



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER L'EMILIA-ROMAGNA
BOLOGNA
SEZIONE I

Registro Sentenze: 1424/2008
Registro Generale: 1241/2007

nelle persone dei Signori:

CALOGERO PISCITELLO Presidente
GIORGIO CALDERONI Cons. , relatore
SERGIO FINA Cons.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1241/2007 proposto da:

MONTENOVI S.R.L.

rappresentato e difeso da:

SELVAGGI AVV. MARCO
COLETTI AVV. LEONARDO

con domicilio eletto in BOLOGNA

STRADA MAGGIORE 58
presso
FRANZONI AVV. MASSIMO
contro

AUTORITA' VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI LAVORI SERVIZI n.c.

e nei confronti di
FERRARA ARTE S.P.A.
rappresentata e difesa dall'avv. G.Berti
ed elettivamente domiciliata in BOLOGNA, Via U.Bassi n.3
presso lo studio Marani

e nei confronti di
TRATTO S.R.L. n.c.

per l'annullamento

- della nota prot. n. 219 del 24 luglio 2007, con la quale l'Amministratore unico di Ferrara Arte s.p.a. ha comunicato l'esclusione della ricorrente dalla gara d'appalto per il servizio di trasporto delle opere d'arte della Mostra "Cosmè Tura e Francesco del Cossa. L'arte a Ferrara nell'età di Borso D'Este";
 - del verbale della riunione 23 luglio 2007 della Commissione nominata per la valutazione delle offerte, in cui è stata disposta l'esclusione della Ditta Montenovi dalla gara in oggetto;
 - del verbale della riunione 11 luglio 2007 della Commissione nominata per la valutazione delle offerte;
 - della nota del 19 luglio 2007, prot. n. 109 con la quale l'Amministratore Unico di Ferrara Arte s.p.a. ha richiesto alla odierna ricorrente documentazione aggiuntiva al fine della dimostrazione del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara;
 - del Bando di Gara d'appalto per il servizio di trasporto delle opere d'arte della Mostra "Cosmè Tura e Francesco del Cossa. L'arte a Ferrara nell'età di Borso D'Este" e del relativo Capitolato Speciale d'appalto;
 - del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria;
- e per il risarcimento dei danni consequenziali;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Visti gli atti tutti della causa;

Udito, alla pubblica udienza del 27 marzo 2008, il relatore Cons. GIORGIO CALDERONI e uditi, altresì, per le parti, i difensori presenti come da verbale;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con l'atto introduttivo del giudizio, la Società ricorrente espone di aver partecipato alla gara, dell'importo a base d'asta di €450.000, indetta da Ferrara Arte S.p.a. per il servizio di trasporto delle opere d'arte della Mostra "Cosmè Tura e Francesco del Cossa. L'arte a Ferrara nell'età di Borso D'Este", la cui *lex specialis* (Bando e Capitolato speciale d'appalto) richiedeva, quale requisito di capacità economica e finanziaria, maturato negli ultimi tre esercizi antecedenti la pubblicazione del bando (2004, 2005 e 2006):

- un fatturato globale d'impresa nel triennio pari ad almeno €7.500.000.;
- la realizzazione, nel triennio, di servizi nel settore identico a quello oggetto di appalto, per un importo pari ad almeno €5.500.000.

Nella prima riunione dell'11 luglio 2007, la Commissione di gara ammetteva tutte le imprese partecipanti (tranne una) alla successiva fase e procedeva al sorteggio di cui all'art. 48 D. Lgs. 163/2006, nei confronti di 4 imprese su 5, tra cui la ricorrente, che provvedeva ad inviare la documentazione richiesta.

Con nota 19 luglio 2007, l'Amministratore unico di Ferra arte S.p.A. chiedeva alla Montenovi di integrare la documentazione con i bilanci e le dichiarazioni IVA anni 2004-2006; Montenovi vi ottemperava, ma con provvedimento 24 luglio 2007 le veniva comunicata l'esclusione, per non comprovato possesso del requisito di cui al punto III 2.2. del bando (fatturato globale d'impresa nel triennio 2004-2006); inoltre, nello stesso provvedimento si disponeva l'escussione della cauzione provvisoria e si effettuava la segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

Impugnando tale atto, Montenovi deduce le seguenti censure:

