

E' legittima un'escussione di una garanzia provvisoria per la mancata < l'indicazione delle spese relative al costo per il personale dipendente > tra la documentazione presentata (e precisamente: modelli UNICO; dichiarazioni I.V.A.; certificazione in ordine alla regolarità contributiva; cedolini paga vidimati dall'INAIL; riepiloghi mensili e copie dei versamenti INPS; autodichiarazione sull'organico, distinta per qualifiche) a norma dell'articolo 10 comma 1 quater della Merloni (oggi articolo 48 del codice dei contratti)? si può ricorrere solo avverso la propria esclusione (e la conseguente 'escussione della garanzia) e non contro tutti gli altri atti di gara?

Poiché la richiesta di presentare il "bilancio riclassificato" era rivolta ai "soggetti tenuti alla sua redazione" (cosicché, per converso, tale necessità doveva chiaramente intendersi esclusa per gli imprenditori non soggetti all'obbligo di redazione e deposito del bilancio), nonché della circostanza che in effetti da nessun atto del procedimento emerge che l'esclusione sarebbe avvenuta per l'omissione della presentazione di copia del bilancio (questa affermazione, come detto, è stata soltanto oggetto di una deduzione difensiva in questo giudizio, come tale non suscettibile di poter integrare ex post la motivazione dell'esclusione), l'Amministrazione, nel momento in cui avesse rilevato che la documentazione prodotta non era idonea a fornire indicazioni circa "le spese relative al costo per il personale dipendente", avrebbe dovuto dar conto in maniera completa ed espressa delle ragioni di ciò, chiarendo se tale valutazione era ascrivibile soltanto all'assenza del bilancio (ma in tal caso sarebbe occorsa anche una contestazione in ordine alla posizione dell'imprenditore circa il suo non essere tenuto dalla redazione di questo), o non anche alla carenza sul punto degli ulteriori documenti presentati (con necessità, allora, di precisare se questi fossero, o meno, corrispondenti a quelli espressamente richiesti con la nota).

Merita di essere segnalata la particolare fattispecie decisa nella sentenza numero 2162 del 16 ottobre 2007 emessa dal Tar Campania, Salerno

Per prima cosa il Tar ammette il ricorso in quanto

< il Tribunale che il ricorso risulta ammissibile, in quanto l'esclusione di un'impresa da una gara di appalto pubblico comporta di per sé la lesione dell'interesse alla valutazione della propria offerta, indipendentemente dall'esito della gara stessa, onde l'interesse all'impugnazione di tale esclusione è configurabile ex se, e non occorre la dimostrazione che l'esito della gara sarebbe stato in definitiva favorevole.

A tanto, va poi aggiunto che, in ogni caso, l'interesse alla presente impugnazione risulta anche giustificato dai peculiari pregiudizi derivanti al ricorrente dai provvedimenti sanzionatori adottati in connessione con la sua disposta esclusione >

Vediamo i fatti:

< In proposito, va detto che la vicenda che ha portato all'esclusione dell'impresa del ricorrente è stata originata dal fatto che quest'ultimo, a parere del seggio di gara, non avrebbe prodotto (una volta sorteggiato tra i partecipanti che avrebbero dovuto documentare il possesso dei requisiti richiesti dal bando) la chiesta documentazione, atta a comprovare le spese relative al costo per il personale dipendente; e, in particolare (come affermato dalla difesa dell'ente territoriale con la memoria del 9.2.2007), ciò sarebbe avvenuto in dipendenza della mancata presentazione del "bilancio riclassificato", oggetto appunto di specifica richiesta con la nota prot. n° 10756 dell'11.7.2003.

Dal suo canto, il ricorrente sostiene di aver presentato diligentemente la documentazione richiestagli con la citata nota prot. n° 10756 del 11.7.2003 (dal quale carteggio, comunque, sarebbe stata, nella sua prospettazione, desumibile la spesa per il personale dipendente), precisando, nel contempo (cfr.

memoria depositata il 15.2.2007, in sede di udienza), di non essere in realtà tenuto alla redazione del bilancio relativamente alla sua impresa.

Quindi, posto che non appare esservi contestazione tra le parti sul fatto che la restante documentazione sia stata regolarmente presentata, nodo centrale per la risoluzione della controversia viene ad essere quello circa la essenzialità - o meno - (al fine di consentire la determinazione del costo complessivo per il personale dipendente) della produzione del "bilancio riclassificato", espressamente richiesto dalla Commissione di gara, con la sopra ricordata nota 10756/2003, ai concorrenti sorteggiati ex art. 10 co. 1 quater L. 109/1994>

Sul punto osserva il Collegio che il ALFA, nell'affermare di non essere tenuto alla redazione del bilancio, in sostanza assume contemporaneamente di essere un piccolo imprenditore (poiché solo costui, ai sensi dell'art. 2214 ult. comma cod. civ., è esentato dal rispetto delle disposizioni di cui al paragrafo 2 del Libro V, Titolo II, Capo III, Sezione III dello stesso codice, tra le quali figura, all'art. 2217, l'obbligo di redazione dell'inventario, contenente il bilancio e il conto profitti e perdite), e che la sua sarebbe una "impresa minore", la quale, in applicazione dell'art. 18 D.P.R. 600/1973, risulterebbe assoggettata, ai fini fiscali, ad un regime di contabilità semplificata, non prevedente l'obbligo di redazione del bilancio.

Orbene, a fronte della descritta situazione, e tenuto conto che nella stessa nota prot. n° 10756 dell'11.7.2003 la richiesta di presentare il "bilancio riclassificato" era rivolta ai "soggetti tenuti alla sua redazione" (cosicché, per converso, tale necessità doveva chiaramente intendersi esclusa per gli imprenditori non soggetti all'obbligo di redazione e deposito del bilancio), nonché della circostanza che in effetti da nessun atto del procedimento emerge che l'esclusione sarebbe avvenuta per l'omissione della presentazione di copia del bilancio (questa affermazione, come detto, è stata soltanto oggetto di una deduzione difensiva in questo giudizio, come tale non suscettibile di poter integrare ex post la motivazione dell'esclusione), ritiene il Tribunale **che l'Amministrazione, nel momento in cui avesse rilevato che la documentazione prodotta da ALFA Carmine non era idonea a fornire indicazioni circa "le spese relative al costo per il personale dipendente", avrebbe dovuto dar conto in maniera completa ed espressa delle ragioni di ciò, chiarendo se tale valutazione era ascrivibile soltanto all'assenza del bilancio (ma in tal caso sarebbe occorsa anche una contestazione in ordine alla posizione dell'imprenditore circa il suo non essere tenuto dalla redazione di questo), o non anche alla carenza sul punto degli ulteriori documenti presentati (con necessità, allora, di precisare se questi fossero, o meno, corrispondenti a quelli espressamente richiesti con la nota sopra ricordata).**>

Ma non finisce qui

<E il descritto obbligo motivazionale avrebbe dovuto anche essere connesso ad una migliore istruttoria, in conseguenza delle argomentazioni articolate dall'interessato in sede di ricorso contro la sua esclusione, **per cui il seggio di gara, all'esito di tale ulteriore fase procedimentale, non avrebbe potuto limitarsi, con formula anodina, soltanto a ribadire che dagli atti esibiti non era possibile desumere la corrispondenza del costo sostenuto per il personale dipendente.**

Per di più, qualora i documenti presentati fossero stati corrispondenti quelli richiesti, sebbene non sufficienti a comprovare il requisito in questione, l'Amministrazione **avrebbe non solo potuto - ma dovuto - procedere ad un supplemento di istruttoria a fini integrativi; la qual cosa non avrebbe certo leso la par condicio dei partecipanti.**

Pertanto, in definitiva, alla stregua delle esposte considerazioni, il ricorso va accolto con riferimento ai profili impugnatori proposti, con annullamento dell'esclusione del ricorrente dalla gara de qua, nonché degli atti conseguenti.>

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2162 del 16 ottobre 2007 emessa dal Tar Campania, Salerno

n. Reg. Sent.

Anno

n. Reg. Ric.

Anno

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

Sezione staccata di Salerno

Sezione Prima

composto dai signori :

Dott. Filippo Portoghese Presidente f.f.

Dott. Ferdinando Minichini Consigliere

Dott. Michelangelo Maria Liguori Primo Referendario rel.

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 3275 R.G. dell'anno 2003, proposto da ALFA Carmine, anche quale titolare della ditta “* di ALFA Carmine”, rappresentato e difeso dall'avv. Marcello Fortunato, ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo, in Salerno, alla via SS. Martiri Salernitani n° 31;

C O N T R O

Comune di Bellizzi, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Lanocita, Gaetano Paolino e Maria Annunziata, unitamente ai quali elettivamente domicilia, in Salerno, alla via Roma n° 61;

e nei confronti di

+ s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita;

e di

C.s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita;

per l'annullamento

del verbale n° 2 del 23.7.2003, con il quale è stata disposta l'esclusione del ricorrente dalla gara dal Comune di Bellizzi per l'affidamento dei lavori di realizzazione della "Casa protetta polivalente", sul presupposto della "mancata indicazione delle spese relative al costo per il personale dipendente";
ove occorrente, della nota prot. n° 11778 del 5.8.2003, di comunicazione dell'esclusione rubricata sub a);

ove occorrente, del verbale di gara n° 3 del 23.7.2003;

del verbale di gara n° 4 del 15.9.2003, con il quale, in esito ad apposita istanza di riesame, è stata confermata l'esclusione del ricorrente;

ove occorrente, della nota prot. n° 13236 del 16.9.2003, di comunicazione della decisione sub d);

della determina del Responsabile del Servizio Affari Generali n° 144 del 29.7.2003, di approvazione degli atti di gara;

ove occorrente, del bando di gara, nella parte in cui prevede il requisito relativo al costo del personale;

di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

nonché per il risarcimento,

ai sensi degli artt. 35 Decr. Leg.vo 80/1998 e 7 L. 1034/1971, così come modificati dall'art. 7 L. 205/1990, di tutti i danni comunque connessi all'adozione dei provvedimenti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bellizzi;

Viste le memorie prodotte, a sostegno delle rispettive ragioni, dalle parti costituite;

Visti gli atti tutti della causa;

Udita alla pubblica udienza del 15 febbraio 2007 la relazione del dott. Michelangelo Maria Liguori, e uditi, altresì, l'avv. Fortunato per il ricorrente e l'avv. Paolino per il Comune intimato;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso, notificato tra il 12 e il 17 novembre 2003 e depositato il successivo 25 novembre, ALFA Carmine, titolare della ditta individuale "S.I.D.E. di ALFA Carmine", ha esposto

che, per la propria impresa, aveva presentato domanda per partecipare alla gara bandita dal Comune di Bellizzi per l'affidamento dei lavori di realizzazione della "Casa protetta polivalente";

che, nella prima seduta della gara, tenutasi l'11.7.2003, egli era stato sorteggiato per la verifica a campione dei requisiti dichiarati, ai sensi dell'art. 10 comma 1 quater L. 109/1994;

che, di conseguenza, aveva provveduto a depositare nei termini la documentazione richiestagli (e precisamente: modelli UNICO; dichiarazioni I.V.A.; certificazione in ordine alla regolarità contributiva; cedolini paga vidimati dall'INAIL; riepiloghi mensili e copie dei versamenti INPS; autodichiarazione sull'organico, distinta per qualifiche);

che però, con verbale n° 2 del 23.7.2003, la Commissione goiudicatrice, sul presupposto che mancasse "l'indicazione delle spese relative al costo per il personale dipendente", aveva disposto l'esclusione di esso ricorrente dalla gara, l'escussione della cauzione provvisoria, la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui LL.PP., la sospensione dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di LL. PP. per mesi tre;

che egli aveva quindi presentato istanza volta al riesame di tali statuizioni, all'esito del quale procedimento, tuttavia, la Commissione di giudicatrice aveva confermato l'esclusione.

