

N. 03506/2013REG.PROV.COLL.  
N. 01020/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1020 del 2011, proposto dalla società Present Cultura s.r.l. (già Pride Cultura s.r.l.), in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmelo Giurdanella, con domicilio eletto presso il signor Guido Scorza in Roma, via dei Barbieri,6;

*contro*

la società Infracom It s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Stella Richter e Marcello Fracanzani, con domicilio eletto presso lo studio del primo difensore in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 11;

*nei confronti di*

il Ministero per i beni e le attività culturali, la Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici della Calabria, in persona dei rispettivi rappresentanti legali, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domiciliario in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE II n. 2640/2010, resa tra le parti, concernente aggiudicazione appalto per attività di sviluppo e di implementazione sistema informativo centri storici e ambiti di contesto – risarcimento del danno

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Infracom It s.p.a., del Ministero per i beni e le attività culturali e della Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici della Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2013 il consigliere di Stato Giulio Castriota Scanderbeg e uditi per le parti l'avvocato Zammit, per delega dell'avvocato Giurdanella, l'avvocato Stella Richter e l'avvocato dello Stato Figliolia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La società Present Cultura s.r.l., già società Pride Cultura s.r.l., impugna la sentenza, resa in forma semplificata, del Tribunale amministrativo regionale della Calabria 27 ottobre 2010, n. 2640, che, decidendo sul ricorso proposto dalla società Infracom It s.p.a., ha accolto in parte detto ricorso e, dopo aver dichiarato irricevibile il ricorso incidentale dell'odierna appellante, ha condannato il Ministero dei beni culturali al risarcimento del danno subito dalla originaria ricorrente, liquidandolo nella misura di euro 24.225,00.

La sentenza riguarda l'affidamento della gara d'appalto per le attività di sviluppo e di implementazione del sistema informativo dei centri storici e ambiti di contesto, indetta dalla Direzione regionale della Calabria del Ministero dei beni culturali, con bando pubblicato in gazzetta ufficiale il 10

luglio 2009. L'appalto è stato aggiudicato alla odierna società appellante che, dopo la stipula del contratto, ha iniziato ad eseguirlo ed ha proseguito nella esecuzione nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione disposto dal Tar, avendo tale giudice stabilito che il contratto dovesse avere corso e che a Infracom It s.p.a. andasse riconosciuto soltanto il risarcimento del danno per equivalente.

Il Tar, dopo aver dichiarato tardivo e perciò irricevibile il ricorso incidentale, in quanto depositato in Segreteria oltre il termine dimidiato (ai sensi dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971) di cinque giorni, ed aver negato la ricorrenza dei presupposti per concedere l'errore scusabile, tenuto conto delle pacifiche acquisizioni giurisprudenziali in tema di momento di perfezionamento della notifica per il soggetto notificante, ha accolto il ricorso principale sul rilievo che la società aggiudicataria non avesse comprovato il possesso del requisito relativo alla capacità economico-finanziaria richiesto dal bando; in particolare, secondo il Giudice di primo grado, avrebbero dovuto espungersi dal fatturato complessivo dichiarato in sede di gara dalla società Pride Cultura s.r.l. gli importi relativi alle prestazioni eseguite dopo il 31 dicembre 2008, ancorchè le relative fatture risultassero di data anteriore, così che, all'esito di tale corretto calcolo del dato di fatturato, la società aggiudicataria sarebbe risultata sfornita del requisito partecipativo richiesto a prova della capacità economico-finanziaria.

L'appellante si duole della erroneità della gravata sentenza e ne chiede la riforma, in considerazione : a) della ammissibilità e fondatezza del ricorso incidentale: quanto al primo profilo, l'odierna appellante assume di essere stata nell'impossibilità, per fatto a sé estraneo, di ottemperare all'onere del deposito del ricorso con le eseguite notifiche nel termine di legge, di tal che avrebbe dovuto essere al più ammessa al beneficio dell'errore scusabile; quanto al profilo della fondatezza del ricorso incidentale di primo grado,

L'appellante torna ad eccepire che la società Infracom It s.p.a. fosse essa stessa sfornita del requisito di capacità economico-finanziaria, avendo dichiarato in sede di gara dati relativi a prestazioni non pertinenti con l'oggetto della gara oggetto di affidamento; b) nel merito, l'appellante contesta il criterio assunto dai giudici di primo grado ai fini del calcolo dei dati di fatturato riferibili al triennio 2006-2008, assumendo che, anche in base alla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, il dato rilevante sarebbe rappresentato dalla datazione delle fatture (tutte anteriori al 31 dicembre 2008) e dalla corrispondenza dei dati fatturati con i bilanci di esercizio; c) quanto al capo recante la pronuncia risarcitoria, l'appellante osserva che mancherebbe nel caso di specie l'indefettibile elemento della colpa della Amministrazione perché possa dirsi integrata una fattispecie di illecito aquilano e che, inoltre, sarebbe viziata da ultrapetizione la parte della sentenza che ha ammesso l'azione di rivalsa della Amministrazione in proprio danno, quantomeno nei limiti di un concorso di colpa di essa deducente, essendo tale statuizione sfornita di una corrispondente domanda di parte. Conclude l'appellante per l'accoglimento dell'appello e per la reiezione, in riforma della impugnata sentenza, del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio la società Infracom IT s.p.a. per resistere all'appello e per chiederne la reiezione.

