



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.

Reg. Sent.

ANNO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del LAZIO, Sez. III[^]-quater

composto da:

dr. Mario Di Giuseppe

Presidente

dr. ssa Linda Sandulli

Consigliere

dr. Umberto Realfonzo

Consigliere-rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 5192/2007 R.G. proposto da *SOC BANCA NAZIONALE DEL LAVORO SPA in proprio e quale designata mandataria dell'ATI con SOC BANCA POPOLARE DI SONDRIO SCPA; SOC BANCA POPOLARE DI VERONA E NOVARA SCARL; SOC BANCA POPOLARE DI VICENZA SCPA; SOC MONTE DEI PASCHI DI SIENA SPA in persona dei rispettivi legali rappresentanti tutti rappresentati e difesi dall'Avv. GRAZIADEI GIANFRANCO e dall'Avv. D' ALOIA ANTONIO con domicilio eletto in ROMA VIA A. GRAMSCI, 54*

contro

l'INAIL - IST. NAZ. ASSICURAZIONE INFORTUNI SUL LAVORO in persona del legale rappresentante rappresentato e difeso dall'Avv. PONE VINCENZO e dall'Avv. TORRE BETTINO con domicilio eletto in ROMA VIA IV NOVEMBRE, 144

e nei confronti

-- di SOC POSTE ITALIANE SPA in persona del legale rappresentante patrocinato e difeso da AVV. SANINO MARIO con domicilio eletto in ROMA V.LE PARIOLI, 180

-- *SOC UNICREDIT BANCA SPA* in persona del legale rappresentante patrocinato e difeso dall'Avv. *ZANETTI ANDREA* e dall'Avv. *BRIZZOLARI MAURIZIO* con domicilio eletto in ROMA VIA DELLA CONCILIAZIONE, 44

- *SOC BANCA DI ROMA SPA* , *SOC BANCA INTESA S PAOLO SPA* non costituitesi in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo

-- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara indetta dall'Inail con bando pubblicato sulla GURI del 20.4.2006 n. 92 per l'affidamento del servizio di cassa generale dell'Istituto; ivi compresi, e nei limiti dei motivi di ricorso, di tutti i verbali di gara ed in particolare dei verbali 6 giugno 2006, del 26 ottobre 2006, del 7 novembre 2006, del 10 novembre 2006, del 17 novembre 2006, del 29 novembre 2006, del 12 dicembre 2006, del 15 dicembre 2006, del 21 dicembre 2006, del 30 gennaio 2007, del 1° febbraio 2007;

- del parere reso dall'Avvocatura Generale dell'Inail del 16 gennaio 2007, allegato al verbale di gara del 30 gennaio 2007;

- per quanto occorrer possa e nei limiti dei motivi di ricorso, della nota a firma del Direttore Centrale dell'INAIL del 30 marzo 2007 n. 4052 e della determinazione del Direttore Centrale dell'Inail del 30 aprile 2007 n. 101;

- per quanto occorrer possa e nei limiti dei motivi di ricorso del bando e relativi allegati e della lettera di invito e relativi allegati;

quanto ai motivi aggiunti

--del provvedimento di aggiudicazione definitiva edelle relative comunicazioni

nonché per la caducazione

e/o annullamento e/o declaratoria di nullità

del contratto ove stipulato.

Visto il ricorso con i relativi atti aggiunti;

Visto l'atto di costituzione del giudizio di INAIL - IST. NAZ. ASSICURAZIONE

INFORTUNI SUL LAVORO, della SOC POSTE ITALIANE SPA e della SOC UNICREDIT BANCA SPA.

Visti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Nella pubblica udienza del 09 Luglio 2008, nominato relatore il Cons. UMBERTO REALFONZO ed uditi gli avvocati come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con il gravame introduttivo del presente giudizio il raggruppamento temporaneo di imprese ricorrente ha impugnato il procedimento di aggiudicazione della gara indetta dall'Inail per l'affidamento del servizio di cassa generale dell'Istituto.

Il ricorso è affidato alla denuncia di due articolate rubriche di gravame.

In estrema sintesi l'ATI ricorrente denuncia che:

1.1. la partecipazione ad un raggruppamento orizzontale di Poste taliane S.p.A. sarebbe stata illegittima in quanto, in tal caso, tutti i partecipanti avrebbero dovuto possedere l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria ai sensi degli artt. 13 e 14 del d.lgs. n.385/1993; essendo al riguardo irrilevante l'art. 2 del D.P.R. n.144/2001, che autorizzava il "Bancoposta", perché quest'ultima non sarebbe un'attività bancaria in senso stretto in quanto non consentirebbe l'esercizio del credito;

1.2. la partecipazione di Poste avrebbe alterato la concorrenza in quanto avrebbe indebitamente consentito al raggruppamento Unicredit di sfruttare l'altissimo numero di Uffici Postali;

1.3. l'offerta Unicredit sarebbe stata esorbitante ed avrebbe implicato un onere oscillante tra i 24 ed i 25 milioni di euro per sei anni;

2. l'offerta della aggiudicataria avrebbe in ogni caso dovuto essere esclusa in quanto faceva decorrere il tempo per l'esecuzione dei mandati non dalla data del loro ricevimento presso il tesoriere, ma dalla loro "eseguibilità".

Con un secondo atto di motivi aggiunti si impugna l'aggiudicazione definitiva ed il contratto, in relazione agli stessi motivi di cui sopra.

Con provvedimento Presidenziale n. 2812 del 13 giugno 2007 è stata respinta l'istanza di misura cautelare inaudita *altera parte*.

Si sono costituiti in giudizio l'INAIL, l'Unicredito e le Poste Italiane che con le proprie autonome memorie hanno eccepito l'irricevibilità per tardività del ricorso e comunque, nel merito la sua infondatezza

Con ulteriori autonomi ricorsi incidentali, ma sostanzialmente identici, Unicredit e Poste italiane hanno impugnato l'ammissione dell'ATI ricorrente per violazione dell'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n° 68 e della circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 28 marzo 2003, n° 10; per violazione dei principi in materia di gare ad evidenza pubblica; eccesso di potere per difetto dei presupposti, manifesta irragionevolezza, e sviamento.

Con memoria per la discussione l'ATI ricorrente ha, a sua volta, confutato le argomentazioni dei ricorrenti incidentali, concludendo per il rigetto del controricorso e per l'accoglimento dell'impugnativa principale.

Chiamata all'udienza di discussione la causa, uditi i difensori delle rispettive parti, è passata in decisione.

Il dispositivo della decisione è stato ritualmente pubblicato, ai sensi del sesto comma 23 bis della L.6 dicembre 1971 n. 1034 (come mod. ed int. dalla Legge 21 luglio 2000 n. 205).

DIRITTO

1. Per la sua pregiudizialità devono essere preliminarmente affrontati i ricorsi incidentali di Poste Italiane e dell'Unicredit i quali, peraltro, concernendo un profilo sostanziale identico, possono essere esaminati congiuntamente.

Deve, infatti, ricordarsi che, nei giudizi in tema di appalti, la necessità della valutazione preliminare del ricorso incidentale rispetto a quello principale resta ferma, di norma, quando (come nel caso in esame) la domanda originaria mira ad affermare l'illegittimità della ammissione alla gara dell'aggiudicatario e quindi il suo interesse alla causa (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468).

In tal caso, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale in quanto queste sono pregiudiziali rispetto a quelle sollevate dal ricorrente principale.

In particolare il ricorso incidentale deve sempre essere esaminato per primo quando pone questioni che, riverberandosi sull'esistenza stessa dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale, tende a paralizzare l'azione principale, ponendo questioni di merito, che però producono effetti diretti sull'esistenza di una condizione dell'azione (pur concernendo questa una questione di rito: cfr. Consiglio Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3456).

2. Nel merito del ricorso le ricorrenti incidentali assumono che:

- la capogruppo mandataria del Raggruppamento ricorrente e le relative mandanti -- a differenza di tutte le imprese aderenti al Raggruppamento Unicredit - non avevano prodotto la certificazione tassativamente prevista dall'art. 17 della Legge n° 68/1999 che, impone alle concorrenti nelle gare a evidenza pubblica di presentare la dichiarazione concernente l'osservanza delle norme sul diritto al lavoro dei disabili;
- la difformità in quanto imposta direttamente dalla Legge, sarebbe essenziale ed inderogabile ed avrebbe dovuto condurre all'immediata esclusione del Raggruppamento stesso da parte dell'INAIL;
- l'omessa presentazione della dichiarazione non sarebbe peraltro stata in alcun modo fungibile con altro documento, comunque non sarebbe stata sanabile *ex pos*, per cui avrebbe dovuto condurre all'estromissione della concorrente dalla gara;
- il fatto che la dichiarazione non comparisse fra i documenti richiesti nel bando della gara *de qua* non poteva aver comunque alcun rilievo per l'efficacia diretta della norma.

Anche il temperamento apportato al rigore della norma, introdotto dal D.P.R. n° 445/2000 e dalla Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 28 marzo 2003, n° 10 (che avrebbero ammesso la sostituzione della certificazione con una dichiarazione sostitutiva che attesti l'ottemperanza alle norme della Legge n° 68/1999) non poteva attagliarsi al caso in questione perché il Raggruppamento avversario non aveva presentato alcuna specifica dichiarazione sostitutiva al riguardo.

Di qui l'illegittimità, per quanto di ragione, dei verbali di gara a partire da quello in cui il Raggruppamento avversario, anziché essere escluso, è stato ammesso e di

conseguenza l'inammissibilità, per difetto di interesse, del ricorso introduttivo e dei relativi motivi aggiunti.

L'assunto è fondato.

L'art. 17 della L. 12 marzo 1999 n. 68 (nel testo in vigore al momento dell'effettuazione della gara *de quo*) espressamente dispone 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, nonché apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti dalla quale risulti l'ottemperanza alle norme della presente legge, pena l'esclusione."*

Al riguardo, salvo qualche rara pronuncia a contrario (oltre a quello ricordato dalla ricorrente del TAR Abruzzo n.348/2001 può annotarsi anche: T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 23 novembre 2004, n. 3400; T.A.R. Lazio, sez. II, 26 luglio 2004, n. 7344), la giurisprudenza maggioritaria, ha sempre costantemente rilevato che il disposto imperativo del predetto art. 17, della L. n. 68/1999 impone che, a pena d'esclusione, le imprese partecipanti sono tenute a presentare preventivamente sia la autodichiarazione del legale rappresentante che la *"apposita certificazione"* rilasciata dagli uffici competenti dell'impresa (cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, 17 dicembre 2003, n. 6125).

In tale scia ricostruttiva, l'adempimento imposto dall'art. 17 della L. n. 68/1999, è qualificato dalla giurisprudenza alla stregua di un requisito di partecipazione alla gara, intimamente finalizzato dalla previsione legislativa, non nella garanzia che l'amministrazione stipuli l'appalto aggiudicato con un'impresa in regola con la normativa sul diritto al lavoro dei disabili, ma piuttosto nell'esigenza che il rispetto di siffatta normativa sia comunque assicurato a prescindere dalle pur rilevanti esigenze rivenienti dal principio del buon andamento amministrativo (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555; Consiglio Stato, sez. V, 12 luglio 2004, n. 5053 T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 19 novembre 2004, n. 16916 Consiglio Stato sez. V 19 aprile 2007 n. 1790; Consiglio Stato sez. V 24 gennaio

2007 n. 256 ;T.A.R. Lazio Roma sez. III 19 febbraio 2008 n. 1462; T.A.R. Sardegna Cagliari sez. I 14 febbraio 2008 n. 190; T.A.R. Sicilia Palermo sez. III 04 febbraio 2008 n. 180; Consiglio Stato sez. V 28 dicembre 2007 n. 6704; T.A.R. Basilicata Potenza 26 giugno 2007 n. 476).

A fronte dell'obbligo normativo di produrre due elementi: una dichiarazione ed una certificazione, le imprese del raggruppamento ricorrente non hanno prodotto nulla.

Né, come assume la ricorrente nelle proprie memorie, a tale elemento poteva essere integrato dalla dichiarazione sostitutiva nella quale si autocertificava omnicomprensivamente e genericamente l'ottemperanza nei confronti della materia contributiva, previdenziale e di tutela e sicurezza del lavoro.

Tale dichiarazione infatti, per il suo riferimento all'art. 45 della Dir CE 2004/18, concerne aspetti evidentemente del tutto differenti ed estranei al presente specifico ambito della L. n. 68/1999.

In tali termini il ricorso incidentale è fondato e deve essere accolto.

Per l'effetto deve essere pronunciato l'annullamento dei verbali di gara, a partire da quello della seduta del 6 giugno 2006, ove s'è appunto specificamente decisa l'ammissione del Raggruppamento della BNL ricorrente

2. In conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale e della conseguente esclusione della ricorrente dalla gara, l'ATI BNL ricorrente in via principale perde ogni interesse sostanziale alla decisione del ricorso diretto a contestare il risultato della gara, dalla quale avrebbe dovuto essere esclusa per mancata presentazione della documentazione prescritta a pena di esclusione.

Il ricorso introduttivo ed i relativi motivi aggiunti sono quindi inammissibili, in quanto l'annullamento dell'atto impugnato in via principale non recherebbe alcun vantaggio alla ricorrente principale perché la sua offerta non potrebbe comunque aggiudicarsi la gara (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583).

Le spese, in ragione delle oscillazioni giurisprudenziali in materia, possono purtuttavia essere compensate tra le parti.

PQM

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III Quater,

1. accoglie il ricorso incidentale;
2. dichiara improcedibile il ricorso principale ed i motivi aggiunti.
3. Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 9 Luglio 2008.

IL PRESIDENTE

dr. Mario Di Giuseppe

IL CONSIGLIERE-EST.

dr. Umberto Realfonzo