Tanto esposto, il ALFA ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

violazione di legge (artt. 10 co. 1 quater L. 109/1994, e 18 e 28 D.P.R. 34/2000, in relazione agli artt. 2 e 3 L. 241/1990) – eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto e di istruttoria; erroneità): la motivazione utilizzata dall'amministrazione per giustificare l'esclusione sarebbe inidonea, essendo insufficiente il riferimento ad una pretesa mancanza della "indicazione delle spese relative al costo del personale dipendente", nonché il successivo rilievo (fatto in sede di riesame), secondo cui dagli atti esibiti non sarebbe stato possibile "desumere la corrispondenza del costo sostenuto per il personale dipendente";

violazione di legge (artt. 10 co. 1 quater L. 109/1994, e 18 e 28 D.P.R. 34/2000, in relazione agli artt. 2 e 3 L. 241/1990) – eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto e di istruttoria; erroneità): esso ricorrente avrebbe comunque dimostrato il possesso del requisito relativo al costo del personale, posto che la documentazione esibita sarebbe la stessa prescritta per la dimostrazione dell'organico medio ai fini della qualificazione SOA, e che la stessa soddisferebbe puntualmente le previsioni del bando e quanto richiesto con nota prot. n° 10756 dell'11.7.2003;

violazione di legge (erronea applicazione del bando di gara, in relazione agli artt. 10 L. 109/1994, e 18 e 28 D.P.R. 34/2000) – violazione dei principi generali in tema di procedure ad evidenza pubblica – eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto e di istruttoria; erroneità; arbitrarietà; travisamento; sviamento): prima di procedere all'esclusione, la P.A. avrebbe potuto, e dovuto, chiedere chiarimenti con riferimento alla documentazione presentata; le sanzioni di cui all'art. 10 co. 1 quater L. 109/1994 non avrebbero potuto essere irrogate automaticamente, ma avrebbero richiesto una valutazione della buona fede della partecipante;

Contestualmente, il ricorrente ha chiesto, ai sensi degli artt. 35 Decr. Leg.vo 80/1998 e 7 L. 1034/1971, il risarcimento dei danni subiti in dipendenza della censurata attività amministrativa posta in essere dal Comune di Bellizzi.

In data 9 dicembre 2003 si è costituito il Comune di Bellizzi, per resistere al proposto ricorso.

In data 9 febbraio 2007, l'Amministrazione resistente ha presentato una memoria illustrativa.

Alla pubblica udienza del 15 febbraio 2007, il ricorrente, con l'espreso consenso della difesa del Comune intimato, ha depositato note scritte; e quindi, su richiesta delle due parti costituite, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Oggetto di impugnazione in questa sede è il provvedimento di esclusione (unitamente agli atti conseguenti) della ditta del ricorrente dalla gara bandita dal Comune di Bellizzi per l'affidamento dei

lavori per la realizzazione della “Casa protetta polivalente”, avutasi perché mancherebbe “l’indicazione delle spese relative al costo per il personale dipendente”, e perché, comunque, dagli atti esibiti non sarebbe possibile “desumere la corrispondenza del costo sostenuto per il personale dipendente”.

Resiste il solo Comune di Bellizzi, eccependo l’inammissibilità del ricorso (per carenza di interesse, in conseguenza della mancata dimostrazione, da parte del ricorrente, che la sua offerta sarebbe risultata aggiudicataria se ammessa alla gara), e comunque l’infondatezza dello stesso, per essere la motivazione dell’esclusione esaustiva, tenuto conto che il ALFA non avrebbe prodotto il “bilancio riclassificato” espressamente richiestogli in visione – tra le altre cose – con la nota prot. n° 10756 dell’11.7.2003.

