

Pubblicato il 05/06/2018

N. 00884/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00345/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 345 del 2018, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ontario S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli
avvocati Grazia Tomarchio e Roberta Luisa Romano, con domicilio eletto presso lo
studio della prima, in Catania, via Caronda 482;

contro

Aeroporto di Salerno Costa D'Amalfi S.p.A., in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Iovane, con domicilio eletto
presso il suo studio in Salerno, viale G. Verdi, 12/M;

nei confronti

La Solidarietà non costituita in giudizio;

per l'annullamento

dell'atto di esclusione dalla Procedura negoziata ex art. 36 co. 2 lett. b), d.lgs. n.
50/2016 per l'appalto di servizi avente ad oggetto il "Servizio Sanitario Aeroportuale

presso l'Aeroporto di Salerno Costa D'Amalfi S.p.A” – C.I.G 72089003EEF, emesso e comunicato in data 7 Febbraio 2018 ed ove occorra della lettera d'invito, del Capitolato Speciale d'Appalto, dei verbali di gara in parte qua e di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, anche endoprocedimentali, anche non conosciuti; ed altresì per l'impugnazione dell'indizione della nuova gara d'Appalto volta all'espletamento dello stesso servizio, ove disposta, e per il risarcimento del danno nella misura appresso indicata e comunque in quella che verrà determinata nel corso del presente giudizio.

con atto contenente motivi aggiunti,

della Lettere d'invito pubblicata in data 28.02.2018 nella Procedura negoziata ex art. 36 co. 2 lett. b), d.lgs. n. 50/2016 per l'appalto di servizi avente ad oggetto il “Servizio Sanitario Aeroportuale presso l'Aeroporto di Salerno Costa D'Amalfi S.p.A” – (C.I.G. 7399542739), quale illegittimità derivata del precedente ricorso notificato per l'annullamento dell'atto di esclusione dalla Procedura negoziata ex art. 36 co. 2 lett. b), d.lgs. n. 50/2016 per l'appalto di servizi avente ad oggetto il “Servizio Sanitario Aeroportuale presso l'Aeroporto di Salerno Costa D'Amalfi S.p.A” – C.I.G 72089003EEF, emesso e comunicato in data 7 Febbraio 2018 ed ove occorra della lettera d'invito, del Capitolato Speciale d'Appalto, dei verbali di gara in parte qua e di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, anche endoprocedimentali, anche non conosciuti; e per il risarcimento del danno nella misura appresso indicata e comunque in quella che verrà determinata nel corso del presente giudizio;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Aeroporto di Salerno Costa D'Amalfi S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2018 il dott. Fabio Maffei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con lettera del 16.10.2017, la Società di gestione Salerno Costa D'Amalfi S.p.A ha invitato la Società ONTARIO s.r.l. a partecipare alla procedura di evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di primo soccorso aeroportuale la cui base d'asta era stata determinata in € 302.919,00, oltre IVA, di cui € 6.058,38 quali oneri di sicurezza non soggetti a ribasso e, la cui durata, era stata prevista per 12 mesi.

L'Amministrazione, tuttavia, all'esito della procedura, ha ritenuto che la ONTARIO s.r.l. non avesse rispettato l'art. 11 della legge n. 68/1999, e cioè fosse inadempiente rispetto alla convenzione stipulata con il competente ufficio del lavoro al fine di assumere un lavoratore disabile, avendo nell'anno 2016 superato la quota di dipendenti oltre il quale operava l'obbligo *de quo*. Tale determinazione era stata adottata nonostante l'onere di assunzione di un lavoratore disabile entro il 31.12.2017 fosse venuto meno in quanto il numero dei lavoratori subordinati dipendenti della Ontario S.r.l., nel corso dell'anno 2017, si era contratto al di sotto della soglia dei 15 dipendenti e, dunque, al di sotto della soglia richiesta dalla medesima convenzione.

Avverso la predetta determinazione della stazione appaltante, l'odierna ricorrente deduce:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 co. 5 lett. i) d.lgs. n. 50/2016. Tassatività delle cause di esclusione: violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere correlato: sviamento della causa tipica, errore nel presupposto e difetto di istruttoria. Sotto tale profilo, la ricorrente ha sostenuto la violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione non ampliabili rispetto a quelle delineate nell'art. 80 cit.

Nello specifico, la norma di cui all'art. 80 comma 5 lett. 1 prescrive che è causa di esclusione non presentare la certificazione di cui all'art. 17 della legge n. 68/1999 o relativa autocertificazione e non anche il suo corretto adempimento.

II) Incompetenza: travisamento della posizione della Committente pubblica rispetto al potere di controllo dell'Ente preposto alla verifica di cui all'art. 11 e 17 della legge n. 68/1999. Eccesso di potere correlato: uso abnorme del potere; violazione della discrezionalità tecnica di un altro Ente.

In data 5.01.2018 la Stazione Appaltante aveva invitato la società ricorrente, unica rimasta in gara, a presentare la documentazione comprovante la regolarità ex art. 11 l. n. 68/1999. La ONTARIO s.r.l. aveva adempiuto tale onere, esibendo la comunicazione rilasciata dal Dipartimento regionale del lavoro – Servizio XII – Centro per l'Impiego di Catania - da cui risultava lo stato di assoluta ottemperanza all'obbligo *de quo* in cui versava la Società.

La stazione appaltante ne aveva, viceversa, disattese le risultanze optando per un'interpretazione della normativa di riferimento affatto condivisibile e, peraltro, contraria alla stessa portata dispositiva della convenzione stipulata.

Costituitasi in giudizio, la Stazione appaltante ha difeso la correttezza dell'impugnato provvedimento di esclusione, fondato, a suo parere, su un'interpretazione della normativa tesa ad evitare l'elusione degli obblighi di legge.

Nel dettaglio, l'Ontario S.r.l., avendo sottoscritto la Convenzione ai sensi di cui art. 11 della legge 68/1999 ed avendo superato la soglia di dipendenti con riguardo all'anno 2016, era tenuta necessariamente, nel corso dell'anno 2017, ad assumere il lavoratore disabile.

Con atto per motivi aggiunti depositato in data 12.3.2018, la Ontario S.r.l. ha impugnato la Lettere d'invito pubblicata in data 28.02.2018 con cui la stazione appaltante aveva indetto una nuova gara relativa al medesimo servizio,

stigmatizzandone l'invalidità derivata ed insistendo per il riconoscimento del suo diritto all'aggiudicazione del contratto ovvero, in subordine, al risarcimento del danno subito.

All'udienza del 22.5.2018, la causa è stata trattenuta in decisione.

2.- Nell'odierno giudizio parte ricorrente si duole dell'illegittima esclusione dalla procedura di gara cui ha preso parte, risultando essere l'unica offerente rimasta in gara.

In base alle censure dedotte, il ricorso è fondato e merita accoglimento, con obbligo per l'Amministrazione di concludere il procedimento di gara e determinarsi in ordine all'aggiudicazione dell'appalto alla odierna ricorrente, con salvezza di nuovi e motivati provvedimenti nei limiti che saranno esposti a seguire.

Il Collegio reputa necessario muovere dalla disamina dell'ordito normativo di riferimento, atteso che l'impugnato provvedimento di esclusione si fonda sul presupposto che l'Ontario non abbia ottemperato alle norme sull'assunzione dei disabili. La stazione appaltante, in particolare, ha sostenuto che, ai fini dell'adempimento degli obblighi di legge relativi all'assunzione di personale disabile, la mera stipulazione della convenzione, laddove di fatto inadempite, non fosse sufficiente a ritenere adempiuto il corrispondente obbligo. A suo, avviso, infatti, la ratio della norma posta a tutela dei disabili è quella di funzionalizzare gli appalti pubblici ad esigenze sociali che non possono dirsi realizzate con la semplice stipula della convenzione con cui un datore di lavoro/operatore economico si impegni *sic et simpliciter* all'assunzione dei disabili oggetto di convenzione, necessitandosi anche l'effettivo adempimento alla predetta obbligazione.

Tale interpretazione, a parere del Collegio, non può essere condivisa.

L' art. 80 co. 5 lett. i) d.lgs. n. 50/2016 s.m.i., prevede tra i motivi di esclusione l'ipotesi in cui *“l'operatore economico non presenti la certificazione di cui all'art. 17 della l. 12 marzo 1999 n. 68 ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito”*, ponendosi

così nel solco già tracciato dall'art. 38 comma 1, lett. l), del previgente codice (D.Lgs 163/2006) che, sotto la rubrica "Requisiti di ordine generale", disponeva: *"Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2"*. Il citato art. 17, rubricato "Obbligo di certificazione", statuisce che *"Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione"*.

Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 11, comma 1, della l. n. 68/1999, *"Al fine di favorire l'inserimento lavorativo dei disabili, gli uffici competenti, sentito l'organismo di cui all'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, come modificato dall'articolo 6 della presente legge, possono stipulare con il datore di lavoro convenzioni aventi ad oggetto la determinazione di un programma mirante al conseguimento degli obiettivi occupazionali di cui alla presente legge"*.

La stipula di tali convenzioni costituisce adempimento degli obblighi imposti dalla legge: infatti, l'art. 7 co 1 stabilisce che *"1. Ai fini dell'adempimento dell'obbligo previsto dall'articolo 3 (assunzioni obbligatorie di disabili in imprese in bonis di grosse dimensioni), i datori di lavoro privati e gli enti pubblici economici assumono i lavoratori mediante richiesta nominativa di avviamento agli uffici competenti o mediante la stipula delle convenzioni di cui all'articolo 11"*.

Orbene, anteriormente alla formulazione dell'offerta, l'odierna ricorrente, in data 28.6.2017, stante l'avvenuto superamento nell'anno 2016 del numero di 15 dipendenti, aveva stipulato la Convenzione di cui all'art. 11 cit, con il Centro per l'impiego di Catania, obbligandosi all'assunzione, entro il 31.12.2017, all'assunzione di un lavoratore disabile.

Tuttavia, l'art. 15 della predetta convenzione espressamente contemplava la sospensione dell'obbligo in questione, qualora, nell'arco temporale di validità, fossero venute meno le condizioni cui era subordinato il dovere assunzione.

In ragione di tale previsione, essendo il livello occupazionale della società ricorrente contrattosi al di sotto della soglia prevista, il Centro dell'Impiego di Catania, interpellato dalla stazione appaltante, con nota del 1.2.2018, escludeva la sussistenza, in capo all'Ontario S.r.l., di obblighi di assunzione ex lege 68/1999.

Tale disamina del dato normativo induce, unitamente a quanto certificato dall'amministrazione competente, a ritenere che alcuna violazione degli obblighi di assunzione sia ascrivibile all'odierna ricorrente, atteso che, al momento della verifica della sussistenza dei requisiti di partecipazione, l'operatività della su riportata clausola convenzione ne aveva sospeso la vincolatività, non potendosi ritenere, alla luce del suo chiaro tenore letterale, che la sospensione automatica ivi prevista, come sostenuto dalla resistente, si riferisse a quella contemplata dall'art. 3, comma 5° della medesima legge, considerando quest'ultima un'ipotesi peculiare e specifica, e cioè la sottoposizione dell'impresa a procedura di mobilità.

Né può sostenersi che una simile interpretazione possa condurre ad eludere la portata cogente del dato normativo, dovendosi rammentare che tra i "sopravvenuti motivi di pubblico interesse" che giustificano la revoca dell'aggiudicazione e, quindi, la caducazione del contratto, ben possono rientrare anche comportamenti scorretti dell'aggiudicatario che si siano manifestati successivamente all'aggiudicazione definitiva (fattispecie già conosciuta in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2804 avente ad oggetto il mancato assolvimento agli obblighi contributivi emerso successivamente all'aggiudicazione; Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2016, n. 3054, ove la revoca era giustificata dal rifiuto dell'aggiudicatario di stipulare il contratto prima che fossero modificate talune clausole contenute nel capitolato di gara; Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, revoca giustificata

per violazione delle clausole dei Protocolli di legalità; e TAR Liguria, sez. II, 27 gennaio 2017, n. 55), nel cui ambito può agevolmente rientrare anche l'inosservanza dell'obbligo di assunzione de quo, una volta che si siano ripristinate le condizioni per la sua operatività (cfr.: Consiglio di Stato, sez. V, 11/01/2018, n. 120).

In definitiva, alla luce di tutte le superiori argomentazioni l'impugnato provvedimento di esclusione deve essere annullato, al pari della lettera d'invito con cui l'amministrazione resistente ha indetto una nuova procedura concorsuale per il medesimo servizio.

Secondo il consolidato insegnamento giurisprudenziale (cfr., Cons. Stato, 2611/2015), quando sussiste un vizio di legittimità dell'atto presupposto tale da incidere sull'atto presupponente, deve distinguersi tra invalidità a effetto caducante e invalidità a effetto viziante, nel senso che nel primo caso l'annullamento dell'atto presupposto si estende automaticamente all'atto consequenziale, anche quando questo non sia stato impugnato, mentre nel secondo caso l'atto consequenziale è affetto solo da illegittimità derivata, e pertanto resta efficace ove non impugnato nel termine di rito. *“La prima ipotesi (invalidità derivata ad effetto caducante), ricorre nella sola evenienza in cui l'atto successivo venga a porsi nell'ambito della medesima sequenza procedimentale quale inevitabile conseguenza dell'atto anteriore, senza necessità di ulteriori valutazioni, il che comporta, dunque, la necessità di verificare l'intensità del rapporto di consequenzialità tra l'atto presupposto e l'atto successivo, con riconoscimento dell'effetto caducante qualora tale rapporto sia immediato, diretto e necessario, nel senso che l'atto successivo si ponga, nell'ambito dello stesso contesto procedimentale, come conseguenza ineluttabile rispetto all'atto precedente, senza necessità di nuove valutazioni di interesse?”* (cfr., tra le tante: C.d.S., Sez. V, 20 gennaio 2015, n. 163; IV, 6 dicembre 2013, n. 5813, 13 giugno 2013, n. 3272, e 24 maggio 2013, n. 2823; VI, 27 novembre 2012, n. 5986; VI, 5 settembre 2011, n. 4998; V, 25 novembre 2010, n. 8243).

