



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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 222 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Obiettivo Lavoro S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso l'avv. Alessandro Tudor Avv. in Trieste, Galleria Protti 1;

contro

Regione Friuli - Venezia Giulia, rappresentata e difesa dagli avv. Ettore Volpe e Daniela Cantarutti, domiciliata in Trieste, piazza Unita' D'Italia 1;

nei confronti di

Umana S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Federico Bertoldi, con domicilio eletto presso la Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7; Adecco Italia S.p.A.;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- del decreto n. 1028 del 29 marzo 2011 (doc. 1- decreto n. 1028 del 29.3.2011 - doc. 2 - comunicazione di aggiudicazione), con cui la Regione Autonoma del Friuli Venezia Giulia ha aggiudicato ad Umana S.p.a. la gara per l'affidamento della somministrazione di lavoro temporaneo ed ha collocato al secondo posto della graduatoria Adecco Italia S.p.a.;
- del verbale di gara del 14 Ottobre 2010 (doc. 3 - verbale del 14/10/10), in cui sono state registrate le operazioni di valutazione della documentazione amministrativa;
- dei verbali di gara del 4, 19 e 24 novembre 2010, del 3, 9 e 20 dicembre 2010, del 12, 19, 26 e 28 gennaio 2011 e del 2 febbraio 2011, in cui sono state registrate le valutazioni delle offerte tecniche); (doc. 4 - verbali di valutazione delle offerte tecniche);
- del verbale del 9 febbraio 2011 di apertura e valutazione delle offerte economiche (doc. 5-verbale del 9/2/11;
- del disciplinare di gara *in parte qua*;
- di tutti gli atti presupposti consequenziali e connessi a quello impugnato;
- del contratto di appalto, ove stipulato;

Quanto ai motivi aggiunti, depositati in data 19.5.2011, degli stessi atti impugnati con il ricorso introduttivo;

Quanto ai motivi aggiunti depositati in 30.12.2011:

- per la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto, stipulato in data 7 luglio 2011, mai comunicato, depositato in giudizio dalla

Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia solo in data 21 dicembre 2011, tra l'Amministrazione resistente e Umana S.p.A. per l'affidamento del servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato per la durata di quattro anni.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Friuli-Venezia Giulia e di Umana S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Umana Spa, ut supra rappresentata e difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 aprile 2012 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Col ricorso introduttivo, la ricorrente Obiettivo Lavoro s.p.a. impugna l'atto n. 1028 del 29.3.11, con cui è stato aggiudicato alla controinteressata Umana s.p.a. l'appalto - bandito dalla Regione Autonoma Friuli - Venezia Giulia - per l'affidamento della somministrazione di lavoro temporaneo per la durata di quattro anni; è stata collocata al secondo posto Adecco Italia s.p.a.; nonchè atti connessi, ivi compreso, *in parte qua*, il Disciplinare di gara ed il contratto, ove stipulato.

In fatto, espone di aver partecipato alla gara di cui si controverte (da

aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa) collocandosi al terzo posto. Entrambe le prime due classificate avrebbero peraltro dovuto - secondo la sua prospettazione - essere escluse (ovvero ottenere un diverso e minor punteggio), con conseguente aggiudicazione a sé dell'appalto.

1.1. - Nei confronti di Umana spa svolge le seguenti censure:

1) violazione degli artt. 15 e 22 del Disciplinare e dell'art. 75 del D.Lg. 163/06. Violazione della *par condicio* e disparità di trattamento.

Si contesta che la controinteressata abbia prodotto la prescritta fidejussione sottoscritta da un procuratore privo del potere di impegnare il fidejussore al rilascio della cauzione definitiva per l'ammontare di € 320.000,00.

2) Non risulta che la prescritta "documentazione attestante i poteri di firma del sottoscrittore della garanzia stessa" (espressamente richiesta dall'art. 15 del Disciplinare) sia stata prodotta. Queste omissioni e irregolarità avrebbero dovuto comportare l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara.