- 1) violazione degli artt. 3 e 97 Cost., dell'art. 48 D. Lgs. n. 163/2006, della *lex specialis*; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, travisamento, contraddittorietà, ingiustizia ed illogicità manifeste, nell'assunto fondamentale che il fatturato globale d'impresa (escluso IVA) realizzato da Montenovi (€ 7.764.663,55) è superiore al minimo indicato dal bando, comprendendo le fatture incassate e non incassate, mentre i bilanci, richiesti dalla Commissione di gara, riportano ricavi pari alle sole fatture incassate e stanno ad indicare non il fatturato globale, bensì il volume d'affari;
- 2) violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., dell'art. 48 D. Lgs. n. 163/2006, della *lex specialis*; eccesso di potere per “sproporzionalità” ed ingiustizia manifesta, sostenendosi la non proporzione (con conseguente violazione del principio di *favor participationis*) del generale requisito di capacità economica (stabilito dal bando in una misura pari a più di 17 volte il prezzo a base d'asta), tanto più che gli adeguati profili di professionalità potevano essere già assicurati dall'ulteriore e specifico requisito dei servizi identici, resi per un importo di €5.500.000 nel triennio precedente;
- 3) violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., dell'art. 48 D. Lgs. n. 163/2006, della *lex specialis*; eccesso di potere per “sproporzionalità” ed ingiustizia manifesta: in via subordinata e limitatamente all'escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità di Vigilanza, disposte con il provvedimento di esclusione, se ne deduce l'illegittimità, in quanto sarebbe corretta la dichiarazione di Montenovi di possedere un fatturato globale d'impresa superiore a €7.500.000.

2. Si è costituita in giudizio Ferrara Arte S.p.A., sostenendo l'infondatezza del ricorso e, in particolare, la tardività del secondo mezzo di impugnazione, siccome rivolto avverso una clausola del bando, da impugnarsi immediatamente.

3. Con Ordinanza 22 novembre 2007, n. 813, questa Sezione così statuiva:

- riteneva non manifestamente infondate le censure formulate nel ricorso;
- accoglieva l'istanza cautelare “nel senso di sospendere l'efficacia del provvedimento impugnato, limitatamente alla segnalazione dell'esclusione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici”;
- fissava, per la trattazione della causa nel merito, l'odierna pubblica udienza.

In vista della quale, le parti costituite dimettevano memorie conclusive nelle quali ribadivano le rispettive argomentazioni.

4.1. Ciò premesso, il Collegio passa ad esaminare la domanda impugnatoria proposta dalla Società ricorrente, seguendo l'ordine con cui le censure che la sorreggono figurano in ricorso.

4.2. Il primo motivo si fonda su una pretesa distinzione tra fatturato e volume d'affari che, in realtà, non sussiste.

Basti solo considerare che il “Dizionario pratico dei termini tributari”, appositamente redatto dall'Agenzia delle Entrate, considera i due termini come sinonimi, siccome entrambi indicanti l'ammontare complessivo delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi, effettuate con riferimento a un anno solare, valido ai fini dell'Imposta sul valore aggiunto.

Si tratta di una definizione tratta dall'art. 20 del Testo Unico sull'IVA (D.P.R. n. 633/1972), secondo cui per “*per volume d'affari del contribuente si intende l'ammontare complessivo delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi dallo*

stesso effettuate, registrate o soggette a registrazione con riferimento a un anno solare”.

Si fa, insomma, riferimento all'<attività in concreto espletata> dal contribuente (cfr. Cassazione civile, sez. trib., 18 gennaio 2006, n. 912 e Cass. n. 235/1999), così come risultante dalle dichiarazioni IVA (ovvero dai bilanci dell'impresa): dichiarazioni IVA e/o bilanci sono, del resto, le uniche “fonti” riconosciute dalle stazioni appaltanti per dimostrare, sotto il profilo di un fatturato/volume d'affari minimo, la sussistenza o meno del requisito della capacità economica e finanziaria di cui all'attuale art. 41 D. Lgs. n. 163/2006 (è sufficiente scorrere, al riguardo, le univoche “risposte” ai quesiti - formulati sul punto dalle imprese concorrenti - rese pubbliche dalle principali stazioni appaltanti, in relazione ai diversi bandi emanati).

