

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 23 agosto 2004 n. 5582 - *Pres. Frascione, Est. Buonvino* - Impresa Fonditore (Avv. Barberis) c. Comune di Roma (Avv. Graziosi) e Impresa SOCAP (n.c.) - (annulla T.A.R. Lazio, Sez. II, 5 maggio 2003, n. 3841).

1. Contratti della P.A. - Gara - Verifica a campione - *Ex art. 10, comma 1 quater*, della L. n. 109/1994 - Dimostrazione del possesso dei requisiti - In mancanza di apposita disciplina del bando - Va data con documentazione amministrativa idonea a ingenerare nel committente l'affidamento circa l'effettivo possesso dei requisiti di idoneità tecnico-economica indicati nel bando - *Fattispecie*.

2. Contratti della P.A. - Bando - Requisiti - Riferimento al quinquennio precedente - Decorrenza del periodo quinquennale - In mancanza di apposita disciplina del bando - Dalla data di pubblicazione dell'avviso di gara).

1. Nel caso in cui la P.A. appaltante proceda ai sensi dell'art. 10, comma 1 *quater*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (comma aggiunto dall'art. 3 della legge 18 novembre 1998, n. 415), alla verifica a campione ed il bando di gara non contenga alcuna indicazione circa i documenti da presentare a riprova dei requisiti dichiarati, deve ritenersi - in omaggio al principio della massima libertà di dimostrazione dei requisiti per accedere all'appalto - che i concorrenti, a comprova delle dichiarazioni fornite in sede di gara, possano produrre qualsiasi documentazione amministrativa idonea a ingenerare nel committente l'affidamento circa l'effettivo possesso dei requisiti di idoneità tecnico-economica indicati nel bando; è conseguentemente illegittima l'esclusione disposta dalla P.A. appaltante perchè la impresa sottoposta a verifica non ha prodotto per la dimostrazione della cifra d'affari le dichiarazioni IVA, dovendosi invece ritenere vevoli a dimostrare il possesso di tale requisito anche le dichiarazioni IRPEF, appositamente trasmesse dall'impresa e attestanti che quest'ultima aveva prodotto, nel quinquennio di riferimento, una cifra d'affari di gran lunga superiore al valore minimo richiesto dalla stazione appaltante (1).

2. Nel caso in cui il bando richieda la prova di un requisito (nella specie si trattava del requisito della cifra d'affari) con riferimento al quinquennio precedente, tale disposizione va intesa, in mancanza di apposita disciplina del bando, nel senso che il periodo considerato sia da individuarsi nell'ultimo quinquennio antecedente la pubblicazione dell'avviso di gara.

(1) Ha osservato in proposito la Sez. V che l'art. 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109/1994 precisa, tra l'altro, che il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, va comprovato presentando la documentazione indicata nel bando stesso o, in caso di licitazione privata, nella lettera di invito

Nella specie (si trattava di una gara per asta pubblica), tuttavia, una precisa indicazione in tal senso non era contenuta nel bando di gara.

In assenza, nel bando, di una precisa indicazione nei sensi ora detti, la P.A. appaltante non poteva, quindi, limitare la dichiarazione attestante il requisito della cifra d'affari alla sola dichiarazione IVA, dovendo estendere la possibilità di comprovare il predetto requisito anche a documentazione differente e più ampia; si tratta, del resto, dell'applicazione degli ordinari principi di trasparenza dell'azione amministrativa, in base ai quali non può essere posta in essere attività di natura anche solo latamente sanzionatoria in presenza ed in funzione di norme della *lex specialis* della gara sostanzialmente equivoche o, comunque, non sufficientemente univoche e, come tali, da interpretarsi in termini conformi alla disciplina normativa di carattere generale e nel *favor* tendenziale del soggetto privato interessato al buon esito della procedura e della più ampia partecipazione di concorrenti.

F A T T O

1) - Con la sentenza appellata il TAR ha respinto il ricorso proposto dall'ATI qui appellante per l'annullamento:

- della nota del Segretariato generale, II Direzione, Ufficio contratti, del 24 dicembre 1999, con la quale il Comune di Roma ha ritenuto la ricorrente priva dei requisiti di qualificazione alla gara, escludendola da questa e disponendo l'incameramento del deposito cauzionale provvisorio prestato a garanzia dell'offerta;

- del bando di gara con cui è stata indetta l'asta pubblica;

- del provvedimento di aggiudicazione della gara e di ogni altro provvedimento, emesso o emanando, connesso, conseguente o presupposto.

