



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1068 DEL 14 novembre 2018

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da Compagnia dei Servizi Società cooperativa sociale – Procedura negoziata da effettuare mediante RDO sul MEPA per l'affidamento del servizio traslochi arredi, beni ed attrezzature varie, suddiviso in due lotti, relativo al trasferimento del nuovo ospedale Giovanni Paolo II (lotto I) e al servizio in somministrazione presso vari servizi aziendali per la durata di anni due (lotto II) - Importo complessivo a base d'asta: euro 218.450,00 - S.A.: Azienda Sanitaria Provinciale di Ragusa.

PREC 203/18/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza singola prot. n. 75303 del 12 settembre 2018 presentata dalla Compagnia dei Servizi Società cooperativa sociale, nella quale l'istante lamenta di non aver potuto partecipare alla procedura in oggetto a causa della previsione contenuta al p.to 10.3 del disciplinare di gara, che richiedeva, ai fini della dimostrazione della capacità economico finanziaria, la presentazione di due referenze bancarie accompagnate dall'autodichiarazione del sottoscrittore, resa ai sensi del DPR 445/2000, attestante i propri poteri, pena la non ammissibilità della referenza. L'istante sostiene che: a) l'autodichiarazione del sottoscrittore della referenza è una misura non necessaria e ingiustificatamente restrittiva della partecipazione e quindi della concorrenza, posto che il disciplinare di gara non forniva indicazioni su mezzi di prova alternativi, ai sensi dell'art. 86, comma 4, del d. lgs. 50/2016; b) la risposta fornita via pec dalla stazione appaltante, che ha ammesso la possibilità di dimostrare il requisito richiesto attraverso gli altri mezzi previsti dall'allegato XVII, parte I, del d. lgs. 50/2016, costituisce una significativa modifica della *lex specialis* di gara, che avrebbe dovuto condurre ad una proroga del termine di presentazione delle offerte;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato in data 25 ottobre 2018;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti, in particolare le precisazioni fornite dalla stazione appaltante, che ha specificato di aver ricevuto soltanto il giorno prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, ben oltre la data stabilita per le richieste di chiarimenti, l'istanza dell'operatore economico volta a valutare l'illegittimità della clausola che prevedeva l'esclusione del concorrente in caso di omessa allegazione dell'autodichiarazione attestante i poteri del sottoscrittore della referenza bancaria. La stazione appaltante sottolinea di aver fornito immediato riscontro circa la possibilità di presentare, per la comprova del requisito,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

copia dei bilanci o una dichiarazione concernente il fatturato e di non aver aderito alla richiesta di prorogare i termini per assicurare la *par condicio* tra i concorrenti e per l'urgenza di individuare l'affidatario del servizio oggetto della procedura di selezione;

CONSIDERATO che il requisito della partecipazione alla procedura concorsuale è ritenuto necessario per poter rivolgere l'istanza di parere, alla luce della causa di inammissibilità di cui all'art. 6, comma 1, lett. a) del Regolamento, relativa all'assenza di una questione controversia insorta tra le parti interessate, a meno che i requisiti richiesti nel bando impediscano la partecipazione, e pertanto il presente parere esamina le contestazioni relative a tali requisiti;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO che, in tema di requisiti di partecipazione, l'art. 83 del d. lgs. 50/2016 rinvia all'art. 86, che a sua volta rimanda all'allegato XVII per l'indicazione dei mezzi di prova dei criteri di selezione. Con riferimento alle referenze bancarie, si rileva che esclusivamente l'allegato XVII, parte I, contempla non meglio specificate "idonee dichiarazioni bancarie". Peraltro, come la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di puntualizzare, spesso la richiesta delle idonee referenze bancarie non è stata interpretata dagli istituti bancari nel senso che essi dovessero riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società oggetto di richiesta e sulla correttezza e puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, nonché sull'assenza di passività, sempre che tali situazioni fossero desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (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 proporzionata 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, l'Autorità ha ritenuto di non prevedere più tale modalità di dimostrazione della capacità economico finanziaria necessaria per l'esecuzione del contratto (cfr. Nota illustrativa al Bando tipo n. 1 approvato con deliberazione n. 1228 del 22 novembre 2017), riconoscendo tuttavia che le stazioni appaltanti, nell'esercizio della propria discrezionalità nella definizione dei requisiti per l'ammissione alle gare, possono richiedere requisiti ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti, qualora questi siano proporzionati, ragionevoli oltre che pertinenti e logicamente connessi all'oggetto dell'appalto e allo scopo perseguito (*ex multis*: TAR Lecce, Sez. III, 29 aprile 2015, n. 1423);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO, pertanto, per quanto attiene alla censura *sub a*), che la stazione appaltante ha esercitato la suddetta discrezionalità, indicando il contenuto minimo che le referenze bancarie dovevano avere, presumibilmente allo scopo di scoraggiare la produzione di documenti non genuini, e che tale previsione appare conforme ai predetti criteri di ragionevolezza e proporzionalità, posto che, nel rispetto dell'articolo 86, comma 4 del Codice e dei criteri ermeneutici elaborati in vigenza della precedente normativa e richiamati più volte dall'Autorità, non ha inteso l'espressione «idonee referenze bancarie» quale requisito rigido, consentendo al concorrente la più ampia facoltà di scelta tra i possibili mezzi di prova previsti per la dimostrazione della propria capacità economica e finanziaria (delibera ANAC n. 1102 del 25 ottobre 2017; Cons. Stato, Sez. III, 3 agosto 2018, n. 4810);

RITENUTO, in riferimento alla censura *sub b*) e alla luce di quanto appena evidenziato, che siffatta indicazione sulle forme alternative di prova del requisito di partecipazione richiesto non costituisce un'integrazione postuma della *lex specialis* per la quale si imponeva la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- l'operato della stazione appaltante conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 novembre 2018

Il Segretario Maria Esposito