

L'art 17 della legge n° 68 del 12-3-1999 prescrive che le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, siano tenute a presentare

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Tale norma è stata interpretata dalla giurisprudenza in maniera rigorosa richiedendo comunque la presentazione della dichiarazione di essere in regola con gli adempimenti relativi alle assunzioni obbligatorie anche in mancanza dell'obbligo di assunzione (cfr Consiglio di Stato Sez. V, sent. n. 6794 del 21-11-2006 per cui secondo quanto dispone l'art. 17, L. n. 68 del 1999 le imprese sia pubbliche che private, che partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, devono presentare preventivamente la dichiarazione del legale rappresentante che attesti che le stesse siano in regola con la normativa relativa al diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione).

In considerazione poi della immediatezza dei tempi nei quali è stata disposta la riammissione (poche settimane), non vi era alcuna necessità di procedere ad una esplicita motivazione sull'interesse pubblico attuale all'adozione del provvedimento di autotutela.

Nella gara indetta per aggiudicazione di un appalto con la Pubblica amministrazione e caratterizzata dalla partecipazione di due soli concorrenti e di censure incrociate concernenti la medesima fase della procedura, l'interesse strumentale alla ripetizione della gara è sufficiente a sorreggere l'interesse al ricorso

Con il primo motivo di ricorso si sostiene la illegittimità della riapertura della gara, in quanto, ad avviso della impresa ricorrente, la gara una volta dichiarata deserta non avrebbe potuto essere riaperta

Tale motivo di ricorso non è suscettibile di accoglimento. L'Amministrazione ha agito in via di autotutela annullando il precedente provvedimento di esclusione evidentemente illegittimo e riammettendo quindi

l'offerta della controinteressata. La nozione di gara deserta, a cui la difesa ricorrente sembra attribuire una particolare rilevanza nell'ordinamento, non ha particolare alcuna funzione di consumazione dei poteri della stazione appaltante, ma è solo considerato uno dei possibili presupposti per la procedura negoziata (artt 56 e 57 del d.lgs. n° 163 del 2006). Nel caso di specie, è stato adottato un provvedimento di esclusione illegittimo, poi annullato in autotutela. Rispetto a tale provvedimento di autotutela non può configurarsi alcuna illegittimità; né la disparità di trattamento, essendo ben diversa la situazione delle due concorrenti. Nell'offerta della ATI ricorrente mancava la busta contenente l'offerta economica, elemento essenziale dell'offerta. In quella del raggruppamento contro interessato, era presente la dichiarazione di essere in regola con le assunzioni obbligatorie, senza specificazione del motivo del superamento del limite del numero di quindici dipendenti, previsto per l'applicazione della disciplina sulla tutela del lavoro dei disabili. Il provvedimento di autotutela deve altresì ritenersi legittimo, in quanto sussistevano i presupposti per l'annullamento. Nella domanda di partecipazione la controinteressata ha espressamente dichiarato di non presentare la certificazione, in quanto non soggetta agli obblighi di assunzione obbligatoria. Vi era dunque nella domanda di partecipazione la prescritta dichiarazione. Tale dichiarazione risulta, altresì, corretta, in relazione alle norme che prescrivono l'obbligo delle assunzioni dei disabili, in quanto l'impresa BETA ha chiarito di avere alle proprie dipendenze lavoratori agricoli stagionali. L'art 3 della legge n° 17 del 1999 prevede l'obbligo delle assunzioni obbligatorie dei disabili per i datori di lavoro pubblici e privati con più di quindici dipendenti; l'art 4 indica i criteri di computo della quota di riserva, per cui agli effetti della determinazione del numero di soggetti disabili da assumere, non sono computabili tra i dipendenti i lavoratori con contratto a tempo determinato di durata non superiore a nove mesi. Ne consegue che gli operai stagionali a tempo determinato non rientrano nel numero di quindici dipendenti; inoltre, nel caso di specie trattandosi di lavoratori agricoli il computo del periodo di durata del contratto deve essere effettuato in base all'art 3 comma 6 del d.p.r. n° 333 del 10/10/2000, per cui agli effetti dell'articolo 4, comma 1, della legge n. 68 del 1999, per i datori di lavoro pubblici o privati che svolgono attività di carattere stagionale, il periodo di nove mesi di durata del contratto a tempo determinato si calcola sulla base delle corrispondenti giornate lavorative effettivamente prestate nell'arco dell'anno solare, anche non continuative. **Il provvedimento di esclusione era dunque illegittimo per violazione di legge; ne consegue la legittimità del provvedimento dell'Anas di riammissione della controinteressata alla gara deve ritenersi legittimo.** Trattandosi di mera interpretazione delle norme di legge applicabili al caso di specie, non si può ritenere in alcun modo che quelli forniti dalla impresa controinteressata siano chiarimenti o giustificazioni integrative non ammesse in sede di gara. Si è trattato solo della richiesta di un intervento di autotutela in relazione alla evidenza del vizio di violazione della legge n° 68 del 1999 in cui era incorsa l'Amministrazione.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 5688 del 16 giugno 2009, emessa dal Tar Lazio, Roma