In particolare, il Comune di Roma indiceva un'asta pubblica, ai sensi del r.d. 21 maggio 1924, n. 827, per l'affidamento dell'appalto dei lavori di manutenzione ordinaria dei fabbricati di proprietà comunale ricadenti nel territorio della Circostrizione VIII, relativamente al periodo 1 settembre 1999 - 31 dicembre 2001, per un importo pari a £. 3.930.000.000.

Nell'avviso di gara era richiesta l'iscrizione alla categoria G1 dell'Albo nazionale dei costruttori per una classifica di £. 6.000.000.000 e, tra gli ulteriori requisiti richiesti, il possesso di una cifra d'affari, riferita all'ultimo quinquennio, non inferiore a un valore pari ad 1,50 volte l'importo a base d'asta.

L'associazione di imprese, costituita dall'impresa Fonditore Federico e dalle ditte Cappucci Cesare e Chiodetti Lorenzo, partecipava all'asta pubblica, dichiarando il possesso dei requisiti di idoneità tecnico-economica indicati nell'avviso di gara. Sennonché il Comune, effettuando un controllo a campione dei requisiti dei partecipanti, ai sensi dell'art. 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109/1994, riteneva l'impresa non in possesso del requisito relativo alla cifra d'affari in lavori. Conseguentemente, con nota del 24 dicembre 1999, escludeva l'impresa dalla gara e disponeva l'incameramento della cauzione provvisoria in proposito prestata, dandone segnalazione all'Albo nazionale costruttori.

Avverso tale provvedimento è insorta l'impresa ricorrente, con atto notificato tra il 31 gennaio e il 9 febbraio 2000, deducendone l'illegittimità per eccesso di potere e violazione di legge sotto più profili e chiedendone, in via preliminare, la sospensione degli effetti.

L'intimata amministrazione comunale ha resistito al ricorso eccependone l'infondatezza.

Alla camera di consiglio dell'8 marzo 2000 l'istanza incidentale di sospensione dell'atto impugnato è stata respinta (ord. n. 9076/2000) e, il successivo 25 ottobre, la domanda di riesame di tale provvedimento negativo non ha trovato accoglimento (ord. n. 2072/2000); tale ultima decisione è stata, poi, riformata da questa Sezione con ordinanza n. 645 del 30 gennaio 2001, che ha accolto la domanda cautelare di sospensione avanzata in primo grado.

Con la sentenza in esame il TAR ha, poi, respinto il ricorso nel merito.

2) - Appella la sentenza l'ATI originaria ricorrente, che ne deduce l'erroneità sotto molteplici profili.

Resiste il Comune di Roma, insistendo per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza appellata.

Con ordinanza 7 ottobre 2003, n. 4278, la Sezione ha accolto l'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza appellata, "considerato che l'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994, aggiunto dell'art. 3 della legge 18-11-1998, n. 415, va inteso nel senso che il raffronto fra la dichiarazione e l'accertamento della veridicità deve essere condotto alla stregua dei requisiti specificatamente indicati nel bando".

Con memorie conclusionali le parti ribadiscono i rispettivi assunti difensivi

DIRITTO

1) - Il ricorso di primo grado era diretto a contestare l'applicazione, nei riguardi dell'impresa ricorrente - che ha partecipato, in qualità di capogruppo di imprese riunite, all'asta pubblica indetta dal Comune di Roma per l'appalto di lavori di manutenzione ordinaria di fabbricati di proprietà comunale - dell'art. 10, comma 1 *quater*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (comma aggiunto dall'art. 3 della legge 18 novembre 1998, n. 415).

Tale norma dispone: "i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono a un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7".

La *ratio* della norma - come pure rilevato dal TAR - è quella di scoraggiare, attraverso la verifica a campione delle dichiarazioni rese in sede di gara, la possibilità di formulazione di dichiarazioni non veritiere, tali da inficiare la correttezza della procedura intesa all'individuazione dell'aggiudicatario

Di tale disposizione ha fatto applicazione la stazione appaltante che, all'esito della verifica condotta sul campione del 10% dei concorrenti all'asta pubblica, ha ritenuto che l'impresa ricorrente non avesse dimostrato compiutamente le condizioni di idoneità tecnico-economiche, indicate nell'avviso di gara e dichiarate in sede di partecipazione a quest'ultima.

In particolare, come risulta dal provvedimento oggetto di gravame (di esclusione dalla gara e di incameramento della cauzione), l'insussistenza dei requisiti di qualificazione all'appalto è stata accertata nel modo che segue: "dalla verifica attuata si è riscontrato che l'impresa Fonditore, nell'ultimo quinquennio 1994-1998 ha prodotto una cifra d'affari globale e in lavori pari a £. 2.265.970.000, mentre in qualità di capogruppo doveva avere una cifra d'affari di £. 2.358.000.000 (pari al 40 % di 1,50 volte l'importo a base d'asta)."