Nel caso di specie, il provvedimento sopravvenuto, non essendo inevitabile conseguenza del primo e non collocandosi nella medesima sequenza procedimentale, è stato autonomamente gravato dalla ricorrente con i proposti motivi aggiunti, sicchè, stante la sua illegittimità derivata, se ne può dichiarare l'annullamento, con il conseguente obbligo dell'amministrazione resistente di concludere il procedimento di gara e determinarsi in ordine all'aggiudicazione dell'appalto alla odierna ricorrente, con salvezza di nuovi e motivati provvedimenti.

3.- Alcuo diritto, come invocato dalla ricorrente, a conseguire l'aggiudicazione può nella specie configurarsi, atteso che, in tema di giudicato relativo a gare di appalto, essendo il relativo rito processuale rivolto all'aggiudicazione dell'incanto (art. 120 c.p.a.), la pronuncia giudiziale di accoglimento del ricorso di una concorrente che aspiri all'aggiudicazione e che agisca contro una illegittima esclusione dalla gara si connota ordinariamente in termini di spettanza, con la conseguenza che l'Amministrazione soccombente è tenuta a concludere il procedimento disponendo l'aggiudicazione, salve le sole fasi del procedimento che non sono state oggetto di pronuncia (come ad esempio il riscontro dei requisiti dichiarati in sede di gara ai fini della sottoscrizione del contratto) e salve solo le condizioni di fatto o di diritto sopravvenute al giudicato stesso (con esclusione pertanto di qualsiasi contestazione circa la sussistenza di ragioni di esclusione ulteriori, anche se diverse dalle ragioni già espresse nell'atto impugnato ed annullato, ma comunque avente titolo nel procedimento di gara, che vanno necessariamente dedotte in giudizio a pena di violazione del giudicato che comprende, in questi casi, anche il "deducibile"; vedasi da ultimo TAR Lazio, Roma, II ter, nr. 04692/2017 del 19 aprile 2017 e riferimenti di giurisprudenza ivi inclusi, tra i quali, in tema di esecuzione del giudicato formatosi nel rito c.d. "appalti", TAR Reggio Calabria, 23 gennaio 2015 nr. 94).

4.- Deve parimenti essere respinta la richiesta di condanna al risarcimento danni per equivalente, avendo la ricorrente ottenuto, con l'annullamento giurisdizionale della

propria esclusione dalla gara, il completo ristoro, in forma specifica, della lesione subita per effetto dell'illegittima estromissione dalla procedura.

Può, infatti, richiamarsi l'orientamento secondo cui l'annullamento dell'esclusione e il consequenziale rinnovo delle operazioni di gara costituiscono di per sé una modalità di risarcimento in forma specifica, da ciò derivando che non spetta il risarcimento del danno per equivalente in quanto la restituzione all'impresa dell'occasione di partecipare alla gara permette il soddisfacimento diretto e pieno dell'interesse fatto valere (così Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2011, n. 197); va eccettuato il danno emergente, ad es. per spese per la partecipazione alla gara, che la ricorrente non ha tuttavia allegato né tanto meno provato (v. Cons. Stato, sez. III, 30 maggio 2012, n. 3245);

5.- Considerato pertanto che il ricorso va accolto per le ragioni innanzi indicate (assorbite le altre doglianze prospettate in via principale), con conseguente annullamento della determinazione di esclusione e fatti salvi gli ulteriori provvedimenti della stazione appaltante, le spese di lite, liquidate in dispositivo, devono seguire la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

a) accoglie il ricorso per quanto di ragione e, per l'effetto, annulla l'impugnata determinazione di esclusione;

b) condanna l'amministrazione resistente a pagare, in favore della Ontario S.r.l., le spese di lite, che liquida in complessivi euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre Iva, Cpa come per legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Primo Referendario

Fabio Maffei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Fabio Maffei

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio