

Pubblicato il 02/11/2021

N. 02969/2021 REG.PROV.COLL.

N. 01853/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;  
sul ricorso numero di registro generale 1853 del 2021, proposto da OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Comandè, Patrizia Saiya, Filippo Morici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Carlo Comande in Palermo, via Caltanissetta n.2/D;

***contro***

Amat Palermo S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello n. 40;

***nei confronti***

OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Madonia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

- della Deliberazione del Consiglio di Amministrazione di AMAT approvata nella seduta del 15.09.2021 – punto 7 O.d.G., non conosciuta dall'odierna ricorrente, comunicata, ai sensi dell'art. 76 comma 5 lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016, a mezzo pec, con nota prot. n. 156 UOGC a firma del R.U.P., il successivo 17 settembre 2021, con la quale AMAT ha provveduto ad aggiudicare in via definitiva alla OMISSIS la procedura aperta ad evidenza pubblica per la “Fornitura di materiale di ricambio originale e/o equivalente per autobus Bredabus, Bredamenarinibus e Menarinibus – CIG: 875505324b”;

- ove occorra e per quanto di ragione della nota prot. n. 156 UOGC a firma del R.U.P., trasmessa a mezzo pec in data 17 settembre 2021, con la quale AMAT ha comunicato alla odierna ricorrente l'intervenuto provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura aperta evidenza pubblica per la “Fornitura di materiale di ricambio originale e/o equivalente per autobus Bredabus, Bredamenarinibus e Menarinibus – CIG: 875505324b”, disposto in favore della ME.SI. S.r.l. ai sensi dell'art. 76 comma 5 lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016;

- dei verbali di gara n. 1 del 3 agosto 2021 e n. 2 del 5 agosto 2021 nella parte in cui l'offerta della OMISSIS invece di essere esclusa è stata individuata quale prima in graduatoria;

- ove occorra e per quanto di ragione della nota AMAT prot. n. 154 UOCC, trasmessa a mezzo pec in data 13 settembre 2021, con la quale la Stazione Appaltante ha rigettato l'istanza di riesame e annullamento in autotutela delle operazioni di gara, trasmessa dall'odierna ricorrente ad AMAT a mezzo pec, con nota prot. n. 72/2021, in data 10 settembre 2021;

- ove occorra e per quanto di ragione di ogni altro atto e/o provvedimento, precedente o successivo, comunque connesso, presupposto e/o consequenziale ad oggi non conosciuto dall'odierna ricorrente;

NONCHÉ

- per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del conseguente contratto (tutela in forma specifica), e nell'ipotesi in cui nelle more del giudizio venisse stipulato il contratto,

- per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 comma 1, lett. c) e d) e 122 del D. Lgs. n. 104/2010;

- per l'accoglimento della conseguente domanda di subentro, che fin d'ora pure, in quanto occorra, formalmente si esplicita;

- per l'eventuale applicazione di sanzioni alternative ex art. 123 D.Lgs. n. 104/2010.

NONCHÉ, ANCORA,

- per le subordinate ipotesi in cui non venissero conseguiti l'aggiudicazione ed il contratto, ovvero in cui (in caso di parziale esecuzione della fornitura da parte della Ditta controinteressata o per qualunque altra causa) venisse affidato solo una parte della fornitura oggetto di gara, per l'accoglimento della domanda di condanna della Stazione Appaltante al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura che, si indica già nel 13% dell'importo a base d'asta del contratto (10% per lucro cessante e 3% per perdita di qualificazione e di chances), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, con espressa riserva di ulteriormente dedurre, precisare e comprovare, in ogni caso oltre interessi legali e rivalutazione monetaria trattandosi di debito di valore.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Amat Palermo S.p.A. e di OMISSIS S.r.l.;

Viste le note di udienza di parte ricorrente del 21/10/2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2021 il dott. Roberto Valenti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha proposto il presente ricorso impugnando, tra gli altri atti, la delibera del Consiglio di Amministrazione dell'AMAT, approvata il 15/9/2021, comunicata a mezzo pec con nota prot. n. 156 del 17/9/2021, con la quale è stata aggiudicata in via definitiva alla controinteressata ME.SI. srl. la procedura aperta ad evidenza pubblica per la fornitura di materiale di ricambio originale e/o equivalente per autobus Bredaus, Bredamenarinibus e Menamarinibus.