4.3. Non può, pertanto, condividersi la pretesa di parte ricorrente a che la verifica del suddetto requisito fosse condotta non sulla scorta di documenti ufficiali (bilanci o dichiarazioni IVA degli ultimi tre esercizi, come correttamente richiesto dalla Commissione di gara con nota 12.7.2007), bensì alla stregua di una erronea nozione di fatturato globale (che si vorrebbe far coincidere con quella di “fatturato incassato e non incassato”) e dei soli registri delle vendite (o c.d. libri IVA, peraltro prodotti in causa).

5.1. Così disatteso il primo mezzo di impugnazione, l'esame del secondo postula il superamento dell'eccezione di tardività dello stesso, sollevata da Ferrara Arte in quanto riferito a prescrizione della *lex specialis* della gara.

5.2. Al riguardo, il Collegio rileva che alla reiezione testé pronunciata del primo motivo si è, pur sempre, pervenuti sulla scorta di un percorso ermeneutico e che - non stabilendo espressamente la controversa clausola III.2.2. del bando (in materia di

capacità economica e finanziaria) la documentazione da cui dedurre la realizzazione nel triennio 2004-2006 degli importi minimi di fatturato globale d'impresa ivi indicati - potevano sussistere dei margini di incertezza in ordine al possesso o meno di siffatto requisito da parte dell'Impresa ricorrente, che nel triennio *de quo* aveva emesso (il che non è contestato in causa) un monte fatture (comprese quelle "sospese" ai fini IVA) per un importo complessivo (7.764.663,55 euro) superiore alla soglia minima di "fatturato globale d'impresa" (7.500.000.), fissata dal bando.

Si vuole con ciò dire che, in tali condizioni, non poteva considerarsi gravante sull'impresa un onere di immediata impugnazione del suddetto paragrafo del bando, siccome la stessa impresa poteva, comunque, non ritenere *a priori* assolutamente inevitabile e certa la propria esclusione.

5.3. Risulta, così, applicabile al caso di specie quell'orientamento giurisprudenziale che il Collegio condivide e secondo cui, a fronte di clausola illegittima, soprattutto se di dubbia interpretazione, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e, quindi, in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. Giur. 29 gennaio 2007, n. 7; Consiglio Stato, sez. V, 2 settembre 2005, n. 4465; Consiglio Stato, sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478).

Deve, dunque, ritenersi tempestiva l'impugnativa della clausola del bando in tema di capacità economica e finanziaria, proposta da Montenovi in uno con l'impugnazione del provvedimento (applicativo) di sua esclusione dalla gara.

5.4. La contestazione dell'anzidetto par. III.2.2., svolta con il secondo motivo, si rivela, poi, fondata.

Invero - come peraltro ripetutamente osservato (cfr. deliberazione 24.1.2007, n. 20 e parere 8.11.2007, n. 97) anche dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che svolge (anche) una funzione di interpretazione e orientamento per le stazioni appaltanti, come è Ferrara Arte - la giurisprudenza amministrativa, con orientamento univoco, è dell'avviso che appartiene alla discrezionalità della stazione appaltante fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, "anche superiori rispetto a quelli previsti dalla legge essendo coesistente il potere-dovere di apprestare (attraverso la specifica individuazione dei requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare" (*ex multis* Cons. Stato 10.01.2007, n. 37)

Unico limite a detta insindacabilità della scelta, si rinviene allorché la stessa sia manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria, nonché lesiva della concorrenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14.12.2006 n. 7460; Cons. Stato, sez. V, 13.12.2005 n. 7081; Cons. Stato, sez. IV, 22.10.2004, n. 6967); la ragionevolezza dei requisiti non viene valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto.

Nella menzionata deliberazione n. 20/2007 (anteriore alla pubblicazione del bando *de quo*) detta Autorità ha, per esempio, rilevato come, al riguardo, il giudice amministrativo abbia ritenuto immotivata la fissazione, per un appalto di pulizie, dell'iscrizione al registro delle imprese per un importo superiore a cinque volte il

valore dell'appalto, ovvero, in relazione al fatturato, per un importo nove volte superiore al valore dell'appalto.

