

APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Referenze bancarie - Natura giuridica e finalità.

Tar Campania - Napoli, Sez. VIII, 28 novembre 2022, n. 7357

“[...] le referenze bancarie non costituiscono un requisito partecipativo, ma un mezzo di comprova di un più complesso requisito di capacità economica e finanziaria; il proprium di tale requisito, comprovabile mediante le citate referenze, è costituito dalla solidità dell’impresa, dalla stabilità delle sue relazioni commerciali, dal pieno inserimento della stessa nel tessuto economico, dalla capacità di gestire correttamente e regolarmente l’attività, elementi questi che possono essere attestati dagli istituti bancari con cui l’impresa intrattiene rapporti per l’ampio patrimonio di informazioni di cui questi dispongono, ma che ben possono essere desunti anche dalla documentazione relativa all’impresa, adeguatamente valutata.

Infatti, la previsione di cui all’art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 consente all’operatore economico “che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall’amministrazione aggiudicatrice [di] provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante”. Alla luce di tale previsione, della sostanziale equiparazione tra bilanci e referenze bancarie operata dall’allegato XVII, parte I, al d.lgs. n. 50/2016 ai fini della comprova del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, delle ragioni rappresentate dal concorrente nonché dell’avvenuta presentazione dei bilanci (dichiaratamente, anche ai fini del possesso del requisito in esame), l’Amministrazione avrebbe dovuto provvedere alla valutazione della documentazione prodotta al fine di verificare se la stessa fosse idonea ai fini della verifica del possesso del citato requisito e adottare le conseguenti e motivate determinazioni [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Casapulla e di La Mediterranea Soc Coop;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2022 il dott. Alessandro Tomassetti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm.

Con il ricorso in epigrafe l’odierna ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione, unitamente alla comunicazione di ammissione/esclusione dell’11 ottobre 2022, relativamente alla

gara per l'affidamento del servizio di *“mensa scolastica a favore degli alunni e degli insegnanti in servizio alle Scuole Statali”*, a fronte della mancata *“dimostrazione delle referenze bancarie”*.

Unitamente a tale atto, la ricorrente impugna anche la determina n. 130 del 17.10.2022 – Reg. Gen. n. 730 del 25.10.2022 – con la quale il Comune di Casapulla ha approvato i verbali di gara e disposto l'aggiudicazione della gara in oggetto in favore della controinteressata, chiedendo, altresì, la dichiarazione di inefficacia del contratto.

Deduce la ricorrente i seguenti fatti.

Il Comune di Casapulla ha indetto una procedura di gara per l'affidamento del servizio di *“refezione scolastica a favore degli alunni e degli insegnanti in servizio alle Scuole Statali dell'Infanzia, ubicate in viale della Rimembranza e in via Puccini ed alle Scuole Primarie T.P., ubicate in viale della Rimembranza ed in via Kennedy per gli AA.SS. 2022/2023 – 2023/2024 e 2024/2025”* – CIG: 933231779C.

Il disciplinare di gara, a pagg. 9 e 11, ha previsto la comprova dei requisiti di capacità economico/finanziaria, mediante il deposito di due referenze bancarie e del fatturato specifico pari a 1,5 volte l'importo presunto dell'appalto.

La ricorrente, avendo interesse a conseguire l'aggiudicazione, ha prodotto istanza di partecipazione, in uno alla documentazione di rito.

La ricorrente, poi, con l'istanza di partecipazione, a pag. 14, con riferimento alle referenze bancarie, ha dichiarato che sussistevano fondati motivi, ex art. 86, comma 4 del d.lgs. n. 50/2016, per comprovare il requisito di capacità economica – finanziaria, ovvero che *“La scrivente opera, innanzitutto, con una sola banca e non con due. Il blocco delle nostre attività per oltre un anno per la Pandemia (quasi tutto il 2020 e 2021, riattivato solo in minima parte) hanno comportato un blocco anche della movimentazione bancaria, (ripresa solo da pochi mesi), per cui, a tutto voler concedere, non ci sarebbe comunque possibile richiedere le referenze in quanto non saremmo più in possesso di un adeguato storico comparativo. In sostituzione [di dette referenze: ndr] produciamo, in conformità del disposto normativo: b) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali [presentazione di bilanci] che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività; Bilanci degli ultimi tre esercizi chiusi; c) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali: Polizza RCT / RCO per rischi professionali”*.

Ciononostante, il Comune di Casapulla, con pec del 23.09.2022, disponendo l'ammissione con riserva della ricorrente, ha attivato il soccorso istruttorio, anche con riferimento alle referenze bancarie.

La ricorrente, riscontrando il soccorso istruttorio, con riferimento alle referenze bancarie, ha trasmesso la “*polizza RCT/RCO, sostitutiva delle referenze bancarie, debitamente firmata*” ed i bilanci della società.

Il Comune di Casapulla, però, con comunicazione dell’11.10.2022, ha disposto l’esclusione della ricorrente, assumendo “*la mancata dimostrazione delle referenze bancarie*”.

La ricorrente, in data 12.10.2022 – ovvero il giorno successivo – ha trasmesso una motivata istanza di riammissione in sede di autotutela, evidenziando l’equipollenza della documentazione trasmessa e giurisprudenza in merito.

L’Amministrazione non riscontrava l’istanza e con determina n. 130 del 17.10.2022 – Reg. Gen. n. 730 del 25.10.2022, approvava i verbali di gara e disponeva l’aggiudicazione della gara in oggetto in favore della controinteressata.

Con un unico, articolato motivo, la ricorrente deduce la illegittimità degli atti impugnati per violazione di legge (artt. 83 e 86 – comma 4 d.lgs. n. 50/2016; art. 3, l. n. 241/1990 – art. 97 cost.); eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto – erroneità manifesta – illogicità – travisamento – sviamento).

Si sono costituiti in giudizio sia il Comune resistente che la controinteressata, deducendo la infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Alla camera di consiglio del 23 novembre 2022, il ricorso è stato trattenuto in decisione dal Collegio, con avviso della possibilità di sentenza in forma semplificata.

Il ricorso è fondato nei sensi e nei limiti di cui alla motivazione.

Preliminarmente il Collegio, anche in relazione alle deduzioni offerte da parte del Comune resistente e della controinteressata, ritiene di dover circoscrivere l’oggetto del presente giudizio alla valutazione di legittimità/illegittimità della causa di esclusione così come cristallizzata nell’impugnato provvedimento di esclusione, nel quale si indica, quale unica ragione del provvedimento, la circostanza che “*la Commissione accerta e rileva che non è stata trasmessa alcuna certificazione relativa alla dimostrazione delle referenze bancarie, così come richiesto con l’Istituto del Soccorso Istruttorio*”

Osserva il Collegio, sotto tale profilo, come le referenze bancarie non costituiscono un requisito partecipativo, ma un mezzo di prova di un più complesso requisito di capacità economica e finanziaria; il *proprium* di tale requisito, comprovabile mediante le citate referenze, è costituito dalla solidità dell’impresa, dalla stabilità delle sue relazioni commerciali, dal pieno inserimento della stessa nel tessuto economico, dalla capacità di gestire correttamente e regolarmente l’attività, elementi questi che possono essere attestati dagli istituti bancari con cui l’impresa intrattiene rapporti per

l'ampio patrimonio di informazioni di cui questi dispongono, ma che ben possono essere desunti anche dalla documentazione relativa all'impresa, adeguatamente valutata.

Infatti, la previsione di cui all'art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 consente all'operatore economico *“che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice [di] provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante”*. Alla luce di tale previsione, della sostanziale equiparazione tra bilanci e referenze bancarie operata dall'allegato XVII, parte I, al d.lgs. n. 50/2016 ai fini della comprova del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, delle ragioni rappresentate dal concorrente nonché dell'avvenuta presentazione dei bilanci (dichiaratamente, anche ai fini del possesso del requisito in esame), l'Amministrazione avrebbe dovuto provvedere alla valutazione della documentazione prodotta al fine di verificare se la stessa fosse idonea ai fini della verifica del possesso del citato requisito e adottare le conseguenti e motivate determinazioni (cfr. anche TAR Lazio – Roma, sez. III, 15 marzo 2021, n. 3103).

