



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10290 del 2010, proposto da:
Impresa Ing. Antonio Resta e C. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Gennaro Notarnicola, con domicilio eletto presso lo studio del dott. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

Comune di Altamura, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Apulia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Puglia – Bari, Sezione I, n. 03979/2010, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento, adottato con verbale del 25.10.2010, di esclusione dalla procedura aperta indetta dal Comune di Altamura per l'affidamento della progettazione ed esecuzione dei

lavori di completamento e recupero tecnico funzionale dell'ex mattatoio comunale da adibire a laboratori giovanili, nonché degli atti presupposti;
in subordine, nell'ipotesi che non sia possibile la reintegrazione in forma specifica, per la condanna del Comune di Altamura al risarcimento dei danni sia a titolo di danno emergente, per le spese sostenute, che per perdita di "chance", sussistendone i presupposti di legge.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le note prodotte dalla parte appellante a sostegno delle proprie difese;

Vista la propria ordinanza 25/26 gennaio 2011 n. 333;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2011 il Cons. Antonio Amicuzzi e udito per la parte ricorrente l'avvocato Notarnicola;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in esame la s.r.l. Ing. Antonio Resta e C. ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata, con la quale era stato respinto il ricorso proposto contro il provvedimento, adottato in via di autotutela, di esclusione dalla procedura aperta indetta dal Comune di Altamura per l'affidamento della progettazione ed esecuzione dei lavori di completamento e recupero tecnico funzionale dell'ex mattatoio comunale, nell'assunto che tutti progettisti indicati da detta società per l'attività di progettazione non avevano reso per proprio conto la dichiarazione di assoggettamento all'obbligo di cui alla legge 68/1999, come prescritto dal disciplinare di gara e dai relativi modelli allegati. Inoltre ha chiesto, in subordine, il risarcimento del danno nell'ipotesi che non sia possibile la reintegrazione in forma specifica.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Erroneamente il Giudice di primo grado ha ritenuto che, con riferimento alla causa di esclusione di cui trattasi, l'art. 38, comma 1, lettera l), del d. lgs. n. 163/2006 richieda una apposita dichiarazione del legale rappresentante che attesti che esso è in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione e che fosse irrilevante l'aspetto sostanziale del possesso del requisito da parte dell'appellante.

La impugnata sentenza è in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale propenso alla valutazione sostanzialistica della sussistenza di cause ostative alla ammissione alla gara in base al quale la dichiarazione resa dai progettisti è da considerarsi pienamente idonea ad attestare il possesso della regolarità in ordine alla normativa di assunzione dei disabili; ciò considerato che il disciplinare di gara non richiedeva dichiarazioni sacramentali, né attribuiva natura vincolante alla compilazione dei moduli e che comunque avrebbero potuto essere chiesti chiarimenti ex art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, essendo stato fornito quanto meno un principio di prova al riguardo e tenuto conto della circostanza che era oscura e fuorviante la formulazione del modello mediante il quale dovevano essere fornite le indicazioni in questione.

Con ordinanza 25/26 gennaio 2011 n. 333 la Sezione ha accolto la istanza di sospensione della sentenza impugnata.

Con note depositate il 13.5.2011 parte appellante ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 24.5.2011 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello in esame la Impresa Ing. Antonio Resta e C. s.r.l. ha chiesto l'annullamento della sentenza in epigrafe specificata, di reiezione del

ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla procedura aperta indetta dal Comune di Altamura per l'affidamento della progettazione ed esecuzione lavori di completamento e recupero tecnico funzionale dell'ex mattatoio comunale, nonché degli atti presupposti; in subordine, nell'ipotesi che non sia possibile la reintegrazione in forma specifica, ha chiesto la condanna del Comune di Altamura al risarcimento dei danni sia a titolo di danno emergente, per le spese sostenute, che per perdita di "chance", sussistendone i presupposti di legge.

2.- Con l'unico, complesso, motivo di appello è stato dedotto che erroneamente il Giudice di primo grado ha ritenuto che, con riferimento alla causa di esclusione di cui trattasi, l'art. 38, comma 1, lettera l), del d. lgs. n. 163/2006 richieda una apposita dichiarazione del legale rappresentante che attesti che esso è in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione, e che fosse irrilevante l'aspetto sostanziale del possesso del requisito da parte dell'appellante (avendo dichiarato i professionisti interessati di non avere dipendenti ovvero di averne due).

La impugnata sentenza sarebbe in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale propenso alla valutazione sostanzialistica della sussistenza di cause ostative alla ammissione alla gara di cui a detto art. 38, in base alla quale solo il difetto dei requisiti ivi contemplati è idoneo a determinare l'esclusione dei concorrenti.

La dichiarazione resa dai progettisti era pienamente idonea ad attestare il possesso della regolarità in ordine alla normativa di assunzione dei disabili, atteso che ognuno di essi aveva dichiarato nel modello B (nel quale, in relazione alla disciplina sulle assunzioni obbligatorie, venivano offerte due scelte: in caso di concorrente che occupasse non più di 15 dipendenti, ovvero da 15 a 35 -senza aver effettuato nuove assunzioni dopo il 18 gennaio 2000-, si doveva dichiarare "di non essere assoggettato agli obblighi di assunzione obbligatoria di cui alla Legge 12 marzo

1999 n. 68”, nonché “l’ottemperanza agli obblighi ed il rispetto sostanziale di tutte le vigenti norme concernenti il collocamento obbligatorio dei disabili”) di avere alle proprie dipendenze un numero di dipendenti inferiore a quello di almeno quindici, comportante l’assunzione di lavoratori diversamente abili.

Ciò considerato che il disciplinare di gara non richiedeva dichiarazioni rigorosamente formali, né attribuiva natura vincolante alla compilazione dei moduli.

A fronte delle dichiarazioni di cui trattasi la stazione aveva piena contezza dell’insussistenza in capo a detti progettisti dell’obbligo di assunzione di soggetti diversamente abili, non sussistendo alcun obbligo di verifica al riguardo, e comunque avrebbe potuto chiedere chiarimenti ex art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, essendo stato fornito quanto meno un principio di prova al riguardo.

Irrilevante sarebbe l’assunto del T.A.R. che fosse indivisibile la tesi della parte ricorrente che era oscura e fuorviante la formulazione del modello mediante il quale dovevano essere fornite le indicazioni in questione, in relazione alla locuzione “nel caso di concorrente che occupa non più di 15 dipendenti oppure da 15 a 35, qualora non abbia effettuato nuove assunzioni dopo il 18 gennaio 2000”, atteso che la compilazione dello stesso aveva carattere facoltativo e non vincolante, nonché che era stata comunque stata soddisfatta la esigenza della stazione appaltante di avere contezza circa la insussistenza a carico dei progettisti di cui trattasi dell’obbligo di cui all’art. 3 della l. n. 68/1999.

3.- L’appello è fondato.

3.1.- La impresa appellante è stata esclusa dalla gara per la ragione che tutti i progettisti indicati dalla stessa per l’attività di progettazione non avevano reso per proprio conto la dichiarazione di assoggettamento all’obbligo di cui alla legge n. 68/1999, come prescritto dal disciplinare di gara e dai relativi modelli allegati, in particolare dal modello B, che, in relazione alla disciplina sulle assunzioni

obbligatorie, prevedeva che in caso di concorrente che occupasse non più di 15 dipendenti, ovvero da 15 a 35 (senza aver effettuato nuove assunzioni dopo il 18 gennaio 2000), esso avrebbe dovuto dichiarare “di non essere assoggettato agli obblighi di assunzione obbligatoria di cui alla Legge 12 marzo 1999 n. 68”, nonché “l’ottemperanza agli obblighi ed il rispetto sostanziale di tutte le vigenti norme concernenti il collocamento obbligatorio dei disabili”.

Il T.A.R. ha ritenuto che, in base al tenore della lettera l) dell'articolo 38, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, che commina l'esclusione per i soggetti che non presentino la certificazione di cui all'art. 17 della l. n. 68/1999, diversamente da altre ipotesi contemplate nell'articolo 38, l'esclusione si riconnetteva nel caso di specie non già ad un aspetto sostanziale, bensì al dato formale della presentazione di una specifica ed espressa dichiarazione, sicché l'atto impugnato non poteva ritenersi in contrasto con gli atti di indizione o con la normativa al riguardo, rendendo ciò irrilevante quanto dichiarato dai professionisti in questione.

La presentazione di detta dichiarazione sarebbe giustificata dalla celerità che la normativa ha voluto imprimere alle procedure d'appalto, esentando l'Amministrazione dall'onere di verificare se i concorrenti, quali datori di lavoro, siano soggetti o meno all'obbligo dell'assunzione dei disabili e rispettosi di tali regole, accentuando i profili di autoresponsabilità del soggetto che rilascia la dichiarazione, sicché, quando la dichiarazione espressamente richiesta di fatto manchi, a ciò non può che conseguire l'esclusione dalla selezione.

Né la necessità della dichiarazione poteva essere smentita nella fattispecie dalla clausola che i partecipanti dovessero attenersi (non obbligatoriamente ma solo preferibilmente) ai modelli allegati perché la dichiarazione di cui all'art. 17 della l. n. 68/1999 era uno degli “elementi” imprescindibili per l'ammissione alla gara che dovevano essere presenti nel complesso dell'istanza di partecipazione, e non era forviante la formulazione del modello de quo.

3.2.- Ritiene in proposito la Sezione di condividere l'orientamento giurisprudenziale circa la doverosità, in difetto di esplicite previsioni escludenti in base alla *lex specialis*, della effettuazione di una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause di esclusione (Consiglio Stato Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 829; Sez. VI 4 agosto 2009, n. 4906, 22 febbraio 2010, n. 1017), nella considerazione che il primo comma dell'art. 38 del D. Lgs n. 163/2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il secondo comma non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione.

Da ciò discende che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 citato comporta, "ope legis", l'effetto espulsivo.

Quando invece il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la "*lex specialis*" non preveda espressamente la sanzione dell'esclusione a seguito della mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo al più un'ipotesi di "falso innocuo", come tale non suscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative.

In senso conforme alla prospettata soluzione si pone anche l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE che fa conseguire l'esclusione dalla gara alle sole ipotesi di grave colpevolezza e di false dichiarazioni nel fornire informazioni, non rinvenibile nel caso in cui il concorrente non consegua alcun vantaggio in termini competitivi, essendo in possesso di tutti i requisiti previsti (Consiglio Stato, Sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1017).

Non può, con riferimento al particolare caso di specie, condividersi la tesi propugnata dal Giudice di primo grado, che, poiché la lettera l) dell'articolo 38, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, che commina l'esclusione per i soggetti che non

presentino la certificazione di cui all'art. 17 della l. n. 68/1999, connette, diversamente da altre ipotesi contemplate nell'articolo 38, l'esclusione al dato formale della presentazione di una specifica ed espressa dichiarazione, non possa farsi ricorso al criterio sostanzialistico.

Il modello B prevedeva al riguardo che in caso di concorrente che occupasse non più di 15 dipendenti, ovvero da 15 a 35 (senza aver effettuato nuove assunzioni dopo il 18 gennaio 2000), dovesse essere prodotta la dichiarazione "di non essere assoggettato agli obblighi di assunzione obbligatoria di cui alla Legge 12 marzo 1999 n. 68", nonché "l'ottemperanza agli obblighi ed il rispetto sostanziale di tutte le vigenti norme concernenti il collocamento obbligatorio dei disabili"

La lex specialis non prevedeva quindi la presentazione di certificazione ma solo di autodichiarazione al riguardo, sicché non sussiste il motivo ostativo al ricorso al criterio sostanzialistico sostenuto dal T.A.R..

In applicazione di detto criterio, nel caso che occupa, invero, le dichiarazioni fornite dai professionisti di cui trattasi possono ritenersi caratterizzate da completezza, correttezza e veridicità sufficienti a soddisfare le esigenze che la norma che le prevede è tesa a tutelare, atteso che con le stesse essi avevano dichiarato di avere alle proprie dipendenze un numero di dipendenti inferiore a quello di almeno quindici comportante l'obbligo di assunzione di lavoratori diversamente abili, che corrispondeva sostanzialmente alla dichiarazione di non assoggettamento agli obblighi di assunzione obbligatoria di cui alla l. n. 68/1999 che era previsto dovesse essere prodotta.

Illegittimamente quindi la impresa appellante è stata esclusa dalla gara nell'assunto che tutti progettisti indicati dalla stessa per l'attività di progettazione non avevano reso per proprio conto la dichiarazione di assoggettamento all'obbligo di cui alla legge n. 68/1999.

3.3.- Quanto alla richiesta subordinata di condanna del Comune di Altamura al risarcimento dei danni, nell'ipotesi che non sia possibile la reintegrazione in forma specifica, essa non può essere accolta in assenza di detta dimostrazione e della prova del danno subito, solo genericamente dedotto (Consiglio Stato , sez. VI, 09 dicembre 2010 , n. 8646).

4.- In conclusione l'appello deve essere accolto nei termini di cui in motivazione e, in riforma della sentenza di primo grado, deve essere accolto il ricorso introduttivo del giudizio ed annullato il provvedimento impugnato.

5.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, denotano la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra la parti le spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R. e per l'effetto annulla il provvedimento con esso impugnato.

Compensa le spese dei due gradi di giudizio.

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

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

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/11/2011

IL SEGRETARIO

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