

REPUBBLICA ITALIANA In nome del Popolo Italiano
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA TOSCANA - II^ SEZIONE -
ha pronunciato la seguente:

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 2339/2001 proposto dalla società ***** Carlo Alberto, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Ghelli ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Renato Salimbeni in Firenze Via XX Settembre n.60

c o n t r o

- la società ACIPISTOIA SERVIZI S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Corinaldesi, Alberto Mischi e Maria Pia Panzera ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Iacopo Di Passio, in Firenze Via Zara n.7,

e nei confronti

- della società ***** Costruzioni s.r.l., non costituitasi in giudizio;

p e r l ' a n n u l l a m e n t o

del provvedimento comunicato con nota n. 106/2001, del 5 settembre 2001 di esclusione dalla gara per l'affidamento delle opere edili e relative impiantistiche relative ai lavori di risanamento del complesso edilizio ad uso commerciale sito in via Guicciardini n. 2 del Comune di Pistoia; nonché del verbale di gara del 4 settembre 2001 comunicato il 29 ottobre 2001; dell'atto di escussione della fideiussione provvisoria e della nota di segnalazione inviata all'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici.

Visto il ricorso e la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società ACIPISTOIA SERVIZI S.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti costituite a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 31 marzo 2005 - relatore il Consigliere Vincenzo Fiorentino - gli avv.ti Giacomo Biagioni in sostituzione dell'avv. Andrea Ghelli e l'avv. Iacopo Di Passio in sostituzione dell'avv. Alberto Mischi;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

F A T T O

Con bando del 12 luglio 2001 la società ACIPISTOIA SERVIZI indiceva una gara per "l'affidamento delle opere edili ed impiantistiche, con relative forniture e prestazioni, necessarie per i lavori di risanamento del complesso edilizio ad uso commerciale, sito in Via Guicciardini 2/B del Comune di Pistoia, a servizio della viabilità di proprietà dell'Automobil Club Pistoia.

Il bando, in particolare, prevedeva che potevano "partecipare alla procedura concorsuale i soggetti di cui all' art. 10, comma 1 della L. 109/94 in possesso delle seguenti condizioni minime:

1) assenza di ciascuna delle cause di esclusione dalle gare d' appalto disciplinate dall' art. 75 del D.P.R. n. 554/99 come sostituito dall' art. 2 del D.P.R. 412/2000;

2) cifra d' affari dei lavori, maturata nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, non inferiore a 1,75 volte l' importo del contratto da affidare cioè £ 1.484.567.252;

3) esecuzione dei lavori nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando di gara riconducibili alla categoria prevalente OGI (così come definita dall' allegato A del D.P.R. n. 34/2000) di importo almeno pari al 40% dell' importo del contratto da affidare cioè

£ 339.329.658;

4) Costo complessivo del personale dipendente non inferiore al 15% della cifra d' affari realizzata di cui almeno il 40% per personale operaio oppure al 10% della cifra d' affari realizzata di cui almeno l' 80% per personale tecnico laureato e diplomato assunto a tempo indeterminato".

La Commissione di gara nella seduta del 9 agosto 2001, procedeva in ottemperanza dell' art. 10, comma 1, quater della L. 11 febbraio 1994 n. 109 al sorteggio fra le imprese ammesse per l'individuazione degli offerenti un numero non inferiore al 10% delle offerte presentate, arrotondata all' unità superiore, cui chiedere di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa, richiesti dal bando di gara e dal punto 4 del Disciplinare di gara.

In esito a tale operazione risultava sorteggiata la società ***** Carlo Alberto, cui la stazione appaltante, con nota n. 97/01, del 9 agosto 2001, richiedeva la documentazione comprovante il possesso dei sopraindicati requisiti.

La società, con nota del 22 agosto 2001, trasmetteva quanto richiestole.

