



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sez. 1[^] bis – ha
pronunciato la seguente

Sent. n.

Anno 2006

R.g. n.

anno 2005

SENTENZA

sul ricorso 11062/2005 proposto dalla Società ME.CO.SER. –
Mediterranea Containers Service S.p.a., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, giusta
mandato a margine dell'atto introduttivo, dagli avv.ti Andrea
Orefice e Vittorio Scaringia, con cui è elettivamente domiciliata
presso lo studio dell'avv. Gian Marco Grez, in Roma, Lungotevere
Flaminio, n. 46,

contro

il MINISTERO della Difesa, in persona del Ministro pro tempore,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso
cui è domiciliato ex lege, in Roma, v dei Portoghesi, n. 12,

per l'annullamento, previa sospensione,

- della nota prot. n. 3/1106 del 16 novembre 2005, recante
comunicazione di non ammissione della ricorrente alla
licitazione privata per la fornitura di materiali campali di
varia tipologia e serie mobili metallici posto letto AU/AS;
- della nota prot. n. 3/1419 del 24 novembre 2005;

- della nota prot. n. 23875 del 31/10/2005, con cui è stata fissata per il 6/12/2005 la data per l'esperimento della gara;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso;

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione della Difesa;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visto il decreto presidenziale n. 7009/2005 del 2 dicembre 2005;

Vista l'ordinanza n. 7608/2005 del 22 dicembre 2005;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis, legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000 n. 205;

Designato relatore alla pubblica udienza del 1° febbraio 2006 il Consigliere Donatella Scala;

Uditi l'avv. Buccellato, in sostituzione dell'avv. Orefice, per la ricorrente;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Premesso di avere partecipato alla gara per licitazione privata indetta dal Ministero della Difesa per la fornitura di prodotti campali di varia tipologia e serie mobili metallici posto letto AU/AS, lotto A, per un importo complessivo di €. 2.928.000,00, I.V.A. esclusa,

impugna la società MECOSER S.p.a. la nota in epigrafe emarginata, con cui la stazione appaltante ha comunicato l'esclusione dalla partecipazione, atteso che "...dalla documentazione pervenuta di cui all'art. 22/c della Direttiva CEE 93/96 emerge un'insufficiente potenzialità economica in relazione all'entità del lotto in gara"; è oggetto di impugnativa anche la nota successivamente comunicata, in ragione della quale sono state meglio articolate e precisate le ragioni dell'esclusione, essendo stato ritenuto inadeguato sia il fatturato medio dell'ultimo triennio, inferiore all'importo a base d'asta, sia quello specifico annuale, pure inferiore, ancorchè le referenze bancarie esibite assicurassero un giudizio favorevole circa l'affidabilità della ditta, a garantire la sufficienza della potenzialità economica, avuto riguardo anche ai tempi di fornitura come espressamente indicati nel bando.

Ha, pertanto, affidato ai seguenti profili di censura le proprie doglianze, variamente articolandole:

- 1) Violazione dell'art. 13, D. lgs. 358/1992; dell'art. 22, Direttiva Comunitaria 93/36 del 14/06/1993; del bando di gara; eccesso di potere, sviamento, contraddittorietà.**
- 2) Violazione dell'art. 13, D. lgs. 358/1992; dell'art. 22, Direttiva Comunitaria 93/36 del 14/06/1993; del bando di gara; eccesso di potere, sviamento, contraddittorietà, violazione del principio del *favor admissionis*.**

In assenza di ulteriori specificazioni nella *lex specialis*, questa avrebbe dovuto essere interpretata nel senso della obbligatorietà del

raggiungimento di un fatturato complessivo nel triennio pari all'importo a base d'asta, con conseguente illegittimità dell'esclusione della ricorrente, che ha dimostrato un fatturato complessivo, nel triennio precedente la pubblicazione del bando, pari ad €. 3.838.000,00, superiore, dunque, all'importo dell'appalto. Ancora, sarebbe illegittima l'interpretazione estensiva della clausola del bando relativa a requisito di partecipazione, con l'effetto di limitare, in assenza di espressa disposizione al riguardo, la partecipazione alla procedura di gara, in violazione del generale principio della più ampia partecipazione.

Il rinvio operato nel bando di gara alla norma comunitaria – che prevede espressamente la possibilità di comprovare la capacità economica e finanziaria attraverso l'indicazione alternativa delle dichiarazioni bancarie o della documentazione relativa al fatturato globale nel triennio – avrebbe dovuto indurre il seggio di gara a ritenere provata la capacità finanziaria della ricorrente in presenza di taluni degli atti idonei a tali fini.