Costituisce oggetto di impugnazione, altresì, la nota dell'AMAT prot. 154 del 13/9/2021 con cui è stata rigettata l'istanza di riesame ed annullamento in autotutela delle operazioni di gara, di cui all'istanza a mezzo pec del 10/9/2021.

Parte ricorrente chiede l'annullamento degli atti impugnati, con domanda di conseguimento all'aggiudicazione dell'appalto e stipula del relativo contratto, nonché la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, con subentro nel rapporto e con l'applicazione delle sanzioni alternative ex art. 123 c.p.a..

È altresì articolata domanda di risarcimento del danno.

Parte ricorrente premette in punto di fatto quanto segue:

-di aver partecipato al bando indetto dall'AMAT per la gara sopra indicata, da aggiudicare con il criterio del minor prezzo a quello posto a base di gara; il cui importo a base d'asta, ai sensi dell'art. 4 lett. b) bando, ammontava a € 450.000,00 oltre IVA;

-che ai fini della qualificazione alla procedura di gara per cui è causa il bando, al punto 13.3.2), richiedeva, a pena di esclusione, che i concorrenti dichiarassero e successivamente comprovassero di essere in possesso del requisito “*economico – finanziario*” di cui all’art. 83 comma 1 lett. b) del Codice degli Appalti, ovvero di aver effettuato, nell’arco degli ultimi 36 mesi antecedente il termine di scadenza della presentazione delle offerte, forniture dello stesso *settore merceologico* per un importo complessivo non inferiore all’importo complessivo posto a base di gara (€ 450.000,00);

-che alla gara partecipavano unicamente la ricorrente e la controinteressata OMISSIS;

-che, in esito alle operazioni di gara, la Commissione individuava quale prima graduata la controinteressata OMISSIS che aveva offerto un ribasso del 17,25%;

-di aver constatato, a seguito di accesso agli atti di gara, che la controinteressata non era, in realtà, in possesso del requisito di qualificazione, richiesto a pena di esclusione, quanto al fatturato specifico per forniture dello stesso settore merceologico eseguite nei 36 mesi antecedenti la pubblicazione del bando di gara di cui al punto 13.3.2) della *lex specialis*; e invero ai fini della comprova del possesso del predetto requisito la OMISSIS aveva prodotto alla stazione appaltante ben 25 dichiarazioni di Committenti che attesterebbero l’intervenuta fornitura di ricambi per automezzi negli ultimi 36 mesi; dalle stesse tuttavia si evincerebbe chiaramente come non tutte abbiano ad oggetto la fornitura *sic et simpliciter* di pezzi di ricambio quanto, piuttosto, prestazioni complessive di servizi (e quindi non di mere forniture) che –in tesi di parte- in alcun modo potevano, pertanto, concorrere e conseguentemente essere valutate ai fini della comprova del prescritto requisito del fatturato specifico;

-che malgrado la richiesta di riesame e provvedimenti in autotutela, l'AMAT ha rigettato l'istanza e aggiudicato in via definitiva l'appalto di fornitura alla controinteressata.

Nel ricorso si articola un unico motivo di censura così riassumibile:

1)- Violazione del bando ex art. 13.3.2 del medesimo; violazione dell'art. 83 cod. appalti, carenza di istruttorio ed eccesso di potere sotto diversi profili: la lex specialis prevede che la sola "*Fornitura di materiale di ricambio e/ o equivalente*" può supportare la sussistenza del requisito tecnico richiesto; nel caso di specie la OMISIS non è in possesso del fatturato specifico avuto riguardo al periodo di riferimento e all'importo richiesto dal bando; la controinteressata, ai fini della comprova del possesso del suddetto requisito abbia prodotto alla stazione appaltante ben 25 dichiarazioni di Committenti che attesterebbero l'intervenuta fornitura di ricambi per automezzi nell'ultimo triennio per un importo complessivo pari a 493.374,04 euro, tuttavia dalla lettura delle predette attestazioni si evince come 8 delle stesse (allegato n. 7) fanno riferimento a servizi svolti (più specificamente interventi su mezzi aziendali delle Committenti nell'ambito dei quali è risultata necessaria anche la fornitura di ricambi funzionali esclusivamente al servizio di riparazione dei suddetti mezzi) e non a semplici forniture; opinando alla stregua della controinteressata, si arriverebbe al paradosso di consentire agli operatori economici, attraverso un'artificiosa ed illegittima parcellizzazione del fatturato realizzato nell'ambito di una singola ed unitaria prestazione, di utilizzare il medesimo fatturato sia per la partecipazione ad appalti pubblici di servizi (nel suo importo complessivo) sia per la partecipazione a procedure di gara per l'affidamento di forniture (per la parte di fatturato artificiosamente scomputato).