N. 05688/2009 REG.SEN.

N. 10739/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 10739 del 2008, proposto da:
Impresa Individuale ALFA Oreste, rappresentato e difeso dagli avv. *****,
*****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Portuense, 104;

contro

Soc Anas Spa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Vivai Piante V.Zo BETA di ***** + Ati, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via XX Settembre, 98/E; Soc Vivai Piante V.Zo BETA di *****, ***** di ***** e Fig, Soc Vivai GAMMA Sas Az Agr di M. Cornacchia e *****+Ati;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

ANNULL. DELLA GARA PER IL MANTENIMENTO IN EFFICIENZA DELLE OPERE IN VERDE LUNGO LA TRATTA DELL'AUTOSTR. SALERNO-REGGIO CALABRIA TRA I KM 0+400 E 148+442 IN ENTRAMBE LE CARREGG. (COD. 33/08)- 23 BIS.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc Anas Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc Vivai Piante Vincenzo BETA di ***** + Ati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 giugno 2009 il primo referendario ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando del 24 giugno 2009 l'Anas ha indetto una gara per l'affidamento del servizio in efficienza delle opere in verde dell'Autostrada Salerno Reggio Calabria tra i Km 0 e 148+442, prevedendo l'aggiudicazione al prezzo più basso.

Hanno presentato domanda di partecipazione la impresa ALFA Oreste e la ATI composta dalla mandataria ***** di ***** e mandante ***** s.a.s.

Nella seduta del 26-8-2008 la Commissione escludeva entrambe le offerte, quella della impresa ALFA Oreste, in quanto mancante della Busta B contenente l'offerta economica e della dichiarazione relativa alle condanne con il beneficio della non menzione; la Ati BETA-GAMMA in quanto mancante della dichiarazione ai sensi dell'art 17 della legge n° 68/99. Pertanto la Commissione dichiarava la gara deserta. Successivamente l'ATI BETA GAMMA presentava note di chiarimenti relativi alla mancata dichiarazione ex art 17 della legge n° 68 del 1999, rappresentando che la dichiarazione non era dovuta in quanto impresa sì con più di quindici dipendenti, ma in prevalenza operai stagionali a tempo determinato.

Pertanto veniva riammessa alla gara e le veniva aggiudicato il servizio.

Avverso tale provvedimento, avverso l'aggiudicazione definitiva e avverso il provvedimento di esclusione della impresa ALFA Oreste sono stati proposti il presente ricorso ed i motivi aggiunti con le seguenti censure:

violazione e falsa applicazione degli artt 41 e 97 della Costituzione; dell'art 3 della legge n° 241 del 7-8-1990; dei principi generali sul tempus, sui compiti e sul funzionamento delle operazioni di gara; incompetenza; eccesso di potere per apoditticità, arbitrarietà, illogicità, sviamento; violazione dei principi generali in tema di autotutela;

violazione del punto 10 del bando; del punto 6 del disciplinare di gara; della direttiva n° 18/2004; degli artt 37 e seguenti del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006; degli artt 93 e 95 del d.p.r. n° 554 del 1999 e dell'art 253 del d.lgs. n° 163;

eccesso di potere per carenza di presupposti; erroneità; difetto di istruttoria; illogicità; perplessità;

violazione dell'art 17 della legge n° 68 del 12-3-1999; dell'art 38 d.lgs. n° 163 del 2006; violazione del bando e del capitolato d'appalto; eccesso di potere per irrazionalità; carenza di istruttoria; sviamento; irragionevolezza; carenza di istruttoria;

DIRITTO

La impresa ricorrente non ha formulato specifiche censure avverso il proprio provvedimento di esclusione affermando solo la presenza della busta contenente l'offerta economica.

Si può, peraltro, prescindere dall'annullamento del provvedimento di esclusione, trattandosi di procedura di gara con due sole imprese partecipanti, per cui la giurisprudenza ha da tempo affermato la rilevanza dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara.

Nella gara indetta per aggiudicazione di un appalto con la Pubblica amministrazione e caratterizzata dalla partecipazione di due soli concorrenti e di censure incrociate concernenti la medesima fase della procedura, l'interesse strumentale alla ripetizione della gara è sufficiente a sorreggere l'interesse al ricorso (Consiglio Stato , sez. V, 21 gennaio 2009 , n. 282).

Si devono dunque esaminare le censure relative all'aggiudicazione all'ATI BETA GAMMA.

Con il primo motivo di ricorso si sostiene la illegittimità della riapertura della gara, in quanto, ad avviso della impresa ricorrente, la gara una volta dichiarata deserta non avrebbe potuto essere riaperta.

Tale motivo di ricorso non è suscettibile di accoglimento. L'Amministrazione ha agito in via di autotutela annullando il precedente provvedimento di esclusione evidentemente illegittimo e riammettendo quindi l'offerta della controinteressata.

La nozione di gara deserta, a cui la difesa ricorrente sembra attribuire una particolare rilevanza nell'ordinamento, non ha particolare alcuna funzione di consumazione dei poteri della stazione appaltante, ma è solo considerato uno dei possibili presupposti per la procedura negoziata (artt 56 e 57 del d.lgs. n° 163 del 2006).

Nel caso di specie, è stato adottato un provvedimento di esclusione illegittimo, poi annullato in autotutela.

Rispetto a tale provvedimento di autotutela non può configurarsi alcuna illegittimità; né la disparità di trattamento, essendo ben diversa la situazione delle due concorrenti. Nell'offerta della ATI ricorrente mancava la busta contenente l'offerta economica, elemento essenziale dell'offerta.

In quella del raggruppamento contro interessato, era presente la dichiarazione di essere in regola con le assunzioni obbligatorie, senza specificazione del motivo del superamento del limite del numero di quindici dipendenti, previsto per l'applicazione della disciplina sulla tutela del lavoro dei disabili.

Il provvedimento di autotutela deve altresì ritenersi legittimo, in quanto sussistevano i presupposti per l'annullamento.

Il provvedimento di esclusione era, infatti, illegittimo.

L'art 17 della legge n° 68 del 12-3-1999 prescrive che le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, siano 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.

Tale norma è stata interpretata dalla giurisprudenza in maniera rigorosa richiedendo comunque la presentazione della dichiarazione di essere in regola con gli adempimenti relativi alle assunzioni obbligatorie anche in mancanza dell'obbligo di assunzione (cfr Consiglio di Stato Sez. V, sent. n. 6794 del 21-11-2006 per cui secondo quanto dispone l'art. 17, L. n. 68 del 1999 le imprese sia pubbliche che private, che partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, devono presentare preventivamente la dichiarazione del legale rappresentante che attesti che le stesse siano in regola con la normativa relativa al diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione).

Nella domanda di partecipazione la Vivai BETA ha espressamente dichiarato di non presentare la certificazione, in quanto non soggetta agli obblighi di assunzione obbligatoria. Vi era dunque nella domanda di partecipazione la prescritta dichiarazione.

Tale dichiarazione risulta, altresì, corretta, in relazione alle norme che prescrivono l'obbligo delle assunzioni dei disabili, in quanto l'impresa BETA ha chiarito di avere alle proprie dipendenze lavoratori

agricoli stagionali.

L'art 3 della legge n° 17 del 1999 prevede l'obbligo delle assunzioni obbligatorie dei disabili per i datori di lavoro pubblici e privati con più di quindici dipendenti; l'art 4 indica i criteri di computo della quota di riserva, per cui agli effetti della determinazione del numero di soggetti disabili da assumere, non sono computabili tra i dipendenti i lavoratori con contratto a tempo determinato di durata non superiore a nove mesi. Ne consegue che gli operai stagionali a tempo determinato non rientrano nel numero di quindici dipendenti; inoltre, nel caso di specie trattandosi di lavoratori agricoli il computo del periodo di durata del contratto deve essere effettuato in base all'art 3 comma 6 del d.p.r. n° 333 del 10/10/2000, per cui agli effetti dell'articolo 4, comma 1, della legge n. 68 del 1999, per i datori di lavoro pubblici o privati che svolgono attività di carattere stagionale, il periodo di nove mesi di durata del contratto a tempo determinato si calcola sulla base delle corrispondenti giornate lavorative effettivamente prestate nell'arco dell'anno solare, anche non continuative.

Il provvedimento di esclusione era dunque illegittimo per violazione di legge; ne consegue la legittimità del provvedimento dell'Anas di riammissione della controinteressata alla gara deve ritenersi legittimo. Trattandosi di mera interpretazione delle norme di legge applicabili al caso di specie, non si può ritenere in alcun modo che quelli forniti dalla impresa BETA siano chiarimenti o giustificazioni integrative non ammesse in sede di gara. Si è trattato solo della richiesta di un intervento di autotutela in relazione alla evidenza del vizio di violazione della legge n° 68 del 1999 in cui era incorsa l'Amministrazione.

In considerazione poi della immediatezza dei tempi nei quali è stata disposta la riammissione (poche settimane), non vi era alcuna necessità di procedere ad una esplicita motivazione sull'interesse pubblico attuale all'adozione del provvedimento di autotutela. La giurisprudenza è costante, infatti, nel ritenere che quando l'annullamento d'ufficio intervenga a breve distanza di tempo dall'adozione del provvedimento illegittimo non sia necessaria una penetrante motivazione sull'interesse pubblico all'annullamento, né una comparazione di tale interesse con l'interesse privato sacrificato (cfr di recente T.A.R. Puglia Lecce, sez. III, 06 giugno 2008 , n. 1680).

La difesa ricorrente sostiene altresì la violazione dell'art 10 del bando di gara e del punto 6 del disciplinare, in quanto le imprese del raggruppamento BETA GAMMA non avrebbero i prescritti requisiti di partecipazione.

Tale censura non è suscettibile di accoglimento Il punto 10 del bando di gara richiedeva, ai sensi dell'art 37 del d.lgs. n° 163 del 2006, la volontà espressa di raggrupparsi da parte di tutte le imprese del gruppo, con indicazione della impresa mandataria e relativa quota , nonché delle parti o quote del servizio eseguite dalle mandanti associate. A pena di esclusione la mandataria deve possedere i requisiti economico-finanziari e tecnico- organizzativi in misura maggioritaria.

Dalla domanda di partecipazione della controinteressata emerge con chiarezza la indicazione della partecipazione della mandataria per il settanta per cento; e per il trenta dalla mandante.

Dalla documentazione in atti risulta, altresì, il possesso dei requisiti in relazione a tale ripartizione di quote. La volontà espressa di associarsi non era invece richiesta a pena di esclusione dal bando di gara, né tale interpretazione si può trarre dal richiamo all'art 37 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006. L'art. 37, infatti, non richiede tale manifestazione di volontà, ma si riferisce all'indicazione espressa delle quote di partecipazione. Deve, invece, farsi applicazione dell'art. 34 lett. B) per cui, nei raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti che, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il mandatario esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti. La domanda di partecipazione, pertanto, in maniera legittima, è stata presentata dalla mandataria.

Del tutto irrilevante, nel caso di specie, deve ritenersi l'argomentazione della difesa ricorrente per cui la impresa GAMMA sarebbe in possesso di una qualificazione Soa superiore a quella della impresa BETA. Il bando di gara non richiedeva alcuna qualificazione, trattandosi di appalto di servizi, per il quale invece i requisiti di partecipazione sono stati fissati da parte della stazione appaltante ai sensi degli artt 41 e 42 del d.lgs. n° 163 del 2006.

In ogni caso, le imprese facenti parte di un raggruppamento possono scegliere la misura della partecipazione ad una specifica gara pur avendo una qualificazione superiore, purchè siano in possesso della qualificazione almeno corrispondente alla quota di partecipazione.

Quanto ai requisiti di partecipazione, i requisiti della BETA risultano corrispondenti al settanta per cento del servizio come richiesto dal bando.

In particolare, il punto 6 del disciplinare di gara richiedeva quali requisiti di partecipazione, aver realizzato complessivamente negli esercizi finanziari del triennio precedente alla data di pubblicazione del bando, un fatturato globale non inferiore all'importo della gara; avere espletato nel triennio anteriore alla pubblicazione del bando, servizi analoghi svolti lungo strade, autostrade e ferrovie di importo della gara.

Contesta la difesa ricorrente l'avvenuta esecuzione dei lavori presso il Comune di Eboli. Tale circostanza di fatto è smentita dalla emissione del certificato di esecuzione dei lavori da parte del Comune di Eboli a favore della impresa BETA, subappaltatrice della Eboli s.c.a.r.l., né sono state proposte specifiche censure avverso tale certificato. In ogni caso si deve ritenere applicabile, nel caso di specie, il principio dettato dall'art 24 del d.p.r. n° 34 del 25/01/2000 rispetto alla qualificazione dei lavori per la ripartizione dei lavori tra impresa aggiudicataria e impresa subappaltatrice. Tale norma prevede che, ai fini della qualificazione delle imprese che hanno affidato lavorazioni in subappalto e delle imprese che hanno eseguito lavorazioni in regime di subappalto, l'impresa subappaltatrice possa utilizzare per la qualificazione il quantitativo delle lavorazioni eseguite. Ne deriva la legittimità del certificato emesso dal Comune di Eboli per i lavori effettuati dalla impresa BETA.

Sostiene ancora la difesa ricorrente la illegittimità del provvedimento di riammissione, in quanto il legale rappresentante della impresa mandante GAMMA avrebbe indicato di aver riportato una condanna per la

quale aveva avuto la non menzione sul certificato penale, indicando genericamente il titolo del reato e non il numero e la data della sentenza.

Tale motivo di censura non può essere condiviso. Infatti, in tal caso non si possono configurare le false dichiarazioni che legittimerebbero la esclusione; inoltre la stazione appaltante avrebbe potuto facilmente acquisire il certificato penale per la individuazione della sentenza. Nel caso di specie la stazione appaltante poteva far uso dei propri poteri di integrazione d'ufficio e di richiesta di chiarimenti. La mera integrazione di una dichiarazione incompleta va distinta, infatti, dalla modificazione del contenuto di una dichiarazione, completa in tutti i suoi elementi ma errata in quanto non corrispondente a ciò che la lex specialis di gara richiede. Può ritenersi ammissibile la richiesta di chiarimenti ed anche il completamento di dichiarazioni regolarmente presentate, ma incomplete in aspetti marginali; non è, invece, ammissibile e viola il principio di par condicio la rettifica di una dichiarazione non corrispondente a quanto richiesto (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 22 novembre 2007 , n. 6410).

Il ricorso è quindi infondato e deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione III, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

***** , Presidente

***** , Consigliere

***** , Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/06/2009

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

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/l-art-17-della-legge-n-68-del-12-3-1999-prescrive-che-le-imprese-sia-pubbliche-sia-private-qualora-partecipino-a-bandi-per-appalti-pubblici-o-intrattengano-rapporti-convenzionali-o-di-concessi/>