Sarebbe, infine, apodittica l'affermazione dell'Amministrazione appaltante circa l'impossibilità per la ricorrente di realizzare la fornitura nei tempi contemplati dal bando, siccome non supportata da elementi oggettivi, ed in assenza di istruttoria sul punto, che, ove condotta, avrebbe evidenziato come la ricorrente stessa abbia soddisfatto analoga fornitura, quanto a tipologia, ma per un numero di colli di gran lunga superiore a quello relativo alla gara de qua.

Conclude la parte ricorrente per l'accoglimento del gravame, con annullamento degli atti con lo stesso impugnati.

Si è costituito l'intimato Ministero, a mezzo dell'Avvocatura Generale dello Stato, che, con memoria difensiva, ha eccepito contro deduzioni di merito, concludendo per il rigetto del ricorso avversario.

Alla Camera di Consiglio del 22 dicembre 2005, fissata per la trattazione della domanda cautelare con decreto presidenziale n. 7009/2005 del 2 dicembre 2005, è stata adottata l'ordinanza n. 7608/2005, con cui è stata fissata la discussione nel merito del ricorso in epigrafe.

Alla pubblica udienza del 1° febbraio 2006, è dunque giunta la trattazione nel merito del ricorso, e la causa è stata dal Collegio trattenuta a sentenza.

DIRITTO

Impugna la società Mecoser l'esclusione dalla gara per licitazione privata per la fornitura di materiali campali di varia tipologia e serie mobili metallici posto letto AU/AS, in ragione della ritenuta inadeguatezza del fatturato globale riferito al triennio, ed allo specifico settore - in entrambi i casi inferiore rispetto al valore dell'appalto, pari ad €. 2.928.000,00, I.V.A. esclusa - quale necessario indice della potenzialità economica e produttiva.

Sostiene la parte ricorrente, a fondamento della propria tesi difensiva, che in assenza di ulteriori specificazioni della lex specialis, la stessa avrebbe dovuto essere interpretata, invece, nel

senso della obbligatorietà del raggiungimento di un fatturato complessivo nel triennio pari all'importo a base d'asta.

Il collegio ritiene condivisibile l'assunto attoreo.

L'Amministrazione della Difesa, nell'elaborare la clausola del bando di gara relativa alla individuazione dei requisiti di partecipazione, sotto il profilo della capacità economica e finanziaria, si è limitata ad indicare, quale prescrizione a pena di esclusione, la presentazione della documentazione prescritta dall'art. 22, lettere a) e c) della Direttiva 93/36 CEE.

La clausola del bando, dunque, non si presta a difficoltà interpretative, atteso il mero rinvio, nella stessa contenuto, alla normativa comunitaria, che individua le modalità ritenute idonee al fine di comprovare la capacità economica, anche attraverso l'attestazione relativa al fatturato globale e specifico conseguito nell'ultimo triennio.

L'art 22, della Direttiva 93/36 CEE, fra le diverse modalità ivi previste, stabilisce infatti, per i fini di interesse, alla lettera a) idonee dichiarazioni bancarie, ed alla lettera c) una *dichiarazione del fatturato globale dell'impresa e del fatturato per le forniture cui si riferisce l'appalto, relativo agli ultimi tre esercizi finanziari.*

La ratio della prescrizione in parola, è, evidentemente, quella di ancorare l'affidabilità astratta di un'impresa al contestuale possesso di una pregressa esperienza qualitativa e quantitativa acquisita nel tempo.

Peraltro, il diritto comunitario non preclude alle amministrazioni appaltanti di integrare i requisiti di capacità economico-finanziaria, indicati solo in modo esemplificativo ed alternativo dalla norma di cui sopra, anche mediante la previsione della necessaria compresenza di tutte le modalità ivi previste, ovvero, di ulteriori elementi dimostrativi, sempre che ciò avvenga nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità in relazione alla finalità di assicurare la libera concorrenza.

Sul punto è stato osservato che la possibilità, per la stazione appaltante, di prevedere in sede di bando requisiti di partecipazione più severi rispetto a quelli indicati nelle pertinenti norme, deve essere svolta in maniera tale da non porre criteri discriminanti, illogici e sproporzionati rispetto alla specificità del servizio oggetto dell'appalto, per non restringere (in maniera altrettanto discriminante, illogica ed irrazionale) oltre lo stretto indispensabile il potenziale numero degli aspiranti concorrenti (cfr. in proposito Cons. Stato V, 1 ottobre 2003 n. 5684).

Nel caso in esame, invero, la stazione appaltante non ha fatto ricorso alla detta possibilità, limitandosi ad un mero rinvio delle prescrizioni previste dalla direttiva CEE, e richiedendone cumulativamente due in particolare, salvo, in sede di gara, ritenere l'inidoneità del fatturato presentato in relazione a limiti ritenuti adeguati alla commessa da appaltare, che, seppure astrattamente ammissibili, non risultano specificamente indicati in via preventiva nella lex di gara.

Osserva il Collegio che se il contenuto precettivo della norma comunitaria, come peraltro ripresa dall'art. 13 del D. lvo n. 358/92, è quello di imporre all'amministrazione, nel rispetto del principio della trasparenza, nonché a garanzia della par condicio dei singoli partecipanti, la predeterminazione, in sede di redazione di bando, degli elementi sui quali essa procederà ad effettuare la verifica dell'affidabilità economica e finanziaria dei concorrenti rispetto alla fornitura che intende appaltare per pervenire all'aggiudicazione dell'appalto secondo criteri oggettivi (cfr. Cons. Stato IV, 29 ottobre 2002 n. 5941), non è però possibile procedere ad una restrizione degli elementi di valutazione tale da implicare meccanicisticamente l'esclusione di imprese che invece, alla stregua di uno spettro più ampio di criteri valutativi, quali tutti quelli stessi normativamente previsti dal citato art. 13 - quale precipitato della normativa di matrice comunitaria - sarebbero comunque risultate in possesso della prescritta capacità economica e finanziaria e, quindi, affidabili in ordine all'ottimale svolgimento del servizio oggetto dell'appalto.

Diversamente argomentando, la verifica della capacità economica e finanziaria, sia pure ancorata a criteri oggettivi e predeterminati, si risolverebbe in una irrazionale limitazione della libertà di concorrenza e di iniziativa economica privata a discapito di imprese in realtà obiettivamente affidabili.

Tanto più i detti principi hanno una indubbia rilevanza quando, come nel caso di specie, l'Amministrazione abbia omissis una

ulteriore attività di predeterminazione dei criteri di valutazione, affidandosi a quelli indicativamente previsti dalle norme di settore, non potendo poi, in sede di gara, ritenersi legittimata ad introdurre più rigorosi parametri, risultando tale *modus procedendi*, seppure astrattamente teso a garantire l'interesse ad una preliminare verifica dell'affidabilità economica delle imprese partecipanti, in contraddizione con quello di garanzia della più ampia partecipazione alle gare pubbliche e dell'effettività della libertà di concorrenza.

D'altro canto, la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo, cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando, residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento, che non può pertanto in alcun modo essere disattesa, essendosi la stessa Amministrazione autovincolata all'osservanza della stessa al momento della redazione del bando.

A quanto sopra consegue l'illegittimità dei gravati atti di esclusione, adottati in applicazione di un più rigoroso criterio di valutazione - fatturato medio annuo pari all'importo di gara - non previsto dalla lex di gara, senza invece tenere in debito conto, in coerenza con le prescrizioni di gara, che la società ricorrente ha dimostrato di possedere un fatturato globale e specifico, complessivamente ottenuto nel triennio antecedente, superiore all'importo di fornitura,

nonchè idonee referenze bancarie, e su cui anzi l'Amministrazione stessa si è pronunciata favorevolmente.

Consegue alle condotte argomentazioni l'accoglimento della proposta impugnativa, imponendosi, quale conseguenza di tale decisione, l'annullamento della nota prot. n. 3/1106 del 16 novembre 2005, recante comunicazione di non ammissione della ricorrente alla licitazione privata per la fornitura di materiali campali di varia tipologia e serie mobili metallici posto letto AU/AS, e della successiva nota di chiarimenti del 24 novembre 2005.

Rimangono ovviamente riservate all'Amministrazione le consequenziali determinazioni al riguardo, dovendosi precisare che la rinnovazione, ovvero, la prosecuzione dell'iter procedimentale, dovrà essere condotto previa riammissione in gara della società ricorrente.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione I-bis, accoglie il ricorso in epigrafe, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti di esclusione dalla licitazione privata per la fornitura di materiali campali di varia tipologia e serie mobili metallici posto letto AU/AS in data 16 novembre e 24 novembre 2005, con lo stesso impugnati.

Condanna la resistente Amministrazione della Difesa, nella persona del Ministro p.t., al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente, liquidate nella somma di € 2.000/00 (duemila).

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

Così deciso in Roma il 1° febbraio 2006, in Camera di consiglio, con l'intervento dei sigg. magistrati:

Dott. Elia Orciuolo	- Presidente
Dott. Roberto Politi	- Consigliere
Dr.ssa Donatella Scala	- Consigliere, est.
IL PRESIDENTE	L'ESTENSORE