Con note di udienza del 21/10/2021 parte ricorrente ha chiesto la discussione orale della causa.

L'AMAT si è costituita in data 22/10/2021 e ha prodotto memoria difensiva il 23/10/2021.

Si è costituita in giudizio, in data 25/10/2016, la controinteressata OMISSIS, producendo documenti e memoria difensiva.

Alla camera di consiglio del 26/10/2021 il procuratore di parte ricorrente ha preliminarmente eccepito la tardività della memoria e della documentazione della controinteressata, chiedendone quindi lo stralcio, insistendo nelle domande spiegate.

Il difensore della OMISSIS, riconoscendo la tardività della memoria, ma non della costituzione della società rappresentata, ha quindi ampiamente discusso richiamando la normativa comunitaria in materia di forniture di parti di ricambio, cui rinvia espressamente il bando di gara, chiedendo quindi il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

Il difensore dell'AMAT S.p.A. si è quindi rimesso a quanto già illustrato negli scritti difensivi, chiedendo il rigetto del ricorso.

In esito alla discussione, il Presidente del Collegio ha rappresentato alle parti presenti la possibile definizione del ricorso con sentenza semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., dandone atto a verbale di udienza. Quindi la causa è stata assunta in decisione dal Collegio.

Preliminarmente il Collegio deve dichiarare la tardività della memoria difensiva e della produzione documentale depositata dalla ME.SI. S.r.l. in data 25/10/2021, di cui quindi non terrà conto ai fini del decidere.

Ciò posto, ritiene il Collegio che sussistano i presupposti di legge per l'immediata definizione nel merito del ricorso, constatata la regolarità del contraddittorio, l'esauritiva trattazione dei fatti di causa e del compendio documentale in atti, che non necessita di alcuna integrazione.

Il ricorso è infondato e va respinto per le considerazioni che seguono.

Con un unico profilo di doglianza, la società ricorrente lamenta l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante in favore della controinteressata contestando, in capo a quest'ultima, il mancato possesso del requisito "*economico – finanziario*" di cui all'art. 83 comma 1 lett. b) del Codice degli Appalti individuato dalla *lex specialis* nel fatturato, per il medesimo settore merceologico, nei trentasei mesi antecedenti rispetto al termine di scadenza del bando di che trattasi.

In particolare, parte ricorrente deduce che alcune delle forniture, segnatamente otto delle venticinque documentate, facciano riferimento a prestazioni rese nell'ambito di un più ampio rapporto contrattuale in veniva in rilievo anche la prestazione del servizio di riparazione, di tal guisa che le predette fatturazioni non potrebbero risultare utili al fine del raggiungimento del massimale previsto dal bando per il possesso del requisito.

La censura non è condivisibile.

In primo luogo, costituisce dato non controverso tra le parti che le otto attestazioni oggetto di contestazione facciano specifico riferimento al fatturato della controinteressata relativamente alla fornitura di parti di ricambio. Il richiamo a connesse prestazioni di servizi di riparazione, nell'ambito di un rapporto contrattuale di tipo misto (servizi e forniture), a differenza di quanto opiato dalla parte ricorrente, non rende non utilizzabile –ai fini del requisito economico- il fatturato specifico maturato per la mera fornitura.

