

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28946-legittima-escussione-della-cauzione-provvisoria-per-mancata-dimostrazione-di-cui-requisito-di-capacit-tecnica-organizzativa-ovvero-di-aver-avuto-alle-proprie-dipendenze-nel-triennio-2004-2006-un->

Autore: Lazzini Sonia

Legittima escussione della cauzione provvisoria per mancata dimostrazione di cui requisito di capacità tecnica-organizzativa ovvero di aver avuto alle proprie dipendenze nel triennio 2004-2006 un numero medio annuo di almeno un dirigente

Tar Basilicata, Potenza, 19.01.2010 n. 5

Legittima escussione della cauzione provvisoria per mancata
dimostrazione di cui requisito di capacità tecnica-organizzativa ovvero
□di aver avuto alle proprie dipendenze nel triennio 2004-2006 un
numero medio annuo di almeno un dirigente□

Presunta violazione dell'articolo 48 del codice dei contratti: deve essere impugnata e censura la richiesta, inoltrata alle componenti dell'a.t.i. costituenda risultata aggiudicataria provvisoria, che impone, a dimostrazione del requisito dichiarato, la presentazione esclusivamente d'una documentazione (contratto dirigenziale o modelli DM-10 dimostrativi dell'esistenza di dipendenti inquadrati con detta qualifica) di cui le ricorrenti non disponevano nè potevano disporre, in quanto la detto atto produce già da solo un arresto procedimentale definitivo a carico della sfera giuridica delle ricorrenti

Pur prescindendo dalla prescrizione, contenuta nella nota del Dirigente Ufficio Provveditorato e Patrimonio Regione Basilicata prot. n. 214155 del 3.11.2008 (con la quale venivano richiesti, ai sensi dell'art. 48 co.2 cit., alle ricorrenti, aggiudicatarie provvisorie del lotto 1 i documenti comprovanti i requisiti dichiarati), secondo cui il requisito di capacità tecnica-organizzativa, di aver avuto alle proprie dipendenze nel triennio 2004-2006 un numero medio annuo di almeno un dirigente, poteva essere dimostrato soltanto con la presentazione in "originale o copia autentica dei modelli DM-10 relativi agli anni 2004-2005-2006" o "in alternativa" con la presentazione in "originale o copia autenticata nei modi di legge dei contratti dirigenziali in essere nel periodo 2004-2006", il Tribunale rileva che le ricorrenti non hanno provato in alcun altro modo di possedere il suddetto requisito di capacità tecnico-organizzativa, tenuto conto che: a) il punto 6.2 del Disciplinare di gara si riferiva espressamente ai dipendenti dei concorrenti, inquadrati formalmente nella qualifica dirigenziale, per cui nella specie non possono avere alcun rilievo sia le mansioni effettivamente svolte da dipendenti diversamente inquadrati (p.e. come quadri) e/o da amministratori delle ricorrenti sia eventuali atti di delega rilasciati dai legali rappresentanti della società.

Ricorso per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia, 1.-della determina dirigenziale della Regione Basilicata n.71 dell'8/1/09 con la quale le ricorrenti sono state escluse dalla procedura ristretta per l'affidamento del servizio di pulizia degli uffici regionali con contestuale incameramento della cauzione provvisoria e la parallela segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici;
.-della determinazione dirigenziale regionale nella parte in cui conferma l'esclusione e le relative conseguenze pregiudizievoli;

3.-ove occorra, dei seguenti atti:

-verbale di istruttoria n.1 del 29/12/08 con cui la commissione ha ritenuto non sufficiente e inidonea la documentazione prodotta dalle ricorrenti, sancendone l'esclusione;

-la nota del 3/11/08 del dirigente regionale nella parte in cui sono stati per la prima volta indicati i presupposti documentali occorrenti per comprovare il numero medio annuo di dirigenti;

-il bando di gara nella parte in cui omette di specificare, ex art. 48 comma 1 d. lgs. n. 163/06 la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa;

-l'eventuale aggiudicazione dell'appalto ad oggi non nota

nonché per la condanna

dell'Amministrazione a risarcire i danni subiti e subendi dalla ricorrente, tramite reintegrazione in forma specifica mediante l'aggiudicazione della commessa oppure, soltanto per la parte del servizio che risulti

eventualmente già effettuata da terzi al momento della pronuncia di merito e fatta salva l'aggiudicazione formale ai fini curriculari tramite la refusione per equivalente con pagamento d'una somma da determinarsi in corso di causa tenendo conto delle spese di partecipazione (da quantificarsi secondo equità) nonché del mancato utile (da quantificarsi sulla base del 10% dell'importo a base di gara e della durata dell'esecuzione del servizio da parte di terzi).

