

N. 01036/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00158/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso R.G. n. 158 del 2017, proposto da St Protect s.p.a, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Max Diego Benedetti, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, alla via Giovanni Prati n. 12 (PEC: maxdiego.benedetti@milano.pecavvocati.it);

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Capitaneria di Porto di Bari, Direzione Marittima, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Bari e presso la stessa domiciliati in Bari, alla via Melo n. 97;

per l'annullamento

- del provvedimento del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Capitaneria di Porto di Bari, Direzione Marittima, emesso in data 11.1.2017, di non ammissione alla procedura aperta n. 6545513 (CIG 6836470184), per l'acquisto di n. 265 giubbotti antiproiettile galleggianti, unitamente a tutte le statuizioni e valutazioni ivi previste;
- ove occorra, della comunicazione recante l'informativa di mancata ammissione alla gara;

- ove occorra, del provvedimento del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Capitaneria di Porto Bari, Direzione Marittima, recante la statuizione di mancata aggiudicazione dell'appalto per assenza di offerte;
 - del verbale della Commissione di gara, datato 11.1.2017, recante la proposta di non ammissione per asserito difetto del requisito di capacità tecnica e professionale, unitamente a tutte le statuizioni e valutazioni ivi contenute;
 - del verbale della Commissione di gara in data 20.12.2016, nella parte in cui, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito di capacità tecnico-professionale, la Commissione ha chiesto l'esplicitazione di una precedente analoga fornitura, distinguendo il valore delle singole componenti dei giubbotti antiproiettile;
 - del conseguente foglio n. 59833 del 20.12.2016, con cui il R.U.P. ha dato esecuzione alle predette statuizioni della Commissione di gara in data 20.12.2016;
 - del foglio n. 214 del 3.1.2017, con cui il R.U.P. ha ritenuto che la ricorrente non avesse dato prova del requisito di capacità tecnico-professionale del fatturato riferito agli ultimi tre anni precedenti la gara e ha chiesto contestualmente l'esibizione di fatture riferite agli anni 2013, 2014 e 2015 e solo alla fornitura di giubbotti antiproiettile, nei termini di cui infra;
 - ove occorra, in via espressamente gradata e nei termini di cui infra, dell'articolo 5.5 del bando di gara e degli articoli 5 e 11 del disciplinare di gara;
- nonché per la condanna della resistente al risarcimento dei danni, mediante reintegrazione in forma specifica con l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore e contestuali sottoscrizione del contratto e immediato subentro, di cui si fa istanza e -in subordine- per equivalente, con riserva di specificazione e quantificazione in corso di causa o, comunque, da determinarsi in via equitativa secondo il prudente apprezzamento del Tribunale adito;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2018 il dott. Lorenzo Ieva e uditi per le parti i difensori avv. Michele Dionigi, su delega orale dell'avv. Max Diego Benedetti e avv. dello Stato Lucia Ferrante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Capitaneria di porto di Bari, Direzione marittima, dell'Amministrazione della Difesa bandiva una procedura aperta, la n. 6545513 (CIG 6836470184), per l'acquisto di n. 265 giubbotti antiproiettile galleggianti (bando pubblicato nella Gazz. Uff. del 26.10.2016 n. 124).

Perveniva l'unica offerta da parte della ST Protect s.p.a., con sede legale in Broni (PV).

Purtuttavia, l'Amministrazione – dopo aver esperito il cd. *soccorso istruttorio* per richiedere alcuni chiarimenti documentali – statuiva la non ammissione per difetto del requisito della *capacità tecnico-professionale*, riferita allo svolgimento di forniture analoghe a quelle di gara, per un volume di affari pari ad almeno €. 397.500,00, come richiesto dal bando di gara.

Con ricorso depositato in data 17.2.2017, ST Protect s.p.a. lamentava l'illegittima ed irragionevole mancata ammissione alla procedura aperta, per l'asserito difetto del requisito *de quo*, in quanto in realtà maturato, nel triennio precedente la gara, al contrario di quanto sostenuto dall'Amministrazione con l'atto impugnato.

In via gradata, la società ricorrente contestava il bando di gara, ove interpretato nei termini restrittivi di cui al provvedimento di esclusione; interpretazione alla stregua

della quale si esigeva che il requisito andasse maturato nel triennio 2013, 2014 e 2015 anziché nel triennio precedente la gara, bandita a ottobre 2016.

L'Avvocatura di Stato si costituiva per l'Amministrazione, con solo atto formale, richiedendo il rigetto del ricorso, nulla deducendo nel merito, neanche con successiva memoria. Come di rito venivano depositati gli atti ed i documenti di procedura di gara.

Alla camera di consiglio del 7.3.2017, al sommario esame possibile in sede cautelare, il gravato provvedimento dell'Amministrazione non veniva sospeso, stante il riferimento letterale del bando alla mera cd. "fatturazione" richiesta dall'Amministrazione per la dimostrazione della capacità tecnico-professionale nel triennio 2013, 2014 e 2015.

All'udienza pubblica del 10.5.2018, il ricorso è stato discusso ed indi concesso un breve rinvio per la richiesta di chiarimenti sullo stato della procedura della gara.

Dai chiarimenti è emerso che l'Amministrazione, nelle more del giudizio, non abbia proceduto ad alcuna aggiudicazione definitiva, sicché non consta che sia stato sottoscritto alcun contratto per l'acquisizione dei giubbotti antiproiettile oggetto del bando per cui è causa. Né risulta la revoca della procedura di gara indetta.

Alla successiva udienza pubblica del 22.5.2018, sentiti i difensori, presenti come da verbale di causa, il Collegio introitava il ricorso in decisione.

DIRITTO

Ad un più approfondito esame, il ricorso appare fondato e va accolto nei termini di cui alla seguente motivazione.

Il punto focale della controversia è incentrato sulla corretta interpretazione della normativa in materia di requisiti – concettualmente distinti – della capacità economico-finanziaria e della capacità tecnico-professionale, di cui all'art. 83 d.lgs n. 50 del 2016 s.m.i., richiesti all'operatore economico offerente.

La cd. *capacità economico-finanziaria* misura la solidità patrimoniale e soprattutto economico-finanziaria dell'offerente ed è comprovabile, ai sensi di quanto disposto dall'Allegato XVII, parte I, del d.lgs n. 50 cit., attraverso la valutazione: *a)* di idonee dichiarazioni bancarie o coperture assicurative; *b)* di bilanci o conti economici presentati; *c)* di un dato fatturato minimo dichiarato e maturato al massimo negli ultimi tre esercizi disponibili.

La cd. *capacità tecnico-professionale*, invece, è funzionale a valutare l'idoneità dell'offerente ad effettuare, a regola d'arte e con buon esito, quella data attività, fornitura od opera che si vuole porre ad oggetto dell'appalto pubblico ed è comprovabile, ai sensi di quanto disposto dall'Allegato XVII, parte II, del d.lgs n. 50 cit., attraverso l'acquisizione di una variabile tipologia di dichiarazioni da parte dell'operatore economico, tra cui l'elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati, di norma, negli ultimi tre anni precedenti la gara, con indicazione degli importi, date e destinatari.

Orbene, è chiaro che se il documento fiscale della fattura singola, che contiene indicazioni riguardo alla prestazione effettuata, e la indicazione di un dato ammontare di cd. fatturazione globale possano ben valere a dimostrare un *flusso finanziario* ed una certa liquidità dell'operatore economico, da cui si possa inferire la stabilità e solidità economica, la dimostrazione del diverso requisito della capacità tecnico-professionale, passa per l'esibizione dell'elenco delle principali forniture quali risultanti dal certificato di regolare esecuzione, o di atti similari, idonei ad attestare inequivocabilmente il buon esito degli appalti precedenti eseguiti e, quindi, a supportare la dimostrazione della *capacità tecnica*.

Peraltro, i tempi di cd. fatturazione ed i tempi di collaudo, verifica di conformità ed attestato di regolare esecuzione *et similia* sono "disallineati", perché così è previsto dalla normativa di settore ed è quanto accade nella prassi delle procedure di appalto pubblico. Inoltre, in materia di contabilità d'appalto, l'art. 102, commi 2 e

4, del d.lgs. 50 del 2016 prevede che il pagamento del corrispettivo della fornitura avvenga solo a seguito dell'attestazione di regolare esecuzione da parte del direttore dell'esecuzione; indi, la cd. fatturazione fiscale, effettuata in un momento diverso, non può costituire l'unico documento utile a provare il requisito in parola. Posto che i sopra esposti due requisiti di capacità sono concettualmente diversi e vanno diversamente provati, assumendo la cd. fatturazione valenza di *criterio principale* per la dimostrazione del requisito di capacità finanziaria ed invece, al limite, valenza di *criterio presuntivo*, per saggiare il requisito di capacità tecnica, l'Amministrazione, in via generale, non può collegare i detti due requisiti, stabilendo un unitario strumento di prova.