1.2. - Quanto alla seconda classificata Adecco s.p.a., si contestano:

a) violazione dell'art. 38 del D.Lg. 163/06 e dell'art. 15 del Disciplinare. Violazione della *par condicio*.

I concorrenti avrebbero dovuto dichiarare - a tenore dell'all. A al Disciplinare - i nominativi dei soggetti in carica muniti del potere di rappresentanza, ivi compresi i procuratori speciali. La Ditta ha ommesso di indicare due procuratori speciali dotati di ampi poteri di rappresentanza ed esattamente: Nathaklie Vandoorne e Gianluca Di

Lauro.

b) La *lex specialis* imponeva altresì di dichiarare i medesimi soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente. L'interessata ha dichiarato un solo soggetto (Sergio Piccinelli) omettendo due consiglieri di amministrazione, dotati di ampio potere di rappresentanza: Christina De Conti e Giovanni Bocchieri. Ciò era sufficiente per escludere anche Adecco s.p.a. dalla gara.

1.3. - L'istante propone ancora i seguenti motivi:

c) violazione degli artt. 15 e 22 del Disciplinare e della *par condicio*.

Benchè l'art. 15 imponesse, a pena di esclusione, di indicare nell'offerta economica, "il prezzo orario offerto per ciascuna categoria, con l'indicazione degli elementi che lo compongono, ivi compreso l'utile di impresa", Adecco non ha specificato i singoli componenti, limitandosi a indicare l'utile.

d) Violazione degli artt. 46 e 83 del D.Lg. 163/06. Violazione degli artt. 15 e 22 del Disciplinare e dell'art. 75 del D.Lg. 163/06. Violazione della *par condicio* e disparità di trattamento.

Adecco non ha indicato il "massimale della propria copertura assicurativa per la responsabilità civile e per danni causati a terzi e all'Amministrazione regionale", per la quale il Capitolato prevedeva un massimale pari o superiore ad € 5.000.000, 00 (assegnando il punteggio massimo a quello superiori ad € 8.000.000,00) La Commissione, anziché penalizzare l'omissione, ha richiesto chiarimenti e illegittimamente consentito ad Adecco di integrare la propria offerta; in più valutando una polizza emessa in un momento

successivo.

1.4. - In via subordinata, l'istante propone alcuni motivi miranti a conseguire non l'aggiudicazione, ma l'azzeramento della gara ed il rinnovo dell'intera procedura.

Col motivo n. 5) lamenta: violazione dell'art. 2, comma 2, del D.Lg. 163/06, violazione del principio di segretezza delle offerte, della *par condicio*, dell'art. 97 della Costituzione e sviamento.

La Commissione di gara, secondo la prospettazione della ricorrente, avrebbe omesso - nel corso della procedura - di garantire la sigillatura e la conservazione di plichi.

6) Violazione dell'art. 2, comma 1, del D.Lg. 163/06 e del principio di pubblicità, in quanto la Commissione ha proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche in seduta segreta.

2. - L'Amministrazione, costituita con ampia memoria, puntualmente controdeduce ai singoli motivi di ricorso, di cui rileva la totale infondatezza.

Esamina, dapprima, le censure rivolte contro la seconda classificata, concludendo che, poiché nessuna di esse ha fondamento, il ricorso andrebbe dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

3. - Con un primo atto di motivi aggiunti (formulati dopo aver esperito l'accesso a tutti gli atti della procedura) la ricorrente propone ulteriori vizi, sia con riferimento alla polizza assicurativa di Umana s.p.a. che alla valutazione delle offerte effettuata dalla Commissione di gara.

In particolare eccepisce:

1) violazione dell'art. 15 del Disciplinare e della *par condicio*. Contraddittorietà, errore sui presupposti, illogicità, ingiustizia e disparità di trattamento.

Osserva che Umana s.p.a., onde acquisire il massimo punteggio previsto, con “appendice” dell'8.10.10, ha provveduto ad innalzare il massimale della polizza assicurativa ad € 8.000.000, tuttavia anche detta appendice è stata sottoscritta dal medesimo procuratore privo del potere di impegnare il fidejussore.

