

## **TAR Lombardia, Sezione Seconda, Sentenza n. 74 del 13 gennaio 2025**

Appalti di forniture – Violazione norme sul lavoro dei disabili – Regolarizzazione dopo la scadenza del termine di presentazione offerte – Inammissibilità

Pubblicato il 13/01/2025

**N. 00074/2025 REG.PROV.COLL.**

**N. 01697/2024 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1697 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il suo studio in (...);

*per l'annullamento*

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- a) della nota Protocollo n. 26421, notificata a mezzo pec il 4 giugno 2024 avente ad oggetto l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara;
  - b) del provvedimento di esclusione e scorrimento graduatoria di estremi sconosciuti;
  - c) della proposta di aggiudicazione della gara alla società (...) s.r.l. e della consequenziale aggiudicazione, se disposta dalla Stazione appaltante;
  - d) per quanto occorrer possa, del Disciplinare di gara - CIG (...), Appalto n. 114 e della documentazione amministrativa di cui all'art. 6 del predetto disciplinare se ed in quanto lesiva degli interessi della ricorrente;
  - e) di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e conseguente, comunque lesivo;
  - f) nonché per l'accertamento del diritto della società ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. e) c.p.a., alla aggiudicazione della procedura di gara anche previa declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato;
  - g) in via subordinata, per il risarcimento del danno;
- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (...) S.P.A. il 11\10\2024:
- h) dell'Avviso di appalto aggiudicato, depositato sulla piattaforma in data 20.09.2024 e del consequenziale provvedimento di aggiudicazione avente data ed estremi sconosciuti;
  - i) del verbale di aggiudicazione del 18.09.2024;
  - l) dell'offerta economica e dello schema di offerta economica predisposti dalla società (...) s.r.l.;
  - m) per quanto occorrer possa, del verbale di gara n. 1 se ed in quanto interpretato dalla amministrazione nel senso di estendere il soccorso istruttorio anche ad atti e documenti che compongono l'offerta tecnica o l'offerta economica;

n) di ogni altro atto e provvedimento presupposto, preordinato, collegato, connesso e conseguente se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, ivi compresi gli atti ed i verbali di gara propedeutici alla aggiudicazione e il provvedimento di esclusione, oggetto di trasmissione a seguito della istanza di accesso, già impugnato con il ricorso principale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.r.l. e dell'(...) S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2024 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La società (...) Spa (di seguito, anche solo “(...)” oppure “(...)”) indiceva una gara d'appalto mediante procedura negoziata per l'affidamento della fornitura di batterie al piombo di durata pari a 18 mesi, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso.

La gara era disciplinata dal vigente D.Lgs. n. 36 del 2023 (codice dei **contratti pubblici** o di seguito anche solo “codice”).

La società (...) Spa presentava domanda di partecipazione e rendeva in data 4.3.2024 le dichiarazioni sulla mancanza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 del codice fra cui, per quel che ivi interessa, quella sul rispetto della legislazione sul lavoro per i soggetti disabili di cui alla legge n. 68 del 1999 (cfr. in particolare, l'art. 94, comma 5, lettera “b” del codice).

L'(...) formulava una proposta di aggiudicazione a favore di (...) ed avviava le verifiche di legge al termine delle quali accertava, a seguito di nota della Regione (...) del 15.4.2024, che a tale ultima data (...) non era in regola con le norme sull'assunzione dei disabili.

Erano quindi chiesti chiarimenti all'operatore, il quale evidenziava che in data 29.4.2024 era stata sottoscritta una convenzione attuativa della legge n. 68 del 1999, ai fini del rispetto di quest'ultima da parte della stessa (...).

(...), rilevando che alla scadenza del termine di presentazione delle offerte (7.3.2024) non era rispettato il requisito sull'osservanza della legge n. 68 del 1999, escludeva (...) dalla gara.

Contro il provvedimento di esclusione ed altri atti connessi era proposto il ricorso principale in epigrafe, con domanda di sospensiva.

Si costituiva in giudizio (...), concludendo per il rigetto del ricorso.

In esito all'udienza in camera di consiglio del 25.7.2024 l'istanza cautelare era rinunciata.

Con successivi motivi aggiunti, con domanda di sospensiva anche monocratica, era impugnata l'avvenuta aggiudicazione dell'appalto alla società (...) Srl.

Quest'ultima si costituiva in giudizio, chiedendo al pari di (...) la reiezione del gravame.

Con decreto del Presidente della Sezione II n. 1183 del 2024 era respinta l'istanza di misure cautelari monocratiche.

All'udienza in camera di consiglio del 5.11.2024 anche la nuova domanda cautelare era rinunciata.

Alla successiva pubblica udienza del 10.12.2024 la causa era discussa e spedita in decisione.

## DIRITTO

1. I due motivi del ricorso principale possono essere trattati congiuntamente, attesa la loro sostanziale omogeneità.

Il provvedimento di esclusione oggetto del gravame (cfr. il doc. 1 della ricorrente) è fondato sulla circostanza che, al momento di presentazione dell'offerta, la società (...) non era in regola con le norme sull'assunzione dei disabili di cui alla legge n. 68 del 1999, nonostante avesse dichiarato il contrario ad (...) all'atto della

trasmissione della propria domanda di partecipazione (cfr. il doc. 5a della ricorrente, pag. 5 di 7, n. 4 ed anche il doc. 4a della ricorrente, pag. 16/23).

L'(...), infatti, a seguito delle verifiche successive alla proposta di aggiudicazione (cfr. il doc. 3 della resistente per la richiesta di verifica), riceveva dalla Regione (...) una nota del 15.4.2024 che evidenziava come (...) non era in regola con le norme sull'assunzione dei disabili alla data del 15.4.2024, quindi oltre la scadenza del termine per la trasmissione della domanda di partecipazione, fissato al 7.3.2024 (cfr. il doc. 4 della resistente per la nota regionale).

Soltanto successivamente a tale ultima scadenza (...) avviva in data 4.4.2024 la procedura di regolarizzazione ed in data 29.4.2024 stipulava con la Regione (...) una convenzione ai sensi dell'art. 11 della legge n. 68 del 1999, con la quale regolarizzava la propria posizione (cfr. i documenti n. 4 n. 5 della resistente).

Risulta quindi provato *per tabulas* che (...) avviava e concludeva il procedimento di regolarizzazione ai sensi della legge n. 68 del 1999 dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte (si ripete, termine scadente il 7.3.2024, cfr. il doc. 17 della ricorrente).

1.1 Ciò premesso, la società esponente rileva di avere avviato e concluso, ancorché nel corso della procedura di gara, un'attività di "*self-cleaning*" attraverso la quale avrebbe provato la propria affidabilità professionale, il che dimostrerebbe l'illegittimità dell'esclusione, che fra l'altro sarebbe stata adottata in violazione delle norme sulla partecipazione e sul contraddittorio procedimentale.

La tesi di parte attrice, pur suggestiva e caratterizzata dal richiamo di numerose pronunce giurisdizionali (certamente di per sé condivisibili ma riferite a fattispecie differenti a quella di cui è causa), non convince il Collegio.

Il D.Lgs. n. 36 del 2023, come noto, ha introdotto una disciplina dei requisiti di partecipazione di ordine generale – e delle connesse cause di esclusione – più articolata rispetto a quella precedente, vale a dire quella dell'art. 80 dell'abrogato D.Lgs. n. 50 del 2016.

In particolare, l'art. 94 del codice disciplina le cause di esclusione automatica (vale a dire senza alcuna valutazione discrezionale dell'appaltante), mentre l'art. 95 concerne le cause di esclusione non automatica, che presuppongono invece una specifica valutazione del caso concreto da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice.

L'inosservanza degli obblighi di cui alla legge n. 68 del 1999 sul lavoro dei disabili è causa di esclusione automatica, stante la previsione dell'art. 94, comma 5, lettera "b" del codice (tale norma ricalca sostanzialmente quella dell'abrogato art. 80 comma 5 lettera "i" del D.Lgs. n. 50 del 2016).

Al contrario, il "grave illecito professionale" a cui si riferisce la ricorrente nelle proprie difese è contemplato dall'art. 95 comma 1 lettera e) del codice quale causa di esclusione non automatica.

I "gravi illeciti professionali" sono poi indicati «*in modo tassativo*» dal successivo art. 98 del codice (così il comma 1 lettera "e", secondo periodo dell'art. 95 succitato).

L'art. 98 comma 3 elenca gli elementi da cui desumere un illecito professionale grave ma fra questi non è indicata l'ipotesi dell'inosservanza della legge n. 68 del 1999, che del resto dà luogo ad una esclusione automatica, senza alcuna valutazione discrezionale da parte dell'appaltante (si veda sul punto la sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sezione II, n. 2063 del 2024).

Quanto alle c.d. misure di *self-cleaning*, le stesse sono indicate dall'art. 96 comma 6 del codice e costituiscono attività successive a condotte in ogni modo illecite o costituenti addirittura reato (risarcimento dei danni da illecito, collaborazione attiva con le autorità investigative e adozione di provvedimenti tecnici e organizzativi per prevenire ulteriori reati o illeciti).

Nulla a che vedere, quindi, con la violazione della legge n. 68 del 1999, per la quale il codice impone semplicemente la piena regolarità al momento di presentazione dell'offerta.

L'esponente richiama a suo favore il "considerando" n. 102 della direttiva

dell'Unione Europea n. 2014/24 ma tale disposizione si riferisce espressamente a reati, violazioni e comportamenti scorretti ed individua le misure da adottare da parte dell'operatore in attività quali la rottura dei rapporti con persone coinvolte nel comportamento scorretto, la riorganizzazione del personale, l'attuazione di sistemi di controllo e rendicontazione e la creazione di una struttura di audit interno, fermo restando in ogni caso la facoltà degli Stati membri di «...*determinare le esatte condizioni sostanziali e procedurali applicabili in tali casi*».

Si tratta, a ben vedere, di situazioni differenti da quella dell'osservanza di specifici obblighi di legge, quali quelli risultanti dalla legge n. 68 del 1999.

A ciò si aggiunga che la rilevanza delle misure di *self-cleaning* presuppone in ogni modo un comportamento per così dire leale da parte dell'operatore partecipante, che ha l'onere sia di dichiarare all'appaltante l'esistenza delle cause di esclusione verificatesi prima della trasmissione dell'offerta sia di provare di avere adottato le misure oppure di essere nell'impossibilità di adottare le misure medesime (così dalla lettura dell'art. 96 comma 3 del codice).

Nel caso di specie, come già sopra evidenziato, (...) ha reso una dichiarazione non veritiera, attestando in data 4.3.2024 la regolarità ai sensi della legge n. 68 del 1999, mentre la regolarizzazione è avvenuta soltanto il 29.4.2024, ben oltre la scadenza del termine di partecipazione (si vedano il doc. 5 della ricorrente ed il doc. 2 della resistente).

L'esponente non può neppure lamentare la violazione delle garanzie di partecipazione al procedimento, posto che (...) ha avviato le verifiche di legge ed ha intrattenuto una fitta corrispondenza con (...), la quale ha avuto modo di produrre la documentazione di suo interesse, dalla quale però l'appaltante ha rilevato l'avvenuta regolarizzazione successiva alla trasmissione dell'offerta e la conseguente non veridicità della dichiarazione di partecipazione (cfr. per lo scambio di corrispondenza attraverso posta elettronica, il doc. 7 della resistente).

Preme al Collegio evidenziare altresì che l'accoglimento della pretesa di (...)

porterebbe alla violazione non soltanto della disciplina codicistica sulle cause di esclusione ma finirebbe per ledere un importante principio posto a presidio delle gare pubbliche, vale a dire quello della parità di condizioni (“*par condicio*”) dei partecipanti alla gara, desumibile dall’art. 3 del codice (“Principio dell’accesso al mercato”), dove si richiamano, fra gli altri, i principi di imparzialità e di non discriminazione.

Questi ultimi sarebbero lesi se si consentisse la partecipazione di un soggetto che ha reso una dichiarazione oggettivamente non veritiera sugli obblighi di cui alla legge n. 68 del 1999, salvo avviare e concludere una regolarizzazione successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, allorché il requisito essenziale di partecipazione non era posseduto.

Appaiono quindi corretti i riferimenti giurisprudenziali contenuti nel provvedimento impugnato (si veda ancora il doc. 1 della ricorrente), fra cui quello alla sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 860 del 2021, secondo cui: «8.5. -Né, contrariamente a quanto asseriscono le appellanti, può ritenersi idonea all’adempimento degli obblighi in materia la mera presentazione dell’istanza con la quale Roger Group ha chiesto di stipulare la convenzione ai sensi dell’art. 11 della legge n. 68 del 1999; e ciò non solo perché detta istanza risulta presentata non alla Città Metropolitana ma alla AFOL Metropolitana (azienda speciale consortile partecipata dalla Città Metropolitana di Milano e da numerosi Comuni della Lombardia, che, tuttavia, non è competente alla stipula delle convenzioni ex art. 11 cit.), ma per la ragione dirimente che detta convenzione non risulta sia stata stipulata prima della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara per cui è controversia (mentre, come si è già veduto, l’art. 7, comma 1, della legge n. 68 del 1999, prevede che gli obblighi in materia di assunzione di lavoratori disabili possono ritenersi assolti dai datori di lavoro privati se questi stipulano la convenzione di cui all’art. 11 della medesima legge). In particolare, detta convenzione è stata sottoscritta in data 27 maggio 2019, dopo lo svolgimento della gara»; oltre a quello alla sentenza del TAR Umbria, Sezione I, n. 380 del 2023. In conclusione, la stazione appaltante ha dato corretta applicazione alla disciplina

del codice, né si ravvisa nella sua condotta alcun difetto di istruttoria e di motivazione.

Il ricorso principale deve pertanto interamente rigettarsi.

2. Il ricorso per motivi aggiunti è rivolto contro il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto alla società (...) Srl (cfr. il doc. 15 della ricorrente).

2.1 Nel primo motivo aggiunto (...) sostiene che l'(...), prima di procedere all'esclusione della stessa (...) ed all'aggiudicazione a (...), avrebbe dovuto annullare in autotutela la proposta originaria di aggiudicazione.

La doglianza appare manifestamente infondata.

L'art. 17 del codice prevede che la stazione appaltante predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta e che è verificato in seguito il possesso dei requisiti in capo all'offerente; soltanto in caso di verifica positiva è disposta l'aggiudicazione, che è subito efficace (così il comma 5 dell'art. 17).

La proposta di aggiudicazione non è l'atto conclusivo del procedimento ma costituisce un atto endoprocedimentale, giacché soltanto in esito alla verifica del possesso dei requisiti può essere disposta l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace anche se non equivale ad accettazione dell'offerta (in tal senso il comma 6 del citato art. 17).

Ne consegue che, in caso di insussistenza dei requisiti di legge, l'Amministrazione non è tenuta ad alcuna attività di autotutela, giacché la proposta di aggiudicazione è semplicemente ritirata ed il procedimento amministrativo di gara non si conclude con l'aggiudicazione ma con un altro e diverso atto, ad esempio l'esclusione della gara per difetto di un requisito essenziale, come nel caso di specie.

Insomma, l'attività dell'Amministrazione nei confronti della proposta di aggiudicazione non è qualificabile come una rituale attività amministrativa di autotutela (che è attività amministrativa di secondo grado), bensì come un atto di mero ritiro.

Ne consegue il rigetto del primo motivo aggiunto.

2.2 Nel secondo dei motivi aggiunti (...) sostiene che l'offerta economica di (...) sarebbe stata sottoscritta tardivamente il 19.3.2024, a fronte della scadenza del termine di trasmissione delle offerte il precedente 7.3.2024.

Anche tale censura è priva di fondamento.

L'offerta dell'aggiudicataria è stata sottoscritta il 5.3.2024, come risulta dai documenti versati in giudizio da (...) (cfr. i documenti n. 8 e n. 9 della resistente).

La data del 19.3.2024 è quella di apertura delle offerte economiche, il tutto nell'ambito della procedura di gara telematica indetta da (...) (cfr. il disciplinare di gara, doc. 3 della ricorrente).

Si conferma, quindi, il rigetto della doglianza.

2.3 Nei motivi aggiunti sono altresì riproposte, per illegittimità derivata, le censure contenute nel ricorso di primo grado.

Anche tali doglianze devono rigettarsi, attesa la complessiva infondatezza del ricorso principale come sopra indicato.

2.4 In conclusione, l'intero gravame in epigrafe deve respingersi in ogni sua domanda.

3. La complessità e la novità delle questioni dedotte inducono il Tribunale a compensare interamente fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge in ogni loro domanda.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Luigi Rossetti, Referendario

**L'ESTENSORE**

**Giovanni Zucchini**

**IL PRESIDENTE**

**Maria Ada Russo**

**IL SEGRETARIO**