La stazione appaltante, tuttavia, con nota n.106/01, del 5 settembre 2001, comunicava alla società che la documentazione da questa prodotta era inidonea a comprovare quanto dichiarato sul possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e che , conseguentemente avrebbe dato corso a quanto previsto dall' art. 10, comma 1 quater della L. 109/94(esclusione dalla gara con escussione della concessione provvisoria e segnalazione del fatto all' Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici per i provvedimenti di competenza).

Con successiva nota n. 107/01, del 10 settembre 2001, in particolare la stazione appaltante, precisava, che come da relativo verbale del 4 settembre 2001, era stato ritenuto che la documentazione di cui sopra non avesse dimostrato"che il costo del personale, non inferiore al 15% della cifra di affari realizzata fosse riferibile per il 40% al personale operaio così come dichiarato in sede di offerta".

Con atto notificato il 13 novembre 2001 e depositato il 20 dello stesso mese la società ***** Carlo impugnava sia il provvedimento di esclusione, unitamente al verbale di gara, del 4 settembre 2001, ed alla determinazione con cui era stata escussa la fideiussione provvisoria presentata e segnalato il fatto all' Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici.

A fondamento dell' impugnativa venivano dedotti i seguenti motivi:

Violazione dell' art. 10, comma 1 quater della L. 11 febbraio 1994 n. 109, e dei principi desumibili dal paragrafo 4° del disciplinare di gara; eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità manifesto difetto di motivazione, travisamento dei fatti, sviamento.

La stazione appaltante nel ritenere che la documentazione prodotta dalla società ricorrente, dopo che questa era stata sorteggiata, ai sensi del comma 1 quater dell' art. 10 della L. 11 febbraio 1994 n.109, non sarebbe stata idonea a provare il possesso del requisito previsto per la partecipazione alla gara costituita dal "costo complessivo del personale dipendente non inferiore al 15% della cifra di affari realizzata di cui almeno il 40% per personale operaio" e ciò in quanto tale documentazione "...non consentirebbe il raffronto con il costo indicato nelle dichiarazioni dei redditi presentate, vuoi perché riferite agli anni 1995, 1996, 1997, 1998 e 1999 e non riferite all' anno 2001,

vui perché il dato relativo al costo del personale presente nelle dichiarazioni dei redditi sarebbe un dato aggregato e quindi non distinto in base alle qualifiche dei dipendenti.... che pertanto non risulterebbe possibile desumere in alcun modo tale dato, che sarebbe dovuto essere oggetto di apposita dichiarazione da parte dell' impresa", avrebbe disatteso che la documentazione in questione, oltre a corrispondere a quanto previsto dal bando e dal capitolato, sarebbe stata idonea a comprovare il possesso del requisito in contestazione e comunque a fronte della ambiguità ed incompletezza sul punto delle clausole di gara, avrebbe dovuto concedere una proroga per integrare la documentazione stessa.

- Violazione degli artt. 10, comma 1 quater della L. 11 febbraio 1994 n. 109, e 18 del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, eccesso di potere per difetto dei presupposti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, errore, travisamento dei fatti.

Dalla documentazione prodotta la stazione appaltante avrebbe potuto agevolmente dedurre che la società ricorrente sarebbe stata in possesso del requisito previsto ai fini della partecipazione alla gara.

Chiedeva infine la società il risarcimento del danno conseguente sia all' esecuzione della fideiussione prestata a garanzia della cauzione provvisoria, sia alla segnalazione dell' esclusione all' Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, con ogni conseguenziale pronuncia.

Si costituiva in giudizio la società ***** Costruzioni s.r.l. cui era stato aggiudicato l' appalto.

La causa passava in decisione sulle memorie delle parti costituite alla pubblica udienza del 31 marzo 2005.

DIRITTO

La domanda proposta va accolta.

Difatti contrariamente a quanto ritenuto dalla stazione appaltante la documentazione prodotta dalla società ricorrente, dopo che questa era stata sorteggiata ai sensi del comma 1 quater dell' art. 10 della L. 11 febbraio 1994 n.109, era idonea a far dedurre che essa società possedeva appieno i requisiti richiesti ai fini dell' ammissione alla procedura concorsuale; in particolare, per quanto qui interessa, il requisito di cui al punto 4 del bando di gara costituito dal costo complessivo del personale dipendente non inferiore al 15% della cifra d' affari realizzata di cui almeno il 40% per personale operaio".

Invero dalla documentazione fiscale allegata alla relazione prodotta il 14 settembre 2001 alla Commissione giudicatrice dalla società ricorrente risulta che questa nel quinquennio antecedente il 2000 ha sempre sostenuto un costo complessivo per il personale operaio superiore al minimo del 40% o del 15% della cifra d'affari del quinquennio stesso, dimostrando in tal modo di possedere un adeguato organico medio annuo come previsto dal comma 10 dell'art. 18 del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34.

E' pur vero che relativamente all'anno 2001, (fuori, quindi, dal su- indicato quinquennio) la società si è limitata a produrre l'elenco del personale dipendente relativo a tale anno (personale costituito da nove operai e due impiegati), ma è rilevare che a fronte della circostanza che nel quinquennio antecedente era stato ampiamente dimostrato il possesso del requisito di che trattasi e che il bando non specificava le annualità di riferimento, avrebbe dovuto considerare che la mancata presentazione della documentazione relativamente all'anno 2000 era derivata da errore scusabile, per cui anziché procedere all'esclusione dalla gara con escussione della fideiussione provvisoria e segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, avrebbe dovuto chiedere alla società di integrare la documentazione ritenuta mancante.

Del resto la giurisprudenza si è più volte espressa nel senso che non possa essere automaticamente escluso il concorrente che abbia prodotto documentazione incompleta in seguito ad errore scusabile (cfr. T.A.R. SICILIA, Catania sez. I 31 maggio 2001 e T.A.R. PIEMONTE sez. II 26 gennaio 2001).

Ed è da sottolineare che la scusabilità dell'errore è stata ravvisata anche dall'Autorità di Vigilanza dei Lavori Pubblici con il provvedimento n. 618 del 20 dicembre 2002.

Difatti in tale provvedimento l'Autorità ha espressamente affermato che "come desunto dalla documentazione agli atti l'impresa possiede il requisito contestato, anche in considerazione della attestazione SOA conseguita successivamente alla data di verifica a campione e che per mera distrazione di tutta evidenza in tale sede la ditta nella formulazione della dichiarazione sulla consistenza del personale non ne ha indicato il periodo a cui riferire la corrispondente verifica.

Pertanto, in considerazione che la mancata comprova sul possesso dei requisiti è derivata da un errore scusabile dell'impresa, per i fatti sopra esposti, si ritiene di non doversi procedere con relativa archiviazione degli atti".

Sulla base delle su esposte considerazioni, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento degli atti con lo stesso impugnati.

Con riferimento alla domanda di risarcimento del danno questa va accolta nella parte in cui è diretta ad ottenere, con la restituzione della somma incamerata dalla stazione appaltante a titolo di cauzione, gli interessi, nella misura legale, su tale somma, nonché le spese sostenute dalla società nella procedura dinanzi all'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, non potendo, invece, trovare accoglimento la domanda diretta ad ottenere il risarcimento del danno per la perdita di "chance" conseguente all'illegittima esclusione, essendo detta domanda stata formulata solo con memoria del 18 marzo 2005, non notificata.

Le spese ed onorari di causa sono liquidati come in dispositivo.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione II[^], definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti con lo stesso impugnati con condanna della stazione appaltante alla restituzione della somma da questa incamerata a titolo di escussione al risarcimento del danno nei termini di cui in motivazione;

condanna altresì la stazione appaltante al pagamento, in favore della parte ricorrente, della somma di € 3.000,00(tremila/00) agli accessori di legge; compensa le spese nei confronti della parte controinteressata.

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

Così deciso in Firenze, il 31 marzo 2005, dal Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, in Camera di Consiglio,

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 30 SETTEMBRE 2005