilascio degli istituti di credito) non possono essere considerati fondati, così che mancherebbe il presupposto per invocare l'applicazione dell'art. 86, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 («(...) L'operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante»).

A seguito della comunicazione dell'avvio dell'istruttoria (nota prot. n. 77872 del 20 settembre 2018), le parti hanno ulteriormente argomentato a sostegno delle rispettive tesi (nota prot. n. 78291 del 21 settembre 2018 del Comune di San Pietro in Guarano e nota prot. n. 78660 del 24 settembre 2018 di M.I.A. S.r.l.).

Ritenuto in diritto

L'art. 18, lett. A.6 del disciplinare di gara prevede che la BUSTA n° 1 – Documentazione amministrativa debba contenere «CERTIFICAZIONE BANCARIA, attestante il possesso di adeguata capacità economica e finanziaria, a pena l'esclusione dalla gara, da comprovarsi mediante idonee referenze bancarie di almeno 2 (due) istituti bancari o rilasciate dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del d.lgs. 485/93 (...) Dal documento, dovrà risultare tra l'altro, che il concorrente ha sempre fatto fronte ai suoi impegni con regolarità e puntualità (...)».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

M.I.A. Srl ha prodotto due referenze bancarie, una del Monte dei Paschi di Siena, del seguente tenore: «Come richiesto attestiamo che la Vostra società è titolare del conto ... *omissis* ..., operante su basi attive, acceso c/o la filiale (...) il 26/10/2017», e la seconda di Intesa San Paolo, recante la seguente dichiarazione: «Come richiesto, si dichiara che la società M.I.A. Multiservizi Igiene Ambientale S.r.l. (...) è cliente favorevolmente conosciuto dalla nostra filiale (...) ed opera con regolarità sin dal 2015; la società è sempre stata puntuale nell'assolvimento degli impegni assunti nei confronti della Banca. La presente viene rilasciata a seguito richiesta da parte della società M.I.A. Multiservizi Igiene Ambientale S.r.l., senza alcuna assunzione di garanzia né di responsabilità».

La Commissione ha riscontrato la carenza delle referenze e la non conformità delle stesse a quanto richiesto nel bando (verbale di gara n. 1) e ha attivato il soccorso istruttorio concedendo all'impresa 10 giorni per produrre le referenze bancarie secondo una bozza di dichiarazione inserita in calce alla nota di comunicazione all'impresa («BOZZA REFERENZA BANCARIA Oggetto: (...) In riferimento all'appalto di cui in oggetto, si attesta la capacità economica e finanziaria della Ditta e che la stessa Ditta ha sempre fatto fronte ai suoi impegni con regolarità e puntualità», Nota Comune di San Pietro prot. n. 3682 del 21 giugno 2018).

Con nota prot. n. 301 del 2 luglio 2018, la società M.I.A. S.r.l. ha rappresentato alla stazione appaltante l'impossibilità di produrre quanto richiesto nel termine indicato poiché i tempi prospettati dagli istituti di credito per rilasciare un affidamento – pratica ritenuta necessaria per produrre le referenze con il testo più approfondito - sarebbero stati ben oltre i dieci giorni concessi dalla stazione appaltante. Nelle more, l'impresa ha prodotto i bilanci societari relativi agli anni 2015-2017, copia della copertura assicurativa contro i rischi professionali con un massimale di euro 3.000.000,00 e copia dei contratti dei principali servizi effettuati negli anni 2015-2017 a dimostrazione del fatturato minimo annuo.

La Commissione ha evidenziato come la circostanza riportata dall'impresa circa i tempi e le condizioni di rilascio delle referenze bancarie non fosse suffragata da alcuna documentazione o dichiarazione da parte degli istituti bancari e ha ritenuto non sussistenti i «fondati motivi» richiesti per l'applicazione dell'art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 sottolineando in particolare che la condizione posta dalle banche per rilasciare le referenze bancarie, ovvero la concessione di un affidamento, «è di per sé dimostrazione di indisponibilità da parte degli Istituti bancari a rilasciare idonee referenze bancarie in base ai rapporti in essere tra gli stessi e la Ditta M.I.A. S.r.l.» (verbale di gara n. 2).

La disciplina dei requisiti di capacità economica e finanziaria nell'attuale quadro normativo è delineata dal combinato disposto dell'articolo 83, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, che prevede che, ai fini della verifica del possesso di detti requisiti, le stazioni appaltanti possono richiedere nel bando di gara a) un fatturato minimo annuo e un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto, b) informazioni circa i conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività e c) un adeguato livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali, dell'articolo 86, comma 4, che con riferimento alla prova di tale capacità stabilisce che, di norma, essa può essere fornita «mediante uno o più mezzi di prova indicati all'allegato XVII, parte I» e dall'Allegato XVII, parte I, che fa riferimento ad «idonee dichiarazioni bancarie» o a comprovata copertura assicurativa contro i rischi



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

professionali (lett. a), a bilanci o estratti di bilanci (lett. b) e a dichiarazioni concernenti il fatturato globale e il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto (lett. c).

