



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento
(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 130 del 2011, proposto da:
Objecta S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di capogruppo di costituendo r.t.i., e Cappelletti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandante di costituendo r.t.i., rappresentate e difese dagli avv.ti Daria de Pretis e Roberta de Pretis ed elettivamente domiciliate presso lo studio delle stesse in Trento, via SS. Trinità, n. 14

contro

Comune di Levico Terme, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Trento, nei cui uffici in Largo Porta Nuova, n. 9 è domiciliato

nei confronti di

Giochimpara S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Maccaferri ed elettivamente

domiciliata presso lo studio dello stesso in Trento, via Grazioli, n. 27

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione provvisoria, a favore dell'impresa Giochimpara S.r.l., dell'appalto della fornitura e posa in opera degli arredi interni del nuovo polo scolastico omnicomprensivo di scuola elementare e scuola media in via Silva Domini nel Comune di Levico, comunicata con lettera del 10 maggio 2011, prot. n. 7832;
- di tutti i verbali di gara dal n. 1 al n. 14, per la parte in cui non è stata disposta l'esclusione di Giochimpara S.r.l. ed è stata invece deliberata l'aggiudicazione a suo favore dell'appalto;
- della lettera del 4 aprile 2011, n. 5668, con cui il responsabile del procedimento ha escluso l'avvenuta omissione da parte dell'impresa aggiudicataria della dichiarazione ex art. 17 della legge n. 68 del 1999, avendo i concorrenti prodotto la puntuale dichiarazione che faceva espresso riferimento alla disciplina sull'occupazione dei disabili, avendo attestato l'inesistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, con particolare riferimento alla lettera l), del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163;
- di ogni altro atto ai precedenti connesso, presupposto o consequenziale, ivi compreso l'eventuale e non conosciuto provvedimento di aggiudicazione definitiva;
- del bando di gara e delle note di partecipazione ad essa;
nonché, previa, se del caso, dichiarazione di inefficacia del contratto illegittimamente stipulato,
per il conseguimento dell'aggiudicazione del contratto di appalto, ai

sensi dell'art. 124 c.p.a. a favore del costituendo r.t.i. fra le ricorrenti Objecta S.r.l. e Cappelletti S.r.l., in quanto miglior offerente e, in via subordinata, per la condanna dell'Amministrazione comunale resistente al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi per la mancata aggiudicazione dell'appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Giochimpara S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Levico Terme;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2011 il cons. Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza pubblicato, ai sensi dell'art. 120, comma 9, cod. proc. amm., in data 25 novembre 2011;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Levico Terme ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della fornitura e della posa in opera degli arredi interni del nuovo polo scolastico. L'importo a base d'asta era stabilito in 567.895,76 €, mentre per l'aggiudicazione era stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base ai seguenti criteri: 60 punti per l'offerta tecnica e 40 per quella economica.

Alla gara hanno partecipato quattro offerenti. All'esito di essa, nella

seduta di data 9 maggio 2011, la Commissione di gara ha provvisoriamente aggiudicato la commessa alla società Giochimpara, attuale controinteressata, la quale ha ottenuto 75,21 punti (35,21 per la parte tecnica e 40,00 per quella economica), a fronte dei 70,07 punti ottenuti dal raggruppamento delle ricorrenti Objecta e Cappelletti (dei quali 33,50 per la parte tecnica e 36,57 per quella economica).

2. Nel corso del procedimento di gara, con nota del 24 marzo 2011, il procuratore delle ricorrenti ha segnalato alla Stazione appaltante un'irregolarità nella documentazione amministrativa depositata dalle imprese partecipanti, irregolarità che avrebbe dovuto comportare l'esclusione delle ditte che non avevano prodotto la dichiarazione di cui all'art. 17 della legge 12.3.1999, n. 68, concernente le norme per il diritto al lavoro delle persone disabili. Tuttavia, il Responsabile del procedimento del Comune appaltante con nota del 4 aprile successivo ha risposto che non intendeva avvalersi della facoltà di esercitare l'autotutela.

Con nota del 26 maggio 2011 il procuratore delle ricorrenti ha quindi inoltrato l'informativa prevista dall'art. 243 bis del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163.

