

Parere n.47 del 8/4/2015

PREC 267/14/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 presentata dal I.C.C.S. Srl – *Procedura aperta per l'appalto del servizio di pulizia igiene e sanificazione degli uffici e stabili del gruppo TEA SpA* – Importo a base di gara: euro 440.933,20 – S.A.: *TEA SpA*

Capacità economico-finanziaria – referenze bancarie – presentazione di referenze bancarie con contenuto generico e senza riferimento alla procedura di gara – esclusione – illegittimità – soccorso istruttorio – applicabilità

Qualora la *lex specialis* si limiti a richiedere la produzione di “idonee referenze bancarie”, senza alcuna prescrizione ulteriore, è illegittima l'esclusione disposta nei confronti di un concorrente che abbia prodotto referenze bancarie ritenute generiche dalla stazione appaltante, senza aver preliminarmente avviato il doveroso procedimento di soccorso istruttorio di cui all'articolo 46.

Articoli 41 e 46 del d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere, prot. n. 89046 del 7 agosto 2014, con la quale la società I.C.C.S. Srl, contestava l'illegittimità del provvedimento di esclusione adottato dalla TEA SpA nella gara in epigrafe, per aver prodotto referenze bancarie generiche, ovvero prive di alcun riferimento alla procedura;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 30 ottobre 2014;

VISTA la *lex specialis* di gara che al punto 13.1. richiedeva ai concorrenti, a pena di esclusione, di essere in possesso dei seguenti requisiti: “13.1.2. *almeno due idonee referenze bancarie rilasciate da istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385*”;

VISTA la memoria della stazione appaltante, con la quale è stata rappresentata la legittimità dell'esclusione a causa della mancata presenza, nelle referenze prodotte, di alcun riferimento alla procedura indetta, nonché in considerazione del fatto che le stesse, non erano non erano indirizzate alla TEA, bensì alla I.C.C.S stessa, ma anche che la referenza della Banca CR Firenze SpA era stata rilasciata in data antecedente a quella in cui era stata bandita la gara;

CONSIDERATO che la questione giuridica controversa prospettata dall'istante attiene alla legittimità o meno di un'esclusione disposta nel caso di produzione di referenze bancarie generiche e che, su di essa, può decidersi ai sensi dell'articolo 8 del *Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006*;

CONSIDERATO che questa Autorità, nel precisare che le referenze bancarie costituiscono lettere di affidabilità con cui gli istituti di credito attestano di intrattenere rapporti di affidamento bancario con l'impresa, fornendo garanzia della solidità finanziaria della stessa, ha chiarito che tutela maggiormente l'interesse pubblico alla corretta esecuzione dell'appalto la referenza con cui un istituto di credito dichiara che il proprio cliente ha capacità economico finanziarie per far fronte agli impegni scaturenti dalla partecipazione ad una procedura, piuttosto che la referenza con cui un istituto di credito dichiara che l'operatore economico intrattiene rapporti affidati con l'istituto stesso. Ciò in considerazione del fatto che l'interesse della stazione appaltante 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 a specifici impegni che derivano dalla partecipazione alla gara bandita dall'amministrazione e dall'eventuale aggiudicazione dell'appalto (*cf. parere Autorità n. 135 del 20 giugno 2014, n. 18 del 5 agosto 2014 e n. 100 del 26 novembre 2014*);

CONSIDERATO che, dal suo canto, la giurisprudenza amministrativa ha sancito che l'espressione “idonee referenze bancarie”, ove riportata nei bandi di gara senza ulteriori precisazioni, deve essere interpretata dagli istituti bancari nel senso, anche lessicalmente corretto, che essi devono riferire

sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze bancarie sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1168 del 9 marzo 2015, n. 2728 del 27 maggio 2014 e n. 3821 del 17 luglio 2014);

CONSIDERATO, che, nel caso di specie la *lex specialis* si limitava ad indicare la necessaria produzione di due referenze bancarie, senza alcuna prescrizione ulteriore;

RITENUTO che la stazione appaltante, a tutela del proprio interesse pubblico era legittimata a chiedere la dimostrazione di un'affidabilità specifica in relazione agli impegni contrattuali oggetto dell'affidamento, ma che, non avendo esercitato tale facoltà in sede di redazione della legge di gara, non poteva poi procedere alla automatica esclusione del concorrente senza aver preliminarmente provveduto alla richiesta di chiarimenti alla società, al fine eventualmente di regolarizzare la documentazione prodotta e ritenuta insufficiente, in applicazione del principio del soccorso istruttorio di cui all'articolo 46 del d.lgs. n. 163/2006. Ciò in considerazione della lettura dell'istituto del soccorso istruttorio fornita sia dal Consiglio di Stato (cfr. Adunanza Plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014 e n. 16 del 30 luglio 2014) sia dall'Autorità (cfr. determinazione n. 1 del 9 gennaio 2015), secondo cui il soccorso istruttorio, che costituisce un *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi, finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare e ad evitare qualunque forma di aggravio procedimentale sui concorrenti, nel rispetto della *par condicio* tra i concorrenti, del canone di imparzialità dell'attività amministrativa e del principio generale di autoresponsabilità dei concorrenti, costituisce un doveroso adempimento per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive e che, pertanto, l'esclusione dalla procedura sia una sanzione legittimamente applicabile unicamente in caso di omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante;

RITENUTO che, nel caso di specie, la stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione del concorrente per genericità delle referenze bancarie avrebbe dovuto richiedere allo stesso chiarimenti e l'eventuale regolarizzazione della documentazione prodotte e, solo in caso di mancata risposta da parte del concorrente, avrebbe potuto procedere alla relativa esclusione;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione adottato nei confronti dell'istante per produzione di referenze bancarie generiche, senza aver previamente avviato il procedimento di soccorso istruttorio, non sia conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 aprile 2015

Il Segretario Maria Esposito