Così sommariamente delineate le posizioni delle parti, osserva preliminarmente il Tribunale che il ricorso risulta ammissibile, in quanto l’esclusione di un’impresa da una gara di appalto pubblico comporta di per sé la lesione dell’interesse alla valutazione della propria offerta, indipendentemente dall’esito della gara stessa, onde l’interesse all’impugnazione di tale esclusione è configurabile ex se, e non occorre la dimostrazione che l’esito della gara sarebbe stato in definitiva favorevole (cfr. Cons. di Stato sez. V, n° 5878 del 7.9.2004; Cons. di Stato sez. V, n° 1234 del 3.3.2001; Cons. di Stato sez. V, n° 439 dell’11.6.1999; T.A.R. Calabria-Catanzaro n° 386 dell’8.5.2007; T.A.R. Lazio-Roma n° 13566 del 19.11.2004; T.A.R. Campania-Salerno n° 4895 del 15.5.2003).

A tanto, va poi aggiunto che, in ogni caso, l’interesse alla presente impugnazione risulta anche giustificato dai peculiari pregiudizi derivanti al ricorrente dai provvedimenti sanzionatori adottati in connessione con la sua disposta esclusione (sul punto cfr. T.A.R. Veneto n° 2024 del 16.5.2005; T.A.R. Lombardia-Milano n° 5457 dell’1.12.2003; T.A.R. Lombardia-Milano n° 1094 del 30.4.2003).

Nel merito, i tre proposti motivi di doglianza possono essere esaminati congiuntamente, stante il collegamento sussistente tra loro.

In proposito, va detto che la vicenda che ha portato all’esclusione dell’impresa del ricorrente è stata originata dal fatto che quest’ultimo, a parere del seggio di gara, non avrebbe prodotto (una volta sorteggiato tra i partecipanti che avrebbero dovuto documentare il possesso dei requisiti richiesti dal bando) la chiesta documentazione, atta a comprovare le spese relative al costo per il personale dipendente; e, in particolare (come affermato dalla difesa dell’ente territoriale con la memoria del 9.2.2007), ciò sarebbe avvenuto in dipendenza della mancata presentazione del “bilancio riclassificato”, oggetto appunto di specifica richiesta con la nota prot. n° 10756 dell’11.7.2003.

Dal suo canto, il ricorrente sostiene di aver presentato diligentemente la documentazione richiestagli con la citata nota prot. n° 10756 del 11.7.2003 (dal quale carteggio, comunque, sarebbe stata, nella sua prospettazione, desumibile la spesa per il personale dipendente), precisando, nel contempo (cfr. memoria depositata il 15.2.2007, in sede di udienza), di non essere in realtà tenuto alla redazione del bilancio relativamente alla sua impresa.

Quindi, posto che non appare esservi contestazione tra le parti sul fatto che la restante documentazione sia stata regolarmente presentata dal ALFA, nodo centrale per la risoluzione della controversia viene ad essere quello circa la essenzialità - o meno - (al fine di consentire la determinazione del costo complessivo per il personale dipendente) della produzione del “bilancio riclassificato”, espressamente richiesto dalla Commissione di gara, con la sopra ricordata nota 10756/2003, ai concorrenti sorteggiati ex art. 10 co. 1 quater L. 109/1994.

Sul punto osserva il Collegio che il ALFA, nell’affermare di non essere tenuto alla redazione del bilancio, in sostanza assume contemporaneamente di essere un piccolo imprenditore (poiché solo costui, ai sensi dell’art. 2214 ult. comma cod. civ., è esentato dal rispetto delle disposizioni di cui al paragrafo 2 del Libro V, Titolo II, Capo III, Sezione III dello stesso codice, tra le quali figura, all’art.

2217, l'obbligo di redazione dell'inventario, contenente il bilancio e il conto profitti e perdite), e che la sua sarebbe una "impresa minore", la quale, in applicazione dell'art. 18 D.P.R. 600/1973, risulterebbe assoggettata, ai fini fiscali, ad un regime di contabilità semplificata, non prevedente l'obbligo di redazione del bilancio.

Orbene, a fronte della descritta situazione, e tenuto conto che nella stessa nota prot. n° 10756 dell'11.7.2003 la richiesta di presentare il "bilancio riclassificato" era rivolta ai "soggetti tenuti alla sua redazione" (cosicché, per converso, tale necessità doveva chiaramente intendersi esclusa per gli imprenditori non soggetti all'obbligo di redazione e deposito del bilancio), nonché della circostanza che in effetti da nessun atto del procedimento emerge che l'esclusione sarebbe avvenuta per l'omissione della presentazione di copia del bilancio (questa affermazione, come detto, è stata soltanto oggetto di una deduzione difensiva in questo giudizio, come tale non suscettibile di poter integrare ex post la motivazione dell'esclusione), ritiene il Tribunale che l'Amministrazione, nel momento in cui avesse rilevato che la documentazione prodotta da ALFA Carmine non era idonea a fornire indicazioni circa "le spese relative al costo per il personale dipendente", avrebbe dovuto dar conto in maniera completa ed espressa delle ragioni di ciò, chiarendo se tale valutazione era ascrivibile soltanto all'assenza del bilancio (ma in tal caso sarebbe occorsa anche una contestazione in ordine alla posizione dell'imprenditore circa il suo non essere tenuto dalla redazione di questo), o non anche alla carenza sul punto degli ulteriori documenti presentati (con necessità, allora, di precisare se questi fossero, o meno, corrispondenti a quelli espressamente richiesti con la nota sopra ricordata).

E il descritto obbligo motivazionale avrebbe dovuto anche essere connesso ad una migliore istruttoria, in conseguenza delle argomentazioni articolate dall'interessato in sede di ricorso contro la sua esclusione, per cui il seggio di gara, all'esito di tale ulteriore fase procedimentale, non avrebbe potuto limitarsi, con formula anodina, soltanto a ribadire che dagli atti esibiti non era possibile desumere la corrispondenza del costo sostenuto per il personale dipendente.

Per di più, qualora i documenti presentati fossero stati corrispondenti quelli richiesti, sebbene non sufficienti a comprovare il requisito in questione, l'Amministrazione avrebbe non solo potuto – ma dovuto – procedere ad un supplemento di istruttoria a fini integrativi; la qual cosa non avrebbe certo leso la par condicio dei partecipanti.

Pertanto, in definitiva, alla stregua delle esposte considerazioni, il ricorso va accolto con riferimento ai profili impugnatori proposti, con annullamento dell'esclusione del ricorrente dalla gara de qua, nonché degli atti conseguenti.

Quanto, invece, al profilo risarcitorio, il ricorso, pur in presenza dell'annullamento suddetto, risulta destituito di fondamento, non essendo stato assolto dal ricorrente l'onere probatorio su di lui incombente. Infatti egli, se pur ha promosso in giudizio la domanda in questione, non ha però poi né allegato quali sarebbero stati i tipi di danno da lui subiti nella fattispecie, né, tantomeno, ha fornito alcun elemento atto a procedere eventualmente alla loro individuazione e quantificazione: pertanto la domanda risarcitoria in commento va respinta.

L'accoglimento soltanto parziale del proposto ricorso rende opportuno compensare le spese di giudizio tra le parti costituite, e denegarne il rimborso con riferimento a quelle non costituite.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CAMPANIA

SALERNO - I[^] SEZIONE

definitivamente pronunciando sul ricorso di cui all'epigrafe, proposto da ALFA Carmine, così provvede:

in accoglimento della domanda impugnatoria, annulla la disposta esclusione del ricorrente dalla gara de qua, nonché i provvedimenti conseguentemente adottati dal Comune di Bellizzi;

respinge la domanda risarcitoria;

compensa le spese di giudizio tra le parti costituite, e ne denega il rimborso con riferimento alle parti non costituite.

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

Così deciso in Salerno, nella Camera di Consiglio del 15 febbraio 2007.

Dott. Filippo Portoghese

Presidente f.f.

Dott. Michelangelo Maria Liguori

Primo ref. est.

Depositata in Segreteria il

(art. 55, legge 27.04.1982 n. 186)

il Direttore della Sezione