



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 Emilia Romagna
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 948 del 2002, proposto da:
Impresa Costruzione S. Giuseppe Sas e Impresa Costruzioni Geom.
Mingoia Pino, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro
tempore, entrambe rappresentate e difese dagli avv. ti Giovanni
Immordino e Giuseppe Immordino, con domicilio eletto presso
Francesca Pozzebon in Bologna, Via Farini, n. 3;

contro

Amministrazione Provinciale di Bologna, in persona del Presidente
pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento, comunicato con nota del 22/2/2002, con il
quale la Provincia di Bologna ha richiesto alla Winterthur
Assicurazioni l'escussione della cauzione costituita in favore
dell'Amministrazione per la partecipazione alla gara del 31.10.2001 e

16.11.2001 per l'appalto dei "lavori di realizzazione a due livelli dell'intersezione tra la S.P. n. 3 trasversale di Pianura e la S.P. n. 45 Saliceto con costruzioni di cavalcavia", ai sensi dell'art. 10, comma 1 *quater*, L.n. 109/1994, nonché la segnalazione di quanto sopra all'Autorità di Vigilanza;

- del suddetto verbale di gara del 31/10-16/11/2001;
- nonché degli atti tutti presupposti, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2011 il dott. Giovanni Sabato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso proposto al TAR Sicilia – sede di Palermo – spedito per la notifica in data 24 aprile 2002 e ritualmente depositato il successivo 27 luglio, l'ATI costituenda Impresa Costruzione S. Giuseppe s.a.s. e Impresa Costruzioni Geom. Mingoia Pino, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, hanno impugnato gli atti di cui in epigrafe, invocandone l'annullamento.

Hanno premesso di aver presentato domanda di partecipazione al pubblico incanto indetto dalla Provincia di Bologna per l'aggiudicazione dei "lavori di realizzazione a due livelli

dell'intersezione tra la S.P. n. 3 trasversale di Pianura e la S.P. n. 45 Saliceto con costruzioni di cavalcavia” per un importo a base d’asta di lire 3. 929.346.587, laddove il bando di gara (punto 3-c) ha previsto, tra i requisiti di partecipazione, il “costo complessivo sostenuto per il personale dipendente non inferiore al 15 % della cifra d’affari in lavori effettivamente realizzata nel predetto quinquennio, di cui almeno il 40 % per personale operaio”. L’A.T.I. ricorrente, ammessa alla gara sulla base delle dichiarazioni presentate, è stata esclusa dopo la verifica espletata a seguito del prescritto sorteggio in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione, in quanto “non risultano sufficienti i requisiti << dichiarati >> e documentati dalla mandante in relazione al punto 3 c) del bando (costo del personale) e alle disposizioni del bando stesso sui requisiti delle imprese riunite, come attestato dal Settore Bilancio e Programmazione Finanziaria con nota PG 16816 del 16.11.2001”.

L’A.T.I. ricorrente ha quindi impugnato tale sfavorevole determinazione, sollevando le seguenti censure:

- violazione dell’art. 10, comma 1 *quater* della L.n. 109/94 in relazione all’art. 3 del bando di gara, all’art. 18, comma 10, del D.P.R. n. 34/2000, alla circolare del Ministero dei LL.PP. dell’1 marzo 2000 n. 182/400/93 ed all’atto di regolazione n. 15/2000 dell’Autorità per la Vigilanza sui LL.PP., in quanto, ove il seggio di gara avesse ritenuto non sufficienti i requisiti dichiarati dalla mandante in sede di presentazione delle offerte, avrebbe dovuto disporre l’esclusione dell’ATI ricorrente in sede di prequalificazione e non in sede di

verifica, con conseguente irrogazione delle sanzioni dell'incameramento della cauzione e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza, sulla base di una norma (l'art. 10 comma 1 *quater* l.n. 109/94), che presuppone la presentazione di dichiarazioni mendaci o comunque non rispondenti allo stato di fatto, nel caso di specie non ricorrenti.

La deducente ha concluso invocando l'annullamento degli atti impugnati.

Si è costituita l'Amministrazione provinciale innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del capoluogo siciliano, proponendo regolamento di competenza in accoglimento del quale la controversia è stata trasferita all'attenzione di questo Tribunale; l'Amministrazione provinciale di Bologna non si è però costituita innanzi a questo Tribunale, come prescritto dall'art. 31, comma 4, l.n. 1034/71.

Alla pubblica udienza del 6 ottobre 2011, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso all'esame del Collegio verte sulla legittimità del provvedimento, meglio distinto in epigrafe, con il quale la Provincia di Bologna ha disposto ai danni della ricorrente, ai sensi dell'art. 10 comma 1 *quater* l.n. 109/94, l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

2. Il Collegio prende atto, preliminarmente, che l'Amministrazione Provinciale di Bologna, dopo la declaratoria di incompetenza territoriale del Tar Sicilia – Palermo – originariamente adito, non si è

nuovamente costituita innanzi a questo Tribunale, ritenuto competente, di talché essa deve reputarsi non costituita ai fini del presente giudizio con conseguente non conoscibilità della memoria depositata al cospetto del Tribunale a quo in data 22 maggio 2002.

3. Fatta questa premessa, il Collegio ritiene necessario verificare la ricorrenza delle attribuzioni giurisdizionali del giudice amministrativo nonché la tempestività del ricorso, sia pure ex officio invece che su istanza di parte, in quanto articolata dalla difesa dell'Amministrazione con memoria, per le ragioni anzidette, non conoscibile da questo giudice.

Ordunque, la controversia innanzitutto è da ritenere riconducibile alla sfera giurisdizionale del giudice adito controvertendosi sulla legittimità di un atto afferente al procedimento ad evidenza pubblica, che come noto, rientra nella sfera cognitiva del giudice amministrativo ex art. 6 l.n. 205/00, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*.

Il ricorso è altresì da ritenere proposto nel termine sancito dall'art. 21 l.n. 1034/71, in quanto non vi è prova in atti della data precisa in cui dell'atto impugnato l'impresa ricorrente risulta avere conseguito piena conoscenza.

4. Il ricorso è fondato per le seguenti ragioni.

Le articolazioni difensive di parte ricorrente si incentrano sull'argomentata insussistenza del presupposto costitutivo della fattispecie sanzionatoria applicata, richiedendo l'art. 10, comma 1 quater della l.n. 109/1994 la falsità della dichiarazione resa in sede di partecipazione alla procedura selettiva, quando invece i dati forniti

dalla ricorrente in detta prodromica sede sarebbero risultati del tutto corrispondenti alla realtà.

La censura persuade il Collegio.

Occorre premettere, in punto di fatto, che a fronte dell'importo di lire 413.787.500 in ordine alla voce relativa al costo del personale calcolato in sede di verifica dalla Stazione Appaltante – come risulta dal prospetto allegato alla nota PG 16816 del 16.11.2001 del Settore Bilancio della Stazione Appaltante – quello dichiarato dell'impresa ricorrente è di lire 412.555.000. Il minimo scostamento tra le due cifre, del tutto irrisorio rispetto all'importo totale, non consente quindi di intravedere i presupposti applicativi della citata norma di cui all'art. 10, comma 1 quater, l.n. 109/94, così come agevolmente evincibili dalla sua perspicua ed inequivoca formulazione, laddove condiziona l'escussione della cauzione provvisoria e la 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” alla mancanza di prova in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti , ovvero al fatto che non siano confermate le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta. Dalle coordinate della vicenda si desume che nessuna delle citate circostanze si è verificata, avuto riguardo al fatto che l'esito delle verifiche operate dall'Amministrazione ha condotto alla quantificazione del costo del personale in termini sostanzialmente coincidenti con quelli dedotti in sede di partecipazione alla gara.

Fondato è il ricorso perché non si è verificato il presupposto applicativo dell'art. 10, comma 1 quater consistente nella difformità tra dichiarato e accertato.

Tanto è sufficiente per la complessiva reiezione del gravame, di talché dell'atto impugnato va disposto l'annullamento.

5. Va invece disattesa la domanda di risarcimento del danno lamentato siccome proposta in maniera del tutto generica e senza il conforto di alcuna prova in ordine alle conseguenze pregiudizievoli prodotte dall'atto impugnato. Si osserva infatti in giurisprudenza che “Il giudizio risarcitorio a seguito di lesione di interessi legittimi postula il superamento dei principi processuali classici modellati sullo schema del giudizio di impugnazione di un atto amministrativo; al privato non basta la deduzione in base al principio dispositivo con il metodo acquisitivo dell'illegittimità dell'atto, essendo necessaria la dimostrazione ex art. 2697 c.c. e 115 comma 1, c.p.c. degli elementi che consentano di concludere in senso a lui favorevole il giudizio della spettanza del risarcimento e cioè dare la prova del danno nella sua esistenza e nel suo ammontare e secondo le regole di cui agli art. 1223, 1226 e 1227 richiamati dall'art. 2056 c.c. La limitazione dell'onere probatorio che governa il processo amministrativo si fonda sulla naturale ineguaglianza delle parti, privato e p.a., e quindi sul generale possesso dei documenti da parte dei pubblici uffici che resistono in giudizio, nel mentre in caso risarcitorio si tratta in tutta evidenza di documentazione in possesso dl ricorrente” (cfr. T.A.R Puglia Bari, sez. II, 02 settembre 2010, n. 3445).

6. Sussistono nondimeno giusti motivi per dichiarare irripetibili le spese affrontate da parte ricorrente, anche tenuto conto della tesi giurisprudenziale in voga all'epoca alla quale risale il ricorso in ordine al nesso di consequenzialità necessaria tra esclusione dalla gara, da un lato, ed irrogazione delle sanzioni di incameramento della cauzione e segnalazione all'Autorità di Vigilanza, dall'altro. La declaratoria di irripetibilità delle spese è altresì giustificata dai principi di soccombenza parziale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Emilia Romagna
(Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 948/02, come in epigrafe proposto da Impresa Costruzione S. Giuseppe Sas e Impresa Costruzioni Geom. Mingoia Pino, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato.

Spese irripetibili.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Bruno Lelli, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/11/2011

IL SEGRETARIO

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