Si sostiene che non erano univoche le interpretazioni possibili in relazione al requisito previsto dal bando e dal disciplinare in modo generico di possesso del requisito del dirigente nel citato triennio. Solo in sede di richiesta di documenti la richiesta veniva resa specifica ed emergeva la necessità del contratto dirigenziale.

qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Può prescindere dall'esame delle eccezioni sollevate dall'Amministrazione dato che il ricorso è infondato.

Con riferimento al primo motivo deve premettersi che il punto 6.1 del Disciplinare di gara prevedeva come requisito di ammissione di capacità tecnica-organizzativa che i candidati dovessero "comprovare" di aver avuto alle proprie dipendenze nel triennio 2004-2006 un numero medio annuo di almeno 28 operai, addetti al servizio di pulizia, con la puntualizzazione che, in caso di ATI, il 50% di tale requisito dovesse essere posseduto dalla mandataria ed il 25% di tale requisito da ogni società mandante. Invece il punto 6.2 del Disciplinare di gara prevedeva come requisito di ammissione di capacità tecnica-organizzativa che i candidati dovessero "comprovare" di aver avuto alle proprie dipendenze nel triennio 2004-2006 un numero medio annuo di almeno un dirigente, ma tale clausola del Disciplinare di gara non specificava, se, in caso di ATI, tale requisito dovesse essere posseduto dalla mandataria o poteva essere posseduto anche solo dalla mandante o da una delle mandanti, per cui deve ritenersi che quest'ultimo requisito potesse essere posseduto indifferentemente sia dalla mandataria che dalla mandante o da una delle mandanti. Inoltre, il punto 10.3 del Disciplinare di gara stabiliva che alla domanda di partecipazione, dovesse allegarsi, a pena di esclusione, una dichiarazione sostitutiva ex artt. 46 e 47 DPR n. 445/2000, attestante il possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38, comma 1, D. Lg.vo n. 163/2006 ed il possesso degli altri requisiti di ammissione di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica-organizzativa, previsti dalla lex specialis di gara.

RICORRENTE ed Euroservice avevano dichiarato in domanda di possedere, nel triennio considerato, rispettivamente, 2 e 3 dirigenti. Senonchè l'Amministrazione, col provvedimento impugnato, ha precisato che dall'esame della documentazione prodotta è emerso che il possesso del requisito in parola non sarebbe stato confermato e che anzi risulterebbe la "totale assenza di dirigenti impiegati" nel triennio considerato. Per la precisione, dal verbale di istruttoria n. 1 del 29/12/08 (pagg. 3-5) è emerso, quanto alla RICORRENTE, che dall'esame dei modelli DM10-2 esibiti non risulta alcun dirigente impiegato nel citato triennio e che la circostanza (evincibile, su indicazione della istante, mediante rinvio alla documentazione trasmessa per il lotto n.2) che le due unità dichiarate erano state assunte con la qualifica di quadri conferma che il requisito richiesto non può dimostrarsi attraverso il numero di quadri "i quali, in base al CCNL di settore vanno annoverati tra gli impiegati dell'impresa e non fra i dirigenti. Anche la codificazione INPS per i modelli DM10-2, attribuiscono il codice 2 per le qualifiche di impiegati e quadri ed il codice 3 per la qualifica di dirigente opera una netta distinzione tra quadri e dirigenti", distinzione questa fatta pure dal codice civile all'articolo 2095 (categorie di prestatori di lavoro). A seguito dell'acquisizione di copia di bilanci dell'impresa relativi al detto triennio l'ufficio regionale accertava pure l'assenza di dirigenti nell'organico aziendale nel periodo considerato.

Relativamente ad Euroservice s.r.l., la stessa aveva prodotto copia d'un verbale di assemblea del 28/4/97, nel corso della quale era stato conferito all'amministratore unico Costanzo Luciano l'incarico di "direttore tecnico aziendale- ruolo dirigenziale" con clausola di gratuità della prestazione essendo stati ricompresi i compensi inerenti l'esercizio di detta funzione nell'ambito degli emolumenti annualmente percepiti dal Costanzo in qualità di amministratore unico.

In sede istruttoria tale documentazione veniva giudicata inidonea a comprovare il possesso del requisito in parola in quanto il documento prodotto comprovava soltanto l'attribuzione dell'incarico ma non anche il suo svolgimento nel periodo 2004/2006, né comprovava la sussistenza d'un rapporto di lavoro

subordinato con la qualifica di dirigente nel medesimo periodo. Anche per questa società l'esame dei bilanci riferiti al triennio considerato, acquisiti presso la Camera di Commercio aveva confermato l'assenza di dirigenti in organico.

Occorre poi passare al secondo motivo di gravame che è inammissibile atteso che lo stesso, volto a denunciare la violazione dell'art. 48 co.1 del codice dei contratti (che prescrive che la documentazione da presentare a comprova dei requisiti dichiarati deve essere indicata nel bando o nella lettera-invito) doveva essere proposto mediante tempestiva impugnativa della nota prot. n. 214155 del 3/11/08 con cui, nell'esercizio del potere di verifica, l'Amministrazione richiedeva l'invio dei modelli DM-10 relativi al triennio considerato o in alternativa i contratti dirigenziali in essere nello stesso periodo; ciò in quanto la richiesta, inoltrata alle componenti dell'a.t.i. costituenda risultata aggiudicataria provvisoria, imponendo, a dimostrazione del requisito dichiarato, la presentazione esclusivamente d'una documentazione (contratto dirigenziale o modelli DM-10 dimostrativi dell'esistenza di dipendenti inquadrati con detta qualifica) di cui le ricorrenti non disponevano nè potevano disporre, produceva già da solo un arresto procedimentale definitivo a carico della sfera giuridica delle ricorrenti che doveva essere tempestivamente impugnato e censurato.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 5 del 19 gennaio 2010, emessa dal Tar Basilicata, Potenza ed in particolare il seguente passaggio

< Infatti, secondo il Collegio, le parole "dirigenti dell'impresa, impiegati negli ultimi tre anni (2004-2005-2006)", contenute nel suddetto punto 6.2 del Disciplinare di gara, non possono essere interpretate nel senso di dipendenti dell'impresa, assunti ed inquadrati con qualifica sub dirigenziale, ma che hanno espletato negli anni 2004, 2005 e 2006 alcune delle mansioni dirigenziali in via di fatto od anche mediante apposito incarico formale in quanto risulta evidente che la clausola del Disciplinare di gara in commento intendeva riferirsi a persone che erano state formalmente investite della carica dirigenziale, cioè che svolgevano funzioni caratterizzate da un elevato grado di autonomia e potere decisionale ed esercitavano il potere di direzione su tutti gli altri lavoratori, non avendo altri superiori gerarchici all'infuori del datore di lavoro, per cui nel caso di lavoratori subordinati non poteva prescindere dal formale inquadramento nella qualifica dirigenziale (come tale espressamente prevista dalla legge all'art. 2095 c.c. che, fra le quattro categorie di prestatori di lavoro subordinato ivi indicate, include espressamente i "dirigenti"), poiché un lavoratore subordinato può svolgere effettivamente tutte le suddette funzioni dirigenziali, soltanto se in possesso della formale qualifica dirigenziale, oltretutto regolarmente prevista dai contratti collettivi di lavoro.

Comunque, ammesso pure e non concesso che nell'ambito oggettivo della locuzione "dirigenti dell'impresa, impiegati negli ultimi tre anni (2004-2005-2006)" avesse potuto trovare collocazione l'amministratore unico d'una società di capitale che svolgesse effettivamente non solo le funzioni di preposto alla gestione tecnica ex art. 2, comma 2, D.M. n. 274/1997 (tale norma statuisce che le imprese di pulizia devono avere un preposto alla gestione tecnica, che "non può essere un consulente o un professionista esterno"), ma anche le sopra descritte funzioni dirigenziali, va ribadito che la società ricorrente RICORRENTE DUE, nella specie, non ha dimostrato che il sig. Luciano Costanzo, nominato dall'assemblea "direttore tecnico-aziendale- ruolo dirigenziale" abbia effettivamente svolto nel triennio considerato, tali funzioni, conferite nel lontano 1997. Al riguardo va detto che, benchè tale circostanza sia stata puntualmente rilevata dal responsabile del procedimento all'esito dell'istruttoria effettuata e posta a base dell'atto impugnato, non risulta tuttavia specificamente contestata con una specifica censura in ricorso.

Per completezza può, sul punto, aggiungersi che il conferimento delle funzioni di direttore tecnico può trovare rilievo solo se conforme alle norme del d.m. 7/7/97 n. 274 che, all'articolo 2 commi 2 e 3, nel prevedere la preposizione alla gestione tecnica di una persona "ad hoc", richiede però a quest'ultima il possesso di vari requisiti (assolvimento obbligo scolastico ed esperienza professionale pregressa nel settore specifico, attestato di qualifica a carattere tecnico attinente l'attività in parola, diploma di istruzione secondaria superiore in materia tecnica omogenea all'attività e diploma universitario o di laurea in materia tecnica utile per l'attività di pulizia).>



