

## ALCUNE PROBLEMATICHE SUL REQUISITO ECONOMICO-FINANZIARIO DI CUI ALL'ART. 41, 1° COMMA, LETT. A) D.LGS. 163/2006.

### **Art. 41. (Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi).**

1. 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 d.P.R. 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.

2. Le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere. I documenti di cui al comma 1, lettera b), non possono essere richiesti a prestatori di servizi o di forniture stabiliti in Stati membri che non prevedono la pubblicazione del bilancio. Sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale.

3. 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.**

4. La dichiarazione di cui al comma 1, lettera a), è presentata già in sede di offerta. Il concorrente aggiudicatario è tenuto ad esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni di cui al comma 1, lettere b) e c).

### **Carattere delle referenze bancarie.**

Una breve descrizione del carattere delle referenze bancarie si rinviene nella pareristica dell'ANAC: «*Le referenze bancarie [...] costituiscono lettere di affidabilità con cui gli istituti di credito attestano, genericamente, di intrattenere rapporti di affidamento bancario con l'impresa, con ciò fornendo garanzia della solidità finanziaria della stessa. Esse non hanno natura fidefacente, costituendo semplici dichiarazioni di scienza che offrono alla stazione appaltante un mero indizio della solidità economica del concorrente.*» (ANAC parere n. 18 dd. 5.8.2014).

Il fatto che si richiedano (almeno) due referenze trova fondamento nella volontà del legislatore di rafforzare la garanzia offerta alla stazione appaltante circa l'affidabilità sotto il profilo economico e creditizio dell'impresa, facendo in modo che l'una referenza trovi conferma nell'altra (cfr. TAR Torino 603/2008).

## 1. La presentazione di una sola referenza bancaria.

Come si legge, il 3° comma prevede che, qualora l'operatore economico non sia in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze richieste e indicate alle lett. a), b) e c) (o sia in grado di presentare una sola referenza bancaria), possa provare la propria capacità con qualsiasi documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

L'unica esemplificazione che il testo della disposizione fa dei giustificati motivi è quello della costituzione o inizio dell'attività dell'impresa da meno di tre anni. La formula ampia "ivi compreso" ha consentito tuttavia sia alla giurisprudenza sia alla pareristica dell'ANAC di dare un'interpretazione estensiva della disposizione, includendovi motivi ulteriori rispetto a quello espressamente indicato.

*«Del resto, è ben possibile che l'operatore economico partecipante alla gara intrattenga rapporti professionali con un solo Istituto bancario, trovandosi, pertanto, nella oggettiva impossibilità di produrre due referenze bancarie (rilasciate da due*

*differenti Istituti), pur essendo dotato di tutti i requisiti - economico-finanziari e tecnici - richiesti dalla Stazione Appaltante per partecipare alla gara medesima. A tal proposito, è stato, infatti, rilevato che la presentazione di idonee referenze bancarie da parte di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati - che, peraltro, non devono avere un contenuto specifico e dettagliato - **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** (Consiglio di Stato, se. IV, 22 novembre 2013, n. 5542; TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 6 giugno 2014, n. 236)» (TAR Venezia 331/2015).*

*«In conclusione, va affermato che il concorrente ha la possibilità di presentare una sola referenza bancaria, o comunque di esonerarsi in parte dalla dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti nel bando, ma solo a condizione che, nell'esplicitarne il giustificato motivo alla stregua del comma 3 dell'art. 41, contestualmente produca la documentazione alternativa atta a comprovare il possesso del requisito richiesto in sede di gara» (ANAC Parere n. 34 del 24 febbraio 2011).*

Assodato dunque che la giurisprudenza tende ad interpretare l'art. 41 D.Lgs. 163/2006 nel senso anzidetto, in modo da favorire la massima partecipazione alle gare, vanno nondimeno posti in evidenza i seguenti quattro aspetti.

In primo luogo, si pone il problema della motivazione della mancata presentazione della referenza bancaria da parte del concorrente. Se infatti è ammesso che costui, sussistendo le ragioni sopra esposte, sia esentato dalla produzione delle referenze bancarie (o di una di esse), lo stesso non potrà tuttavia prescindere dal motivare tale mancata produzione. In mancanza di questo adempimento, egli non potrà beneficiare della interpretazione giurisprudenziale di cui sopra. Si veda a riguardo CS 5542/2013: *«Si applica l'art. 41, c. 3, del D.Lgs. n. 163/2006, nella parte in cui legittima il concorrente che, per qualsiasi giustificato motivo, non sia stato in grado di presentare le richieste referenze, a comprovare, mediante qualsiasi altro idoneo documento, il possesso della capacità economica e finanziaria; tuttavia, siffatto temperamento va inteso nel senso che, al fine di avvalersi di tale opportunità, è fatto onere al concorrente di **allegare il "motivo" dell'impedimento**, in modo da consentire alla stazione appaltante di apprezzarlo e valutarne la concreta "giustificatezza". La possibilità di dimostrare a mezzo di documentazione alternativa il possesso dei requisiti deve intendersi normativamente e logicamente subordinata alla circostanza che il concorrente, il quale non abbia formalmente rispettato la clausola impositiva dell'allegazione di plurime ed idonee referenze, si avvalga dell'opportunità di dare, in concreto, **adeguata giustificazione alla richiesta di fornire documentazione alternativa**».*

Un secondo problema è dato nel caso della mancata menzione, nella *lex specialis* di gara, della possibilità di provare il requisito mediante la documentazione equipollente. A riguardo, si ritiene che la previsione della fungibilità del requisito economico-finanziario espressamente indicato nell'art. 41 cit. con ogni altro documento ritenuto idoneo dalla stazione appaltante trovi ingresso nella disciplina di gara indipendentemente dal mancato richiamo della stessa. La *lex specialis*, infatti, deve intendersi automaticamente integrata dalle disposizioni di legge disciplinanti la procedura (cfr. TAR Catania 1781/2014, TAR Latina 170/2009).

AmMESSo dunque che sussistono dei margini piuttosto ampi per il concorrente che non sia in grado di produrre le due referenze bancarie (o una di esse), bisogna chiedersi in quale rapporto si trovi un tale margine rispetto alla discrezionalità amministrativa della stazione appaltante. In altre parole, ci si chiede se la stazione appaltante possa comunque valutare la idoneità del documento alternativo fornito dall'operatore economico a sostituire le referenze bancarie previste dalla *lex specialis*. Ebbene, la giurisprudenza pare orientata nel senso che la valutazione della equipollenza degli strumenti alternativi rispetto alle referenze bancarie previste dal disciplinare di gara non è rimessa al ricorrente bensì in ogni caso alla stazione appaltante. Infatti, una volta presentata la documentazione alternativa – e sempre che siano adottati, come visto, i giustificati motivi – spetterà comunque alla stazione appaltante di compiere il giudizio di idoneità (cfr. TAR Cagliari 391/2014).

Appare chiaro dunque che la discrezionalità amministrativa risulta limitata ma non oltremodo compressa.

Giungendo infine al quarto aspetto che sembra opportuno trattare, si deve chiarire se, qualora il concorrente non abbia presentato alcuna documentazione alternativa in luogo delle referenze bancarie, la stazione appaltante sia tenuta a "soccorrere" il concorrente stesso chiedendogli di provare altrimenti la propria capacità economica.

La risposta, oltre che dalla lettura delle sentenze, può essere desunta anche quale logica conseguenza degli orientamenti già sopra esposti. Si consideri infatti l'obbligo, esistente in capo al ricorrente che non presenti le referenze, di allegare gli idonei motivi: sarebbe contraddittorio che la legge imponesse al ricorrente di attivarsi in tal senso e poi non gli richiedesse di presentare la documentazione alternativa, ma piuttosto obbligasse la stazione appaltante ad attivare una sorta di soccorso. I due adempimenti (l'allegazione di idonei motivi e la presentazione di documentazione alternativa) sono infatti conseguenza della stessa omissione formale, e non possono quindi essere ripartiti tra colui che è autore dell'omissione (l'operatore economico) e colui che si trova a subirla (la stazione appaltante).

Una risposta può essere formulata anche tenendo presente il principio della parità di condizioni dei concorrenti. Partendo infatti dal presupposto che, come più sopra indicato, residui in capo alla stazione appaltante un certo margine di discrezionalità nel valutare l'idoneità della documentazione alternativa presentata a sostituire quella espressamente richiesta, se si ammettesse che sia la stazione appaltante a dover richiedere la documentazione alternativa (e non invece onere dell'operatore economico presentarla), si andrebbe a privilegiare l'operatore economico che non ha presentato la documentazione, poiché la documentazione alternativa che costui presenterebbe a seguito dell'eventuale soccorso si vedrebbe sottratta al giudizio di ammissibilità della stazione appaltante circa l'idoneità a sostituire le referenze bancarie. Non potrebbe infatti la stazione appaltante richiedere dapprima di presentare una certa documentazione ai fini del soccorso e poi dichiararla inidonea ai fini sostitutivi delle referenze bancarie. Si avrebbe dunque una lesione della parità di condizioni tra i concorrenti. Questa lesione risulterebbe poi ulteriormente aggravata dal fatto che verrebbero sottoposti ad un rischio maggiore nel giudizio di idoneità proprio quei concorrenti che sono stati maggiormente diligenti e hanno presentato la documentazione alternativa senza che venisse loro richiesto successivamente dalla stazione appaltante.

