

T. A. R. Campania - Napoli, sez. I, 23 aprile 2009, n. 2147

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania
Prima Sezione
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 3857 del 2008, proposto da:
B. H. S.a.s., rappresentata e difesa dall'Avv. M. L., con il quale è
elettivamente domiciliata in N. alla Via D. F. n. 31 presso lo studio
dell'Avv. E. C.;

contro

COMUNE DI M., rappresentato e difeso dall'Avv. T. P., con il quale è
elettivamente domiciliato in N. al Viale G. n. 19 presso lo studio
dell'Avv. S. T.;

nei confronti di

Società Cooperativa L. S., rappresentata e difesa dall'Avv. R. L., con
il quale è elettivamente domiciliata in N. alla Via D. n. 78 presso lo
studio dell'Avv. L.;

D. A., non costituito;

per l'annullamento

della nota del Comune di M. prot. n. 11477 del 5 maggio 2008, con la
quale si comunica alla società ricorrente l'esclusione dalla gara di
affidamento del servizio di custodia e mantenimento dei cani randagi,
nonché del bando di gara e di ogni altro atto presupposto, connesso e
conseguenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti proposti in corso di causa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di M.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Società Cooperativa L. S.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 05/11/2008 il dott. Carlo
Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con il gravame in trattazione, come integrato dai motivi aggiunti, la
società ricorrente espone di aver partecipato, insieme con la
concorrente società cooperativa L. S., alla gara a procedura aperta,
indetta dal Comune di M., finalizzata all'affidamento del servizio di
custodia e mantenimento dei cani randagi.

Con provvedimento della commissione di gara, comunicato con nota del
predetto Comune prot. n. 11477 del 5 maggio 2008, la ricorrente veniva
esclusa dalla procedura selettiva per mancata osservanza di alcune
prescrizioni del bando.

Successivamente, l'amministrazione comunale, con determina n. 73 del
15 luglio 2008, sulla base del rilievo che entrambe le società
concorrenti erano state escluse dalla gara per irregolarità nella
presentazione delle rispettive offerte, disponeva "di dichiarare la
chiusura del procedimento senza aggiudicazione".

La ricorrente impugna i menzionati provvedimenti, unitamente al bando
di gara nella parte relativa alle cause di esclusione applicate nella
fattispecie, deducendo motivi attinenti alla violazione e falsa
applicazione di legge, nonché all'eccesso di potere per erroneità dei
presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione.

Si è costituito con memoria il Comune di M., concludendo per
l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Si è altresì costituita la controinteressata società cooperativa L. S., formulando analoghe conclusioni nella propria memoria di costituzione.

L'istanza di sospensiva è stata accolta con ordinanza cautelare n. 2071 del 23 luglio 2008.

Parte ricorrente e parte resistente hanno prodotto ulteriori memorie difensive a sostegno delle rispettive ragioni.

L'altro soggetto intimato, pur regolarmente evocato in giudizio, non si è costituito.

Il ricorso, infine, è stato trattenuto per la decisione all'udienza pubblica del 5 novembre 2008.

Il Collegio prescinde dal vaglio delle eccezioni di rito formulate dalle difese dell'amministrazione comunale e della società controinteressata, giacché esse sono superate dall'infondatezza dell'impianto argomentativo su cui poggia il gravame.

Opportuna appare la preliminare ricostruzione dei punti salienti della vicenda contenziosa.

Con verbale n. 1 del 1° aprile 2008, la commissione giudicatrice rilevava le seguenti anomalie nella presentazione dell'offerta della ricorrente: "1. il plico contiene al suo interno un solo plico sigillato (Offerta Economica), mentre la documentazione amministrativa non è inserita in un distinto plico come previsto dall'art. 3 del Bando di Gara; (...) 4. manca la certificazione ai sensi dell'art. 17 della L. 68/99, il concorrente ha dichiarato in altra autocertificazione che ha un numero di dipendenti uguale a tre."

Con verbale n. 2 del 2 maggio 2008, la commissione, facendo proprie le valutazioni espresse in apposito parere legale, statuiva di escludere la ricorrente dalla gara; i motivi dell'esclusione, riportati nella nota di comunicazione del 5 maggio 2008, consistevano nelle seguenti circostanze: "a) mancanza della certificazione ai sensi dell'art. 17 della Legge n. 68/1999; b) mancato inserimento nel plico recante l'offerta della società di due distinte buste contenenti, rispettivamente, la documentazione amministrativa e l'offerta economica;"

Ciò premesso, la ricorrente rivolge nei confronti di tale esclusione due censure, con cui denuncia, da un lato, la violazione dell'art. 17 della Legge n. 68/1999 e, dall'altro, la violazione dell'art. 3 del bando e dei principi di imparzialità e di *favor participationis*.

Con la prima di tali doglianze, la medesima sostiene essenzialmente che gli obblighi certificativi, imposti in occasione della partecipazione a gare pubbliche dall'art. 17 cit., non riguarderebbero le aziende, come la sua, con meno di 15 dipendenti, sottratte alla disciplina sul mantenimento delle quote di riserva per l'assunzione dei disabili.

L'argomento non convince.

Il Collegio osserva che se è vero che, in base all'art. 3 della Legge n. 68/1999, i datori di lavoro aventi meno di 15 dipendenti sono esonerati dal rispetto delle predette quote di riserva, è altrettanto vero che l'art. 17 deve ricevere una generale applicazione da parte delle imprese che intendono concorrere per l'affidamento degli appalti pubblici, a prescindere dal numero di dipendenti occupati nello specifico.

Soccorre, al riguardo, il seguente indirizzo giurisprudenziale, pienamente condiviso da questo giudicante: "(...) va precisato che l'orientamento consolidato della Sezione è nel senso che il rispetto della normativa a tutela dei disabili deve essere dichiarato al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e che le imprese concorrenti non tenute alla relativa osservanza, lungi dall'essere esonerate dal comunicare all'Amministrazione la

propria posizione nei riguardi della disciplina in parola, sono comunque tenute a trasmettere, anch'esse al momento della presentazione della domanda, la dichiarazione che attesti l'inapplicabilità alla loro impresa della normativa citata (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2004, n. 3148; Cons. Stato, Sez. V, 6 luglio 2002, n. 3733). Ciò in quanto lo scopo della disposizione in esame non è solo quello di garantire all'amministrazione la conclusione del contratto con un'impresa che osserva la normativa sul diritto al lavoro dei disabili, ma anche quello di assicurare e di perseguire il rispetto di quest'ultima; finalità che si raggiungono, in forza di quanto disposto dall'art. 17 della l. n. 68/1999, imponendo comunque di dichiarare "di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili", anche se l'impresa non rientra nei casi previsti dall'art. 3 della l. n. 68/1999. Sul punto è stato osservato da questo Consiglio (cfr. Sez. VI, 21 luglio 2003, n. 4202), che, diversamente opinando, si dovrebbe richiedere all'amministrazione di andare a verificare, in mancanza della dichiarazione, se l'impresa occupi un numero di lavoratori tali da esentarla dall'assunzione dei disabili; il che, non solo non è conforme alla lettera dell'art. 17 della l. n. 68/1999, ma è anche contrario a principi di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa di cui agli artt. 97, comma 1, della Costituzione e 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241." (così Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2007 n. 256; nello stesso senso TAR Campania Napoli, Sez. I, 10 marzo 2005 n. 1717).

Né, come addotto in gravame, la riscontrata mancanza della certificazione in parola può essere sanata dal fatto che l'art. 77 bis del D.P.R. n. 445/2000 ammette la generale surrogabilità dei certificati da esibire in sede di gara con la dichiarazione sostitutiva dell'interessato, dal momento che nella procedura selettiva in esame la ricorrente non risulta aver prodotto nemmeno tale dichiarazione.

Né, infine, si può aderire all'ulteriore rilievo di parte ricorrente, teso a dimostrare che la dichiarazione ex art. 17 della Legge n. 68/1999 potrebbe essere desunta dalla dichiarazione, allegata alla domanda di partecipazione, nella quale si attesta che il numero medio annuo dei dipendenti è pari a tre. Infatti, si osserva che, in disparte la notazione che tale ultima dichiarazione è richiesta dal bando ai fini della (diversa) dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale, la dichiarazione in tema di assunzioni obbligatorie dei disabili non si presta, in virtù del contenuto specifico e tipizzato imposto dalla norma che la prevede, ad essere assorbita da una diversa dichiarazione che non faccia riferimento espresso alla disciplina contemplata dall'art. 17 cit., pena, in caso contrario, la frustrazione della *ratio* protezionistica di peculiari interessi pubblici propria di tale disposizione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 marzo 2007 n. 1319).

Anche la rimanente censura, inerente alle modalità di presentazione dell'offerta, non è meritevole di condivisione, essendo incontestato che la ricorrente abbia prodotto la documentazione amministrativa senza racchiuderla in apposita busta, ma ponendola all'interno dell'unico plico in cui era contenuta la busta recante l'offerta economica.

La ricorrente erra nel ritenere che tale anomalia sia trascurabile alla luce dei fondamentali principi del *favor participationis* e della sanabilità delle irregolarità meramente formali, nonché in virtù del dato che nel caso specifico "le due buste, l'una contenente l'altra, erano prive di qualsiasi riferimento che consentisse di risalire alla società ricorrente", con conseguente salvezza delle esigenze di imparzialità; infatti, l'art. 3 del bando di gara prevede

espressamente che, a pena di esclusione, sia la documentazione amministrativa sia l'offerta economica dovevano essere racchiuse in due buste separate, "a loro volta sigillate con carta gommata e controfirmate o siglate sui lembi di chiusura", e conservate all'interno dell'unico plico di trasmissione.

Tanto basta, in ragione dell'espressa menzione della causa di esclusione, a qualificare non ammissibile la domanda di partecipazione della ricorrente. Si osserva al riguardo che, in occasione dell'espletamento dei procedimenti di evidenza pubblica, la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella *lex specialis* in ordine ai requisiti di partecipazione ovvero alle clausole di esclusione, atteso che il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti; ne discende che alla stazione appaltante non residua alcuno spazio per valutazioni di carattere discrezionale sulla ricorrenza dei presupposti di carattere soggettivo od oggettivo come predeterminati dal bando, essendo quelli, e non altri, funzionali alla realizzazione dell'interesse pubblico che deve essere perseguito attraverso la procedura selettiva (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 settembre 2007 n. 4644; TAR Lazio Roma, Sez. I, 4 luglio 2007 n. 5989).

Inoltre, proprio il rispetto dei principi di imparzialità e di *par condicio* impone alla stazione appaltante di attenersi rigidamente al criterio formale-letterale nella interpretazione delle clausole escludenti della *lex specialis*, risolvendosi ogni esegesi di tipo sostanzialistico in un implicito attentato ai suddetti principi; al limite, è possibile ammettere un'interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti solo in presenza di una equivoca formulazione del bando, ma non è questo il caso di specie.

Né il bando, nel contemplare la causa di esclusione in parola, può essere ritenuto in contrasto con i principi del *favor participationis* e della sanabilità delle irregolarità meramente formali, in quanto la prescrizione sulle modalità di presentazione della documentazione amministrativa da un lato non assume rilievo meramente formale, incidendo sulla regolarità delle operazioni di gara e sulla necessità di tenere distinta l'offerta economica dagli altri documenti (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 21 ottobre 2003 n. 6530), dall'altro è preordinata a tutelare la *par condicio* tra i concorrenti, assicurando l'autenticità della chiusura originaria ad opera del mittente ed evitando la manomissione del contenuto del plico (cfr. TAR Campania Napoli, Sez. I, 18 ottobre 2007 n. 9675).

Le suesposte considerazioni militano nel senso dell'infondatezza delle censure rivolte dalla ricorrente avverso il provvedimento di esclusione dalla gara, determinando il rigetto della relativa domanda di annullamento.

La reiezione della predetta impugnativa si riverbera sull'interesse a contestare la determina comunale con cui si è disposta la chiusura della procedura selettiva senza aggiudicazione.

La ricorrente non gode di alcun interesse ad impugnare l'esito infruttuoso della gara a fronte della sua avvenuta esclusione, essendo il risultato della procedura normalmente indifferente al soggetto (ormai) estraneo alla stessa. Invero, l'esclusione legittima conclude per l'aspirante l'iter di gara e la sua posizione, rispetto al bene della vita riguardato dal procedimento selettivo, non assume altra configurazione che quella di interesse di mero fatto, del tutto privo di rilevanza e tutela giuridica, a meno che (ma non è questo il caso di specie) vengano dedotte censure dirette ad infirmare l'intero

procedimento, con conseguente emersione dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 25 luglio 2006 n. 4657).

Ne discende che l'impugnativa della determina comunale in questione deve essere dichiarata inammissibile per carenza di interesse.

In conclusione, l'odierno ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, in parte deve essere respinto ed in parte deve essere dichiarato inammissibile, nei termini sopra indicati.

Sussistono giusti motivi, attesa l'evoluzione della vicenda contenziosa, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sede di Napoli - Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, unitamente ai motivi aggiunti, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara inammissibile, nei termini indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 05/11/2008 e 17/12/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Fabio Donadono, Consigliere

Paolo Corciulo, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/04/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO