

Sull'interpretazione del bando di gara: si deve privilegiare il significato letterale delle clausole e devono escludersi interpretazioni integrative contrarie al canone di buona fede di cui all'art. 1366 c.c.

di Martina Sforna

Data di pubblicazione: 9-7-2025

Nell'interpretazione della lex specialis è necessario privilegiare preliminarmente il significato letterale delle singole clausole nel rispetto delle regole di cui agli artt. 1362 s.s. c.c. Ne consegue che ove le stesse abbiano un contenuto inequivoco, da un punto di vista letterale e logico, non è possibile fare riferimento al principio generale del favor participationis o all'interpretazione ragionevole della disposizione, dovendosi altresì escludere interpretazioni integrative contrarie al canone di buona fede interpretativa ex art. 1366 c.c. In presenza di clausole dal contenuto inequivoco in merito ai requisiti di capacità economica e finanziaria dei concorrenti deve escludersi, dunque, la eterointegrazione della lex specialis con il disposto di cui all'art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, non essendo questa una norma imperativa.

Una clausola di un bando, ancorché prescrittiva di un requisito di idoneità professionale a pena di esclusione, non può essere disapplicata quando risulti inopportuna o incongrua, ma solamente allorché sia nulla e quindi improduttiva di effetti giuridici, come nel caso in cui introduca a pena di esclusione un requisito di ammissione alla procedura non previsto dalla legge.

Guida alla lettura

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato interviene sul tema dell'**interpretazione delle clausole del bando di gara** affermando la necessità di privilegiare il **significato letterale** delle stesse, ed escludendo il ricorso ai principi generali e alla procedura di eterointegrazione della *lex specialis* sotto il profilo dell'interpretazione sistematica. Peraltro, in relazione alla **possibilità di integrare la disciplina di gara con il disposto di cui all'art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016** la pronuncia si pone in **contrasto** con altro precedente arresto della stessa Sezione.

La decisione prende posizione altresì sulla questione relativa alla **disapplicazione delle singole clausole del bando**, stabilendo che **non è possibile procedervi qualora le clausole risultino meramente inopportune o incongrue**, essendo lo strumento della **disapplicazione utilizzabile solo in caso di nullità**.

In particolare, con riferimento al primo dei due profili affrontati, il Collegio si occupa di chiarire come procedere all'interpretazione della disciplina di gara, con specifico riguardo alla clausola relativa ai requisiti di **capacità economica e finanziaria** dell'operatore economico. Invero,

secondo la ricorrente nel caso di specie la previsione del bando per cui «*a pena di esclusione dalla gara, il concorrente deve presentare idonee dichiarazioni bancarie, contenenti espresso riferimento alla gara di appalto in oggetto, comprovanti la serietà e la solvibilità della ditta [e per cui] il requisito è comprovato con dichiarazione di istituti bancari o intermediari autorizzati [...]*» doveva essere intesa nel senso che le referenze bancarie potessero essere surrogate mediante una dichiarazione concernente il fatturato globale e la produzione di bilanci, ovverosia utilizzando i **mezzi di prova** previsti dalla legge. Nella prospettazione dell'appellante, infatti, i mezzi di prova tipizzati **dall'art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016**, che richiama l'allegato XVII, sarebbero sempre utilizzabili alternativamente, a prescindere, quindi, da una esplicita previsione della *lex specialis*. Sulla scorta di tale norma, in particolare, la capacità economica e finanziaria dei concorrenti può essere dimostrata, oltre che con idonee dichiarazioni bancarie, anche tramite la «presentazione dei bilanci o di estratti di bilancio» (qualora la loro pubblicazione sia obbligatoria) o con «una dichiarazione concernente il fatturato globale».

Il Consiglio di Stato non concorda però con tale prospettazione. Rileva, infatti, come appaia consolidata la giurisprudenza nel ritenere che, **nell'interpretazione della disciplina di gara**, si debba anzitutto **privilegiare il significato letterale**. Ne consegue che, qualora la clausola abbia **un contenuto inequivoco**, da un punto di vista letterale e logico, non è possibile fare riferimento al principio generale del *favor participationis* o all'interpretazione ragionevole della disposizione. Devono essere inoltre **escluse operazioni di interpretazione integrative contrarie al canone di buona fede** interpretativa di cui all'art. 1366 c.c.

Dall'impossibilità di procedere alla eterointegrazione del bando di gara, in ragione del tenore non equivoco delle clausole del bando oggetto della pronuncia in commento, consegue la **non surrogabilità dei mezzi di prova** della capacità economico-finanziaria. Ciò anche in virtù della considerazione che **l'intercambiabilità prevista dall'art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 non opera necessariamente, asserendo la disposizione che ciò avviene soltanto «di norma»**.

L'eterointegrazione del bando di gara deve inoltre escludersi anche alla luce della **natura non imperativa dell'art. 86, comma 4**, citato. Invero, secondo quanto disposto dagli artt. 1374 e 1339 c.c., l'eterointegrazione del bando opera solo in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme, o, ancora prima, di una lacuna nella legge di gara di elementi previsti come obbligatori dall'ordinamento.

A tale proposito deve tuttavia evidenziarsi che la stessa Sezione con una precedente pronuncia (Cons. Stato, Sez. V, 9 febbraio 2024, n. 1339) abbia diversamente affermato come, in base a una interpretazione logica e sistematica delle clausole del bando di gara, sia possibile procedere all'integrazione dello stesso con il disposto di cui all'art. 86, comma 4, essendo questa norma di rango legislativo idonea ad eterointegrare la secondaria disciplina di gara. Invero, in quell'occasione si è affermato che è necessario leggere le singole clausole in armonia con i principi fondamentali che assicurano l'intima coerenza dell'ordinamento complessivamente considerato.

Il Collegio ritiene, infine, come **non possa essere disapplicata la clausola di un bando che**, ancorché prescrittiva di un requisito di idoneità professionale a pena di esclusione, **risulti meramente inopportuna o incongrua**. La disapplicazione è infatti possibile solo nel caso di nullità della stessa clausola, la quale risulta in tale evenienza improduttiva di effetti giuridici. A tal proposito deve ricordarsi il principio, affermato costantemente dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui il **bando di gara**, data la sua natura di **atto amministrativo generale** e non di atto normativo, è **vincolante per l'amministrazione appaltante**, che non può procedere a una sua disapplicazione neanche nei casi in cui le singole clausole risultino inopportune o incongrue (Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2020, n. 7257). **Solo le clausole nulle sono disapplicabili, in quanto da considerare come non apposte (Cons. Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 2020, n. 22).**

Pubblicato il 20/06/2025

N. 05405/2025REG.PROV.COLL.

N. 00051/2025 REG.RIC

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 51 del 2025, proposto da Na.Gest. Global Service s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9889186E70, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Bonolis e Marco Iannacci, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Marco Iannacci in Roma, via Agostino Depretis, 86;

contro

Polygon s.r.l., Cogeco 7 s.r.l., non costituite in giudizio; Società per azioni Commercio Combustibili Industria Riscaldamento S.A.C.C.I.R. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Grisostomi Travaglini, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Dussmann Service s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia Senato della Repubblica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, n. 21225 del 2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Dussmann Service s.r.l., del Senato della Repubblica e della Società per azioni Commercio Combustibili Industria Riscaldamento - S.A.C.C.I.R. s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2025 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Paolo Bonolis, Marco Iannacci, Saverio Sticchi Damiani, Lorenzo Maria Cioccolini, nonché l'avvocato dello Stato Federico Basilica;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-La Na.Gest. Global Service s.r.l., in qualità di mandante del RTI con Dussmann Service s.r.l., ha interposto appello nei confronti della sentenza 26 novembre 2024, n. 21225 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, che, previa declaratoria della cessata materia del contendere in relazione alla domanda di accesso, ha accolto il ricorso del raggruppamento S.A.C.C.I.R. s.p.a. avverso la deliberazione in data 12 giugno 2024 con cui il Senato della Repubblica ha aggiudicato all'appellante, nel raggruppamento suddetto, la procedura aperta per l'affidamento dell'appalto dei servizi di manutenzione impiantistica ed edile.

La società appellante, operante nel settore del facility management tecnologico, nell'efficientamento e nella transizione energetica, ha partecipato in raggruppamento con Dussmann Service s.r.l. alla gara, bandita dal Senato della Repubblica in data 28 giugno 2023, assumendosi l'esecuzione del 49 per cento del servizio.

L'art. 6.2 del disciplinare, al pari dell'art. III.1.2 del bando, richiedeva, a pena di esclusione, quale requisito di capacità economico-finanziaria, la presentazione di idonee referenze bancarie.

Na.Gest, nel tempo previsto per la presentazione dell'offerta, non è riuscita ad acquisire le referenze bancarie richieste ai due istituti con i quali intratteneva rapporti (la Banca Progetto e il Monte dei Paschi di Siena) e ha dunque allegato all'offerta una dichiarazione con la quale dava atto della tempestiva richiesta delle medesime e che, trattandosi di documentazione soccorribile, il requisito sarebbe stato comprovato in sede di soccorso istruttorio.

All'esito della seduta di gara del 13 febbraio 2024 il Senato ha chiesto a Na.Gest di integrare la documentazione a comprova del requisito di capacità economica e finanziaria; con nota del successivo 23 febbraio Na.Gest, nel riscontrare la richiesta, ha comunicato di non avere ottenuto le richieste referenze bancarie, presentando, in forza del principio di surrogabilità delle referenze con documenti idonei a comprovare il requisito di partecipazione, una dichiarazione rilasciata dai membri del collegio sindacale attestante che la società «dispone, allo stato, della adeguata struttura organizzativa ed operativa, oltre che della capacità finanziaria, necessarie per portare a termine la commessa». Na.Gest ha poi trasmesso la dichiarazione del revisore unico attestante la consistenza del fatturato degli ultimi tre esercizi (2021, 2022, 2023), al fine di ulteriormente dimostrare la solidità della società.

La Commissione di gara, in data 21 marzo 2024, ha approvato la graduatoria definitiva e il Senato, esaminata la documentazione amministrativa, con delibera n. 142/XIX del 12 giugno 2024, ha aggiudicato l'appalto al RTI Dussmann-Na.Gest. Con nota del 13 giugno il Senato ha dunque comunicato l'aggiudicazione al raggruppamento invitandolo a trasmettere la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria.

Con nota a mezzo PEC del 3 luglio 2024 la mandataria Dussmann ha trasmesso al Senato la documentazione a comprova dei requisiti del raggruppamento, e in particolare la nota dell'1 luglio 2024 con cui Na.Gest ribadiva quanto già comunicato il 23 febbraio 2024, nonché l'ultimo bilancio di esercizio approvato in data 12 marzo 2024, coprovante la serietà professionale e la stabilità finanziaria della stessa società.

2. – Con il ricorso in primo grado il raggruppamento S.A.C.C.I.R. ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, deducendone l'illegittimità nell'assunto che Na.Gest non avrebbe comprovato il requisito di capacità economico-finanziaria richiesto dalla lex specialis di gara, aggiungendo che la predetta società, nel corso della procedura di gara, è stata ammessa ad una "composizione negoziata" preclusiva dell'aggiudicazione.

3. - La sentenza appellata, previa declaratoria della cessata materia del contendere con riguardo alla domanda di ostensione documentale, ha accolto il ricorso, per l'effetto annullando il provvedimento di aggiudicazione in favore del raggruppamento Dussmann-Na.Gest. Ciò, in sintesi, nella considerazione che la società Na.Gest non ha esposto alcun fondato motivo a giustificazione della surrogazione della prova del possesso del requisito di ordine speciale per la partecipazione alla gara, nonché per l'evidente carenza istruttoria in cui è incorsa l'amministrazione nella valutazione della sussistenza del requisito.

4.- Con il ricorso in appello la Na.Gest Global Service s.r.l. ha dedotto l'erroneità della sentenza di prime cure, lamentando che: a) nel ritenere non provate le ragioni della mancata produzione delle referenze bancarie, avrebbe violato l'art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 50 del

2016, che ammette la surrogabilità della documentazione (nella specie, Na.Gest ha prodotto l'attestazione, da parte del revisore unico, del fatturato 2021/2023 e il bilancio approvato il 3 luglio 2024), sì che non occorre provare la sussistenza di "fondati motivi" per valutare mezzi di prova diversi dalle referenze bancarie, trattandosi comunque di mezzi indicati nell'allegato XVII, parte I, del codice dei contratti; b) avrebbe erroneamente ravvisato il difetto di istruttoria nell'attività amministrativa del Senato, tra l'altro in ragione del fatto che la dichiarazione del collegio sindacale in data 21 febbraio 2024, prodotta all'amministrazione, non costituisce autodichiarazione della società; c) in ogni caso, l'ammissione, nel maggio 2024, di Na.Gest alla CNC-procedura di composizione negoziata della crisi non incide sulla partecipazione alla gara e non equivale ad insolvenza od a carenza del requisito di capacità economico finanziaria; d) non avrebbe adeguatamente valorizzato la circostanza che l'appellante è l'attuale gestore uscente del servizio, eseguito con assoluta regolarità, inequivoco indice della sua affidabilità.

5. - Si è costituito in giudizio il Senato della Repubblica allegando di avere provveduto, in ragione della sentenza di primo grado, a rinnovare la procedura, disponendo, all'esito, nella seduta riservata del 20 dicembre 2024, l'esclusione del raggruppamento Dussmann e rimettendosi alla decisione di giustizia. Il provvedimento di esclusione è stato impugnato dalla società Na.Gest con ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio; con successivi motivi aggiunti ha poi impugnato il sopravvenuto provvedimento in data 7 marzo 2025 di aggiudicazione al raggruppamento S.A.C.C.I.R. 6. – Si è altresì costituita in giudizio la Dussmann Service s.r.l. concludendo per l'accoglimento dell'appello della società Na.Gest. 7. – Si è poi costituita in resistenza la S.A.C.C.I.R. s.p.a. controdeducendo al ricorso in appello e chiedendone la reiezione. 8. - All'udienza del 16 aprile 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1 – Va anzitutto rilavata la inammissibilità per tardività della memoria S.A.C.C.I.R. in data 31 marzo 2025, in quanto depositata alle ore 12.27, e dunque oltre le ore 12.00 dell'ultimo giorno utile, in violazione di quanto prescritto dall'art. 4, comma 4, disp, att. cod. proc. amm. (tenendo conto dei termini dimezzati del rito speciale). La memoria è peraltro reiterativa della "memoria cautelare".

Rispetto a quest'ultima l'appellante eccepisce il superamento dei limiti dimensionali, assumendo che il numero massimo di 70.000 caratteri risulterebbe esaurito alla pagina 27 di 45 della memoria.

Osserva il Collegio che l'art. 13-ter delle norme di attuazione cod. proc. amm., al comma 5, stabilisce che *«il giudice è tenuto ad esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione»*.

E' pur vero che il superamento dei limiti dimensionali di cui al d.P.C.S. è questione di rito afferente all'ordine pubblico processuale, stabilito in funzione dell'interesse pubblico all'ordinato, efficiente e celere svolgimento del giudizio (Cons. Stato, VII, 4 aprile 2024, n.

3079; V, 14 febbraio 2024, n. 1502), ma nel caso di specie ritiene il Collegio di tenere conto dell'intera memoria, in ragione della complessità delle questioni trattate e comunque dell'ampio svolgimento degli scritti contenuti anche nell'atto di appello. Va aggiunto peraltro che, come meglio emergerà dalla motivazione che segue, la parte contenutisticamente più significativa della memoria, ai fini del decidere, è quella fino alla pagina 27, in cui si controdeduce al primo motivo di appello.

2.- Il primo motivo di appello critica la statuizione di prime cure che, nell'accogliere il ricorso del raggruppamento S.A.C.C.I.R., ha ritenuto che Na.Gest non avrebbe provato la sussistenza dei "fondati motivi" necessari al fine di surrogare i documenti previsti dal bando con un diverso mezzo probatorio, non potendo l'impresa partecipante indicare a sua scelta lo strumento idoneo a dimostrare il possesso del requisito. In tale modo, per la appellante, la sentenza avrebbe violato l'art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, alla cui stregua la prova della capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere fornita mediante uno o più mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte I; solamente nel caso di utilizzo di qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante (ma non previsto nell'allegato XVII) la norma richiede la sussistenza dei "fondati motivi". I mezzi di prova tipizzati dal combinato disposto dell'art. 86, comma 4, e dell'allegato XVII sono sempre utilizzabili alternativamente, a prescindere, quindi, da una esplicita previsione della lex specialis; la norma consentirebbe dunque sempre la surrogabilità delle referenze bancarie, eterointegrando la disciplina di gara. Allega ancora di avere, a comprova del requisito, prodotto, in data 23 febbraio 2024, un'attestazione del proprio revisore unico riguardante il fatturato degli esercizi 2021, 2022 e 2023 ed in data 3 luglio 2024 l'ultimo bilancio approvato dalla società; Na.Gest avrebbe dunque surrogato le referenze bancarie mediante "una dichiarazione concernente il fatturato globale" e la "produzione di bilanci", ossia utilizzando mezzi di prova tipizzati dalla legge, la cui utilizzabilità ai fini della comprova del requisito di capacità economico-finanziaria discende direttamente dalla norma. La surroga delle referenze bancarie con altri mezzi di prova idonei ex lege a comprovare la capacità economico-finanziaria di un operatore economico non è dunque subordinata alla sussistenza di "fondati motivi" (a tutto concedere, a tale valutazione potrebbe essere subordinata la valutabilità della dichiarazione del collegio sindacale di Na.Gest, in quanto mezzo di prova non tipizzato dalla legge). In ogni caso, secondo l'appellante, sussisterebbero anche i fondati motivi, a conoscenza della stazione appaltante, consistenti nel fatto che, avendo la Na.Gest, nel corso del 2023, attraversato diversi cambi di proprietà che hanno comportato una incertezza sulla titolarità delle quote, si è determinata una incertezza a livello di procedure bancarie; non sussisterebbero comunque problematiche sostanziali (inerenti alla posizione economico-finanziaria della società) alla base del rifiuto del rilascio delle referenze da parte della banca.