Tenendo presenti queste ragioni, si può facilmente concordare con la giurisprudenza che afferma che «è [...] onere del concorrente autoattivarsi allegando alla domanda documentazione giustificativa e altrimenti dimostrativa della sua capacità economica» (TAR Latina 163/2014).

## **2. La “documentazione considerata idonea dalla stazione appaltante”.**

Bisogna poi chiedersi in che cosa consista la documentazione alternativa che l'operatore economico è legittimato a produrre ai sensi dell'art. 41, 3° comma cit. Al riguardo, le ipotesi che ricorrono più di frequente nella prassi si estrinsecano nella richiesta, da parte delle stazioni appaltanti, del possesso di determinate soglie di fatturato, di patrimonio netto o di capitale sociale, ritenute idonee a dimostrare l'affidabilità economica dei concorrenti in proporzione al valore dell'appalto<sup>1</sup>. Un esempio è riportato in TAR Catania 1781/2014, che tratta un caso in cui il concorrente, avendo presentato una sola referenza bancaria, aveva tuttavia prodotto la dichiarazione concernente il capitale sociale e il capitale netto in base al bilancio approvato nell'anno 2011, nonché allegato dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara realizzati negli ultimi tre esercizi.

La documentazione prodotta in alternativa alla seconda referenza bancaria sembra dunque sovrapporsi, almeno stando alla giurisprudenza più recente, alla documentazione economica indicata nelle lett. b) e c) dello stesso art. 41. In altre parole, anche se non previsto nel bando di gara, il concorrente, in assenza della possibilità di produrre la seconda referenza bancaria, potrà presentare la documentazione di cui alle lett. b) e c).

Una sentenza meno recente (CS V 4241/2001), trattando della possibilità di provare il possesso della capacità economico-finanziaria con strumenti alternativi rispetto ai bilanci, menziona le dichiarazioni dei redditi e delle denunce ai fini dell'IVA relative al periodo di riferimento e afferma che tale documentazione è sufficiente a dimostrare la legittimazione dell'impresa a partecipare alla gara. Tale principio – sebbene sancito prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 163/2006 – si rivela nondimeno d'interesse anche per la questione odierna. Se infatti, come si è più sopra sostenuto, il requisito delle referenze bancarie è altrimenti dimostrabile mediante la presentazione dei bilanci e se, come si è ora affermato, in luogo dei bilanci potevano essere presentate le dichiarazioni dei redditi e delle denunce ai fini dell'IVA, ne deriva che queste ultime vengono ad avere lo stesso valore degli altri strumenti (referenze bancarie e bilanci) ai fini della dimostrazione della capacità economico-finanziaria. A questa equipollenza consegue che anch'esse sono astrattamente in grado di tener luogo delle referenze bancarie (o della referenza bancaria) che non sia stata presentata.

Una ulteriore documentazione alternativa potrebbe consistere nella copertura assicurativa contro i rischi professionali. A riguardo, bisogna tuttavia rilevare come tale previsione fosse già contenuta nella normativa comunitaria, alla quale nondimeno il legislatore italiano ha dato un'attuazione non del tutto rigorosa. Infatti, l'art. 47 § 1 lett. a), Direttiva 2004/18/CE considera equipollenti alle “*idonee dichiarazioni bancarie*” la “*comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali*”. Invece, l'art. 41, 1° comma, lett. a), D.Lgs. 163/2006, ai fini della dimostrazione dell'affidabilità economica dell'impresa, fa riferimento alle sole referenze bancarie, e non anche alla copertura assicurativa. Quanto al conseguente problema se nell'ordinamento italiano sia possibile partecipare ad un appalto pubblico presentando la predetta copertura assicurativa in luogo delle referenze bancarie (o di una referenza bancaria), la risposta pare debba essere positiva, in considerazione del riconosciuto carattere *self-executing* delle corrispondenti disposizioni della Direttiva 2004/18/CE<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. AA.VV., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, CEDAM, Padova, 2014, v. 1, p. 353.