Proseguendo per questa via di avvicinamento per approssimazioni progressive all'individuazione del punto di tensione tra razionalità non sindacabile ed illogicità censurabile, il Collegio soggiunge, per parte sua, che tanto l'Autorità (deliberazione n. 20/2007 cit.), quanto il Giudice amministrativo (Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 348) ritengono non incongrua né limitativa dell'accesso alla gara la richiesta di un fatturato, nel triennio pregresso, sino al doppio dell'importo posto a base della stessa.

Lo stesso G.A. stima, invece, irrazionale, eccessiva e sproporzionata, la richiesta di un importo eccedente di circa sette volte l'oggetto del contratto (si veda la decisione coeva e della stessa Sez. V, 23 gennaio 2006, n. 206); ovvero illegittima la clausola del bando di gara che prevede, a dimostrazione del possesso del requisito di capacità economico-finanziaria, un fatturato dell'ultimo triennio che si attesti su una soglia minima pari a più di quindici volte l'ammontare dell'importo posto a base dell'appalto (T.A.R. Lecce, sez. II, 2 gennaio 2008, n. 1).

5.5. Nella fattispecie, l'importo a base d'asta è, come detto, pari ad euro 450.000, mentre il bando richiede, sotto la voce "capacità economica e finanziaria", l'aver realizzato nell'ultimo triennio un fatturato globale d'impresa pari ad almeno 7.500.000 euro, equivalente cioè - come esattamente evidenziato dalla Società ricorrente nel secondo motivo - ad oltre 17 volte il prezzo a base d'asta.

Per quanto esposto al precedente capo 5.4., tale misura va considerata eccedente gli usuali limiti di ragionevolezza individuati in materia dalla giurisprudenza

amministrativa e confliggente con il principio di proporzionalità, la cui violazione è puntualmente dedotta con la censura all'esame.

5.6. Pertanto, tale censura va accolta e, per l'effetto, l'impugnato par. III.2.2. del bando 30.5.2007 va annullato.

In via derivata, ne consegue l'illegittimità e l'annullamento del relativo provvedimento applicativo 24 luglio 2007, di esclusione di Montenovi dalla gara, di escussione della cauzione provvisoria e di segnalazione dell'impresa all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

5.7. In via ulteriormente consequenziale, ciò determina l'improcedibilità del successivo terzo motivo, formulato in via espressamente subordinata e limitata alla suddette escussione e segnalazione.

5.8. Conclusivamente sul punto, la domanda impugnatoria proposta dalla Società ricorrente va accolta nei sensi che precedono.

6. Va invece disattesa, per genericità, la domanda risarcitoria formulata dalla medesima Società nel ricorso introduttivo, con riserva di quantificazione in corso di causa, quantificazione, tuttavia, successivamente non effettuata: anzi, la memoria conclusiva - dimessa il 20 marzo 2007 dalla medesima Società - neppure più contempla la richiesta di condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

7. L'anzidetto esito complessivo della controversia (accoglimento non integrale delle censure di legittimità svolte; reiezione della domanda risarcitoria) induce il Collegio a regolare le spese di lite come segue:

- a) le spese afferenti diritti ed onorari di difesa possono essere compensate tra le parti costituite;

b) il contributo unificato, anticipato dalla parte ricorrente, va posto a carico della stazione appaltante che ha dato origine alla controversia, assumendo i provvedimenti annullati dalla presente pronuncia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per l'Emilia-Romagna, Sezione I, così decide in ordine al ricorso in premessa:

- 1) accoglie la domanda impugnatoria nei sensi di cui in motivazione e, conseguentemente, annulla il bando di gara ed il provvedimento 24.7.2007 in epigrafe;
- 2) respinge la domanda risarcitoria;
- 3) compensa, tra le parti costituite, le spese di lite afferenti diritti ed onorari di difesa;
- 4) pone a carico di Ferrara Arte S.p.A. il contributo unificato, anticipato dalla parte ricorrente;
- 5) ordina alla medesima Ferrara Arte S.p.A. di versare alla Ditta ricorrente l'importo pari al suddetto contributo unificato e di restituire la cauzione provvisoria incamerata per effetto del provvedimento 24.7.2007, come sopra annullato *sub* 1.

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

Così deciso in Bologna il 27 marzo 2008.

Presidente f.to Calogero Piscitello

Cons. rel. est. F.to Giorgio Calderoni

Depositata in Segreteria in data 11.4.2008

Bologna, li 11.4.2008

Il Segretario

f.to Livia Monari