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 Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 110 del 2009, proposto da:
RICORRENTE Srl, RICORRENTE DUE Srl, in persona dei rispettivi legali
rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dagli avv.ti Alberto Clini, Domenico
Colaci, con domicilio eletto presso Avv. Raffaella Campana in Potenza, via San
Remo, n.135;

contro

Regione Basilicata in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso dall'avv.
Maurizio Roberto Brancati, con domicilio eletto presso Maurizio Brancati Avv. in
Potenza, Uff. Legale Regione Basilicata, via Verrastro n.4;

nei confronti di

CONTROINTERESSATA Service Soc.Coop. a r. l., n.c.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

1.-della determina dirigenziale della Regione Basilicata n.71 dell'8/1/09 con la quale le ricorrenti sono state escluse dalla procedura ristretta per l'affidamento del servizio di pulizia degli uffici regionali con contestuale incameramento della cauzione provvisoria e la parallela segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici;

2.-della determinazione dirigenziale regionale nella parte in cui conferma l'esclusione e le relative conseguenze pregiudizievoli;

3.-ove occorra, dei seguenti atti:

-verbale di istruttoria n.1 del 29/12/08 con cui la commissione ha ritenuto non sufficiente e inidonea la documentazione prodotta dalle ricorrenti, sancendone l'esclusione;

-la nota del 3/11/08 del dirigente regionale nella parte in cui sono stati per la prima volta indicati i presupposti documentali occorrenti per comprovare il numero medio annuo di dirigenti;

-il bando di gara nella parte in cui omette di specificare, ex art. 48 comma 1 d. lgs. n. 163/06 la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa;

-l'eventuale aggiudicazione dell'appalto ad oggi non nota
nonché per la condanna

dell'Amministrazione a risarcire i danni subiti e subendi dalla ricorrente, tramite reintegrazione in forma specifica mediante l'aggiudicazione della commessa oppure, soltanto per la parte del servizio che risulti eventualmente già effettuata da terzi al momento della pronuncia di merito e fatta salva l'aggiudicazione formale ai fini curriculari tramite la refusione per equivalente con pagamento d'una somma da determinarsi in corso di causa tenendo conto delle spese di partecipazione (da quantificarsi secondo equità) nonché del mancato utile (da quantificarsi sulla base

del 10% dell'importo a base di gara e della durata dell'esecuzione del servizio da parte di terzi).

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Basilicata;

Visto l'atto di integrazione del contraddittorio effettuato dalle ricorrenti nei confronti della controinteressata con notifica del 15 aprile e deposito del 21 aprile 2009;

Vista l'ordinanza collegiale n. 163 del 23 aprile 2009 con cui questo Tribunale ha rigettato l'istanza incidentale di sospensione cautelare del provvedimento impugnato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2009 il dott. Giancarlo Pennetti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Le ricorrenti hanno partecipato, in costituendo raggruppamento temporaneo, alla procedura ristretta indetta con bando regionale avente ad oggetto l'appalto del servizio di pulizia degli uffici dell'Amministrazione Regionale per la durata di 3 anni. La prestazione era suddivisa in 6 distinti lotti e ciascuna partecipante poteva aspirare ad uno o più lotti.

Il punto III.2.3. del bando chiedeva, tra i requisiti tecnici di partecipazione per l'assegnazione dei lotti 1 e 2,, il possesso d'un numero medio annuo di dirigenti nel triennio 2004/05/06 non inferiore al livello minimo indicato nel disciplinare di gara che, ai sensi dell'art. 6.2 di quest'ultimo individuava tale livello minimo in almeno 1 (uno) dirigente per entrambi i lotti.

Le ricorrenti dichiaravano in domanda, per i lotti 1 e 2, il possesso nell'azienda del numero minimo di dirigenti previsti dal bando e dal disciplinare per il triennio di riferimento. La RICORRENTE dichiarava due (2) dirigenti mentre la Euroservice ne dichiarava 1 (uno). Ricevuta la lettera di invito le ricorrenti inoltravano l'offerta ma, con lettera dell'8/11/07, la commissione comunicava l'esclusione dalla partecipazione al lotto n. 2 per mancata dimostrazione di effettuazione del versamento a favore dell'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici.

Con nota del 15/11/07 prot. N. 226095/71AL, però, sempre con riferimento al lotto n. 2, la commissione di gara chiedeva, ai sensi dell'art. 48 comma 1 d. lgs. n. 163/06, la comprova del possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa dichiarati in domanda.