Con il secondo motivo si critica poi la statuizione relativa al difetto di istruttoria in cui sarebbe incorso il Senato, per non avere la sentenza tenuto conto delle interlocuzioni tra amministrazione e Na.Gest, che hanno indotto la commissione di gara, nella seduta del 21 marzo 2024, a ritenere comprovato il requisito di capacità economica e finanziaria, e per non avere altresì valutato che il giudizio espresso dall'amministrazione non si basa solamente sulla dichiarazione presentata dal collegio sindacale (che comunque non equivarrebbe ad un'autodichiarazione della società, in ragione delle funzioni di controllo amministrativo e contabile proprie del collegio sindacale, quali inferibili dall'art. 2403 cod. civ.), ma anche

sull'attestazione del fatturato resa dal revisore unico; al contempo il difetto di istruttoria non sarebbe postulabile neppure in relazione alla mancata valutazione dell'avvio di una procedura di composizione negoziata della crisi (CNC), risalente al 24 aprile 2024 e quindi ad epoca successiva alla chiusura dell'istruttoria ed alla formulazione del giudizio di affidabilità espresso dalla commissione stessa.

I motivi, che possono essere trattati congiuntamente presentando profili di complementarietà, pur nella loro problematicità, sono complessivamente infondati.

Occorre muovere dalla premessa per cui la *lex specialis* della gara (ed in particolare, con formulazione assolutamente identica, l'art. III.1.2 del bando e l'art. 6.2 del disciplinare), in tema di requisiti di capacità economica e finanziaria, stabiliva che «a pena di esclusione dalla gara, il concorrente deve presentare idonee dichiarazioni bancarie, contenenti un espresso riferimento alla gara di appalto in oggetto, comprovanti la serietà e la solvibilità della ditta. Il requisito è comprovato con dichiarazione di istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d.lgs. 385/93 e ss.mm.ii. da allegare al DGUE in originale o copia conforme all'originale ai sensi del d.P.R. n. 445/2000».

E' consolidata la giurisprudenza nel ritenere, che nell'interpretazione della disciplina di gara, è necessario preliminarmente privilegiare il significato letterale (secondo le regole dettate dagli artt. 1362 e ss. cod. civ.), sicché, ove la clausola del bando, prevista a pena di esclusione, abbia un contenuto inequivoco, da un punto di vista letterale e logico, non è possibile fare riferimento al principio generale del *favor participationis* od all'interpretazione ragionevole della disposizione (tra le tante, Cons. Stato, III, 13 prile 2021, n. 3052), dovendosi altresì escludere interpretazioni integrative contrarie al canone di buona fede interpretativa di cui all'art. 1366 cod. civ.

Deve dunque ritenersi che nella fattispecie controversa il requisito speciale di capacità economica e finanziaria richiesto dalla *lex specialis* consisteva nella presentazione di idonee dichiarazioni bancarie, requisito non posseduto dalla Na.Gest, neppure nella fase di comprova dei requisiti.