Il disciplinare di gara, mentre per il requisito della capacità economico-finanziaria richiede la dimostrazione di un fatturato globale non inferiore al valore a base d'asta negli ultimi tre esercizi disponibili (2013, 2014 e 2015), per il requisito della capacità tecnico-professionale fa riferimento ad un ammontare non inferiore al valore a base d'asta con riferimento, agli ultimi tre anni precedenti la gara, da computarsi a ritroso, a partire dalla data di pubblicazione del bando di gara nella Gazzetta ufficiale (fine ottobre 2016).

La giurisprudenza formatasi e consolidatasi in costanza del vecchio art. 42 del d.lgs. n. 163 del 2006 s.m.i., in considerazione del dato testuale, aveva chiarito che il triennio da considerarsi per la verifica della sussistenza del requisito minimo stabilito dalla legge di gara ai fini della verifica della capacità tecnica fosse quello effettivamente precedente la data di pubblicazione del bando e non già lo stesso periodo solare/esercizio finanziario dal 1° gennaio, invece rilevante per il diverso requisito della capacità economico-finanziaria (cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. III, 2.7.2015 n. 3285 e Cons. St., Sez. VI, 6.5.2014 n. 2306).

Il nuovo cd. Codice dei contratti (d.lgs n. 50 del 2016) mantiene invariata la tradizionale distinzione tra il “*fatturato [...] al massimo per gli ultimi tre esercizi*

disponibili? (*rectius*: esercizi finanziari) per la valutazione della capacità economico-finanziaria dell'operatore economico offerente (All. XVII, parte I, lett. *c*), del d.lgs n. 50 cit.) e le “*principali forniture [...] negli ultimi tre anni*” precedenti la pubblicazione del bando per l'apprezzamento della capacità tecnico-professionale dello stesso (All. XVII, parte II, lett. *a*), punto ii), del d.lgs n. 50 cit.); motivo per cui, le precedenti acquisizioni giurisprudenziali possono essere estese alle nuove disposizioni.

Peraltro, per quanto qui rileva, l'art. 86, co. 1 e 3, d.lgs n. 50 citato stabilisce che la cd. *capacità tecnico-professionale* possa essere dimostrata tramite “*qualsiasi mezzo idoneo documentale*”, che attesti il positivo compimento di un volume di forniture analoghe a quello richiesto entro il triennio precedente la gara.

Orbene, nel caso di specie è in discussione, come da motivazione del provvedimento di mancata ammissione alla gara dell'unico offerente, la insufficiente prova del requisito della cd. *capacità tecnico-professionale* non essendo state computate nel complessivo ammontare tutte le esibite fatture.

In particolare, va considerata, ai fini del raggiungimento del requisito, al contrario di quanto sostenuto illegittimamente dall'Amministrazione, oltre alla fattura n. 1890 del 12.12.2014 (fornitura all'Assessorato della difesa dell'ambiente della Regione Sardegna per €. 125.463,87), certamente la fattura n. 35/B del 24.3.2016 (fornitura al Corpo forestale dello Stato per €. 417.365,40), afferente a fornitura svoltasi nel triennio precedente alla pubblicazione del bando *de quo*.

Ergo, il requisito posseduto, considerata la somma algebrica degli importi delle due menzionate fatture, supera di gran lunga il requisito richiesto dal bando, ossia l'espletamento di forniture per un minimo di €. 397.500,00 negli ultimi tre anni antecedenti alla indizione della gara di appalto; pertanto, la società unica offerente, ST Protect s.p.a., sotto tale specifico profilo, in realtà, andava ammessa alla gara.

Il gravame va dunque accolto, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione da adottarsi nel prosieguo della gara stessa.

Le spese in ragione della particolare complessità della fattispecie vanno compensate, salvo l'onere del pagamento del contributo unificato che, ai sensi dell'art. 13, co. 6 *bis*, del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 s.m.i., è posto necessariamente, in via definitiva, a carico della parte soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sez. II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giacinta Serlenga, Presidente FF

Donatella Testini, Referendario

Lorenzo Ieva, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lorenzo Ieva

IL PRESIDENTE
Giacinta Serlenga

IL SEGRETARIO