

COLLEGIO DI PALERMO

composto dai signori:

(PA) MAUGERI	Presidente
(PA) MELI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(PA) RUSSO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(PA) SCIBETTA	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(PA) LOPREIATO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore: SALVATORE LOPREIATO

Seduta del 16/05/2023

FATTO

La società ricorrente (di seguito, Società) si duole del mancato rilascio da parte dell'intermediario – presso il quale intrattiene il rapporto di c/c affidato n. ***101, instaurato nel 2012 con un intermediario successivamente incorporato dall'odierno resistente – di una lettera di referenze bancarie (di seguito, Lettera).

Riferisce che in data 16 maggio 2022, nell'ambito di una gara d'appalto per l'esecuzione di lavori di restauro specialistico alla quale aveva partecipato, in sede di soccorso istruttorio le è stato chiesto di integrare la documentazione già prodotta con una Lettera da redigere sul modulo prestampato predisposto dalla stessa stazione appaltante, modulo che è stato tempestivamente inoltrato al resistente con mail del 22 maggio 2022.

Soltanto il successivo 31 maggio 2022, peraltro dopo essere stato ripetutamente sollecitato, l'intermediario ha formalizzato il suo rifiuto al rilascio delle referenze, rifiuto al quale la Società si è opposta con ben due reclami, il primo del 28 settembre e il secondo del 20 dicembre 2022, entrambi riscontrati negativamente dall'intermediario. La Società si è vista quindi costretta a contestare la legittimità del rifiuto dinanzi a quest'Arbitro con ricorso del 1° febbraio 2023, attraverso il quale avanza nei confronti dell'intermediario anche una richiesta risarcitoria sull'assunto che la mancata produzione della Lettera ha determinato la sua esclusione da una gara che avrebbe sicuramente vinto, avendo presentato un'offerta più bassa di quella dell'impresa che si è poi aggiudicata l'appalto. In



particolare, nelle conclusioni del ricorso chiede “il risarcimento dei danni per la mancata aggiudicazione della gara, direttamente ed esclusivamente ascrivibile alle condotte poste in essere dall’intermediario, che si possono prudenzialmente quantificare in € 30.000,00 (euro trentamila/00)”.

In sede di controdeduzioni l’intermediario richiama preliminarmente la sua piena discrezionalità in merito al rilascio della Lettera, posto che le referenze bancarie nell’interesse di un cliente presuppongono una valutazione del suo merito creditizio che è per definizione insindacabile da parte dell’Arbitro.

Ferma l’insussistenza di un obbligo giuridico degli intermediari al rilascio di attestazioni e dichiarazioni a favore dei propri clienti, il resistente difende nel merito la legittimità e la correttezza del proprio operato. Chiarisce, in particolare, che nel corso dell’istruttoria della richiesta di referenze bancarie è emersa una segnalazione a “sofferenza” nella Centrale dei Rischi della Banca d’Italia (di seguito, CR) effettuata da altro intermediario a carico della Società, e che comunque quest’ultima non si è dimostrata puntuale nell’assolvimento dei suoi impegni con lo stesso resistente nell’ambito del rapporto di affidamento collegato al c/c. Si è perciò visto costretto a comunicare formalmente alla Società la sua indisponibilità al rilascio della Lettera con una comunicazione che, ancorché non particolarmente analitica, è stata certamente idonea a fargli comprendere le ragioni del diniego.

Lamenta in ogni caso la mancanza di qualsiasi elemento di prova a sostegno della pretesa risarcitoria avanzata nei suoi confronti dalla ricorrente. E ciò sia con riferimento all’*an* – posto che la mancata allegazione del bando di gara non consente di verificare la corrispondenza dell’offerta presentata dalla Società a tutti i criteri di selezione ivi stabiliti, sicché non è provato che l’aggiudicazione sarebbe stata effettuata solo sulla base dell’offerta economicamente più vantaggiosa – sia con riferimento al *quantum*. Sotto quest’ultimo profilo, la Società non ha allegato alcun documento idoneo a dimostrare il guadagno che avrebbe conseguito in caso di aggiudicazione della gara, sicché la quantificazione del presunto danno subito in 30.000,00 euro è del tutto arbitraria, non essendo supportata neppure da elementi indiziari.

Chiede dunque al Collegio di respingere il ricorso avversario.

DIRITTO

1. La presente controversia verte sull’accertamento della responsabilità dell’intermediario per il mancato rilascio di una lettera di referenze bancarie a favore della ricorrente.

Essendo incontestato che destinatario ultimo della Lettera fosse un ente pubblico che aveva bandito una gara alla quale la ricorrente aveva preso parte, la funzione delle referenze da questa richieste all’intermediario va ricostruita in base alla disciplina dei contratti pubblici contenuta nel d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. Codice Appalti, oggi sostituito dal d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36, la cui entrata in vigore è fissata al 30 giugno 2023).

Per quanto qui più rileva, l’art. 86, comma 4, del Codice Appalti prevede che “di norma” la “capacità economica e finanziaria” di un operatore economico vada dimostrata con “uno o più mezzi di prova indicati nell’allegato XVII, parte I”, che a tal fine contempla espressamente: “a) idonee dichiarazioni bancarie o, se del caso, comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali; b) presentazione dei bilanci o di estratti di bilancio, qualora la pubblicazione del bilancio sia obbligatoria in base alla legislazione del paese di stabilimento dell’operatore economico; c) una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell’appalto, al



massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o all'avvio delle attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni su tali fatturati siano disponibili”.

Le c.d. referenze bancarie sono dunque configurate dal Codice Appalti come un mezzo di prova dei requisiti economico-finanziari di partecipazione alle gare pubbliche che le stazioni appaltanti, nella loro discrezionalità, sono libere di inserire nei bandi di gara **in conformità ai principi di proporzionalità, di ragionevolezza nonché di attinenza all'oggetto e al valore del contratto. Non a caso la giurisprudenza amministrativa è monolitica nell'affermare che** “l'espressione «idonee referenze bancarie», ove riportata nei bandi di gara pubblica senza ulteriori precisazioni, deve essere interpretata dagli istituti bancari nel senso, anche lessicalmente corretto, che essi debbano riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze 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” (così, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, n. 2910/2020; per il medesimo principio v. anche Cons. Stato, sez. III, n. 5704/2015; Cons. Stato, sez. V, n. 858/2015; Cons. Stato, sez. V, n. 2910/2020; Cons. Stato, sez. III, n. 2507/2021).

La “sicura efficacia probatoria dei requisiti economico-finanziari necessari per l'aggiudicazione di contratti pubblici” che la giurisprudenza amministrativa attribuisce alle referenze bancarie viene peraltro unanimemente fondata sul “fatto notorio che il sistema bancario eroga credito a soggetti affidabili sotto tali profili”. In questa prospettiva, sebbene la dichiarazione dell'intermediario nella quale si risolve la lettera di referenze sia circoscritta ai profili della “correttezza e puntualità” del cliente nei rapporti bancari in essere o pregressi – e non comporti alcun giudizio prognostico sulla “solvibilità futura dell'impresa almeno in ordine alla capacità di far fronte ad un impegno predeterminato”, giudizio la cui esplicitazione per la giurisprudenza ABF determina un mutamento della dichiarazione “sotto il profilo sia strutturale che funzionale” e, segnatamente, la sua trasformazione da lettera di referenze in una vera e propria “attestazione di capacità finanziaria assimilabile (...) ad una garanzia personale atipica” (v. in questo senso Collegio Napoli, decisione n. 2091/2012, recentemente ripreso da Collegio Milano, decisione n. 13874/2021) – nella materia degli appalti pubblici sottende inevitabilmente un giudizio valutativo sul merito creditizio del richiedente, per definizione rimesso alla discrezionalità dell'intermediario e insindacabile in questa sede.

Con la conseguenza che di per sé l'esistenza di una relazione contrattuale con l'intermediario non può creare alcun affidamento giuridicamente rilevante in merito al rilascio delle referenze bancarie, non essendo “gli istituti di credito (...) in qualche modo tenuti, sotto il profilo normativo, a sottoscrivere e consegnare alla propria clientela dichiarazioni della specie di quella richiesta dalla società cliente alla banca convenuta e, a *fortiori*, a farlo seguendo pedissequamente un testo eventualmente presentato dal cliente stesso” (così Collegio Milano, decisione n. 13874/2021).

2. Posto che la sottoscrizione e la consegna di lettere e (o) attestazioni che presuppongono l'esistenza di un rapporto bancario con un determinato soggetto costituisce un aspetto della libertà di iniziativa economica dell'intermediario nella concessione del credito, è nondimeno altrettanto pacifico che la discrezionalità tecnica degli intermediari “non può che svolgersi all'interno del perimetro segnato dai limiti di correttezza, buona fede e specifico grado di professionalità che l'ordinamento loro richiede, il che rende certamente sindacabile, limitatamente a tali profili, la condotta degli stessi nello svolgimento di tale attività” (così Collegio Roma, decisione n. 2625/2012, richiamata dal Collegio Coordinamento nella decisione n. 6182/2013).



Ne consegue che il mancato rilascio di una lettera di referenze nell'interesse di un cliente – dunque di un soggetto che abbia un rapporto bancario in essere con l'intermediario, ovvero lo abbia avuto in passato – è un comportamento sindacabile alla luce della clausola generale di correttezza e buona fede che, secondo la giurisprudenza di legittimità, “deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase, sicché (...) è operante tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto (art. 1375 cod. civ.), concretizzandosi nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e ponendosi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto” (così, testualmente, Cass., 7 giugno 2006, n. 13345; per la sindacabilità del mancato rilascio delle referenze in base al canone della c.d. buona fede *in executivis* v. ancora Collegio Milano, decisione n. 13874/2021).

3. Tenuto conto della funzione delle referenze bancarie nella disciplina dei contratti pubblici sopra delineata, la decisione dell'intermediario di non sottoscrivere la Lettera inoltratagli dalla ricorrente appare legittima. Non si sostanzia, infatti, in un comportamento contrario ai canoni di diligenza, correttezza e perizia ex art. 1176, 1218 e 1375 c.c. neppure sotto il profilo del reciproco dovere di informazione delle parti, nonostante la Società lamenti che il rifiuto di sottoscrivere la Lettera le sia stato opposto dall'intermediario in maniera del tutto arbitraria e immotivata.

In effetti, la comunicazione del 31 maggio 2022 con la quale l'intermediario ha formalizzato il suo rifiuto al rilascio delle referenze non contiene alcuna indicazione delle ragioni che lo hanno determinato, limitandosi a informare la Società che la sua richiesta del precedente 27 maggio “non è stata accolta”. Tuttavia, a fronte delle doglianze della ricorrente, nella successiva fase di reclamo l'intermediario ha illustrato tali ragioni alla Società e ha poi documentato in maniera puntuale, nelle controdeduzioni depositate nel presente procedimento, le circostanze ostative al rilascio delle referenze in favore della ricorrente emerse nel corso dell'istruttoria.

In particolare, dalla documentazione versata in atti dalla parte resistente emerge che l'apertura di credito a tempo indeterminato di euro 2.500,00 che originariamente accedeva al c/c n. ***101 – in relazione alla quale già dal mese di febbraio 2017 si erano registrati episodi di “sconfinamento”, ossia di utilizzo in misura superiore all'accordato, con conseguente applicazione del tasso di interesse per gli utilizzi oltre fido (v. gli estratti conto allegati come doc. 5) – è stata rimodulata come apertura a tempo determinato con scadenza al 30 settembre 2018 (v. la nota di “comunicazione affidamenti” del 10 aprile 2018 allegata come doc. 7). E ciò in conseguenza del rinvenimento di una segnalazione a “sofferenza” in CR effettuata a carico della Società da altro intermediario per l'importo di euro 30.581,00 residuo da un mutuo ipotecario di originari euro 105.000,00, risalente al mese di settembre 2017 (doc. 10).

L'affidamento ha continuato a risentire di numerosi episodi di sconfinamento anche nel corso del 2018 (v. gli e/c scalari che riportano utilizzi oltre fido nei mesi di marzo, maggio, luglio e settembre 2018: doc. 8), tant'è che alla sua scadenza la Società non è riuscita a rientrare dell'esposizione debitoria nei confronti dell'intermediario e ha chiesto di ripianarla mediante 18 versamenti mensili dell'importo di 150,00 euro (v. la comunicazione della Società del 15 ottobre 2018, doc. 9). L'intermediario ha accordato il rientro graduale, ancorché in 11 rate mensili a fronte delle 18 proposte dalla Società, ma ciò non ha comunque interrotto l'andamento irregolare del rapporto, atteso che episodi di



sconfinamento per utilizzo in assenza di fido si sono verificati nel 2019 (4 volte), nel 2020 (2 volte) e nel primo trimestre 2021 (v. gli e/c scalari allegati come docc. 12-14).

Si tratta di circostanze che non sono state peraltro minimamente contestate dalla ricorrente, la quale non ha depositato repliche alle controdeduzioni dell'intermediario. Ed è proprio nel conclamato andamento irregolare del rapporto di affidamento collegato al c/c che trova ragionevole giustificazione il rifiuto dell'intermediario di attestare quanto indicato nel modulo predisposto dalla stazione appaltante, e dunque di dichiarare che la Società è "soggetto favorevolmente conosciuto dalla filiale" di riferimento e che "ad oggi, è sempre stato puntuale nell'assolvimento degli impegni assunti" con lo stesso resistente.

Non sembrano perciò emergere profili di illegittimità della sua condotta, anche tenuto conto dell'orientamento giurisprudenziale di quest'Arbitro che, ai fini dell'inquadramento della posizione dell'intermediario chiamato al rilascio delle referenze nei confronti della stazione appaltante destinataria delle stesse, si richiama "alla tematica delle *lettere di patronage* ovvero ai documenti con cui un soggetto, il *patronnant* (solitamente nell'ambito di rapporti di gruppo) rafforza il convincimento di una banca a concedere credito ad un terzo attraverso la comunicazione di argomenti ed informazioni da cui si evince l'interesse del presentatore al buon esito dell'operazione" (così Collegio Napoli, decisione n. 2091/2012; Collegio Milano, decisione n. 13874/2021).

Orientamento che, partendo dalla distinzione tra lettere di patronage deboli e forti – le prime aventi carattere meramente informativo in quanto il patrocinante si limita a esplicitare la sua influenza sul *patronnant* e a dare notizie sulle sue condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie, le seconde caratterizzate anche da una sorta di garanzia di solvibilità di quest'ultimo, quanto meno in termini di impegno a mantenere condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie che consentano al patrocinato di restituire il finanziamento – prospetta l'assimilazione alle lettere di *patronage* deboli delle sole referenze bancarie che esplicitino una attestazione di capacità finanziaria, anche ai fini della configurazione di una responsabilità (extracontrattuale o precontrattuale) dell'intermediario dichiarante.

Responsabilità che però potrebbe postularsi più in generale in relazione a tutte le referenze bancarie rilasciate ai fini della partecipazione a una gara pubblica in ragione del richiamato orientamento della giurisprudenza amministrativa che, considerandole in ogni caso mezzo di prova dei requisiti economico-patrimoniali dei concorrenti, finisce per considerare una siffatta attestazione sostanzialmente implicita nella lettera di referenze.

4. L'inesistenza di profili di illegittimità nella condotta dell'intermediario comporta, di per sé, il mancato accoglimento sotto questo profilo della domanda risarcitoria della Società, al di là del fatto che essa appare non sufficientemente dimostrata nella determinazione sia dell'*an*, in particolare sotto il profilo della sussistenza del nesso di causalità, sia del *quantum*.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio non accoglie il ricorso.

IL PRESIDENTE



Decisione N. 6246 del 19 giugno 2023

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Firmato digitalmente da
MARIA ROSARIA MAUGERI