2) - Con il primo motivo dell'originario ricorso veniva dedotta la violazione della predetta norma; si assumeva, in particolare, che il bando di gara non conteneva alcuna indicazione circa i documenti da presentare a riprova dei requisiti dichiarati e che, in conseguenza di tale mancata indicazione, doveva ritenersi - in omaggio al principio della massima libertà di dimostrazione dei requisiti per accedere all'appalto - che i concorrenti, a comprova delle dichiarazioni fornite in sede di gara, avrebbero potuto produrre qualsiasi documentazione amministrativa idonea a ingenerare nel committente l'affidamento circa l'effettivo possesso dei requisiti di idoneità tecnico-economica indicati nel bando; con la

conseguenza che l'idoneità a dimostrare il possesso dei requisiti dichiarati non avrebbe dovuto essere limitata, come preteso dalla stazione appaltante, alle sole dichiarazioni IVA, dovendosi invece ritenere valide a dimostrare il possesso del requisito *de quo* anche le dichiarazioni IRPEF, appositamente trasmesse dall'impresa e attestanti che quest'ultima aveva prodotto, nel quinquennio di riferimento, una cifra d'affari pari a £. 2.898.220.000, di gran lunga superiore al valore minimo richiesto dalla stazione appaltante.

Il TAR ha rigettato la censura.

Ha rilevato, in particolare, che essa muove da una premessa argomentativa - la mancata puntuale indicazione nel bando di gara della documentazione amministrativa idonea a dimostrare il possesso dell'idoneità tecnico-economica delle imprese partecipanti - che non trova conferma nella realtà fattuale in cui si iscrive la vicenda all'esame.

Invero - hanno osservato i primi giudici - in ordine al possesso del requisito della cifra d'affari dei lavori, il bando di asta pubblica, concernente l'affidamento dell'appalto in questione, richiedeva che esso fosse così attestato: "cifra d'affari in lavori, riferita all'ultimo quinquennio, derivante da attività diretta e indiretta dell'Impresa, *determinata* ai sensi art. 4, comma 2, lettere c) e d) del D.M. n. 172/89, non inferiore a 1,50 volte l'importo a base d'asta" (cfr. pag. 4 del bando); ebbene, quanto alle modalità dimostrative della cifra d'affari, l'art. 4, lett. c) del citato D.M. 9 marzo 1989, n. 172, recante l'approvazione del regolamento per l'attuazione della normativa in materia di Albo nazionale dei costruttori, stabiliva che esse fossero comprovate mediante la produzione "delle dichiarazioni annuali IVA da parte delle ditte individuali, società di persone, consorzi di cooperative e consorzi di imprese artigiane".

Poiché, quindi, il bando di gara recava una puntuale indicazione della documentazione da esibire per comprovare il possesso della cifra d'affari, non vi era dubbio, per il TAR, che l'impresa ricorrente, rientrando nel novero dei soggetti indicati nella precitata norma regolamentare, fosse vincolata alla dimostrazione del requisito con la modalità in proposito specificamente indicata; sicché legittimamente l'amministrazione comunale, in sede di verifica del possesso dei requisiti, ha richiesto per la cifra d'affari "le dichiarazioni annuali IVA con allegata fotocopia dei versamenti effettuati".

3) - Per l'appellante tale conclusione sarebbe erronea in quanto il bando non avrebbe recato l'indicazione della documentazione da produrre per comprovare il requisito tecnico-finanziario.

La censura va condivisa.

L'art. 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109/1994 precisa, tra l'altro, come si è visto, che il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, va comprovato presentando la documentazione indicata nel bando stesso o, in caso di licitazione privata, nella lettera di invito (notare che, *ratione temporis*, non poteva ancora trovare applicazione la disciplina più puntuale di cui al D.P.R. n. 34/2000).

Nella specie (gara per asta pubblica), contrariamente a quanto ritenuto dal Comune appellato e dal TAR, una precisa indicazione in tal senso non era contenuta nel bando di gara.

È vero che (cfr. pagg. 3 e 4 del bando) "le ditte dovranno, inoltre, produrre dichiarazione accompagnata da fotocopia di un documento di riconoscimento del richiedente in corso di validità con cui attestino.....4) - la cifra d'affari in lavori, riferita all'ultimo quinquennio, derivante da attività diretta e indiretta dell'Impresa, determinata ai sensi dell'art. 4, comma 2, lettere c) e d) del D.M. n. 172/89, non inferiore a 1,50 volte l'importo a base d'asta".

Senonché, tale dichiarazione è stata regolarmente resa dall'ATI appellante, mentre il bando non indicava affatto - in contrasto con quanto espressamente richiesto dalla citata norma della "legge quadro" - la documentazione da produrre a comprova della dichiarazione come sopra resa.