3. Con ricorso notificato in data 30 maggio 2011 e depositato l'11 giugno successivo le società Objecta e Cappelletti hanno impugnato il provvedimento di aggiudicazione, oltre agli altri atti indicati in epigrafe, deducendo la seguente articolata censura in diritto:

- *“violazione dell'art. 17 della legge 12.3.1999, n. 68, e dell'art. 38, comma 1, lett. l), del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; violazione del principio della par condicio*

fra i concorrenti". Le deducenti sostengono - richiamando copiosa giurisprudenza - che la controinteressata Giochimpara avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara a causa dell'omessa presentazione della dichiarazione, prevista dalla normativa richiamata, che attesta il rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, norme vincolanti anche per i concorrenti non obbligati alle assunzioni di lavoratori disabili.

4. Con l'atto introduttivo del giudizio le ricorrenti hanno chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati.

5. Si è tempestivamente costituita in giudizio la Società controinteressata, eccependo la tardività del ricorso e, comunque, chiedendone la reiezione nel merito.

6. Anche l'Amministrazione comunale si è costituita in giudizio e, all'udienza di discussione, ha chiesto la reiezione dell'impugnativa.

7. Con ordinanza n. 49, adottata nella camera di consiglio del 24 giugno 2011, integrata dall'ordinanza collegiale di correzione n. 201 depositata in data 15 luglio 2011, la domanda incidentale di misura cautelare è stata respinta.

8. Le citate ordinanze sono state impugnate innanzi al Consiglio di Stato, sezione V, la quale, con l'ordinanza n. 3985, adottata nella camera di consiglio del 13 settembre 2011, ha respinto l'appello.

9. In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno depositato ulteriore documentazione e memorie illustrative.

10. Alla pubblica udienza del 24 novembre 2011, dopo aver sentito i procuratori delle parti, il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Con il presente ricorso le società Objecta e Cappelletti, che hanno partecipato alla gara indetta dal Comune di Levico Terme per la fornitura di arredi in costituendo r.t.i. e che si sono collocate alla seconda posizione della graduatoria, hanno impugnato l'aggiudicazione disposta a favore della società Giochimpara allegando che la stessa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver prodotto la dichiarazione prevista dall'art. 17 della legge 12.3.1999, n. 68, attestante il rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei soggetti disabili.

2. L'eccezione di tardività nella proposizione del ricorso - sollevata dalla controinteressata sul rilievo che le ricorrenti avrebbero conosciuto l'intenzione dell'Amministrazione di ammetterla alla gara al momento della ricezione della nota del 4 aprile 2011, con la quale il Responsabile del Servizio tecnico comunale ha comunicato loro che la Stazione appaltante non intendeva avvalersi della facoltà di esercitare l'autotutela - è infondata.

Le comunicazioni fra i concorrenti e la Stazione appaltante, durante l'iter di gara, hanno la natura di atti endoprocedimentali sicché sono inidonee a produrre un'effettiva lesione all'impresa non risultata aggiudicataria; lesione che si determina definitivamente, invece, con l'assunzione del provvedimento di aggiudicazione, solo con riferimento al quale deve essere pertanto verificata la tempestività del ricorso.

3a. Il ricorso, tuttavia, è infondato nel merito, non giovando alla tesi

di parte ricorrente la pur pregevole esposizione di una copiosa giurisprudenza amministrativa che, in linea di principio, ha sancito la necessità dell'auto-dichiarazione preventiva circa il rispetto della legge posta a tutela del lavoro dei disabili anche in caso di inapplicabilità all'impresa di quella normativa.

3b. Nel caso in esame, ed in punto di fatto, si deve innanzitutto osservare che né il bando né le norme per la partecipazione alla gara avevano prescritto in modo chiaro, testuale e immediatamente percepibile che le imprese partecipanti alla gara dovessero presentare la dichiarazione di cui all'art. 17 della legge n. 68 del 1999.

All'opposto, al paragrafo III.2.1) il bando aveva richiesto:

- la presentazione di una dichiarazione attestante, tra altro, *“l'inesistenza della cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettere ... l), ... del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163”*;
- l'inserimento nel plico sigillato, esternamente alle buste dell'offerta tecnica e di quella economica, di una dichiarazione del legale rappresentante, resa ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, n. 445, *“attestante i requisiti di cui ai precedenti paragrafi III.2.1), ...”*;
- che per le modalità di presentazione del plico, oltre che per la formulazione dell'offerta tecnica e di quella economica, si dovesse fare riferimento alle norme di partecipazione.

Queste ultime, a pag. 2, avevano *“invitato”* i concorrenti a presentare le dichiarazioni per la partecipazione avvalendosi del fac-simile predisposto dall'Amministrazione e allegato al bando, proprio *“al fine di evitare la presentazione di dichiarazioni irregolari od incomplete che possono*

comportare l'esclusione dell'impresa dalla procedura di gara", in quanto la sola *"scrupolosa compilazione dei modelli agevolerà i concorrenti nel rendere tutte le dichiarazioni attestanti la sussistenza dei requisiti di partecipazione richiesti"*.

Neppure il predetto fac-simile, di cui all'allegato A delle norme di partecipazione, fra le numerose dichiarazioni e prescrizioni contenute e poste a carico dei concorrenti, prevedeva quella di causa.

3c. Invero, il bando - che resta la normativa speciale applicabile alla gara e che deve esplicitare in modo tassativo gli adempimenti richiesti ai concorrenti - aveva stabilito la pena dell'esclusione dalla gara unicamente per l'omessa allegazione della dichiarazione (resa con la consapevolezza delle sanzioni applicabili in caso di false dichiarazioni ai sensi dell'art. 66 del D.P.R. 28.12.2000, n. 445) attestante l'inesistenza delle cause di esclusione concernenti i requisiti di ordine generale e codificate al comma 1 dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici. Dichiarazione che si è positivamente tradotta nel documento predisposto in fac-simile dalla Stazione appaltante.

Inoltre, occorre precisare che il richiamato art. 38, comma 1, lett. l), nel testo vigente *ratione temporis*, recitava (e ancora recita): *"sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento ...i soggetti ... che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2"*, il quale, a sua volta, stabilisce che i concorrenti debbono attestare il possesso dei requisiti mediante *"dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28.12.2000, n.*

445”.

3d. Assume quindi valore deciso per la definizione della vicenda di causa:

- il fac-simile della domanda allegata al bando con il quale, in sostanza, era già stata predisposta l'istanza di partecipazione, limitando il compito dei soggetti concorrenti al riempimento delle parti soggettive ed alla firma della stessa, con un evidente e preciso intento di semplificazione ma anche con effetti conformativi del comportamento dei partecipanti; detto modulo, a pagina 2, conteneva, già predisposte, tutte le dichiarazioni di cui alle lettere dell'art. 38, comma 1 [dovendosi solo specificare le parti soggettive attinenti al pregiudizio penale di cui alla lettera c) e alle situazioni di controllo di cui alla lettera m quater)], cosicché le concorrenti dovevano limitarsi alla compilazione e all'apposizione della firma finale;

- l'esistenza di un doppio rinvio a dichiarazioni da rendersi ai sensi del D.P.R. n. 445 del 2000:

--- nel bando, quanto alle cause di esclusione di cui all'art. 38;

--- nell'art. 38, quanto al rispetto delle condizioni di cui all'art. 17 della legge n. 68 del 1999.

Tali rinvii non hanno certo favorito il concorrente nella piena comprensione degli oneri allegativi complessivamente richiesti ma, piuttosto, hanno tratto in inganno, prima ancora del partecipante, la Stazione appaltante, che ha dunque predisposto un incompleto fac-simile di dichiarazione raccomandandone altresì l'utilizzo.

3e. Di conseguenza, a fronte di un'obiettivo vaghezza degli atti predisposti dalla Stazione appaltante, deve prevalere il principio del favor participationis e quello di tutela del legittimo affidamento (cfr., in senso conforme, T.R.G.A. Trento, 13.10.2011, n. 254; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 8.6.2011, n. 842; T.R.G.A. Trento, 24.2.2011, n. 60; T.A.R. Sardegna, sez. I, 25.11.2010, n. 2626; T.A.R. Toscana, sez. I, 21.6.2010, n. 2006).

Le imprecisioni / imperfezioni degli atti predisposti dai soggetti aggiudicanti, infatti, *“non possono risolversi in danno dei concorrenti operando come un moltiplicatore dei casi di esclusione per motivi formali a detrimento dell'interesse pubblico alla massima partecipazione alle gare”* (cfr., T.A.R. Lombardia, Brescia, 23.10.2007, n. 918).

Questo orientamento trova fondamento nell'ordinamento comunitario (proprio in tema di affidamento indotto dalla formulazione degli atti di gara, cfr. Corte di Giustizia CE, sezione sesta, 27.2.2003, C-327/00, Santex S.p.a.), quale corollario del principio di certezza del diritto, nonché quale espressione del generale obbligo di comportarsi lealmente e secondo buona fede all'interno di ogni rapporto giuridico.