La sentenza, come esposto, ha accolto il ricorso del raggruppamento S.A.C.C.I.R. muovendo da tale presupposto e sulla scorta della duplice considerazione che l'aggiudicataria Na.Gest non abbia fornito alcun fondato motivo a giustificazione della surrogazione della prova del possesso del requisito di ordine speciale costituito dalle referenze bancarie e che l'istruttoria condotta dal Senato sia viziata, nella misura in cui ha reputato sussistente il requisito di capacità economica e finanziaria basandosi solamente sulle dichiarazioni rese dal collegio sindacale della società (che attestava il possesso del requisito) e dal revisore unico (che riportava il fatturato globale dell'ultimo triennio), senza effettuare una reale verifica in ordine alla solvibilità della ditta.

Come esposto, l'assunto dell'appellante è che la prova della capacità economica e finanziaria dell'operatore economico possa essere fornita mediante uno o più mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte I, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo quanto previsto dall'art. 86, comma 4, dello stesso testo normativo, senza che allo scopo debbano sussistere i "fondati

motivi”; in definitiva, la surrogabilità dei mezzi di prova della capacità economico-finanziaria sarebbe l’effetto della eterointegrazione del bando di gara.

L’assunto non appare al Collegio condivisibile sul piano dell’interpretazione letterale e sistematica.

Sotto il primo profilo, l’art. 86, comma 4, dispone che “di norma” la prova della capacità economica e finanziaria dell’operatore economico può essere fornita mediante uno o più mezzi di prova indicati nell’allegato XVII, parte I, e dunque, alternativamente, con idonee dichiarazioni bancarie, con presentazione dei bilanci o estratti di bilancio, con una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell’appalto. Ciò significa però che non necessariamente opera questa intercambiabilità o fungibilità dei mezzi di prova della capacità economica e finanziaria; ed è arduo negare che una prescrizione posta a pena di esclusione dalla gara, richiedente la presentazione di idonee referenze bancarie, costituisca una deroga alla regola. Deroga, peraltro, non contestata dall’appellante in sede giurisdizionale.

Sotto il profilo dell’interpretazione sistematica, si pone il tema dell’eterointegrazione della *lex specialis*, che, ad avviso dell’appellante, consente la surrogabilità dei mezzi di prova.

L’assunto non appare condivisibile, pur essendo il Collegio consapevole che la Sezione, in altra occasione, ha ritenuto che il requisito della capacità economico-finanziaria possa essere comprovato, oltre che con le referenze bancarie, anche con altri mezzi ai sensi dell’art. 86 del d.lgs. n. 50 del 2016, connotandolo come requisito alternativamente dimostrabile (Cons. Stato, V, 9 febbraio 2024, n. 1339).

Ad una più approfondita valutazione, deve peraltro ritenersi che l’eterointegrazione del bando opera, analogamente a quanto dispongono gli artt. 1374 e 1339 cod. civ., in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell’elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme, o, ancora prima, di una lacuna nella legge di gara di elementi previsti come obbligatori dall’ordinamento (Cons. Stato, III, 18 ottobre 2023, n. 9078; III, 24 ottobre 2017, n. 4903).

Nel caso di specie non ricorre tale situazione, non potendosi ritenere che l’art. 86, comma 4, sia norma imperativa e cogente.

La giurisprudenza ritiene che una clausola di un bando, ancorché prescrittiva di un requisito di idoneità professionale a pena di esclusione, non può essere disapplicata quando risulti inopportuna o incongrua, ma solamente allorché sia nulla e quindi improduttiva di effetti giuridici, come nel caso in cui introduca a pena di esclusione un requisito di ammissione alla procedura non previsto dalla legge (Cons. Stato, V, 23 novembre 2020, n. 7257).

Quanto poi alla sussistenza di fondati motivi che impediscono di presentare le referenze richieste dalla stazione appaltante e giustificano la prova con altro documento della capacità economico finanziaria considerato idoneo dalla stazione appaltante, deve trattarsi di un’impossibilità oggettiva di produrre le referenze richieste (Corte giust. UE, 13 luglio 2017, in

causa C-76/16) e tale situazione non risulta apprezzabile anche nella prospettazione dell'appellante, che fa riferimento alla incertezza sulla titolarità delle quote quale causa che ha precluso il rilascio delle referenze dagli istituti bancari, mentre, in sede procedimentale, aveva evidenziato, come fattore preclusivo al rilascio delle referenze, il periodo feriale, per poi produrre l'attestazione del collegio sindacale e la certificazione del fatturato globale da parte del revisore. In ogni caso, a prescindere dal contenuto delle richieste agli istituti di credito, la mancata presentazione delle referenze bancarie, da parte di Na.Gest, è riconducibile non già all'impossibilità oggettiva, quanto piuttosto al principio di autoresponsabilità.

Quanto esposto assorbe, a bene considerare, il motivo sul difetto di istruttoria, atteso che, quand'anche emerga una deficitaria comprensione del contenuto fattuale e della rilevanza giuridica, da parte della sentenza, della documentazione prodotta dall'appellante (ed in particolare della dichiarazione presentata dal collegio sindacale, del bilancio, quand'anche depositato in tempo utile, nonché dell'attestazione del fatturato resa dal revisore unico), comunque certamente non univoca nella prospettiva della dimostrazione della solvibilità della ditta, si tratterebbe di un aspetto ininfluente, in quanto rimane insuperabile il dato obiettivo della spendita, da parte di Na.Gest, di prove documentali della capacità economico-finanziaria non consentite dalla *lex specialis* e dunque, anche per ciò solo, illegittimamente apprezzate in sede amministrativa.

3. – Seppure la reiezione dei motivi scrutinati appaia assorbente ai fini del decidere, per completezza di esposizione si procede alla sintetica disamina delle restanti censure.

Con il terzo motivo di appello, ribadito l'assunto che l'avvio di una procedura di composizione negoziata della crisi-CNC e l'adozione di misure di protezione del patrimonio aziendale non potevano essere valutate dalla stazione appaltante, ai fini del giudizio di affidabilità dell'operatore economico, in quanto successive alla valutazione della commissione, deduce, in critica della sentenza, che l'ammissione alla stessa non incide sulla capacità di partecipare alle gare, e dunque sulla capacità economico-finanziaria necessaria ad eseguire i relativi contratti; per l'appellante, la CNC è infatti uno strumento non concorsuale che consente all'imprenditore di rinegoziare alcune poste del proprio indebitamento, mantenendo la continuità aziendale, e la Na.Gest ha conservato un sostanziale equilibrio economico-finanziario, come sarebbe stato riconosciuto dal Tribunale di Roma con il provvedimento 3 luglio 2024, n. 6256.

Il motivo è infondato.

L'istanza di composizione negoziata per la soluzione della crisi, ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 14 del 2019, presentata nell'aprile 2014, e quindi antecedentemente all'avversato provvedimento di aggiudicazione, risalente al giugno 2024, non integra di per sé una causa di esclusione dalla gara, come è dato desumere dall'art. 94, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016, il che è del resto coerente con la sua natura non liquidatoria, e finalizzata al risanamento aziendale. La composizione negoziata per la soluzione delle crisi presuppone, quanto meno, condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario, che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza.

La sentenza appellata ha ricostruito la situazione debitoria della Na.Gest, ravvisando la sussistenza di «*circostanze che si pongono in maniera manifesta in contrasto con la decisione della commissione di gara di reputare sussistente il requisito della capacità economico finanziaria della stessa società*».

Quindi, in definitiva, l'istanza e poi l'ammissione alla CNC è stata ritenuta, con riguardo allo specifico delle condizioni emergenti, ed in modo non irragionevole, nei limiti del sindacato giurisdizionale, dimostrativa dell'assenza del requisito di capacità economica e finanziaria, richiesto dalla lex specialis di gara, proprio al fine di comprovare la serietà e la solvibilità dell'operatore economico.

4. - Il quarto motivo allega poi che la sentenza non avrebbe tenuto in considerazione la circostanza per cui l'appellante è attuale affidatario (in proroga) del servizio, che ha sempre eseguito con regolarità, ciò costituendo un chiaro indice della sua affidabilità, al pari degli ulteriori affidamenti che Na.Gest ha avuto con altri importanti enti pubblici, che non hanno interrotto i rapporti con la stessa, pur in pendenza della CNC.

Anche tale motivo è infondato, non potendosi precludere all'amministrazione una valutazione aggiornata e comunque specifica delle sopravvenienze (rilevanti anche in termini di squilibrio patrimoniale od economico finanziario, o proprio di stato di insolvenza) ai fini dell'apprezzamento della sussistenza dei requisiti di capacità economica e finanziaria richiesti dalla lex specialis di gara; in tale prospettiva, non è rilevante la condizione di gestore uscente e neppure l'esistenza di altre commesse pubbliche in capo all'appellante.

5. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello va respinto, in ragione dell'infondatezza dei motivi dedotti. La complessità della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2025 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere