

## **Nella richiesta avanzata dalla commissione alla società partecipante alla gara, concernente la presentazione di “idonee referenze bancarie”, nell’ambito del “soccorso istruttorio”, prevale il requisito di sostanza su quello della forma sull’utilizzabilità**

*di Marco Natoli*

*Data di pubblicazione: 24-9-2018*

1. 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 devono 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”

2. La legge non stabilisce requisiti formali ovvero formule sacramentali della referenza bancaria e né, tantomeno, detti requisiti di forma sono stabiliti dalla *lex specialis*. L’inutilizzabilità di una referenza rilasciata da una banca è da ascrivere, infatti, ad una ragione di sostanza, non di forma.

### **Guida alla lettura**

Con l’appello presentato al Consiglio di Stato la società Esperia s.p.a ,esclusa dalla gara, si lamenta del fatto che detta esclusione è stata disposta per “non essere stata dimostrata la solidità economico-finanziaria”, avendo prodotto, la medesima società Esperia, una sola referenza bancaria (in luogo delle due richieste).In realtà l’appellante era stata ammessa dalla Commissione con riserva, la quale sarebbe stata sciolta all’esito del controllo dell’ulteriore documentazione richiesta. Tale istanza riguardava l’affitto di ramo di azienda con altra società e la documentazione attestante il possesso dei requisiti economico-finanziari, ossia i bilanci di esercizio riferiti agli anni 2014 – 2015 – 2016 di entrambe le società.

Il Consiglio di Stato, nel rigettare l’appello, ha precisato che il disciplinare di gara aveva previsto che “*occorreva depositare idonee dichiarazioni bancarie di cui all’Allegato XVII del d.lgs. n. 50 del 2016 s.m.i.*”;-tuttavia; “*l’operatore economico potrà produrre anche una sola dichiarazione bancaria, purché attesti formalmente le motivazioni in ordine alle quali non viene*

*prodotta la seconda referenza. In tal caso l'Ente appaltante potrà richiedere, a suo insindacabile giudizio, l'integrazione con altra documentazione ritenuta idonea a certificare la capacità economica e finanziaria della concorrente".*

Di conseguenza, nel caso in cui l'attestazione bancaria non sia in grado di comprovare la solidità economico-finanziaria della stessa impresa, l'amministrazione aggiudicatrice può "soccorrerla" tramite il ricorso agli ampi rimedi previsti dal codice dei contratti pubblici.

Premesso quanto sopra il Collegio ha chiarito che l'eccezione sollevata dall'appellante, in merito alla genericità della lex specialis di gara, è priva di fondamento, prevedendo lo stesso bando la necessità che le società debbano produrre due referenze bancarie. Nel caso che ne venga prodotta una sola, continua la Sezione, è necessario il deposito di una specifica *attestazione formale* che sia in grado di comprovare l'assenza della medesima seconda referenza bancaria.

Nello specifico la Commissione, avvalendosi della normativa prevista per l'ipotesi di produzione di una sola referenza bancaria, ha chiesto all'appellante di (*integrare la produzione con copia dei bilanci delle annualità 2014-2016 che, come previsto nella Parte 1 dell'allegato XVII del Codice dei contratti pubblici, possono essere richiesti, in alternativa alle referenze bancarie e ad una dichiarazione concernente il fatturato globale, per comprovare il possesso del requisito di capacità economico-finanziaria.*).

Pertanto, a parere del supremo Consesso, la Commissione ha agito giustamente nel chiedere copia dei bilanci e nel verificare il contenuto della documentazione prodotta, al fine dell'accertamento della solidità finanziaria della ricorrente.

Verificato l'esito negativo di tale accertamento, il Collegio ha approvato la decisione finale della Commissione, con la quale si è stabilita l'esclusione di Esperia dalla gara.

Il Collegio ha inoltre rigettato l'ulteriore eccezione sollevata da Esperia secondo la quale la solidità finanziaria pretesa dall'Azienda sanitaria non avrebbe trovato alcuna corrispondenza nelle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici. Al contrario la Sezione ha rilevato che proprio il d.lgs.50/2016 afferma espressamente che "*Di regola, la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante le referenze bancarie, i bilanci o una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto*".

L'Organo giudicante ha ulteriormente rigettato la questione che Esperia avrebbe ottemperato alle richieste tramite l'iscrizione della stessa all'albo di cui al d.m. n. 274 del 1997. Infatti a detta del Collegio tale iscrizione individua requisiti specifici tecnici per l'iscrizione all'Albo diversi da quelli richiesti per verificare la forza economica necessaria per svolgere il singolo servizio oggetto di gara.

A tal proposito si rileva che il Collegio, nel rispetto della tutela del principio del *favor participationis*, ha esaminato dettagliatamente la tematica, al fine di trovare elementi tali da consentire la riammissione dell'appellante alla procedura.

Tuttavia, il Consiglio di Stato, analizzando anche la seconda referenza bancaria prodotta, ha dovuto riconfermare quanto sollevato dal giudice di prima istanza. Infatti, *“mentre la prima referenza bancaria contiene una esplicita e specifica attestazione delle capacità economiche e tecniche di Esperia a portare a termine la fornitura oggetto della gara indetta dalla resistente amministrazione, la suddetta formale attestazione è assolutamente mancante nella seconda referenza, la quale fa riferimento ad un generico impegno ad esaminare eventuali esigenze finanziarie di Esperia conseguenti all'aggiudicazione della fornitura de qua sulla base della situazione economica e finanziaria della stessa al momento della gara”*.

A tal proposito si rileva che il Collegio, nell'ottica di una delimitazione dell'oggetto delle referenze bancarie, ha inquadrato il contenuto delle stesse referenze, soffermandosi sul concetto di *“idonee referenze bancarie”*. Infatti, secondo lo stesso Collegio, *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 devono 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”*

In conclusione la sezione ha recepito un approccio indubbiamente sostanzialistico e non formalistico in merito alle predette referenze. In particolare *“la legge non stabilisce infatti requisiti formali ovvero formule sacramentali della referenza bancaria e né, tantomeno, detti requisiti di forma sono stabiliti dalla lex specialis”*. *L'inutilizzabilità della referenza rilasciata dalla Banca Centro Lazio Credito Cooperativo è da ascrivere, infatti, ad una ragione di sostanza, non di forma.*

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4693 del 2018, proposto dalla Esperia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi e con questi digitalmente domiciliata presso l'indirizzo PEC [studiotozzi@cnfpec.it](mailto:studiotozzi@cnfpec.it);

contro

la Asl Roma 2, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Dell'Orso e con questi digitalmente domiciliata presso l'indirizzo PEC francescodellorso@ordineavvocatiroma.org, nonché

nei confronti

della Markas s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio,

per la riforma

della sentenza del Tar Lazio, sede di Roma, sez. III quater, n. 6027 del 29 maggio 2018, n. 233, concernente il provvedimento di esclusione emesso dalla ASL Roma 2 nei confronti di Esperia s.p.a. relativamente alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Asl Roma 2;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 luglio 2018 il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La Esperia s.p.a. ha partecipato alla gara, bandita dalla Asl Roma 2, per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione. Il servizio, di durata annuale, è del valore complessivo di € 10.020.000,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara Esperia è stata ammessa con riserva, avendo prodotto una sola referenza bancaria (in luogo delle due richieste) e partecipato, mediante un contratto di fitto di ramo di azienda, con la Kuadra s.r.l..

In data 9 aprile 2018, nonostante due integrazioni documentali trasmesse su richiesta della commissione e nonostante avesse prodotto anche una seconda referenza bancaria, Esperia s.p.a. è stata esclusa dalla procedura di gara.

2. Avverso l'esclusione Esperia s.p.a. ha proposto ricorso al Tar Lazio, sede di Roma, che con sentenza della sez. III quater n. 6027 del 29 maggio 2018 lo ha respinto.

La sentenza è stata impugnata con appello notificato e depositato in data 11 giugno 2018, deducendo l'erroneità delle soluzioni del giudice di primo grado atteso che, diversamente da quanto dallo stesso affermato, la lex specialis di gara non ha mai precisato in maniera analitica quali fossero i requisiti di capacità economico finanziaria. Ed infatti, il disposto del "Disciplinare per la presentazione dell'offerta", nella parte in cui chiedeva di allegare n. 2 referenze bancarie, è assai generico e non specifica che è l'unico adempimento necessario alla comprova dei requisiti di capacità economico/finanziaria.

Ad avviso dell'appellante appare quindi incredibile che, nella prospettazione della Stazione appaltante e del Giudice di primo grado, l'alternativa consistesse nello scegliere tra la produzione di due referenze bancarie o produrre i bilanci sociali e sperare nel superamento del severo vaglio critico della Commissione di gara, spinto sino al punto da lanciarsi in ardimentose valutazioni sulla sufficienza delle immobilizzazioni e delle liquidità ovvero sulla attendibilità delle poste iscritte a bilancio.

Aggiungasi, sempre ad avviso dell'appellante, che nessuno dei bilanci depositati da Esperia o da Kuadra presenta un saldo contabile passivo che, sebbene non impedisca ex lege la partecipazione alle procedure di gara, potrebbe essere sintomo quantomeno latente di una scarsa affidabilità economica e finanziaria.

La sentenza impugnata deve essere altresì annullata nella parte in cui ha rigettato le doglianze con le quali Esperia ha sostenuto l'illogicità ed irragionevolezza della valutazione della Stazione appaltante, che l'ha ritenuta priva dei requisiti di solidità economica e finanziaria. Ed invero il Tar non ha considerato che Esperia s.p.a. ha sicuramente dato piena e ampia prova di possedere una sufficiente capacità economica e finanziaria per svolgere il servizio de quo.

Ancora, ad avviso dell'appellante, erroneamente il Tar non ha accolto il motivo con il quale si deduceva che, con il ricorso di primo grado, l'appellante ha altresì eccepito un profilo di disparità di trattamento in quanto non risulta che gli altri concorrenti abbiano allegato alla propria documentazione amministrativa i bilanci, gli stati patrimoniali e gli altri allegati contabili dell'ultimo triennio.

In primo grado Esperia s.p.a. ha sostenuto che il provvedimento di esclusione doveva essere altresì annullato in quanto frutto di un procedimento di soccorso istruttorio completamente illegittimo.

In particolare, ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma". Nel caso di specie la mancata produzione dei bilanci e degli altri documenti contabili non poteva essere ascritta a carenza formale della domanda in quanto la loro produzione non era richiesta da nessuna norma di legge generale e/o speciale. I bilanci non compaiono, infatti, nella documentazione elencata all'art. 2 del Disciplinare per la presentazione dell'offerta. La produzione dei bilanci non poteva e non doveva, dunque, essere richiesta con le modalità previste per il soccorso istruttorio (con conseguente impossibilità di applicare la normativa prevista per detto istituto).

3. Si è costituita in giudizio l'Asl Roma 2, che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, dell'appello.

4. Markas s.r.l. non si è costituita in giudizio.

5. Alla pubblica udienza del 26 luglio 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, Esperia s.p.a. ha dedotto in primo grado l'illegittimità della propria esclusione dalla gara, bandita dalla Asl Roma 2, per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione. Tale esclusione è stata disposta per "non essere stata dimostrata la solidità economico-finanziaria". Avendo prodotto una sola referenza bancaria (in luogo delle due richieste) e partecipato mediante un contratto di fitto di ramo di azienda con la Kuadra s.r.l., Esperia era stata ammessa alla gara con riserva, che sarebbe stata sciolta all'esito del controllo dell'ulteriore documentazione richiesta "inerente l'affitto di ramo di azienda con la società Kuadra e la documentazione attestante il possesso dei requisiti economico-finanziari, ossia i bilanci di esercizio riferiti agli anni 2014 – 2015 – 2016 di entrambe le società" (verbale n. 1 dell'1 marzo 2018).

L'appello – proposto da Esperia e volto a dimostrare l'erroneità della sentenza del giudice di primo grado nella parte in cui afferma la legittima esclusione dalla gara per non aver dimostrato la propria capacità economico-finanziaria – è infondato.

Il Disciplinare di gara, al punto 2, lett. c), ha previsto che occorre depositare "idonee dichiarazioni bancarie di cui all'Allegato XVII del d.lgs. n. 50 del 2016 s.m.i.; l'operatore economico potrà produrre anche una sola dichiarazione bancaria, purché attesti formalmente le motivazioni in ordine alle quali non viene prodotta la seconda referenza. In tal caso l'Ente appaltante potrà richiedere, a suo insindacabile giudizio, l'integrazione con altra documentazione ritenuta idonea a certificare la capacità economica e finanziaria della concorrente".

E' noto che le referenze bancarie sono uno dei mezzi di prova attraverso cui le imprese si qualificano sul piano economico-finanziario. Quale mezzo di prova la referenza bancaria costituisce uno strumento finalizzato a dimostrare se i requisiti in questione sussistano nel caso di specie. Quindi, nell'ipotesi in cui la referenza prodotta dall'impresa concorrente non si riveli idonea a questo scopo, perché quanto ivi attestato non sia ritenuto sufficiente dall'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima è tenuta a soccorrere l'impresa mediante l'ampio potere di regolarizzazione previsto dal codice dei contratti (Cons. St., sez. V, 21 giugno 2017, n. 3132).

Contrariamente a quanto assume l'appellante, la previsione della lex specialis di gara è tutt'altro che generica e richiede la produzione di due referenze bancarie. Il deposito di una sola referenza deve essere giustificato con l'attestazione "formale" delle ragioni per le quali ne è prodotta una soltanto. In doverosa osservanza di tale prescrizione del disciplinare la Commissione – avvalendosi della possibilità prevista per l'ipotesi di produzione di una sola

referenza bancaria (“l’Ente appaltante potrà richiedere, a suo insindacabile giudizio, l’integrazione con altra documentazione ritenuta idonea a certificare la capacità economica e finanziaria della concorrente”) – ha domandato alla concorrente di integrare la produzione con copia dei bilanci delle annualità 2014-2016 che, come previsto nella Parte 1 dell’allegato XVII del Codice dei contratti pubblici, possono essere richiesti, in alternativa alle referenze bancarie e ad una dichiarazione concernente il fatturato globale, per comprovare il possesso del requisito di capacità economico-finanziaria.

Dunque ben poteva la Commissione chiedere copia dei bilanci e, naturalmente, poi verificare, dall’esame del contenuto, se la società fosse finanziariamente solida.

Le criticità riscontrate hanno – ad avviso del Collegio, correttamente – supportato la decisione di non ammettere alla gara l’appellante.

E’ stato rilevato, quanto ai bilanci di Esperia 2015-2016: “Immobilizzazioni di scarsa consistenza dopo la svalutazione delle Partecipazioni di 3,5 milioni nel 2015; importante massa crediti - circa 14 milioni di cui 12,5 verso clienti di cui non è data alcuna rappresentazione in Nota Integrativa sulla esigibilità degli stessi; dimezzamento delle riserve nel 2016 a seguito della svalutazione della partecipazione; scarsa liquidità aziendale; importante anche la massa debitoria 9 milioni circa di cui oltre 3 milioni verso l’erario e 3.6 non specificati; i valori sopra rappresentati sono ancora più critici se letti con una situazione economica di fatto inesistente -- 1 milione di fatturato nel 2016.

L’affitto di azienda della società KUADRA S.p.A. prevede commesse quasi tutte in scadenza 2018 e, pertanto, di scarso valore per la continuata aziendale (non sono stati indicati i fatturati specifici).

In riferimento ai bilanci della Società Esperta s.p.a., riferita all’anno 2017, si sono rilevate le sotto descritte criticità: la situazione contabile non è firmata; non è presente la situazione economica; la società si accolla a seguito dell’affitto da ramo di azienda una massa debitoria importante specificatamente al TFR pari a circa 7.7 milioni di euro”.

In riferimento alla situazione della società Kuadra si sono rilevate le sotto descritte criticità: la bozza di bilancio 2016 ha nelle attività una posta pari a 7,6 milioni di euro “Avviamento” si ritiene discutibile in considerazione che quasi tutte le commesse hanno scadenza 2018 e non ci sono informazioni sul futuro dello sviluppo aziendale; il totale dei Crediti del Bilancio 2016 è pari a 35.5 milioni di euro ed il totale dei debiti è pari a 33.3 milioni di euro di cui 13 milioni circa verso l’Erario. L’abbattimento del Capitale, a seguito dell’importante perdita del 2014 pari a 8,4 milioni di euro, ha dato, si ritiene, un grave pregiudizio alla situazione patrimoniale aziendale”.

Ha aggiunto la Commissione che non è possibile evidenziare come la Kuadra possa risanare la sua situazione debitoria anche in considerazione che nel contratto di affitto di azienda ad Esperia è stata “oscurata” la parte relativa al canone; questa informazione, ad avviso della stessa Commissione, assumeva fondamentale importanza per capire se la stessa Esperia è in grado di supportare detto canone”.

Come si è detto, le criticità riscontrate nel bilancio – che correttamente la Commissione, una volta acquisito, ha valutato nel dettaglio – sono tali da evidenziare una carenza del requisito economico-finanziario in capo all'Esperia, criticità che nell'atto di appello la società non ha superato controdeducendo esaustivamente e documentalmente in ogni singolo aspetto.

L'appellante non può essere seguita allorchè afferma che la solidità finanziaria pretesa dall'Azienda sanitaria non trova alcuna corrispondenza nelle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici.

E' assorbente la considerazione che, come si è detto, è l'Allegato XVII, Parte I, al Codice dei contratti a disporre che "Di regola, la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante le referenze bancarie, i bilanci o una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto". E' naturale che se il legislatore chiede l'esibizione del bilancio è perché la Commissione valuti – senza limitazione alcuna – attraverso lo stesso, la solidità finanziaria del concorrente.

Le conclusioni alle quali la Commissione è pervenuta non trovano smentita nella circostanza che Esperia è iscritta all'Albo di cui al d.m. n. 274 del 1997 (Regolamento di attuazione degli articoli 1 e 4 della legge 25 gennaio 1994, n. 82, per la disciplina delle attività di pulizia, di disinfezione, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione).

Giova premettere che, ai sensi dell'art. 2 del citato decreto, i requisiti di capacità economico-finanziaria per l'esercizio delle attività di pulizia si intendono posseduti al riscontrarsi delle seguenti condizioni: a) iscrizione all'INPS e all'INAIL, ricorrendone i presupposti di legge, di tutti gli addetti, compreso il titolare e i familiari e i soci prestatori d'opera; b) assenza di protesti cambiari negli ultimi 5 anni a carico del titolare, per le imprese individuali, dei soci, per le società di persone, degli amministratori per le società di capitali e per le società cooperative, salvo riabilitazione ai sensi dell'art. 17, l. 7 marzo 1996, n. 108, ovvero dimostrazione di avere completamente soddisfatto i creditori; c) esistenza di rapporti con il sistema bancario, da comprovare con apposite dichiarazioni bancarie riferite agli affidamenti effettivamente accordati.

Si tratta, quindi, di requisiti specifici per l'iscrizione all'Albo diversi da quelli richiesti per verificare la forza economica per svolgere il singolo servizio oggetto di gara.

Aggiungasi che, a prescindere dalla correttezza o meno dell'affermazione del Tar secondo cui tale iscrizione "dimostra unicamente il possesso dei requisiti tecnici ma giammai il possesso del requisito in questione, atteso che il richiamato allegato non fa alcun riferimento alla suddetta iscrizione" è assorbente la considerazione che seppure la stessa presupponesse la solidità della posizione finanziaria dell'iscritta, ciò non toglie che l'iscrizione possa essere frutto di un errore (da emendare) o che il requisito sia stato perso dopo l'iscrizione.

Le argomentazioni sopra esposte portano alla reiezione del primo e del terzo motivo di appello, che per ragioni di ordine logico possono essere esaminate congiuntamente perché entrambi volti a provare l'illegittima verifica della solidità economico-finanziaria della concorrente.



2. L'appellante afferma di aver comunque prodotto, sebbene non all'atto della presentazione della domanda, la seconda referenza bancaria della Banca Centro Lazio Credito Cooperativo, che attesterebbe comunque la propria solidità finanziaria e renderebbe non utilizzabile, da parte della Commissione, i bilanci.

Anche questa prospettazione attorea non è persuasiva.

La seconda referenza è stata rilasciata il 29 marzo 2018, quando il termine per la presentazione delle domande era scaduto e dopo che, alla prima seduta dell'1 marzo 2018 (v. verbale n. 1), la Commissione aveva chiesto alla Esperia di produrre copia dei bilanci 2014-2016.

Dunque, non solo non è in grado di "neutralizzare" la possibilità di utilizzare i bilanci delle tre annate richieste in sede di soccorso istruttorio, ma soprattutto non è tale da dimostrare alcuna solidità economica della concorrente. Infatti la Banca Centro Lazio Credito Cooperativo si limita ad attestare che l'Esperia è sua cliente, ma non specifica da quando, chiarimento che sarebbe stato necessario per fugare il legittimo dubbio che lo fosse diventato solo dopo la richiesta di copia dei bilanci del 1° marzo 2018; aggiunge, senza offrire alcuna certezza su un proprio intervento, che "si conferma pure che, sia pure senza impegno, questo Istituto è disposto ad esaminare eventuali esigenze finanziarie dell'impresa in oggetto in dipendenza dell'aggiudicazione di lavoro in appalto a seguito a pubblico concorso, considerato quanto risulterà sullo stato economico e finanziario della stessa al momento della gara": l'esame di eventuali esigenze finanziarie dell'impresa è previsto dalla Banca, dunque, dichiaratamente senza prendere impegni e considerato quanto risulterà sullo stato economico e finanziario della società.

La circostanza che tale referenza non è atta allo scopo richiesto dal punto 2, lett. c), del disciplinare emerge evidente da un confronto della stessa con l'altra referenza bancaria depositata dalla stessa Esperia, rilasciata da Banca Sistema.

Come condivisibilmente rilevato dal giudice di primo grado, "mentre la prima referenza bancaria contiene una esplicita e specifica attestazione delle capacità economiche e tecniche di Esperia a portare a termine la fornitura oggetto della gara indetta dalla resistente amministrazione, la suddetta formale attestazione è assolutamente mancante nella seconda referenza, la quale fa riferimento ad un generico impegno ad esaminare eventuali esigenze finanziarie di Esperia conseguenti all'aggiudicazione della fornitura de qua sulla base della situazione economica e finanziaria della stessa al momento della gara". Contrariamente a quanto assume l'appellante, tale raffronto è utile per cogliere il contenuto che avrebbe dovuto avere la referenza bancaria rilasciata – si ribadisce, dopo la richiesta di esibizione di copia dei bilanci – dalla Banca Centro Lazio Credito Cooperativo.

Ha chiarito una consolidata giurisprudenza del giudice di appello – che il Collegio condivide e fa propria – 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 devono 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 (Cons. St., sez. III, 27 giugno 2018, n. 3134).

Il richiamo al "contenuto" che avrebbe dovuto avere la referenza bancaria porta a respingere anche il riferimento, fatto dall'appellante, alla circostanza che "la legge non stabilisce infatti requisiti formali ovvero formule sacramentali della referenza bancaria e né, tantomeno, detti requisiti di forma sono stabiliti dalla lex specialis". L'inutilizzabilità della referenza rilasciata dalla Banca Centro Lazio Credito Cooperativo è da ascrivere, infatti, ad una ragione di sostanza, non di forma.

L'impossibilità, per tutte le ragioni sopra dette, di utilizzare la seconda referenza bancaria non costituisce motivazione postuma che sarebbe stata introdotta - in modo inammissibile, solo in sede giudiziale - dalla Azienda sanitaria, quanto piuttosto una ulteriore riprova della possibilità, per la Commissione, di utilizzare i bilanci 2014-2016 al fine di verificare l'affidabilità economica della concorrente.

3. Non è suscettibile di positiva valutazione neanche il motivo volto a denunciare disparità di trattamento, dedotto sul rilievo che non risulterebbe che gli altri concorrenti abbiano allegato alla propria documentazione amministrativa i bilanci, gli stati patrimoniali e gli altri allegati contabili dell'ultimo triennio.

I bilanci, come più volte chiarito, sono stati richiesti per sopperire alla scelta di Esperia di allegare, unitamente alla domanda, una sola referenza bancaria.

Nella generica formulazione del motivo l'appellante non ha indicato altre società che, a fronte di identica situazione, siano stati "beneficiari" dalla Commissione che non avrebbe chiesto un'integrazione documentale. Tale modus operandi si scontra con l'indirizzo consolidato di questo giudice secondo cui costituisce principio consolidato del giudice amministrativo che l'eccesso di potere per disparità di trattamento si può configurare solo sul presupposto, di cui l'interessato deve dare prova rigorosa, dell'identità assoluta della situazione considerata?(Cons. St., sez. III, 5 luglio 2018, n. 4124; id., sez. VI, 30 ottobre 2017, n. 5016; id. 18 ottobre 2017, n. 4824).

Né può convenirsi con l'appellante che "la disparità di trattamento è insita nella già detta manifesta sproporzione tra il fatto che i concorrenti che hanno prodotto due referenze bancarie sono risultati ingiustificatamente agevolati rispetto a quelli che hanno prodotto la documentazione supplementare", essendo - quella della produzione di due referenze bancarie - una facoltà concessa a tutti i concorrenti, di cui Esperia non ha inteso inizialmente avvalersi. Aggiungasi, ed il rilievo assume carattere assorbente, che, come più volte si è detto, è il Codice dei contratti pubblici (Allegato XVII, Parte I) che fa riferimento, come strumento di prova della solidità economica, ai bilanci, oltre che alle referenze bancarie.

4. Privo di pregio è anche il motivo di appello con il quale è dedotta l'incompetenza della Commissione a valutare i bilanci prodotti.

E' noto come i componenti le Commissioni di gara devono essere esperti nelle materia oggetto dell'affidamento, ma non è richiesta la presenza, in ogni Commissione, di un esperto in economia aziendale, per l'esame del possesso, in capo ai concorrenti, del requisito economico-finanziario. Peraltro, nel caso in esame, come ammette la stessa Esperia, un componente la Commissione di gara era laureato in economia aziendale, e dunque ben in grado di leggere e capire i bilanci di una società.

5. Inammissibile, e comunque infondato, è il motivo rivolto avverso il sub procedimento attivato dalla Commissione con il soccorso istruttorio.

E' sufficiente sul punto rilevare che la richiesta di copia dei bilanci è stata fatta dalla Commissione nel tentativo di evitare l'esclusione della concorrente che non aveva dimostrato, così come richiesto dal disciplinare (produzione di due referenze bancarie), la propria solidità economica. L'alternativa, dunque, sarebbe stata di procedere all'immediata esclusione dalla gara di Esperia. Giova aggiungere che la richiesta dei bilanci non inibiva alla concorrente di produrre altra documentazione ritenuta utile a dimostrare il possesso del requisito economico – finanziario.

6. Anche l'ultimo motivo, volto a censurare la condanna, da parte del giudice di primo grado, alle spese di giudizio per un importo pari ad € 10.000,00 è infondato, in applicazione del condivisibile orientamento giurisdizionale (da ultimo, Cons. St., sez. IV, 17 ottobre 2017, n. 4795; id. 23 giugno 2017, n. 3068) secondo cui la decisione del giudice di merito, in materia di spese processuali, è censurabile in sede di legittimità, sotto il profilo della violazione di legge, soltanto quando le spese siano state poste, totalmente o parzialmente, a carico della parte vittoriosa.

Tale presupposto non si è verificato nella fattispecie per cui è causa, con conseguente reiezione del motivo.

7. L'appello deve quindi essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese e degli onorari del giudizio, che liquida in € 3.000.00 (euro tremila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:



Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Umberto Maiello, Consigliere