Il non perfetto coordinamento tra l'art. 83, comma 4, che non fa riferimento alle referenze bancarie, e l'Allegato XVII, che invece le contempla, ha indotto l'Autorità a non inserirle nel bando – tipo n. 1/2017 tra le modalità con cui la stazione appaltante può chiedere la dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria. Come più diffusamente chiarito nella Nota illustrativa al bando – tipo, «Con riferimento alle cd “idonee referenze bancarie” si rileva che esclusivamente l'allegato XVII, parte I, contempla non meglio specificate “idonee dichiarazioni bancarie”. Peraltro, spesso la richiesta delle idonee referenze bancarie non veniva interpretata dagli istituti bancari nel senso che essi dovessero riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società oggetto di richiesta (correttezza e puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, assenza di passività con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni fossero desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso) come la giurisprudenza amministrativa aveva avuto modo, per contro, di puntualizzare (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1168). Inoltre, spesso, la richiesta del requisito in parola, in relazione all'oggetto ed al valore dell'appalto, ai fini della dimostrazione della capacità economico-finanziaria dei concorrenti, non appariva proporzionato al costo richiesto dagli istituti bancari per il rilascio delle referenze, in alcuni casi anche molto oneroso. In considerazione di tali premesse e in ragione della mancata previsione nel nuovo Codice all'art. 83, comma 4, si è ritenuto di non prevedere più tale modalità di dimostrazione della capacità economico-finanziaria necessaria per l'esecuzione del contratto, tuttavia le stazioni appaltanti, nell'esercizio della propria discrezionalità nel definire i requisiti per l'ammissione, possono richiedere le referenze bancarie, se ritenute proporzionate, ragionevoli oltre che pertinenti e logicamente connesse all'oggetto dell'appalto e allo scopo perseguito».

Nel caso in esame, la stazione appaltante ha previsto quale unica modalità di comprova della capacità economico-finanziaria dei partecipanti la produzione di almeno due idonee referenze bancarie attestanti appunto tale capacità oltreché la regolarità e la puntualità del concorrente nel fare fronte ai suoi impegni.

Sia il bando che il disciplinare richiedono che le idonee referenze bancarie attestino genericamente il possesso di adeguata capacità economica e finanziaria e solo in sede di soccorso istruttorio la richiesta è stata circoscritta alla capacità economica e finanziaria «in riferimento all'appalto di cui all'oggetto».

Come puntualizzato dalla giurisprudenza, gli istituti di credito possono rendere dichiarazioni - che comunque non hanno natura fidejacenti, costituendo semplici dichiarazioni di scienza che offrono alla stazione appaltante un mero indizio della solidità economica del concorrente» (Parere di precontenzioso n.18 del 5 agosto 2014) - inerenti i rapporti in atto con le imprese nei limiti in cui tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (Consiglio di Stato, sez. V, 17 luglio 2014, n. 3821; Id., 23 giugno 2008, n. 3108; Id., 9 marzo 2015 n. 1168).

Quando il rilascio di tali dichiarazioni richiede istruttorie supplementari o, come nel caso in esame, l'apertura di pratiche di concessione fidi che si rivelano avere tempi incompatibili con le scadenze della procedura di gara, si ritiene che la stazione appaltante debba concedere all'operatore economico la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

possibilità di dimostrare la propria capacità economico-finanziaria con uno o più degli altri mezzi di prova previsti in alternativa dal Codice dei contratti.

Al riguardo si rammenta che l'Autorità si è espressa più volte sulla questione dell'idoneità delle referenze bancarie richiamando i principi ermeneutici elaborati in vigenza della precedente normativa e sostenendo che, in coerenza con quanto previsto dall'articolo 41 del D.Lgs. n. 163/2006, comma 3, (il cui contenuto è stato trasfuso nell'art. 86, comma 4, d.lgs. n. 50/2016) che prevede, nell'ipotesi di impossibilità di presentare le referenze richieste «per giustificati motivi», la possibilità di «provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante», l'espressione «idonee referenze bancarie» prevista nei bandi di gara non può considerarsi quale requisito rigido, stante la necessità di contemperare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, con conseguente necessità di prevedere dei temperamenti rispetto a quelle imprese che non siano in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze indicate (Parere di precontenzioso n. 795 del 19 luglio 2017).

Alla luce di quanto sopra, si ritiene che, nel caso in esame, a fronte della dichiarazione di impossibilità di produrre referenze bancarie attestanti quanto richiesto nel termine concesso per motivi riconducibili agli istituti di credito, la stazione appaltante non avrebbe potuto escludere l'operatore economico prima di avere valutato l'idoneità a comprovare l'adeguatezza della capacità economica e finanziaria di M.I.A. S.r.l. (con riferimento all'oggetto dell'appalto) degli strumenti alternativi di prova prodotti in sede di soccorso istruttorio (copertura assicurativa contro i rischi professionali e bilanci) e annoverati dall'Allegato XVII tra le referenze utilizzabili a tal fine.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- l'esclusione dalla gara in epigrafe di M.I.A. S.r.l. non è conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 ottobre 2018

Il segretario Maria Esposito