<sup>2</sup> Cfr. AA.VV., *I contratti pubblici*, op. cit., v. 1, pp. 355 ss.

### **3. Riferenze bancarie generiche.**

Con riguardo al contenuto delle referenze bancarie, ci si è posti il problema se un loro contenuto generico sia sufficiente a farle assumere la funzione dimostrativa della capacità economico-finanziaria loro assegnata dall'art. 41 D.Lgs. 163/2006.

Come si è detto all'inizio, le referenze bancarie costituiscono, in fondo, semplici dichiarazioni di scienza che offrono alla stazione appaltante un mero indizio della solidità economica del concorrente.

Per poter dare una risposta si deve anzitutto comprendere che cosa si intenda con genericità di contenuto. Orbene, seguendo una recente linea giurisprudenziale, detta genericità sarebbe riscontrabile ogniqualvolta la banca affermi che l'impresa è cliente favorevolmente conosciuta presso la banca stessa, che ha operato con regolarità presso l'istituto di credito da una certa data, che è sempre stata puntuale nell'assolvimento degli impegni assunti con la banca. Il contenuto è da ritenersi altresì generico anche quando si affermi da parte della banca che l'operatore economico gode di stima e considerazione nell'ambito settoriale, che assolve con puntualità gli impegni contratti, che dispone di mezzi adeguati al volume di lavoro svolto (cfr. TAR Roma 1992/2014).

Viceversa, il contenuto non si ritiene generico se le referenze attestano la solvibilità dell'impresa o attestano la sua capacità di svolgere l'appalto di cui si tratti<sup>3</sup> (cfr. TAR Roma 7461/2014).

Dall'analisi della giurisprudenza emerge che il richiedere un certo grado di specificità delle referenze bancarie rientra nella discrezionalità della stazione appaltante in sede di predisposizione della *lex specialis* di gara. Infatti «*Se il bando di gara prevede il requisito delle idonee referenze bancarie senza ulteriori precisazioni, è sufficiente che le referenze bancarie indichino: correttezza e puntualità dell'impresa nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto; assenza di situazioni passive con l'istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso*» (CS V 2728/2014, CS V 3108/2008, TAR Campania 6108/2014). D'altro canto, «*L'Amministrazione ha un potere ampiamente discrezionale in sede di determinazione dei requisiti di capacità economico finanziaria necessari per partecipare a una gara. Pertanto è ragionevole la scelta dell'amministrazione esercitata nel disciplinare di richiedere referenze bancarie di contenuto specifico*». (CS VI 2959/2006). Ancora: «*È legittima l'esclusione dalla gara del concorrente che abbia prodotto dichiarazione bancaria che non contenga l'attestazione richiesta dal bando in conformità a quanto prescritto dall'art. 41 D.Lgs. 163/2006*» (CS V 5909/2007).

Certamente ci si può chiedere se la previsione di una referenza bancaria a contenuto specifico sia legittima rispetto all'art. 41 I a) D.Lgs. 163/2006, ove non vi è un riferimento

---

<sup>3</sup> Ci si è posti a monte il problema se le referenze bancarie siano peraltro in grado di avere un tale contenuto. Da una parte si è infatti affermato: «*Gli istituti bancari, del resto, non potrebbero neppure fornire elementi diversi da questi ai quali si è fatto riferimento. In particolare non potrebbero fornire elementi quantitativi relativi a situazioni patrimoniali o finanziarie, trattandosi di elementi che, di fatto, potrebbero non essere da loro conosciuti e che, comunque, anche se fossero disponibili, non potrebbero rendere noto a terzi, stante l'obbligo di riservatezza gravante sugli istituti bancari*». (CS IV 5542/2013 TAR Reggio Calabria I 236/2014). Una tale linea giurisprudenziale sembrerebbe limitare il contenuto delle referenze bancarie nel senso che esso non potrebbe in ogni caso superare una certa soglia di specificità. Tuttavia, a tale orientamento se ne contrappone uno meno rigido, per cui «*Anche se l'istituto bancario non è un organo istituzionalmente preposto alla certificazione della capacità economica dell'impresa, nondimeno è in condizione di fornire elementi nella sua disponibilità che, sul piano oggettivo e contenutistico, consentano alla stazione appaltante di procedere all'apprezzamento di detta capacità riferita allo specifico contratto*». (TAR Milano IV 934/2015, TAR Campania 6108/2014). Sulla base di quest'ultimo orientamento, appare dunque giustificato porsi il problema circa il livello di genericità delle referenze bancarie, nel senso che uno spettro relativo alla gradazione della specificità, che sia più o meno ampio, è comunque immaginabile. Ovviamente, maggiore è la specificità della referenza e più ci si avvicina all'istituto della garanzia, il quale tuttavia è da tenersi ben distinto: «*In ogni caso, le referenze non possono trasformarsi in garanzie di solvibilità o soltanto di affidabilità dell'esecuzione dello specifico appalto*» (TAR Brescia 268/2013).

alla specificità di tali dichiarazioni. Il problema tuttavia risulta superato dal 2° comma dello stesso articolo, in quanto, come afferma ANAC (delib. n. 61 dd. 27.2.2007), «*Tale previsione si concretizza [...] comunque nella richiesta di un ulteriore requisito, facoltà riconosciuta dall'art. 41 comma 2 D.Lgs. 163/2006. E tale requisito si ritiene ragionevole e proporzionato*». In altre parole, anche se non si accettasse che un contenuto specifico possa essere richiesto ai sensi della lett. a) cit., esso potrebbe essere richiesto in qualità di requisito ulteriore, in quanto la disposizione del 2° comma riconosce alla stazione appaltante la facoltà di richiederlo.

Un ulteriore rilievo va infine effettuato riguardo alla circostanza che, molte volte, il disciplinare di gara richiede che la banca attesti un certo contenuto specifico attraverso una formula indicata nella stessa *lex specialis* e che deve essere riportata dalla banca nella referenza. Si pone quindi il problema se la mancata osservanza di tale forma concretizzi la carenza del requisito. A tal riguardo, l'ANAC ha affermato (parere n. 18 dd. 5.8.2014):

*«L'ulteriore precisazione richiesta, a pena di esclusione, in ordine al contenuto delle referenze bancarie che devono attestare "la capacità economica e finanziaria del partecipante in riferimento all'oggetto e al valore dell'appalto, la sua affidabilità, regolarità e correttezza del rapporto intrattenuto con i medesimi istituti", per quanto coerente con l'oggetto e il valore dell'appalto, non appare in linea con i principi di adeguatezza e proporzionalità, non essendo, tra l'altro, conforme allo spirito della norma la richiesta di attestazioni che riproducano fedelmente formule eventualmente indicate nel bando di gara. Deve infatti rilevarsi che le idonee referenze bancarie non possono considerarsi quale requisito rigido, dovendosi conciliare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 4 novembre 2009, n. 10828; pareri di precontenzioso. n. 191/2012; n. 196/2013).*

*Pertanto, entrando nel merito del contenuto delle referenze bancarie depositate dagli operatori economici in sede di gara, risulta agli atti che gli istituti bancari abbiano sempre fatto espresso riferimento sia all'oggetto che al valore dell'appalto di riferimento, circostanza che ha senz'altro permesso all'istituto di credito di prendere contezza sia dell'oggetto che della consistenza del servizio, ponendo lo stesso nelle condizioni di poter valutare se, in virtù dei rapporti instaurati con l'impresa, ed in base a proprie valutazioni, esistevano i presupposti per il rilascio della referenza stessa. Né, dalle referenze bancarie in atti, si riscontra una formula generica, ritenendosi pertanto soddisfatto il requisito richiesto dalla lex specialis».*

Se ne desume dunque che una mera carenza formale nella formulazione contenuta nella referenza bancaria non risulta idonea ad affermare la mancanza del requisito.

#### **4. Referenze bancarie e RTI.**

Un ulteriore problema concerne le referenze bancarie presentate dal RTI. Ci si chiede cioè se sia sufficiente che le referenze bancarie vengano presentate dalla mandataria ovvero se debbano essere presentate da ciascuna delle imprese che lo compongono.

Pare che anche questa volta debba farsi riferimento al contenuto del disciplinare della singola gara: «***In assenza di una espressa disposizione nel disciplinare di gara, come è accaduto nel caso di specie, la presentazione da parte del solo mandatario delle referenze bancarie assolve la dimostrazione del requisito, tenuto conto che il raggruppamento si qualifica dimostrando cumulativamente il possesso dei requisiti richiesti per il singolo partecipante. [...] sussistendo elementi di incertezza nella formulazione del bando, il criterio interpretativo adottato dalla commissione non poteva che essere coerente con il principio***

*diretto a favorire la massima partecipazione delle imprese alle procedure di gara» (CS V 3339/2012).*

Si sottolinea peraltro che, ai fini che occupano, non sembra consentito distinguere tra RTI costituito e costituendo. In riferimento ad un bando di gara che prevedeva che in caso di RTI le referenze fossero presentate dalla sola capogruppo, si è infatti affermato: *«Né il valore semantico dell'espressione utilizzata [cioè "raggruppamento temporaneo"] dalla stazione appaltante consente di escludere da siffatta deroga, con la pretesa automaticità, la categoria del raggruppamento costituendo, cui deve riconnettersi come evenienza possibile la valutazione cumulativa dei requisiti tecnico organizzativi ed economici e ciò in quanto viene in rilievo la ragion d'essere di ogni figura di raggruppamento, costituito e costituendo, che è proprio quella di offrire uno strumento per consentire la partecipazione alle gare di imprese che, singolarmente considerate, non potrebbero esservi ammesse» (TAR Catanzaro 1981/2004).* Il principio, pur espresso prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 163/2006, pare tuttavia ad oggi applicabile.

Qualora invece il disciplinare preveda la presentazione di due referenze bancarie da parte di ogni impresa partecipante al RTI, le conseguenze della mancata produzione sono diverse: *«Questo Consiglio deve convenire con il Primo Giudice che il disciplinare di gara, rinviando con chiarezza all'allegato e recependone il contenuto dispositivo, richiede, a pena di esclusione, a ciascun partecipante al raggruppamento di imprese soggetto non solo la presentazione della domanda nelle forme richieste, ma anche la produzione di tutti i documenti richiesti a corredo della domanda medesima, tra cui le due referenze bancarie» (CS V 3821/2014; conformi: TAR Roma 5353/2015, TAR L'Aquila 884/2014, TAR Torino 603/2008).*

A fini di completezza si segnala anche una linea giurisprudenziale recente che, pur confermando in linea di principio quanto si è finora detto, pare tracciare una differenza a seconda del carattere orizzontale o verticale del RTI, e della successione temporale delle prestazioni: *«All'esito della camera di consiglio del 5 novembre 2014 questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare, rilevando che l'avviso di gara richiedeva che i concorrenti producessero, per la dimostrazione della sussistenza del requisito della capacità economica, a pena di esclusione, due referenze bancarie, pacificamente non allegate dalla mandante del raggruppamento, e che la natura orizzontale del raggruppamento di imprese ricorrente, e la ripartizione temporale tra le due imprese del servizio oggetto della procedura, inducevano prima facie ad interpretare il disposto del bando nel senso della necessità della produzione del documento da parte di tutte le partecipanti alla costituenda a.t.i. ricorrente» (TAR Napoli 195/2015).*

Non si vuole peraltro trascurare la più recente pareristica dell'ANAC, che devia parzialmente rispetto all'indirizzo giurisprudenziale maggioritario e rispetto a quanto sostenuto in passato<sup>4</sup> dalla stessa Autorità: *«In materia di R.T.I., se è pacifico che i requisiti generali di carattere morale e di affidabilità devono essere posseduti da ciascuna delle imprese riunite singolarmente, per quanto concerne i requisiti di ordine speciale non può adottarsi un criterio unitario, essendo piuttosto necessario distinguere tra requisiti di capacità economico-finanziaria e requisiti di capacità tecnico-professionale: mentre il cumulo costituisce la regola ai fini della dimostrazione dei requisiti di natura tecnica, la medesima regola non vale in caso di requisiti di natura economico-finanziaria, in ordine ai quali occorre considerare il regime di responsabilità che vige nei confronti della Stazione Appaltante in capo alle imprese raggruppate. Nel caso in cui sussista un regime di responsabilità solidale nei confronti della pubblica amministrazione in capo a tutte le imprese raggruppate, la verifica del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria in capo al raggruppamento partecipante deve essere condotta nei confronti delle singole*

---

<sup>4</sup> Il riferimento è alla deliberazione n. 3 del 2007.

*imprese, onde garantire la possibilità alla S.A. di potersi rivolgere efficacemente a fini risarcitori all'una o all'altra delle imprese raggruppate» (parere di precontenzioso n. 159 dd. 17.12.2015). L'argomentazione dell'ANAC si basa dunque non già sulle prescrizioni del bando di gara, bensì sul carattere solidale della responsabilità nel RTI, e sembrerebbe affermare che in ogni caso tutte le imprese del RTI debbano provare la loro capacità economica con le referenze bancarie ove richieste, e non soltanto ove ciò sia espressamente previsto nel bando.*