

TAR Emilia Romagna, Sezione Seconda, Sentenza n. 510 del 12 luglio 2024

Appalti di servizi – Avvalimento operativo – Condizionato al pagamento del corrispettivo dall'ausiliata – Nullità contratto

Publicato il 12/07/2024

N. 00510/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00222/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 222 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) S.r.l., (...) S.p.A., (...) Soc. Coop., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), la prima in proprio e quale mandataria del RTI con le altre due, la seconda e la terza in proprio e quali mandanti del medesimo RTI, tutte e tre rappresentate e difese dagli avv.ti (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del primo, in (...);

contro

Regione (...), non costituita in giudizio;

Azienda Usl (...), non costituita in giudizio;

Azienda Usl (...), non costituita in giudizio;

(...), in persona del Direttore generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv.

(...), 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'avv. (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento, previa concessione di misure cautelari,

- della Determina n. 94 dell' 8 febbraio 2024, trasmessa al RTI esponente il 9 febbraio 2024, con cui (...) ha annullato in autotutela la Determina n. 669 del 25 settembre 2023, nella parte in cui aggiudicava al RTI esponente il Lotto 1 della gara per "l'affidamento del servizio di pulizia, disinfezione ambientale ed altri servizi per le Aziende Usl (...) e (...) a ridotto impatto ambientale";

- del verbale di valutazione della congruità dell'offerta del RTI esponente;

- degli ulteriori verbali di gara;

- del provvedimento di aggiudicazione del lotto n. 1 a (...) S.r.l., adottato con la delibera sopra citata (determina n. 94 dell'8.02.2024), e del provvedimento, di estremi e contenuto sconosciuti, con cui sia stata disposta l'integrazione dell'efficacia dell'aggiudicazione in favore della controinteressata;

- ove occorrer possa, dell'articolo 23 del disciplinare di gara, ove interpretato nel senso di attribuire alla stazione appaltante una mera facoltà, e non un obbligo, di eseguire una verifica di anomalia effettiva e approfondita, mediante contraddittorio sia scritto che orale, anche qualora si tratti di verificare se l'offerente ha ricevuto aiuti di Stato;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali a quelli oggetto di impugnazione;

nonché

per il risarcimento del danno in forma specifica mediante subentro, previa declaratoria d'inefficacia del contratto qualora sottoscritto o, in via subordinata, per equivalente.

Per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti depositato dalle ricorrenti principali in data 9 aprile 2024:

per l'annullamento:

oltre che degli atti già impugnati con il ricorso principale, anche della nota del 19 marzo 2024 (diniego sull'istanza di annullamento in autotutela), con cui (...), per mezzo del proprio difensore, ha comunicato al RTI esponente il diniego relativo all'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione dalla "procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia, disinfezione ambientale e altri servizi per le aziende USL di (...) e (...) a ridotto impatto ambientale 2" e di riapertura della fase di verifica di congruità della propria offerta, formulata dal RTI (...) con lettera trasmessa in data 6 marzo 2024;

nonché

per il risarcimento del danno in forma specifica mediante il subentro, previa declaratoria d'inefficacia del contratto qualora sottoscritto o, in via subordinata, per equivalente.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale depositato da (...) S.r.l. in data 10 aprile 2024:

per l'annullamento, in parte qua, e nei limiti dell'interesse processuale della ricorrente incidentale,

- della determina dirigenziale n. 94 di data 8.02.2024, comunicata e trasmessa in data 9.02.2024, recante "annullamento in autotutela della determinazione dirigenziale n. 669 del 25/09/2023 e aggiudicazione al secondo in graduatoria Lotto 1_Procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia, disinfezione ambientale e altri servizi per le Aziende Uls di (...) e (...) a ridotto impatto ambientale", nonché del presupposto verbale di data 31.01.2024, recante l' "esito della riapertura subprocedimento di anomalia dell'offerta a seguito di richiesta di ulteriori chiarimenti", laddove non hanno rinvenuto ulteriori profili di inammissibilità dell'offerta del RTI (...) relativamente al lotto n. 1;

- di tutti i verbali di gara, nessuno escluso, ed in particolare del verbale di seduta riservata di data 24.03.2022 di verifica della regolarità documentale e ammissione del RTI (...), dei verbali delle sedute riservate della commissione giudicatrice, del verbale di seduta pubblica di data 10.08.2023 di formazione della graduatoria provvisoria, nonché della determina dirigenziale n. 194 di data 15.04.2022 di ammissione alla gara di tutti i concorrenti, laddove hanno ritenuto ammissibile l'offerta del RTI (...);

- per quanto occorresse, della determina dirigenziale n. 669 di data 25.09.2023, della relazione del RUP di data 19.09.2023 di ritenuta congruità dell'offerta del RTI (...), delle richieste di chiarimenti di data 5.09.2023, 8.09.2023 e 28.11.2023, della comunicazione di data 16.11.2023, di tutti gli atti integranti la lex specialis di gara nonché dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante in risposta a quesiti, dei provvedimenti impugnati in via principale e di ogni ulteriore provvedimento connesso, presupposto o conseguente, laddove non hanno ravvisato l'inammissibilità dell'offerta presentata dal RTI (...) relativamente al lotto n. 1 e non hanno conseguentemente escluso lo stesso raggruppamento dalla procedura concorsuale.

Per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti depositato dalle ricorrenti principali in data 10 maggio 2024:

per l'annullamento, in parte qua, e nei limiti dell'interesse delle ricorrenti principali, del disciplinare di gara (art. 8.2., lett. d) e 8.4.) e dei chiarimenti (quesito PG.2022.4557, risposta PG.2022.7655).

Visti il ricorso principale, i ricorsi per motivi aggiunti al ricorso principale e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.r.l. e di (...);

Visto il ricorso incidentale proposto da (...) S.r.l. e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2024 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue. e processuale della ricorrente incidentale,

FATTO

1.1. (...), quale centrale di committenza della Regione (...), ha bandito la procedura aperta per l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dell'appalto del servizio di pulizia, disinfezione ambientale ed altri servizi per la USL di (...) (lotto 1) e la USL di (...) (lotto 2).

La legge di gara prevede la stipula di Convenzione quadro ai sensi dell'articolo 21 L.R. Emilia Romagna n. 11/2004 della durata di 12 mesi con l'aggiudicatario di ciascun lotto, in esecuzione della quale le singole Aziende sanitarie possono emettere ordinativi di fornitura di durata pari a 60 mesi fino all'importo massimo spendibile.

Oggetto del presente giudizio è l'aggiudicazione del lotto 1, del valore, a base d'asta, di €uro 92.186.025,00.

1.2.1. Con determina dirigenziale n. 669/2023, assunta all'esito del confronto competitivo fra le offerte pervenute, l'appalto è stato aggiudicato al RTI composto dalla società (...) S.r.l., quale mandante, e dalle società (...) S.p.A. e (...) cooperativa sociale, quali mandatarie (nel prosieguo, solo RTI (...)).

1.2.2. Sennonché, in considerazione del fatto che nei vari ricorsi promossi da altri concorrenti avverso l'aggiudicazione dell'appalto al RTI (...) erano state formulate articolate contestazioni sulla congruità dell'offerta del primo classificato, specie con riguardo al costo della manodopera, (...) ha deciso di riattivare il procedimento per un supplemento di istruttoria.

In particolare, all'aggiudicatario è stato chiesto:

- di chiarire la discrepanza tra il costo della manodopera riportato nell'offerta

economica (€uro 77.195.762,98) e quello risultante nella Relazione sul costo della manodopera e nei giustificativi dell'offerta (€uro 76.855.642,30);

- di chiarire le modalità di calcolo dei costi orari di tutti i livelli contrattuali del CCNL Multiservizi del personale impiegati nell'appalto, anche in considerazione del fatto che prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte il predetto CCNL è stato rinnovato prevedendo incrementi dei minimi salariali;

- di chiarire, con riferimento al costo indicato per gli addetti di 2° livello di nuova assunzione, come si è arrivati alla stima di €uro 12,19 all'ora;

- di chiarire, in considerazione del fatto che il CCNL che si intende applicare a tutti i lavoratori impiegati nella commessa è quello Multiservizi, come verranno inquadrati i 13 addetti riassorbiti, il cui attuale rapporto di lavoro è regolato dal CCNL delle Cooperative sociali.

1.2.3. Le giustificazioni fornite dal RTI (...) non sono state ritenute soddisfacenti da (...), che con determina n. 94 dell' 8.02.2024 ha annullato in autotutela la determina dirigenziale n. 669/2023, ha escluso il RTI (...) dalla gara e ha aggiudicato l'appalto alla società (...) S.r.l., che si era classificata seconda.

Nello specifico la stazione appaltante ha ritenuto anomala l'offerta del RTI concorrente perché il costo della manodopera è stato sottostimato. Infatti:

- è stato calcolato un numero di ore lavorate maggiore di quello indicato dalle tabelle ministeriali, mentre se si utilizza il dato delle tabelle ministeriali risulta un maggior costo di circa €uro 180.000,00 in cinque anni, superiore all'utile dichiarato in offerta;

- il numero di ore supplementari previsto nel quinquennio per il personale "under 36" di 2° livello corrisponde all'incirca all'80% del relativo monte ore contrattuale, una percentuale troppo elevata, laddove quella corretta non può superare il 20%, il che genera un maggior costo nel quinquennio di almeno €uro 135.000,00;

- la misura di decontribuzione cui ha fatto riferimento il RTI concorrente nel calcolare il costo della manodopera si è esaurita al 31.12.2023 e dunque non può

essere applicata all'appalto, con l'effetto di aumentare i costi nel quinquennio di Euro 440.000,00;

- l'ipotesi formulata dal concorrente di assumere giovani disabili al 67% per beneficiare del contributo regionale (quantificabile in circa Euro 260.000,00) di cui all'articolo 16 della L.R. Emilia Romagna n. 12/2014 non è realistica in quanto (i) è ancorata a fattori esogeni (assunzione di soggetti disabili che cessino di essere soci lavoratori o lavoratori di una cooperativa sociale, anche per il venir meno della condizione di svantaggio), (ii) il contributo è del 30% per 24 mesi e non del 35% per 36 mesi, (iii) si tratta di un contributo non certo sia nel *quantum* (la norma dice fino al 30%), sia nell'*an* (dipendendo dagli stanziamenti decisi anno per anno e dal numero di richieste pervenute, e sino a quel momento non risultavano essere stati erogati contributi per tale fattispecie);

- la sostenibilità dell'offerta si basa sull'accesso agli incentivi di cui alla L.R. Emilia Romagna n. 12/2014 quantificati in circa Euro 3.000.000 di rimborsi in 5 anni, ma si tratta anche in questo caso di un'ipotesi poco realistica, perché: (i) è pure essa ancorata a fattori esogeni (assunzione di soggetti disabili che cessino di essere soci lavoratori o lavoratori di una cooperativa sociale, anche per il venir meno della condizione di svantaggio), (ii) i livelli di disabilità previsti dalla norma rendono infatti sostanzialmente impossibile il loro impiego nei servizi di pulizia e, in ogni caso, i livelli di produttività sarebbero molto ridotti e non uguali a quelli degli altri lavoratori, (iii) il contributo è del 30% per 24 mesi e non del 35% per 36 mesi, (iv) la possibilità di rimborsi è fino al 70% per i primi due anni, più altri due in caso di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato e non per 5 anni, (v) si tratta di contributi non certi sia nel *quantum* (la norma dice fino al 30% e fino al 70%), sia nell'*an* (dipendendo dagli stanziamenti decisi anno per anno e dal numero di richieste pervenute e sino a quel momento non risultavano contributi erogati in base alla citata legge), (vi) si tratta di aiuti di Stato e, pertanto, il valore considerato dal concorrente potrebbe non essere compatibile con la normativa

comunitaria anche considerato che le imprese del RTI potrebbero, nel corso di durata del contratto, beneficiare di ulteriori aiuti.

2.1. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la società (...) S.r.l. in proprio e quale capogruppo del RTI (...), la società (...) S.p.A. e la società (...) soc. coop. entrambe in proprio e quali mandante del predetto raggruppamento hanno impugnato la determina di (...) n. 94/2024, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, oltre al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente monetario.

2.2. Con successivo ricorso per motivi aggiunti le società ricorrenti hanno poi impugnato, oltre agli atti già oggetto del ricorso principale, anche la nota di data 19.03.2024, da esse qualificata come diniego da parte della stazione appaltante della loro istanza di autotutela, chiedendone parimenti l'annullamento.

3.1. Si è costituita in giudizio (...) per resistere a entrambe le impugnative avversarie e chiederne la reiezione siccome infondate.

3.2. Non si sono, invece, costituite in giudizio la Regione (...) e le Aziende USL di (...) e di (...), che pure erano state evocate.

4.1. Si è, invece, costituita in giudizio la società (...) S.r.l., pure essa per opporsi al ricorso principale e al ricorso per motivi aggiunti promossi dalle società costituenti il RTI (...), concludendo per il loro rigetto.

4.2. La società (...) S.r.l. ha anche presentato ricorso incidentale, contestando la legittimità della determina di (...) n. 94/2024 e degli atti presupposti, nella parte in cui non hanno rilevato ulteriori motivi di esclusione dalla gara del RTI (...).

In particolare, la ricorrente incidentale sostiene:

- che il RTI controinteressato incidentale è nel suo complesso privo di uno dei requisiti di partecipazione fissati dalla legge di gara (primo motivo);
- che l'offerta del RTI controinteressato incidentale è incompleta, in quanto il file contenente la relazione tecnica è stato firmato digitalmente solamente delle imprese mandanti e non anche dalla capogruppo (secondo motivo);

- che vi sono altri profili di incongruità dell'offerta del RTI controinteressato incidentale, diversi da quelli presi in considerazione dalla stazione appaltante (terzo motivo).

5. Per opporsi al ricorso incidentale le società costituenti il RTI (...) hanno proposto un secondo ricorso per motivi aggiunti, impugnando la legge di gara e i chiarimenti resi dalla stazione appaltanti, ove intesi nel senso che il requisito di qualificazione dell'aver eseguito nei precedenti tre anni di servizi analoghi, di cui almeno due nel settore delle pulizie sanitarie, presso strutture pubbliche e private con aree ad altissimo e ad alto rischio oltre ad aree a medio rischio, debba essere posseduto anche dalle mandanti e non solo dalla mandataria.

6. (...) e (...) S.r.l. si sono opposte al secondo ricorso per motivi aggiunti presentato dal RTI (...), sia in rito, eccependone entrambe la tardività e la sola controinteressata principale anche l'inammissibilità per acquiescenza, sia nel merito.

7.1. La domanda cautelare contenuta nel ricorso principale è stata respinta da questo Tribunale per difetto del requisito normativo del *periculum in mora*.

7.2. Nella memoria depositata in data 7.06.2024 (...) S.r.l. ha rinunciato al secondo motivo di impugnazione del ricorso incidentale.

7.3. Dopo l'ulteriore scambio di scritti difensivi tra le parti, la causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 20 giugno 2024 e al termine trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Oggetto del presente giudizio è la procedura aperta telematica bandita da (...) per l'affidamento mediante Convenzione quadro del servizio di pulizia, disinfezione ambientale ed altri servizi per la USL di (...).

Come esposto in narrativa, questo Giudice è chiamato a pronunciarsi sulla sostenibilità economica dell'offerta del RTI (...), inizialmente aggiudicatario dell'appalto ma poi escluso dalla gara per anomalia, questione sottoposta a critiche

specularmente opposte nel ricorso principale, nel primo ricorso per motivi aggiunti e in parte nel ricorso incidentale, e sul possesso da parte del RTI (...) dei requisiti di partecipazione alla gara, questione affrontata in parte nel ricorso incidentale e nel secondo ricorso per motivi aggiunti al ricorso principale.

Ora, avuto riguardo alla collocazione logico-temporale dei segmenti procedimentali censurati, il Collegio ritiene di principiare dalla verifica della sussistenza in capo al RTI (...) dei requisiti di partecipazione alla gara e quindi dall'esame del ricorso incidentale e del secondo ricorso per motivi aggiunti al ricorso principale.

2.1.1. Il primo motivo di gravame del ricorso incidentale, proposto dalla seconda classificata (...) S.r.l., è intitolato “*Violazione di legge. Mancata e/o erronea applicazione della lex specialis di gara nonché dell’art. 89 del D.lgs n. 50/2016. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, illogicità ed ingiustizia manifeste*”.

Secondo l'esponente il RTI (...) non avrebbe soddisfatto il requisito di capacità tecnica e professionale fissato dal disciplinare di gara, al paragrafo 8.2, lettera d), ovvero sia l'avvenuta esecuzione nei precedenti tre anni di servizi analoghi, di cui almeno due nel settore delle pulizie sanitarie, presso strutture pubbliche e private con aree ad altissimo e ad alto rischio oltre ad aree e medio rischio.

2.1.2. Fa presente la ricorrente incidentale che nel caso di RTI orizzontale (quale è il RTI (...)) il requisito deve essere posseduto nel complesso dai componenti del RTI e in misura maggioritaria dalla mandataria.

Le mandanti del RTI controinteressato si sono qualificate attraverso lo strumento dell'avvalimento, facendosi prestare il requisito, di cui erano prive, dalla mandataria.

2.1.3. Sennonché, a dire della deducente, i contratti di avvalimento allegati all'offerta non sarebbero idonei allo scopo per un duplice ordine di ragioni.

Anzitutto, tali contratti sono sottoposti alla condizione sospensiva dell'avvenuto

pagamento da parte dell'impresa ausiliata del costo delle risorse materiali e tecniche messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Ulteriormente, detti contratti, da un lato, mettono a disposizione mezzi e macchinari diversi da individuati in offerta (e dei quali unicamente può pertanto dirsi certo l'impiego), dall'altro lato, mettono a disposizione di entrambe le mandanti delle medesime risorse umane e materiali, come tali dalle stesse non utilizzabili contestualmente per l'esecuzione delle quote di servizio di rispettiva competenza.

2.2.1. Hanno replicato le società costituenti il RTI (...)

- che i contratti di avvalimento spesi in gara erano ultronei, perché la mandataria era in possesso del requisito necessario per qualificare l'intero raggruppamento;
- che i contratti di avvalimento comunque non sono affatto condizionati, regolando la clausola di cui si discute esclusivamente i rapporti interni;
- che dei macchinari sono stati indicati solamente i modelli, intendendosi che la mandataria metterà a disposizione delle mandanti non lo stesso macchinario, ma lo stesso modello di macchinario, e che si tratta di macchinari ulteriori rispetto a quelli indicati in offerta;
- che il personale prestatato svolge funzioni direttive, come tale segue contemporaneamente più appalti e a maggior ragione può essere messo a disposizione allo stesso tempo di più imprese ausiliate.

2.2.2. Le controinteressate incidentali con il secondo ricorso per motivi aggiunti al ricorso principale hanno poi impugnato in parte qua la legge di gara e i relativi chiarimenti resi dalla stazione appaltante, ove interpretati nel senso che il requisito di partecipazione in questione deve essere posseduto da tutti i componenti il RTI.

In tale ipotesi, gli atti impugnati sarebbero viziati da “*Violazione e falsa applicazione degli artt. 48 e 83 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione dell’art. 72, D.lgs. n. 50/2016. Violazione dei principi di concorrenza, massima partecipazione, proporzionalità e ragionevolezza. Violazione dei principi di trasparenza e pubblicità. Violazione degli artt. 77 e ss. D.lgs. n.*”

50/2016. *Eccesso di potere per illogicità manifesta*”, contrastando con i principi di tassatività delle clausole di esclusione, di massima partecipazione alla gara e di proporzionalità.

3.1. Può prescindersi per ragioni di economia processuale dalla disamina delle eccezioni di tardività e di inammissibilità per acquiescenza, sollevate da (...) e da (...) S.r.l. nei confronti del secondo ricorso per motivi aggiunti al ricorso principale, stante la sua infondatezza nel merito.

3.2. Il criterio di interpretazione letterale, il criterio sistematico e il criterio teleologico conducono tutti alla conclusione che la legge di gara imponeva che in caso di RTI orizzontale il requisito di qualificazione in esame fosse posseduto da tutte le imprese costituenti il RTI medesimo, ivi comprese le mandanti.

La clausola del disciplinare parla di requisito posseduto in misura “maggioritaria” dalla mandataria del RTI: “maggioritaria” ha un significato diverso da “esclusiva”, i due concetti non sono sovrapponibili. Dunque, il requisito non può essere interamente posseduto dalla sola impresa mandataria.

Quando la *lex specialis* ha consentito che il requisito di partecipazione fosse posseduto dalla sola mandataria lo ha esplicitato: così, a esempio, nel caso delle certificazioni di qualità (articolo 8.2, lettere e) e f) del disciplinare di gara).

Il requisito in questione garantisce la stazione appaltante che l'impresa che eseguirà la prestazione sia in grado di adempiere pienamente e correttamente agli obblighi su di essa gravanti, avendo in un recente passato correttamente e pienamente adempiuti a contratti analoghi. Ora, poiché nel RTI orizzontale l'esecuzione della prestazione compete anche alle mandanti, è indubbio che anche le mandanti, sia pure in misura minoritaria debbano possedere il requisito.

3.3. In linea generale, le stazioni appaltanti possono stabilire dei requisiti speciali di partecipazione, purché siano coerenti con l'oggetto dell'appalto messo a gara e non siano irragionevolmente restrittivi della concorrenza (cfr., *ex multis*, C.d.S., Sez. IV, sentenza n. 5992/2023). Il mancato possesso del requisito speciale di

partecipazione non integra una causa non prevista di esclusione dalla gara, rientrando anzi nell'ambito della discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione.

La coerenza del requisito di cui qui si discute con l'oggetto dell'appalto non è messa in discussione nel secondo ricorso per motivi aggiunti al ricorso principale.

E, a ben guardare, nemmeno la proporzionalità dello stesso nel suo complesso.

Quel che secondo le ricorrenti principali è sproporzionato e irragionevolmente limitativo della partecipazione alla gara è il pretendere che il requisito sia posseduto da tutte le imprese che compongono il RTI orizzontale, ivi comprese le mandanti.

Senonché, così non è.

La legge di gara consente che il requisito sia soddisfatto dal RTI globalmente, non impone cioè che ciascun componente del RTI possieda il requisito per intero. Non impone nemmeno che il requisito sia soddisfatto in una determinata misura minima da parte delle partecipanti al RTI, salvo – logicamente – che la mandataria lo soddisfi in misura maggioritaria. Ancora la legge di gara non vieta di conseguire in altro modo il requisito, segnatamente attraverso l'avvalimento.

3.4. In conclusione, la clausola del disciplinare di gara in esame non è irragionevole, né arbitrariamente restrittiva della concorrenza: come tale essa si sottrae al sindacato caducatorio del Giudice amministrativo.

Il secondo ricorso per motivi aggiunti è pertanto infondato e pertanto viene respinto.

3.5. È di contro fondato il primo motivo di impugnazione contenuto nel ricorso incidentale proposto da (...) S.r.l.

Le mandanti del RTI (...), che – per quanto visto in precedenza – dovevano pure esse possedere, sia pure in misura minoritaria, il requisito di qualificazione dall'aver già svolto servizi analoghi, hanno infatti presentato un contratto di avvalimento non idoneo allo scopo, con la conseguenza di non risultare qualificate.

Infatti, sia il contratto di avvalimento tra (...) S.r.l. e (...) S.p.A., sia il contratto di avvalimento tra (...) S.r.l. e (...) soc. coop. subordinano le obbligazioni assunte

dalla ausiliaria (...) S.r.l. alla condizione che «l'Impresa Avvalente, ove mai dovesse richiedere all'Impresa Ausiliaria, anche per effetto di richieste dell'Amministrazione aggiudicatrice, di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'Appalto dovrà preventivamente erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell'Impresa Ausiliaria».

3.6.1. Sul punto va dato atto che esiste un contrasto giurisprudenziale, ben ricostruito nella sentenza n. 326/2023 del T.A.R. Sardegna, Sez. II, a cui si rinvia per ragioni di sinteticità.

3.6.2. Il Collegio ritiene tuttavia condivisibile l'orientamento giurisprudenziale per il quale il contratto di avvalimento cd. operativo non può essere subordinato alla condizione sospensiva del previo pagamento da parte dell'impresa ausiliata all'impresa ausiliaria del corrispettivo pattuito per la messa a disposizione del requisito prestato.

Lo strumento dell'avvalimento consente di allargare la platea dei possibili partecipanti alla gara, garantendo al contempo l'interesse pubblico della Amministrazione appaltante a che il contraente privato, individuato all'esito della gara, sia in grado di compiutamente e correttamente adempiere al contratto di appalto.

Per questo il contratto di avvalimento non deve essere una scatola vuota (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 755/2019).

In particolare, quando l'impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto, quelle cioè che integrano i requisiti di capacità tecnica e professionale, l'interesse pubblico è che quelle risorse vengano effettivamente impiegate nella commessa affinché l'appalto sia correttamente adempiuto (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 8126/2023).

Ne consegue che la messa a disposizione di quelle risorse non può essere subordinata a un evento futuro e incerto (i.e. a una condizione, come del resto

viene qualificata la clausola dagli stessi contratti di avvalimento qui in esame), quale per l'appunto il pagamento da parte dell'impresa ausiliata del corrispettivo (cfr., T.A.R. Toscana, Sez. I, sentenza n. 1485/2022; C.d.S., Sez. V, sentenza n. 373/2021).

L'interesse pubblico rischierebbe, infatti, di essere di venire compromesso, in quanto in caso di mancato pagamento da parte dell'impresa ausiliata del corrispettivo dell'avvalimento, l'appalto sarebbe eseguito da un soggetto non qualificato con risorse umane e strumentali non più messa a disposizione dall'impresa ausiliaria.

3.6.3. Non convince invero la tesi che quella in esame sia una mera clausola interna, valevole nei rapporti tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata e volta a garantire l'ausiliaria dal rischio dell'inadempimento dell'ausiliata.

Innanzitutto, come visto in precedenza, il contratto di avvalimento soddisfa anche l'interesse della stazione appaltante: diversamente, non vi sarebbe ragione per cui il contratto di avvalimento debba essere allegato all'offerta. È allegato all'offerta perché la stazione appaltante verifichi che non contenga clausole per sé lesive.

E la clausola in esame lo è, rendendo aleatoria la messa a disposizione da parte di (...) S.r.l. di mezzi e personale. Sicché, essa impatta anche nei rapporti tra impresa ausiliaria, impresa ausiliata e stazione appaltante.

In ogni caso, l'interesse privato dell'impresa avallante a ottenere il corrispettivo per le risorse prestate è sicuramente recessivo rispetto a quello pubblico perseguito dalla stazione appaltante e comunque altri sono i rimedi approntati dall'ordinamento e ai quali l'interessato può fare ricorso.

3.7. In conclusione, fondato e assorbente è il primo motivo di impugnazione contenuto nel ricorso incidentale. Il ricorso incidentale viene pertanto accolto e per l'effetto gli atti impugnati sono annullati nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione della gara del RTI (...) in quanto privo dei requisiti di partecipazione.

4.1. L'accoglimento del ricorso incidentale nei termini e per i motivi sopra esposti

priva le ricorrenti principali di interesse alla decisione del ricorso principale e del primo ricorso per motivi aggiunti al ricorso principale.

Nondimeno, il Collegio ritiene di esporre, sia pure sinteticamente, le ragioni per le quali detti gravami sono infondati.

4.2.1. Nel ricorso principale viene contestata, sotto il profilo della illogicità e irragionevolezza (primo motivo), della violazione del contraddittorio (secondo e terzo motivo), del difetto di istruttoria e di motivazione (secondo, terzo e quarto motivo), la valutazione della stazione appaltante di anomalia dell'offerta del RTI (...).

4.2.2. Come esposto nella parte in fatto, l'esclusione dalla gara del RTI (...) per anomalia dell'offerta è basato su più ragioni, tra loro autonome e autosufficienti, aventi tutte a oggetto il costo della manodopera che verrà impiegata nella commessa, costo che la stazione appaltante ritiene sottostimato, al punto da mandare in perdita l'offerta delle ricorrenti principali.

Benché non sia l'unica voce di costo, è indubbio che il costo del lavoro in un appalto ad alta intensità di manodopera, quale è quello in esame, ha sicuramente un peso preponderante. Nel caso di specie il RTI ricorrente principale ha, peraltro, offerto un monte ore annuo di 781.695,76 ore che gli ha consentito di ottenere un punteggio massimo per il subcriterio 2 di valutazione dell'offerta tecnica, ma che comporta un notevole peso economico.

Ebbene secondo (...) le ricorrenti per far “tornare i conti” (a) avrebbero utilizzato un dato diverso delle ore lavorate per calcolare il costo orario e il costo della manodopera, (b) avrebbero fatto ricorso in modo abnorme al lavoro supplementare, (c) avrebbero fatto affidamento su misure di incentivazione scadute (lavoratori “under 36”) o non utilizzabili (lavoratori disabili).

4.2.3. Ricordato che il giudizio di congruità dell'offerta è per giurisprudenza pacifica globale e sintetico (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 9181/2023; C.d.S., Sez. IV, sentenza n. 500/2023), nel caso di specie non può essere

sottovalutato il fatto che l'utile stimato dal concorrente è di €uro 29.171,21 nel quinquennio.

Si tratta all'evidenza di un utile molto esiguo, cosa di per sé non vietata, ma che comporta che anche una minima sottostima da parte dell'offerente del costo della manodopera può far sì che l'offerta non sia più in equilibrio.

5.1. Ciò premesso tra le varie criticità – autonome e indipendenti - rilevate dalla stazione appaltante nel provvedimento di esclusione, il Collegio ritiene di concentrarsi, per ragioni di economia processuale, su quella relativa alla impossibilità di beneficiare degli sgravi contributivi per l'impiego di personale “under 36” in quanto scaduti al 31.12.2023 e dunque prima dell'avvio dell'appalto. Il che, ben inteso, non implica affatto un giudizio negativo da parte di questo Giudice sugli altri profili di anomalia dell'offerta che hanno portato all'esclusione del RTI (...).

5.2.1. Ebbene, (...) ha calcolato che la perdita dei predetti comporta un maggior costo della manodopera pari a €uro 440.000,00 nel quinquennio.

Le società costituenti il RTI (...), da un lato hanno cercato di ridimensionare l'entità del beneficio non goduto, asserendo di avere in parte conseguito gli sgravi in questione per avere assunto alcuni lavoratori prima del 31.12.2023, dall'altro lato hanno sostenuto di poter giungere al medesimo risultato economico sostituendo i lavoratori “under 36” con lavoratori disabili per i quali sono previsti ulteriori benefici.

5.2.2. Va detto che è difficilmente credibile che un'impresa assuma del personale per non farlo lavorare, come avverrebbe per l'appunto per i lavoratori “under 36”, in tesi assunti prima del 31.12.2023 per essere impiegati in un appalto a oggi non ancora avviato.

In ogni caso, le ricorrenti non hanno dimostrato che la perdita del beneficio, anche nella misura ridotta da esse ammessa, è comunque coperta dall'utile (come già evidenziato, molto esiguo) che il RTI (...) ha stimato di ritrarre dall'esecuzione

della commessa.

Esse infatti si limitano ad affermare di usufruire del beneficio in questione per una quota pari a 1/3 di quello inizialmente previsto. Ora, anche a voler seguire questa tesi e riducendo a 2/3 la stima del maggior costo fatta da (...) per la perdita dello sgravio, l'offerta del RTI (...) risulta globalmente in passivo.

5.5.3. Peraltro, quel che è dirimente, è che la sostituzione dei lavoratori “under 36” con lavoratori disabili, per poter godere dei relativi incentivi (statali o regionali che siano), non integra una modifica delle giustificazioni (entro certi ristretti limiti consentita), ma una inammissibile modifica dell'offerta (cfr., C.d.S., Sez. III, sentenza n. 7982/2023; T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III, sentenza n. 3420/2023; T.A.R. Puglia – Bari, sentenza n. 559/2023).

5.6. Tale sostituzione non è legittimamente possibile e dunque l'offerta del RTI (...), anche senza considerare gli ulteriori profili di anomalie evidenziati dalla stazione appaltante nel provvedimento di esclusione, si rivela incongrua.

6.1. In questo quadro, risulta infondata la doglianza delle ricorrenti principali in ordine alla mancata riattivazione del contraddittorio procedimentale.

La verifica di congruità dell'offerta del RTI (...) S.r.l. si è già articolata in più fasi, nelle quali il concorrente è stato messo nelle condizioni di esporre le proprie argomentazioni. A una prima verifica nella quale il concorrente ha esposto le sue giustificazioni e conclusasi favorevolmente, è seguita la riapertura del procedimento alla luce dei puntuali rilievi di altri operatori economici che avevano partecipato alla gara posizionandosi in posizione deteriore. In questa nuova fase, in cui l'istruttoria è stata più approfondita, il RTI (...) ha potuto ampiamente dettagliare le giustificazioni della propria offerta.

Vi era già stata una riapertura del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, di talché una ulteriore fase di contraddittorio tra l'Amministrazione e il concorrente si sarebbe risolta in un ingiustificato aggravio procedimentale.

6.2. Né la stazione appaltante doveva riaprire il procedimento in vista

dell'approvazione di una nuova misura di incentivazione a cui frattanto le società ricorrenti avrebbero potuto accedere per far quadrare i conti (nello specifico, articolo 4, comma 1, D.Lgs. n. 216/2023, valido per i periodi di imposta successivi al 2023).

L'offerta deve essere infatti non in perdita sin dal momento della sua presentazione e non perché si spera in sopravvenienze normative favorevoli nelle more del procedimento di aggiudicazione dell'appalto.

6.3. La questione di conformità alla disciplina unionale della disciplina interna in materia di contraddittorio procedimentale risulta pertanto priva di interesse.

La questione dei possibili aiuti di Stato di cui beneficerebbe il RTI (...), sulla quale vi è in obbligo di aprire il contraddittorio, risulta non decisiva ai fini della esclusione del concorrente, basandosi l'anomalia dell'offerta – come visto - anche su altre autonome e indipendenti ragioni.

7. Il ricorso principale è dunque infondato e viene pertanto respinto.

8.1. È del pari infondato e va egualmente respinto il primo ricorso per motivi aggiunti al ricorso principale, con il quale le ricorrenti si dolgono del mancato accoglimento da parte di (...) della loro istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione dalla gara per anomalia dell'offerta.

8.2. Va, anzitutto, osservato che la nota impugnata non è affatto un atto di diniego di autotutela e a ben guardare non è nemmeno un atto avente natura provvedimento.

Si tratta, infatti, di una mera comunicazione tra legali, con la quale il difensore di (...) ha rappresentato ai difensori del RTI (...) che allo stato, anche in considerazione della pendenza del contenzioso, non vi erano i presupposti per una riapertura del procedimento.

8.3. In ogni caso, come rilevato da parte resistente non vi era alcun obbligo di riattivare (peraltro nuovamente) il procedimento e di esaminare la domanda di autotutela.

Per giurisprudenza consolidata, di regola «il potere di autotutela si esercita discrezionalmente d'ufficio, essendo rimesso alla più ampia valutazione di merito dell'Amministrazione, e non su istanza di parte e, pertanto, sulle eventuali istanze di parte, aventi valore di mera sollecitazione, non vi è alcun obbligo giuridico di provvedere» (così, C.d.S., Sez. IV, sentenza n. 6809/2020; nello stesso senso, C.d.S., Sez. VII, sentenza n. 3855/2024).

9.1. In conclusione, il ricorso principale e i due relativi ricorsi per motivi aggiunti sono respinti perché infondati.

Il ricorso incidentale è accolto quanto al primo motivo di impugnazione, con gli effetti indicati ai punti che precedono.

6.2. In conformità alla regola generale per cui le spese seguono la soccombenza, (...), per la quota del 50%, e (...) S.r.l., (...) S.p.A. e (...) soc. coop., in solido tra loro, per la restante quota del 50%, sono condannate a rifondere a (...) S.r.l. le spese di giudizio, nella misura liquidata in dispositivo.

(...) S.r.l., (...) S.p.A. e (...) soc. coop., in solido tra loro, sono condannate a rifondere a (...) le spese di giudizio, nella misura parimenti liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso principale, sui ricorsi per motivi aggiunti al ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti, così statuisce:

a) il ricorso principale, il primo e il secondo ricorso per motivi aggiunti al ricorso principale sono respinti;

b) il ricorso incidentale è accolto nei limiti e nei termini di cui in motivazione, per l'effetto gli atti impugnati sono annullanti nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dalla gara del RTI con capogruppo la società (...) S.r.l.;

c.1.) (...), per la quota del 50%, e (...) S.r.l., (...) S.p.A. e (...) soc. coop., in solido tra loro, per la restante quota del 50%, sono condannate a rifondere a (...) S.r.l. le

spese di giudizio, che si liquidano in complessivi €uro 8.000,00 (ottomila/00), oltre ad accessori di legge;

c.2.) al verificarsi dei presupposti di cui all'articolo 13, comma 6 bis 1, D.P.R. n. 115/2002, (...) provvederà altresì a rimborsare a (...) S.r.l. il contributo unificato effettivamente versato;

c.3.) (...) S.r.l., (...) S.p.A. e (...) soc. coop., in solido tra loro, sono condannate a rifondere a (...) le spese di giudizio, che si liquidano in complessive €uro 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati: Ugo Di Benedetto, Presidente

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Alessandra Tagliasacchi

IL PRESIDENTE

Ugo Di Benedetto

IL SEGRETARIO