Ai fini della comprova del requisito di cui al disciplinare di gara, avendo la ricorrente presentato idonea documentazione (bilanci degli ultimi tre esercizi chiusi; livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali: Polizza RCT / RCO per rischi professionali), l'Amministrazione avrebbe ben potuto riscontrare tali informazioni e valutarle ai fini della realizzazione o meno del requisito partecipativo; al contrario, l'esclusione è stata dettata, come si legge nel provvedimento impugnato, in considerazione del fatto che *“la Commissione accerta e rileva che non è stata trasmessa alcuna certificazione relativa alla dimostrazione delle referenze bancarie, così come richiesto con l'Istituto del Soccorso Istruttoria”* e, dunque, senza alcuna valutazione della documentazione depositata dalla ricorrente. Sotto tale profilo, dunque, non appaiono decisive le deduzioni avanzate dal Comune resistente in merito ad una pretesa valutazione della documentazione, non risultando, dal tenore del motivo di esclusione, una tale dedotta ponderazione (si legge nella memoria del Comune che *“Nella motivazione stringata concessa alla S.A. dal Sistema telematico trasparente, il riferimento letterale alle referenze bancarie ha il valore certo più ampio di “dimostrazione della solidità economico-finanziaria”, anche attraverso gli ulteriori mezzi di prova evidentemente concessi ed evasi da New Food, che comunque non sono risultati sufficienti ad operare un convincimento positivo della Commissione di gara per le motivazione che più dettagliatamente si articoleranno nel prosieguo del giudizio”*).

Le ampie possibilità di comprova dei requisiti di capacità economica e finanziaria, offerte dall'art. 86 del d.lgs. n. 50/2016 e dall'allegato XVII al medesimo decreto (disposizioni prevalenti rispetto alle

previsioni del bando, in quanto espressione del più generale principio di massima partecipazione), escludono la necessità di una immediata impugnazione delle prescrizioni della *lex specialis* relative alla comprova dei requisiti in questione; tali previsioni, infatti, senza precludere nell'immediato la partecipazione del concorrente, erano destinate a rivelarsi lesive solo in caso di esclusione determinata da valutazioni della documentazione di comprova di segno negativo e in contrasto con le superiori previsioni normative.

Sotto tale profilo, dunque, il ricorso è fondato e, conseguentemente, devono annullarsi gli atti impugnati.

Quanto, poi, alla domanda volta alla dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato, occorre osservare come la giurisprudenza (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 3 marzo 2021, n. 1803; Cons. Giust. Reg. Siciliana, 8 ottobre 2021, n. 841) ha posto in rilievo che, nella materia dei contratti pubblici, l'illegittimità dell'azione amministrativa, che si sia risolta nell'annullamento dell'aggiudicazione, prospetta, alla stregua dell'art. 124 c.p.a., una articolata struttura rimediale rimessa, in base all'ordinario canone dispositivo, alla domanda di parte (cfr. artt. 30, 40, comma 1 lettere b) ed f), 41 e 64 cod. proc. amm., in relazione all'art. 99 cod. proc. civ. e 2907 cod. civ.).

In particolare – contestualmente alla impugnazione, a mezzo di “azione di annullamento” (art. 29 cod. proc. amm.), ad esito prospetticamente demolitorio, dei “*provvedimenti concernenti le procedure di affidamento*” (art. 119, comma 1 lettera a) e 120 cod. proc. amm.) – è rimessa all'impresa pregiudicata l'opzione:

a) per una “tutela in forma specifica”, a carattere integralmente soddisfacente, affidata alla domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto (art. 124, comma 1, prima parte), il cui accoglimento: a1) postula, in negativo, la sterilizzazione *ope iudicis*, in termini di “dichiarazione di inefficacia”, del contratto eventualmente già stipulato *inter alios*; a2) richiede, in positivo, un apprezzamento di spettanza in termini di diritto al contratto, con la certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, il ricorrente si sarebbe senz'altro aggiudicato la commessa;

b) per un “risarcimento del danno per equivalente” (art. 124, comma 1, seconda parte), e cioè: b1) sia nel caso in cui il giudice abbia riscontrato l'assenza dei presupposti per la tutela specifica (e, in particolare, non abbia ravvisato, ai sensi degli artt. 121, comma 1 e 122 cod. proc. amm., i presupposti per dichiarare inefficace il contratto stipulato ovvero, sotto distinto profilo, non abbia elementi sufficienti a formulare un obiettivo giudizio di spettanza); b2) sia nel caso in cui la parte abbia ritenuto di non formalizzare la domanda di aggiudicazione (né si sia resa comunque “disponibile a subentrare nel contratto”, anche in corso di esecuzione), nel qual caso la “condotta processuale” va anche

apprezzata in termini concausali (cfr. art. 124, comma 2, in relazione al richiamato art. 1227 cod. civ.).

Ai sensi delle richiamate norme processuali, costituisce, dunque, un preciso onere dell'operatore economico che intende subentrare nella posizione negoziale dell'aggiudicatario, formulare una specifica domanda di subentro nel contratto.

La dichiarazione di inefficacia del contratto, infatti, non costituisce un effetto automatico dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma può conseguire ad una specifica valutazione effettuata dal giudice che ha annullato l'aggiudicazione, sulla base degli elementi di valutazione indicati dall'art. 122 c.p.a.

L'odierna ricorrente ha chiesto, nel ricorso, l'accoglimento del ricorso con l'annullamento degli atti e dei provvedimenti impugnati e la dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto stipulato, non proponendo alcuna domanda di subentro nel contratto (tutela del bene in forma specifica) ovvero risarcitoria (nel ricorso, peraltro, si legge che *“Ed infatti, il danno non è meramente economico ma, altresì, in termini curriculari, di mantenimento dei requisiti, di adempimento alle obbligazioni assunte sia in termini contrattuali che in termini economico – finanziari”*).

In ordine alla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato, il Collegio, in primo luogo, evidenzia che il vizio di legittimità accertato nel procedimento di affidamento dell'appalto renderebbe applicabile alla fattispecie l'art. 122 c.p.a., secondo cui, fuori dei casi indicati dall'art. 121, comma 1, c.p.a. (fattispecie di gravi violazioni non rinvenibili nell'ipotesi in oggetto anche in considerazione della applicazione degli artt. 32, comma 10, e 36 d.lgs. n. 50 del 2016) e dall'art. 123, comma 3, c.p.a. (applicazione di sanzioni alternative), il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

Pertanto, a differenza dell'art. 121 c.p.a., in cui è presente una violazione definita grave ed in cui il legislatore indica che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva “dichiara” l'inefficacia del contratto, salvo che sia accertato come il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti, l'art. 122 c.p.a. indica che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva “stabilisce” se dichiarare inefficace il contratto sulla base dei criteri, involgenti la valutazione degli interessi pubblici e privati.

Il Collegio ritiene che, nel caso di specie, valutati gli interessi indicati dalla norma, che il contratto stipulato tra la stazione appaltante e La Mediterranea Soc Coop., non debba essere dichiarato inefficace, risultando valorizzabili in tale direzione non solo la assenza della domanda di subentro nel contratto e la non necessità della rinnovazione della intera gara ma, altresì, ulteriori elementi quali l'incertezza in merito alla effettiva aggiudicazione da parte della ricorrente, in capo alla ricorrente, del contratto di appalto in oggetto e l'evidente interesse pubblico sotteso all'esecuzione delle prestazioni contrattuali (mensa scolastica a favore degli alunni e degli insegnanti in servizio alle Scuole Statali).

Conseguentemente e per i motivi esposti, il ricorso è fondato e, pertanto, deve essere disposto l'annullamento degli atti impugnati mentre deve essere respinta la domanda volta alla dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato tra il Comune e La Mediterranea Soc Coop.

La reciproca soccombenza giustifica la compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Respinge la domanda di inefficacia del contratto.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Tomassetti, Presidente, Estensore

Vincenzo Cernese, Consigliere

Luca Cestaro, Consigliere

IL SEGRETARIO