2) Violazione degli artt. 15 e 16 del Disciplinare e degli art. 46 e 83 del D.Lg. 163/06. Violazione della *par condicio*, errore sui presupposti, contraddittorietà, illogicità e ingiustizia. Violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Con questo motivo, puntualizza la censura già esposta nei confronti di Adecco s.p.a., che la Commissione avrebbe illegittimamente ammesso ad indicare il massimale assicurativo posseduto al momento della partecipazione, che, solo successivamente, si è impegnata ad estendere a € 6.000.000, 00, unicamente in caso di aggiudicazione.

3) Violazione degli artt. 15 e 16 del Disciplinare e degli art. 46 e 83 del D.Lg. 163. Errore sui presupposti, contraddittorietà, illogicità e ingiustizia. Violazione dell'art. 97 della Costituzione.

La ricorrente contesta i punteggi attribuiti dalla Commissione - a sé ed alla seconda classificata - relativamente alla voce “caratteristiche del soggetto formatore”, per la quale era previsto un punteggio sino ad un massimo di 7 punti. A entrambe ne sono stati assegnati 6, mentre l'offerta della ricorrente appare nettamente superiore.

4) Relativamente al punteggio attribuito (2 punti a sé; 7 punti, cioè il massimo, all'aggiudicataria; e 6 punti alla seconda classificata) per il criterio 2, punto C) del Disciplinare (tempistica della formazione), rileva errori nell'interpretazione del progetto proposto che hanno portato all'attribuzione di punteggi ingiustificati

4. - E' presente in giudizio anche la controinteressata Umana s.p.a., che puntualmente controdeduce ai singoli motivi di ricorso, e conclude chiedendo che il ricorso sia respinto.

4.1. - Propone altresì ricorso incidentale, con il quale rileva che era la ricorrente a dover essere esclusa alla gara. Questi i motivi dedotti:

1) violazione dell'art. 38 del D.Lg. 163/06 e degli artt. 5, 15 e 22 del Disciplinare. Violazione della *lex specialis* e del principio di leale collaborazione.

A tenore del Disciplinare di gara, i concorrenti avrebbero dovuto dichiarare anche - per quanto qui rileva - i soggetti di cui all'art. 38 del D.Lg. 163/06 cessati dalla carica nel triennio precedente, precisando che gli stessi non erano incorsi in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 medesimo. Orbene: Obiettivo Lavoro s.p.a. ha ommesso di dichiarare i procuratori speciali Massimo Secondo Cantale, Massimo Cabiati, Luigi Longaretti e Ambrogio Sfondrini tutti (e in particolare, l'ultimo) muniti di ampi poteri di rappresentanza.

2) Violazione sotto altro profilo dell'art. 38 del D.Lg. 163/06 e degli artt. 5, 15 e 22 del Disciplinare. Violazione del principio di leale collaborazione. Difetto e illogicità della motivazione.

Tra i soggetti cessati nel triennio Obiettivo Lavoro s.p.a. ha

menzionato Luigi Innocenzi, dichiarando che nei confronti dello stesso non erano state pronunciate condanne rilevanti ai fini dell'art. 38. La dichiarazione non corrisponde al vero, poiché lo stesso ha subito una condanna, come la ricorrente medesima aveva, già in una precedente gara, avuto modo di dichiarare, precisando anche di essersi dissociata dal suo operato.

5. - Con ulteriore atto di motivi aggiunti, notificato il 28.12.11, la ricorrente chiede la dichiarazione di inefficacia del contratto *medio termine* stipulato, anche per violazione dell'art. 79, comma 5, lett. b) *ter* del D.Lg. 163/06, in quanto è mancata la comunicazione ivi contemplata.

6. - Tutte le parti hanno presentato diverse, ampie e articolate, memorie di precisazione a sostegno delle proprie ragioni, ribadendo le già rassegnate conclusioni.

7. - Come più volte evidenziato dalla giurisprudenza, in presenza di un ricorso incidentale “paralizzante”, cioè che non si limita a proporre censure ulteriori e diverse avverso gli atti impugnati, bensì mira all'esclusione del ricorrente (con conseguente inammissibilità del suo ricorso per difetto di legittimazione e/o di interesse) è quest'ultimo a dover essere valutato per primo (si vedano, per tutti: A.P. n. 4/11 e C.S. n. 6053/11).

7.1. - Il ricorso incidentale è fondato e va pertanto accolto.

In particolare, risulta fondata ed assorbente la prima delle censure proposte con cui la controinteressata lamenta la mancata esclusione della ricorrente per violazione dell'art. 38 del D.Lg. 163 e della *lex*

specialis, avendo la stessa omesso l'indicazione di tutti i soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente richiesti, a pena di esclusione, dalla *lex specialis*.

Giova precisare che l'art. 38, per quanto qui rileva, stabilisce che “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 abbiano riportato determinate condanne; con la precisazione che “l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente [tre anni, prima della riforma operata dal D.L. 70/11] data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata”.

Onde consentire alla P.A. di svolgere le proprie valutazioni il secondo comma stabilisce che “il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva”.

Questo Tribunale (così come una parte della giurisprudenza) si è già espresso nel senso che l'art. 38 deve ritenersi di stretta interpretazione e non suscettibile di interpretazione analogica o estensiva, con la

conseguenza che ciò che rileva è quanto testualmente disposto dalla norma, come - eventualmente - integrata dal Bando (questo, ovviamente, prima dell'entrata in vigore della modifica all'art. 46, operata dal D.L 70/11, convertito in L. 106/11). Pertanto, qualora un concorrente non abbia dichiarato la sussistenza dei requisiti di moralità nei confronti di soggetti per i quali ciò non era espressamente richiesto dalla legge o dal titolo (ma solo da una giurisprudenza "innovativa", che fa riferimento non tanto alla qualificazione formale del soggetto, bensì all'ampiezza dei suoi poteri rappresentativi), non andava senza meno escluso, ma - in applicazione dei principi di correttezza e buona fede - la P.A. doveva chiedere (o consentire) l'integrazione della documentazione dimessa in gara che risultava, formalmente, completa.

7.1.1. - Nel caso di specie, occorre evidenziare che la *lex specialis*, all'art. 15 "Modalità di redazione delle offerte", al punto 8, comma 6, dopo aver precisato che "non è obbligatorio utilizzare i modelli e gli allegati forniti dalla Stazione Appaltante"; prevede che il concorrente, può rendere le prescritte dichiarazioni nel modo che preferisce, tuttavia esse devono "riportare fedelmente tutto quanto indicato nei modelli allegati al Disciplinare di gara", con la precisazione che "la mancanza, incompletezza o irregolarità sostanziale di una delle dichiarazioni sui requisiti comporta l'esclusione dalla gara".

L'All. A) richiede una serie di dichiarazioni autocertificate, tra cui, al punto c), quella "che nel triennio precedente non vi sono soggetti cessati dalle cariche societarie indicate all'art. 38, comma 1, lett. c) del

D.Lg. 163/05”, o che, al contrario, vi sono. In questa seconda ipotesi, il Capitolato richiede l’indicazione dei nominativi di tali soggetti con le relative generalità, e che nei loro confronti - durante il periodo in cui rivestivano cariche societarie - sono (o non sono) state pronunciate sentenze di condanna passate in giudicato o patteggiate, per determinati reati. Nella seconda ipotesi, il concorrente dovrà dichiararle, e dimostrare che “sono stati adottati atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata”.

In più punti dell’all.A (così come anche dell’all. B) vengono evidenziati, in grassetto, quali sono i soggetti per i quali devono essere rese le dichiarazioni; essi sono, testualmente: il “legale rappresentante/ socio/ socio accomandatario/ amministratore con poteri di rappresentanza/ procuratore speciale/ direttore tecnico”.

L’art. 38, in realtà, non menziona il “procuratore speciale” (richiama infatti le condanne pronunciate nei confronti “del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio”) tuttavia, come correttamente stabilito dalla giurisprudenza (si veda, da ultimo: TAR Trentino Alto Adige - Bolzano n. 352/11), l’Amministrazione - essendo la gara stata bandita con atto n. 1707 del 12.8.10, quindi

prima dell'entrata in vigore della modifica dell'art. 46 che introduce, al comma 1-*bis*, la tassatività delle cause di esclusione - era ben libera di indicare tra coloro che dovevano rendere la dichiarazione anche soggetti non espressamente indicati dalla norma (all'evidenza ricompresi proprio in ragione, come indicato da una parte della giurisprudenza, dei loro poteri rappresentativi). Essendosi la S.A. autovincolata con il Capitolato, ove si richiede espressamente la dichiarazione anche per il "procuratore speciale" cessato nel triennio, con la precisazione che "la mancanza, incompletezza o irregolarità sostanziale di una delle dichiarazioni sui requisiti comporta l'esclusione dalla gara", la Commissione non era affatto libera di discostarsene (come pretenderebbe la Regione nelle sue difese), semplicemente ignorando la *lex specialis*.

7.1.2. - Nella sua dichiarazione, Obiettivo Lavoro ha indicato tra i soggetti cessati nel triennio precedente i signori Paolo Trabattoni, Marco Bulgarelli e Emilio Innocenzi. Dalla visura camerale peraltro risulta che, in tale periodo, sono cessati anche i procuratori speciali Massimo Secondo Cantale, Massimo Cabiati e Luigi Longaretti, di cui non è stata fatta menzione.

La Regione, nelle sue difese, afferma che la mancata dichiarazione riferita a tali soggetti è di scarsa importanza, stante "l'irrilevante ampiezza dei poteri loro conferiti". Tuttavia la giurisprudenza (si veda sul punto: C.S. n. 513/11) - che il Collegio condivide - ha ritenuto che, in questa materia (ove le decisioni sono, per vero, oltremodo variegate), si ravvisa "la necessità di ancorare l'applicazione della

norma di cui si tratta su basi di oggettivo rigore formale, sottolineando che occorre avere riguardo alla posizione formale rivestita dal singolo nell'organizzazione societaria, piuttosto che dedicarsi a problematiche quanto malcerte indagini sostanzialistiche" sulla ampiezza dei poteri. Questa soluzione (riferita all'art. 38, ma ben applicabile anche alle legittime prescrizione della *lex specialis*), "evita che l'obbligo della dichiarazione possa dipendere da sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore, inidonee a garantire la certezza del diritto sotto un profilo di estrema rilevanza per la libertà di iniziativa economica delle imprese, costituito dalla possibilità di partecipare ai pubblici appalti" (in termini, C.S. n. 513/11 e 3069/11). In definitiva, posto che la *lex specialis* imponeva - a pena di esclusione - la dichiarazione della sussistenza dei requisiti di moralità anche dei "procuratori speciali" cessati nel triennio, e che la ricorrente tale dichiarazione non ha reso (né ha impugnato la relativa prescrizione, neppure dopo la proposizione del ricorso incidentale), doveva essere esclusa dalla gara.

Il ricorso incidentale va, quindi, accolto. A ciò consegue la dichiarazione di inammissibilità, per difetto di interesse, del ricorso introduttivo e dei due motivi aggiunti, come statuito dall'A.P. n. 4/11.

8. - La particolarità e complessità della vicenda consigliano di disporre la totale compensazione delle spese e competenze di giudizio, tra le parti tutte.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia,

definitivamente pronunciando sul ricorso, con motivi aggiunti, e ricorso incidentale in epigrafe, accoglie il ricorso incidentale, e, conseguentemente, dichiara inammissibile il ricorso introduttivo ed i due motivi aggiunti, nei termini di cui in motivazione.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti tutte.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 26 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/05/2012

IL SEGRETARIO

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