Si è altresì costituita l'Amministrazione intimata che ha concluso, conformemente all'appellante, per la reiezione del ricorso di primo grado.

All'udienza del 17 maggio 2013 la causa è stata trattenuta per la sentenza.

L'appello è fondato e merita di essere accolto con sentenza resa in forma semplificata, ai sensi dell'art. 120, comma 10, del Codice del processo amministrativo (che, richiamando l'art. 74 dello stesso Codice, prevede, in questa materia, la forma semplificata del provvedimento quale modalità ordinaria di redazione della sentenza).

Si potrebbe prescindere dall'esame dei motivi di appello che censurano la declaratoria di irricevibilità del ricorso incidentale di primo grado e dell'atto contenente motivi aggiunti, in considerazione del fatto che l'accoglimento dell'appello nel merito, e la conseguenziale reiezione del ricorso di primo grado proposto dalla società Infracom s.p.a., realizzano la massima soddisfazione dell'interesse processuale della odierna società appellante.

Tuttavia, per completezza di trattazione, va rilevato, riguardo all'ammissibilità del ricorso incidentale di primo, che la disciplina processuale vigente al momento della sua proposizione ( cfr. artt. 22 e 23 bis, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034; art. 37 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054) imponeva il deposito del ricorso con la prova delle “*eseguite notificazioni*”, senza ammettere soluzioni alternative; vale rilevare, al riguardo, che il Codice del processo amministrativo abbia significativamente innovato la disciplina del deposito del ricorso, stabilendo (art. 45, comma 3) che “è fatta salva la facoltà della parte di effettuare il deposito dell'atto, anche se non ancora pervenuto al destinatario, sin dal momento in cui la notificazione del ricorso si perfeziona per il notificante”.

Nel caso in esame, l'odierna appellante ha fornito la prova di aver tempestivamente eseguito ogni incombenza utile a propiziare la notifica ed il deposito del ricorso incidentale nel rispetto dei termini processuali (avendo presentato già in data 8 aprile 2010 l'atto per la notifica all'ufficiale giudiziario ed avendolo ricevuto in restituzione solo il 15 aprile 2010); di tal che, l'obiettivo ritardo occorso per il perfezionamento del procedimento di notifica non potrebbe nella specie essere imputato al notificante (ma, al più, all'ufficiale giudiziario cui è stato consegnato l'atto in tempo utile per la notifica).

Per tale ragione, il Collegio rileva che non sia condivisibile la declaratoria dei giudici di prime cure di inammissibilità dell'impugnazione incidentale di primo grado, tanto più che la situazione oggettiva, data dalla non

adeguatezza delle previsioni normative rispetto alla ristrettezza dei tempi per svolgere l'incombente del deposito, avrebbero dovuto far sì che la odierna società appellante fosse ammessa quantomeno al beneficio della rimessione in termini, secondo i principi compendati nell'istituto processuale dell'errore scusabile.

In ogni caso, come si è anticipato, l'appello è fondato nel merito.

A base della sentenza di accoglimento del ricorso di Infracom IT s.p.a. il T.a.r. ha posto, riconoscendo la fondatezza della corrispondente censura di primo grado, la questione della carenza, in capo all'aggiudicataria Pride Cultura s.r.l., del requisito di capacità economico-finanziaria richiesto dal bando o, quantomeno, della mancata prova della ricorrenza di tale requisito.

In particolare, il Giudice di primo grado ha rilevato la fondatezza del ricorso della società Infracom IT s.p.a. sul rilievo che la controinteressata Pride Cultura s.r.l. avrebbe dovuto restare esclusa dalla procedura per mancata dimostrazione del fatturato specifico nel triennio 2006-2008 che, ai sensi dell'art. 6, punto 1.3, lett. B 1 del disciplinare di gara, non sarebbe dovuto essere inferiore all'importo posto a base d'asta, iva esclusa.

Sempre ad avviso dei giudici di primo grado, a differenza di quanto dichiarato dalla odierna appellante in sede di domanda partecipativa, detta società non avrebbe potuto dichiarare di aver svolto nel 2008, per conto del Comune di Modica, lavori per complessivi € 361.930,21, essendo i lavori effettivamente eseguiti e liquidati per quell'anno, per conto della predetta amministrazione, di importo pari a € 189.965,10 (somma da cui andrebbe sottratto il 25%, per un importo finale di € 135.723,82, in quanto la società odierna appellante li avrebbe svolti in associazione temporanea con altre imprese). A parere dei giudici di prime cure, in sostanza, ai fini del computo del fatturato 2008 la odierna appellante avrebbe potuto indicare solo i lavori effettivamente eseguiti e liquidati in corso d'anno, a nulla rilevando i dati afferenti le fatture emesse ed il bilancio d'esercizio chiuso al

31 dicembre 2008.

La questione che si pone è dunque quella di stabilire se debba valere un criterio di imputazione di “cassa” ovvero di “competenza” per determinare l’afferenza di alcuni lavori utili a comprovare il requisito di capacità economico-finanziaria limitatamente ad un periodo di riferimento (nel caso di specie quello 2006-2008) individuato dalla *lex specialis* di gara.

L’appellante insiste nel ritenere rilevante il principio di competenza e richiama un precedente di questo Consiglio di Stato che sostiene la tesi che il riferimento al “fatturato” implica di necessità che si debba aver riguardo ai dati contabili emergenti dal bilancio di esercizio relativo all’anno di riferimento.

La censura appare fondata.

Contrariamente a quanto ritenuto dai giudici di primo grado, ciò che conta ai fini del requisito relativo al fatturato di esercizio è la emissione delle fatture e la corrispondenza delle stesse ai dati relativi al bilancio di esercizio di quell’anno (nel caso in esame, del 2008).

Non è quindi rilevante che le prestazioni siano state in parte eseguite e liquidate nel 2009 (elemento cui il Tar attribuisce rilevanza decisiva), dato che per le società di capitali il criterio da seguire per la determinazione del “fatturato” deve essere univoco e riferito ad elementi oggettivi ed incontrovertibili ed è dato dagli elementi contabili desumibili dal bilancio di esercizio.

Nella richiamata sentenza di questo Consiglio di Stato (sez. IV, 25 novembre 2008 n. 5808) si è rimarcato, in senso conforme alla lettura interpretativa qui fatta propria dalla Sezione, che il “fatturato” individua non il complesso degli affari svolti in un determinato arco di tempo, ma quello ricompreso in un determinato esercizio finanziario, e pertanto può essere determinato unicamente con riferimento ai bilanci di esercizio (che, come noto, costituiscono il riferimento temporale convenzionale in materia

contabile e finanziaria).

Insomma, si deve ritenere, sulla scorta di una lettura del bando di gara improntata a criteri di oggettività e ragionevolezza, che l'unico modo con cui la stazione appaltante avrebbe potuto agganciare a un riferimento certo l'individuazione di un dato, quale quello richiesto ai concorrenti, fosse quello di richiamarsi ai bilanci di esercizio, unici documenti contabili che consentano di ricostruire il "fatturato" in maniera non arbitraria od opinabile.

Peraltro, anche in base alla normativa fiscale (in particolare, art. 6, comma terzo, d.P.R. n.633 del 1972) il principio generale è che le prestazioni di servizi si considerano effettuate all'atto del pagamento del corrispettivo. Tuttavia, il quarto comma del medesimo art. 6 stabilisce che, *“se anteriormente al verificarsi degli eventi indicati nei precedenti commi o indipendentemente da essi sia emessa fattura, o sia pagato in tutto o in parte il corrispettivo, l'operazione si considera effettuata, limitatamente all'importo fatturato o pagato, alla data della fattura o a quella del pagamento.”* Tale ultima disposizione pertanto introduce l'eccezione alla regola posta dal comma precedente, prevedendo che la emissione della fattura indica anche il momento determinativo sul piano fiscale e contabile della prestazione eseguita.

Facendo applicazione dei suindicati principi al caso in esame, in cui non è controverso che in base ai dati di bilancio di esercizio del 2008, corrispondenti alle fatture emesse e dichiarate in sede di gara (v., per l'elenco delle fatture, pag. 12 dell'atto di appello), la odierna società appellante avesse soddisfatto il requisito di capacità economico-finanziaria richiesta dal bando, il Collegio ritiene che la stessa avesse pieno titolo a partecipare alla gara, non essendo a tal fine di ostacolo, per quanto osservato, i rilievi posti a base della sua ipotizzata esclusione.

Va da sé che la reiezione nel merito, in accoglimento del presente appello, del ricorso di primo grado comporta che debba essere integralmente



disattesa anche la domanda risarcitoria proposta dall'originaria ricorrente, atteso che la conclamata assenza di illegittimità provvedimentali esclude *a fortiori* la stessa configurabilità di una responsabilità da atto illecito della pubblica amministrazione.

In definitiva, l'appello va accolto e, in riforma della impugnata sentenza, va integralmente respinto il ricorso di primo grado, assorbita ogni altra questione sollevata.

Le spese del doppio grado di giudizio possono tuttavia essere compensate tra le parti, ricorrendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello (r.g. n. 1020/2011), come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2013, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/06/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)