In definitiva, nelle ipotesi di equivocità o di incongruenza delle prescrizioni del bando, la tutela del legittimo affidamento e l'applicazione del principio del favor participationis impone che *“si dia alla lex specialis una lettura idonea a salvaguardare la posizione dei concorrenti in buona fede”* e, dunque, purché ciò non impinga il principio della par condicio, che non possa *“procedersi all'esclusione di un'impresa nel*

caso in cui questa abbia compilato l'offerta in conformità al fac-simile all'uopo approntato dalla Stazione appaltante” (cfr., C.d.S., sez. V, 5.7.2011, n. 4029; sez. VI, 10.11.2004, n. 7278).

3f. Per tornare al caso di specie:

- nella concorrente società Giochimpara - non soggetta al rispetto degli obblighi di cui alla citata legge n. 68 del 1999 presentando essa un organico inferiore a 15 dipendenti - è legittimamente sorto un giustificato affidamento circa le dichiarazioni da rendere sulla scorta della documentazione predisposta dalla Stazione appaltante;

- di conseguenza, quest'ultima non poteva escludere dalla gara l'impresa Giochimpara che aveva fatto fiducioso uso di quella carente modulistica, predisposta dallo stesso Comune proprio all'espresso fine di evitare l'adozione di provvedimenti di esclusione per dichiarazioni *“irregolari od incomplete”*.

Né può rilevare il carattere comunque *“facoltativo”* dell'uso della modulistica predisposta dalla Stazione appaltante, la quale, oltre a rendere omogenee le offerte, e quindi a semplificarne l'esame, aveva il dichiarato scopo di ridurre il rischio di errori da parte dei partecipanti.

Di conseguenza, si deve ritenere che i concorrenti avrebbero accettato un livello più elevato di rischio, sanzionabile con l'esclusione dalla gara, se rinunciavano ad avvalersi di quel modello fac-simile ma non certo nel caso contrario.

4a. Peraltro, va ancora precisato, ad abundantiam, che la controinteressata Giochimpara non è soggetta al rispetto degli obblighi concernenti le assunzioni obbligatorie di persone disabili

disciplinati dalla citata legge n. 68 del 1999. In merito a questi obblighi, il più volte richiamato art. 17 di questa legge dispone: *“le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione”*.

4b. Di conseguenza, la contestata omissione della dichiarazione di cui al riportato articolo si è tradotta, in fatto, nella mancata produzione di una certificazione di contenuto negativo, come tale sostanzialmente irrilevante e inidonea sia ad attribuire alcuna posizione di vantaggio all'interessata sia a pregiudicare gli interessi di rango costituzionale presidiati dalla citata normativa sui disabili come individuati dalla giurisprudenza (cfr., C.d.S., sez. VI, 26.2.2010, n. 1135; sez. V, 24.1.2007, n. 256). Per perseguire detti interessi di *“elevato valore sociale”*, la menzionata legge ha introdotto una serie di misure (fra cui la dichiarazione prevista dall'art. 17) necessarie ad attuare quelle articolate disposizioni, finalizzate tutte a realizzare la promozione dell'inserimento e dell'integrazione lavorativa delle persone disabili nel mondo del lavoro.

4c. Tuttavia, il Collegio ritiene che l'effettiva tutela delle persone disabili si persegua con comportamenti fattivi posti in carico non solo direttamente ai datori di lavoro ma anche alle Amministrazioni pubbliche aggiudicatrici di contratti, le quali hanno il dovere di controllare il concreto rispetto degli obblighi di legge, ed anche di

verificare se vengono poste in essere possibili misure elusive di quegli obblighi da parte dei soggetti che offrono la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi, la fornitura di prodotti.

Al riguardo, è allora da osservare che l'interesse generale individuato e protetto dalla legge n. 68 del 1999 non si tutela, nemmeno formalmente, tramite l'esclusione o l'estromissione del miglior offerente da una pubblica gara per un fatto privo di una qualsiasi offensività rispetto agli interessi presidiati da quelle disposizioni legislative (cfr., in termini, C.d.S., sez. V, 15.9.2009, n. 5505).

5. In conclusione, sulla base delle argomentazioni svolte, il ricorso deve essere respinto.

Le spese e gli onorari del giudizio possono essere compensati tra le parti, in ragione della complessità giuridica della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 130 del 2011, lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chiettoni, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/12/2011

IL SEGRETARIO

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