Stante la precedente esclusione subita per la partecipazione al lotto 2, le ricorrenti dichiarano di aver considerato la citata richiesta documentale come relativa al lotto n. 1 e, con nota del 28/11/07, presentavano la documentazione richiesta. Con quest'ultima la RICORRENTE chiariva che i due dirigenti propri, pur non essendo formalmente inquadrati a livello contrattuale come dirigenti, ricoprivano in azienda ruoli dirigenziali allegando le comunicazioni d'incarico e copia del certificato camerale che indicava Marcheggiani come responsabile tecnico. La Euroservice a sua volta trasmetteva copia del verbale assembleare del 28/4/97, con cui Luciano Costanzo veniva nominato direttore tecnico oltre a copia dei modelli F24 relativi ai versamenti contributivi e assicurativi effettuati con riferimento a questi.

Con nota del 3/11/08 prot. n. 214155/71AL il dirigente dell'ufficio competente comunicava alle ricorrenti che, con verbale del 30/10/08, la commissione di gara aveva proceduto alla provvisoria aggiudicazione a loro favore del lotto n. 1 dell'appalto e pertanto le ricorrenti venivano invitate a presentare i documenti comprovanti i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa ex

art. 48 comma 2 del codice dei contratti. Questa volta, con riferimento al requisito dei dirigenti, si chiariva pure che si sarebbero dovuti presentare i modelli DM-10 in alternativa ai contratti dirigenziali. A tale richiesta le ricorrenti rispondevano ribadendo quanto già comunicato in precedenza e che qualora il requisito fosse stato inteso come titolarità di contratti dirigenziali, la verifica avrebbe dovuto intendersi comunque soddisfatta in virtù della posizione dirigenziale rivestita da un dipendente della mandante Euroservice. Però, con verbale istruttorio n. 1 del 29/12/08 la commissione riteneva che sulla base della documentazione esibita non risultasse verificato positivamente il requisito del numero minimo di dirigenti e che, relativamente a RICORRENTE, contasse l'assunzione formale a titolo di dirigente benché un tale così rilevante aspetto non fosse mai stato preventivamente chiarito dalla <<lex specialis>> di gara. Analogo giudizio negativo veniva dato per la Euroservice sottolineandosi che il verbale assembleare del 28/4/97 contenente la nomina del direttore tecnico dell'impresa non era idoneo a comprovare il possesso del requisito del requisito in parola sia perché nulla tale verbale comprovava circa lo svolgimento della funzione di direttore tecnico nel triennio 2004/06 sia per la mancata prova della sussistenza d'un rapporto di lavoro subordinato. Veniva così adottato l'atto di esclusione impugnato e avverso il quale si deduce quanto segue:

1.-violazione e falsa applicazione del punto III.2.3. del bando e punto 6.2 del disciplinare- eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità manifesta. Difetto di istruttoria e di motivazione.

Si sostiene che non erano univoche le interpretazioni possibili in relazione al requisito previsto dal bando e dal disciplinare in modo generico di possesso del requisito del dirigente nel citato triennio. Solo in sede di richiesta di documenti la richiesta veniva resa specifica ed emergeva la necessità del contratto dirigenziale. RICORRENTE aveva indicato i due soggetti aventi in azienda un ruolo

dirigenziale allegando documentazione a sostegno comprovante, in chiave sostanziale, l'effettività di detto ruolo ancorchè in assenza di contratto. RICORRENTE aveva insomma un proprio dirigente avente una funzione di direttore tecnico che potrebbe essere lo stesso imprenditore. In sintesi si sarebbe dovuto guardare ai poteri conferiti più che all'inquadramento. A dare garanzia a simili diversi atti di conferimento vi era la certificazione camerale, tanto più che la *lex specialis* nulla prescriveva in contrario.

Analogo discorso varrebbe per RICORRENTE DUE dato che la posizione dirigenziale del Costanzo sarebbe provata dai modelli F24 riportanti i contributi versati dalla società datrice di lavoro in esecuzione delle indicazioni dei modelli DM10. Né varrebbe sostenere che in questo caso non si desume un rapporto di lavoro subordinato dirigenziale dato che nulla impone la forma scritta <<ad substantiam>> per questo tipo di rapporti. Semmai il reale tipo di rapporto in essere dovrebbe trarsi dalle effettive caratteristiche dello stesso evincibili dal suo attuarsi. Per la stessa giurisprudenza del lavoro il vincolo di soggezione del lavoratore sarebbe ormai meno significativo;

2.-violazione ex art. 48 comma 1, d. lgs. n. 163/06- eccesso di potere per interpretazione del bando successiva all'apertura delle buste- violazione dei principi di concorrenza e trasparenza.

Si evidenzia la violazione dell'art. 48 comma 1 del codice dei contratti dato che solo con la richiesta di verifica è stata indicata dall'amministrazione la documentazione necessaria per comprovare il possesso del requisito del dirigente, anziché nel bando o nella lettera d'invito. Quella fatta con la citata richiesta sarebbe stata una illegittima specificazione postuma. Illegittimamente inoltre solo dopo la presentazione delle offerte sarebbe stato specificato il significato d'un requisito di partecipazione;

3.-Illegittimità per violazione di cui all'art. 48 co. 1 del codice dei contratti. Eccesso di potere per lesione del legittimo affidamento.

Si rileva che, avendo la commissione già avuto conoscenza fin dal 28/11/07, per effetto del sorteggio ex art. 48 cit., della posizione contrattuale dei soggetti indicati dalle ricorrenti come dirigenti e della asserita non rispondenza di questi ai requisiti di partecipazione, già da quel momento si sarebbe dovuta escludere la costituenda a.t.i. con incameramento della cauzione laddove, invece, il procedimento di gara sarebbe proseguito fino all'aggiudicazione provvisoria in favore dell'a.t.i. ricorrente che sarebbe stata esclusa poi solo in esito al procedimento di verifica. Tutto ciò costituirebbe un'evidente lesione del legittimo affidamento ingenerato dal comportamento della stazione appaltante la quale, nulla avendo eccepito in precedenza circa il requisito dei dirigenti, avrebbe agevolato nelle ricorrenti il consolidarsi del convincimento in parola. Anche le inesattezze poste in essere dalla stazione appaltante citate in fatto in relazione al lotto n. 2 avrebbero alimentato il menzionato legittimo affidamento;

4.-Violazione e falsa applicazione dell'art. 48 co.2 del codice dei contratti.

La commissione, avendo già effettuato nei confronti dell'a.t.i. ricorrente la verifica ex art. 48 comma 1, non avrebbe dovuto disporre anche la successiva verifica a seguito dell'aggiudicazione provvisoria.

Si è costituita la Regione Basilicata che resiste e chiede il rigetto del gravame.

Non si è costituita la controinteressata evocata in giudizio.

Con ordinanza collegiale n.163/09 è stata rigettata l'istanza incidentale di sospensione cautelare del provvedimento impugnato.

Alla pubblica udienza del 22 ottobre 2009 il ricorso è stato ritenuto per la decisione.

DIRITTO

Può prescindere dall'esame delle eccezioni sollevate dall'Amministrazione dato che il ricorso è infondato.

Con riferimento al primo motivo deve premettersi che il punto 6.1 del Disciplinare di gara prevedeva come requisito di ammissione di capacità tecnica-organizzativa che i candidati dovessero “comprovare” di aver avuto alle proprie dipendenze nel triennio 2004-2006 un numero medio annuo di almeno 28 operai, addetti al servizio di pulizia, con la puntualizzazione che, in caso di ATI, il 50% di tale requisito dovesse essere posseduto dalla mandataria ed il 25% di tale requisito da ogni società mandante. Invece il punto 6.2 del Disciplinare di gara prevedeva come requisito di ammissione di capacità tecnica-organizzativa che i candidati dovessero “comprovare” di aver avuto alle proprie dipendenze nel triennio 2004-2006 un numero medio annuo di almeno un dirigente, ma tale clausola del Disciplinare di gara non specificava, se, in caso di ATI, tale requisito dovesse essere posseduto dalla mandataria o poteva essere posseduto anche solo dalla mandante o da una delle mandanti, per cui deve ritenersi che quest'ultimo requisito potesse essere posseduto indifferentemente sia dalla mandataria che dalla mandante o da una delle mandanti. Inoltre, il punto 10.3 del Disciplinare di gara stabiliva che alla domanda di partecipazione, dovesse allegarsi, a pena di esclusione, una dichiarazione sostitutiva ex artt. 46 e 47 DPR n. 445/2000, attestante il possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38, comma 1, D. Lg.vo n. 163/2006 ed il possesso degli altri requisiti di ammissione di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica-organizzativa, previsti dalla lex specialis di gara.

RICORRENTE ed Euroservice avevano dichiarato in domanda di possedere, nel triennio considerato, rispettivamente, 2 e 3 dirigenti. Senonchè l'Amministrazione, col provvedimento impugnato, ha precisato che dall'esame della documentazione prodotta è emerso che il possesso del requisito in parola non sarebbe stato confermato e che anzi risulterebbe la “totale assenza di dirigenti impiegati” nel

triennio considerato. Per la precisione, dal verbale di istruttoria n. 1 del 29/12/08 (pagg. 3-5) è emerso, quanto alla RICORRENTE, che dall'esame dei modelli DM10-2 esibiti non risulta alcun dirigente impiegato nel citato triennio e che la circostanza (evincibile, su indicazione della istante, mediante rinvio alla documentazione trasmessa per il lotto n.2) che le due unità dichiarate erano state assunte con la qualifica di quadri conferma che il requisito richiesto non può dimostrarsi attraverso il numero di quadri "i quali, in base al CCNL di settore vanno annoverati tra gli impiegati dell'impresa e non fra i dirigenti. Anche la codificazione INPS per i modelli DM10-2, attribuiscono il codice 2 per le qualifiche di impiegati e quadri ed il codice 3 per la qualifica di dirigente opera una netta distinzione tra quadri e dirigenti", distinzione questa fatta pure dal codice civile all'articolo 2095 (categorie di prestatori di lavoro). A seguito dell'acquisizione di copia di bilanci dell'impresa relativi al detto triennio l'ufficio regionale accertava pure l'assenza di dirigenti nell'organico aziendale nel periodo considerato.

Relativamente ad Euroservice s.r.l., la stessa aveva prodotto copia d'un verbale di assemblea del 28/4/97, nel corso della quale era stato conferito all'amministratore unico Costanzo Luciano l'incarico di "direttore tecnico aziendale- ruolo dirigenziale" con clausola di gratuità della prestazione essendo stati ricompresi i compensi inerenti l'esercizio di detta funzione nell'ambito degli emolumenti annualmente percepiti dal Costanzo in qualità di amministratore unico.

In sede istruttoria tale documentazione veniva giudicata inidonea a comprovare il possesso del requisito in parola in quanto il documento prodotto comprovava soltanto l'attribuzione dell'incarico ma non anche il suo svolgimento nel periodo 2004/2006, né comprovava la sussistenza d'un rapporto di lavoro subordinato con la qualifica di dirigente nel medesimo periodo. Anche per questa società l'esame dei bilanci riferiti al triennio considerato, acquisiti presso la Camera di Commercio aveva confermato l'assenza di dirigenti in organico.

Pur prescindendo dalla prescrizione, contenuta nella nota del Dirigente Ufficio Provveditorato e Patrimonio Regione Basilicata prot. n. 214155 del 3.11.2008 (con la quale venivano richiesti, ai sensi dell'art. 48 co.2 cit., alle ricorrenti, aggiudicatrici provvisorie del lotto 1 i documenti comprovanti i requisiti dichiarati), secondo cui il requisito di capacità tecnica-organizzativa, di aver avuto alle proprie dipendenze nel triennio 2004-2006 un numero medio annuo di almeno un dirigente, poteva essere dimostrato soltanto con la presentazione in "originale o copia autentica dei modelli DM-10 relativi agli anni 2004-2005-2006" o "in alternativa" con la presentazione in "originale o copia autenticata nei modi di legge dei contratti dirigenziali in essere nel periodo 2004-2006", il Tribunale rileva che le ricorrenti non hanno provato in alcun altro modo di possedere il suddetto requisito di capacità tecnico-organizzativa, tenuto conto che: a) il punto 6.2 del Disciplinare di gara si riferiva espressamente ai dipendenti dei concorrenti, inquadrati formalmente nella qualifica dirigenziale, per cui nella specie non possono avere alcun rilievo sia le mansioni effettivamente svolte da dipendenti diversamente inquadrati (p.e. come quadri) e/o da amministratori delle ricorrenti sia eventuali atti di delega rilasciati dai legali rappresentanti della società.

Infatti, secondo il Collegio, le parole "dirigenti dell'impresa, impiegati negli ultimi tre anni (2004-2005-2006)", contenute nel suddetto punto 6.2 del Disciplinare di gara, non possono essere interpretate nel senso di dipendenti dell'impresa, assunti ed inquadrati con qualifica sub dirigenziale, ma che hanno espletato negli anni 2004, 2005 e 2006 alcune delle mansioni dirigenziali in via di fatto od anche mediante apposito incarico formale in quanto risulta evidente che la clausola del Disciplinare di gara in commento intendeva riferirsi a persone che erano state formalmente investite della carica dirigenziale, cioè che svolgevano funzioni caratterizzate da un elevato grado di autonomia e potere decisionale ed esercitavano il potere di direzione su tutti gli altri lavoratori, non avendo altri

superiori gerarchici all'infuori del datore di lavoro, per cui nel caso di lavoratori subordinati non poteva prescindere dal formale inquadramento nella qualifica dirigenziale (come tale espressamente prevista dalla legge all'art. 2095 c.c. che, fra le quattro categorie di prestatori di lavoro subordinato ivi indicate, include espressamente i "dirigenti"), poiché un lavoratore subordinato può svolgere effettivamente tutte le suddette funzioni dirigenziali, soltanto se in possesso della formale qualifica dirigenziale, oltretutto regolarmente prevista dai contratti collettivi di lavoro.

Comunque, ammesso pure e non concesso che nell'ambito oggettivo della locuzione "dirigenti dell'impresa, impiegati negli ultimi tre anni (2004-2005-2006)" avesse potuto trovare collocazione l'amministratore unico d'una società di capitale che svolgesse effettivamente non solo le funzioni di preposto alla gestione tecnica ex art. 2, comma 2, D.M. n. 274/1997 (tale norma statuisce che le imprese di pulizia devono avere un preposto alla gestione tecnica, che "non può essere un consulente o un professionista esterno"), ma anche le sopra descritte funzioni dirigenziali, va ribadito che la società ricorrente RICORRENTE DUE, nella specie, non ha dimostrato che il sig. Luciano Costanzo, nominato dall'assemblea "direttore tecnico-aziendale- ruolo dirigenziale" abbia effettivamente svolto nel triennio considerato, tali funzioni, conferite nel lontano 1997. Al riguardo va detto che, benchè tale circostanza sia stata puntualmente rilevata dal responsabile del procedimento all'esito dell'istruttoria effettuata e posta a base dell'atto impugnato, non risulta tuttavia specificamente contestata con una specifica censura in ricorso.

Per completezza può, sul punto, aggiungersi che il conferimento delle funzioni di direttore tecnico può trovare rilievo solo se conforme alle norme del d.m. 7/7/97 n. 274 che, all'articolo 2 commi 2 e 3, nel prevedere la preposizione alla gestione tecnica di una persona "ad hoc", richiede però a quest'ultima il possesso di vari requisiti (assolvimento obbligo scolastico ed esperienza professionale pregressa nel

settore specifico, attestato di qualifica a carattere tecnico attinente l'attività in parola, diploma di istruzione secondaria superiore in materia tecnica omogenea all'attività e diploma universitario o di laurea in materia tecnica utile per l'attività di pulizia).

Occorre poi passare al secondo motivo di gravame che è inammissibile atteso che lo stesso, volto a denunciare la violazione dell'art. 48 co.1 del codice dei contratti (che prescrive che la documentazione da presentare a comprova dei requisiti dichiarati deve essere indicata nel bando o nella lettera-invito) doveva essere proposto mediante tempestiva impugnativa della nota prot. n. 214155 del 3/11/08 con cui, nell'esercizio del potere di verifica, l'Amministrazione richiedeva l'invio dei modelli DM-10 relativi al triennio considerato o in alternativa i contratti dirigenziali in essere nello stesso periodo; ciò in quanto la richiesta, inoltrata alle componenti dell'a.t.i. costituenda risultata aggiudicataria provvisoria, imponendo, a dimostrazione del requisito dichiarato, la presentazione esclusivamente d'una documentazione (contratto dirigenziale o modelli DM-10 dimostrativi dell'esistenza di dipendenti inquadrati con detta qualifica) di cui le ricorrenti non disponevano nè potevano disporre, produceva già da solo un arresto procedimentale definitivo a carico della sfera giuridica delle ricorrenti che doveva essere tempestivamente impugnato e censurato.

Il terzo e il quarto motivo sono pure infondati. Quanto al primo va chiarito, anche alla luce della memoria della Regione, che la prima richiesta di documenti a scopo di verifica requisiti inoltrata dalla commissione con nota del 28/11/07 (e scaturente da sorteggio) riguardava sempre il lotto 2 rispetto al quale le ricorrenti erano già state escluse con nota dell'8/11/07 (che nell'oggetto indicava appunto il lotto 2) per mancata dimostrazione di avvenuto versamento del contributo previsto in favore dell'Autorità di Vigilanza su Contratti Pubblici. Tale apparente contraddizione (in realtà spiegabile con la volontà dell'amministrazione di dare

comunque esecuzione al sorteggio del 30/10/07 e comunque oggettivamente giustificabile anche alla luce di esigenze cautelari perseguite dalla p.a. in favore delle ricorrenti stante la pendenza dei termini di impugnativa dell'atto di esclusione) non autorizzava né a ritenere che la richiesta documentale si riferisse in realtà al lotto 1 né poteva fondare un legittimo affidamento su fasi successive della procedura di gara inerenti altro e distinto lotto.

Per le medesime ragioni poste a premessa delle considerazioni spese in relazione al motivo precedente è infondato anche il quarto motivo di gravame dato che, appunto, la seconda verifica aveva una propria autonoma causa di giustificazione del tutto distinta dalla prima verifica effettuata per diverso lotto.

In conclusione il ricorso deve essere rigettato.

Sussistono comunque giusti motivi per compensare le spese di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA BASILICATA
rigetta il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Camozzi, Presidente

Giancarlo Pennetti, Consigliere, Estensore

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/01/2010

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

IL SEGRETARIO