Nel momento in cui la stazione appaltante ha richiesto copia delle dichiarazioni annuali IVA, quindi, essa non ha tenuto conto del fatto che il bando non limitava espressamente la documentazione da richiedere alle stesse dichiarazioni IVA; donde l'illegittimità della richiesta medesima in quanto limitata solo alla richiesta di tale tipo di documentazione.

In assenza, nel bando, di una precisa indicazione nei sensi ora detti, la P.A. non poteva, invero, limitare la dichiarazione attestante il requisito alla sola dichiarazione IVA, dovendo estendere la possibilità di comprovare il requisito anche a documentazione differente e più ampia; si tratta, del resto, dell'applicazione degli ordinari principi di trasparenza dell'azione amministrativa, in base ai quali non può essere posta in essere attività di natura anche solo latamente sanzionatoria in presenza ed in funzione di norme della *lex specialis* della gara sostanzialmente equivoche o, comunque, non sufficientemente univoche e, come tali, da interpretarsi in termini conformi alla disciplina normativa di carattere generale e nel *favor* tendenziale del soggetto privato interessato al buon esito della procedura e della più ampia partecipazione di concorrenti.

E, in quest'ottica, non è senza significato che l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici abbia disposto, per quanto di sua competenza, l'archiviazione degli atti proprio nel presupposto della omessa indicazione, nel bando di gara, della documentazione da produrre a comprova del requisito in parola.

4) - Con ulteriore mezzo di gravame l'originaria ricorrente si duole del fatto che i primi giudici abbiano ritenuto legittima la sua esclusione dalla gara determinata dall'aver il Comune appaltante assunto come ultimo quinquennio utile quello relativo alle annualità che vanno dal 1994 al 1998, ancorché l'avviso di gara fosse stato pubblicato nell'ottobre del 1999.

Deduce che una valutazione tesa a prendere in considerazione anche il fatturato in lavori maturato nei mesi del 1999, comunque antecedenti alla pubblicazione del bando di asta pubblica, avrebbe condotto alla sua ammissione alla gara, avendo l'impresa prodotto, in tale ultimo periodo, una cifra d'affari di per sé sufficiente alla dimostrazione del possesso del requisito in oggetto.

A sostegno della censura, disattesa dal TAR e in questa sede articolatamente ribadita, l'interessata fa presente come le disposizioni dedicate all'individuazione del periodo da prendere in considerazione per la dimostrazione dei requisiti per accedere alle gare d'appalto (art. 5, comma 2, lett. a, del d.p.c.m. 10 gennaio 1991, n. 55; art. 4, punto 2, del d.m. 9 marzo 1989, n. 172; circolare del Ministero dei lavori pubblici 11 aprile 1990, n. 2411) affermino come tale periodo sia da individuarsi nell'ultimo quinquennio antecedente la pubblicazione dell'avviso di gara.

La censura è fondata.

La disposizione del bando di cui qui si discute si limita genericamente ad affermare che il requisito della cifra d'affari va riferito all'ultimo quinquennio.

Orbene, in assenza dei necessari elementi chiarificatori contenuti nel bando, deve ritenersi che il riferimento dovesse essere fatto alla data di pubblicazione del bando ed ai cinque anni solari precedenti.

Nella specie, invero, non veniva richiesta la produzione di documentazione specifica - quali i bilanci aziendali - dotata di puntuali scadenze temporali riferibili al periodo terminale dell'anno solare e, perciò, giustificativa del riferimento alla fine dell'anno precedente.

In assenza, infatti, nel bando, di specifiche ed inequivoche indicazioni circa la documentazione da produrre e le relative date di riferimento, deve ritenersi, anche in questo caso per un ordinario principio di *favor participationis* e di trasparenza dell'azione amministrativa, che il rinvio corretto fosse quello relativo al quinquennio antecedente alla data di pubblicazione del bando stesso.

5) - Per tali assorbenti motivi l'appello in epigrafe appare fondato e va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata e in accoglimento del ricorso di primo grado, va annullato il provvedimento in quella sede impugnato.

Le spese dei due gradi di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato, Sezione quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in accoglimento dell'originario ricorso, annulla i provvedimenti impugnati in primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma il 20 aprile 2004 dal Collegio costituito dai Sigg.ri:

E M I D I O FRASCIONE - Presidente

GIUSEPPE F A R I N A - Consigliere

PAOLO BUONVINO - Consigliere est.

C E S A R E LAMBERTI - Consigliere

NICOLETTA PULLANO - Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Paolo Buonvino f.to Emidio Frascione

Depositata in Segreteria il 23 agosto 2004.

(da www.lexitalia.it)