Persuadono sul punto le argomentazioni spese dalla stazione appaltante AMAT secondo cui:

- (...) *la scelta del legislatore di sottoporre i c.d. appalti misti alla disciplina della parte prevalente del contratto, non significa che, in automatico, l'esecuzione della parte subvalente, laddove esattamente enucleabile come nella fattispecie, non possa assumere rilievo sul piano della*

*dimostrazione dei requisiti di partecipazione ad un successivo appalto avente la stessa natura di quest'ultima;*

*- (...) il fatturato specifico va qualificato come requisito di carattere economico-finanziario, atteso che l'art. 83, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, stabilisce che, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere "che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto" e, correlativamente, l'allegato XVII ("Mezzi di prova dei criteri di selezione") prescrive, nella parte I, dedicata alla capacità economica e finanziaria, che questa possa essere provata mediante una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 2018, n. 4396);*

*-nel caso in esame, le dichiarazioni prodotte dalla società aggiudicataria consentono di poter differenziale la specifica prestazione della fornitura resa nel medesimo settore di attività oggetto di gara; quindi "anche se le dichiarazioni sono state rese in relazione a pregressi appalti c.d. misti, gli importi delle prestazioni concernenti le forniture non possono che rilevare al fine della dimostrazione del fatturato specifico, quale appunto requisito di carattere economico-finanziario, effettivamente conseguito dall'aggiudicataria e, perciò, a tutti gli effetti spendibile nella procedura in argomento".*

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. IV, 11 novembre 2020, n. 6932) "il fatturato specifico va qualificato come requisito di carattere economico-finanziario e non risorsa tecnica, atteso che l'art. 83, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, stabilisce che, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria per gli appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere "che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto" e, correlativamente, l'allegato XVII ("Mezzi di prova dei criteri di selezione") prescrive, nella parte I, dedicata alla capacità economica e finanziaria, che questa possa essere provata mediante una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato

*del settore di attività oggetto dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 2018, n. 4396). Tale soluzione, del resto, è conforme all'art. 58 § 3 della dir. 2014/24/UE, alla cui stregua, "per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto" e che "a tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto".*

Per altro, come argomentato dalla controinteressata in sede di discussione orale, il capitolato speciale di appalto, quanto alla definizione dei ricambi, richiama in quanto applicabile il Regolamento CE n. 1400/2002.

Ebbene art. 1, alla lettera S) del predetto regolamento, dedicato alle “definizioni”, chiarisce che per pezzi di ricambio devono intendersi “... *i beni che vengono incorporati o montati in o su un autoveicolo per sostituirne delle parti componenti, compresi beni, quali i lubrificanti necessari all'utilizzo di un veicolo, ad eccezione del carburante ...*”. Inoltre, l'art. 9 dello stesso regolamento, rubricato “Calcolo del fatturato”, specifica che “*Ai fini del calcolo del fatturato annuo complessivo di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), e all'articolo 2, paragrafo 3, lettera a), vanno addizionati i fatturati, al netto di imposte e tasse, realizzati per tutti i beni e servizi durante il precedente esercizio dall'impresa contraente e dalle imprese ad essa collegate (...)*”.

In conclusione, atteso che dalle attestazioni oggetto di contestazione è chiaramente ricavabile il fatturato specifico relativo alla fornitura di parti di ricambio, tale fatturato può legittimamente concorrere al raggiungimento del requisito “*economico – finanziario*” previsto dalla *lex specialis*.

Ne consegue l'infondatezza della censura ed il rigetto del ricorso in quanto parimenti infondato.

Le spese del giudizio, ai sensi degli artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c., seguono la soccombenza e si liquidano, ai sensi del d.m. n. 55/2014, nella misura quantificata in dispositivo,

tenuto conto del valore della controversia, della media complessità delle questioni giuridiche affrontate, avendo riguardo ai minimi tariffari in ragione della concreta attività difensiva svolta limitata alla fase studio e alla fase introduttiva.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore dell'AMAT S.p.a e della controinteressata OMISSIS che liquida in € 3.000,00 (tremila/00) cadauna, oltre accessori così come per legge.

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

Manda alle Segreterie sezionali per le comunicazioni di rito.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Roberto Valenti, Consigliere, Estensore

Maria Cappellano, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Roberto Valenti**

**IL PRESIDENTE**

**Maria Cristina Quiligotti**

**IL SEGRETARIO**