

TAR Puglia – Lecce, Sezione Seconda, Sentenza n. 1244 del 7 novembre 2023

Appalti PNRR – Obblighi assunzionali ex art. 47, comma 4 DL n. 77/2021 – Omessa dichiarazione impegno ad assumere personale under 36 e femminile – Esclusione

Pubblicato il 07/11/2023

N. 01244/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00753/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 753 del 2023, proposto da (...) S.r.l. e (...) S.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentate e difese dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Lecce, domiciliataria *ex lege* in Lecce, via Rubichi n. 39;

C.U.C. (...) e Comune di (...), non costituiti in giudizio.

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...) e (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia;

per l'annullamento

- della Determinazione n. 854 del 13.06.2023 del Responsabile del Settore 4 Tecnico, Sviluppo Locale e Gestione del Territorio del Comune di (...), facente parte della Centrale Unica di Committenza Unione dei Comuni (...) - Stazione Unica Appaltante - di approvazione dell'aggiudicazione inerente la gara relativa al "Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR): Missione 4: Istruzione e Ricerca - Componente 1 – Potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido alle Università - Investimento 1.1: Piano per asili nido e scuole dell'infanzia e servizi di educazione e cura per la prima infanzia, finanziato dall'Unione europea – Next Generation EU - "INTERVENTO DI AMPLIAMENTO DELLA SCUOLA MATERNA "RODARI" DI VIA KENNEDY", CIG 9752523493, CUP J28H21000020006, comunicata in data 16.06.2023;
- del relativo "Avviso di appalto aggiudicato" ex art. 76, comma 5, lett. a), del D. Lgs n. 50/2016, trasmesso all'indirizzo PEC della mandataria, (...) S.r.l. il 16.6.2023 e pubblicato, in pari data, sul sito istituzionale "Tutto gare" della C.U.C.;
- dei verbali di gara del 8.05.2023, 26.5.23, 30.5.23 e 5.6.23, tutti, rispettivamente, nella parte in cui si ammette, si mantiene in gara e si valuta positivamente (...) S.r.l.;
- di ogni altro atto presupposto e/o coevo, e/o connesso e/o collegato e/o consequenziale, anche non noto, non escluso ed anzi espressamente ricompreso ogni provvedimento di dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione, ad oggi non pubblicato, tutto nei limiti delle censure in atti, con conseguente declaratoria di inefficacia degli atti successivi, non escluso, anzi espressamente ricompreso, l'eventuale contratto di affidamento nelle more stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2023 il dott. Paolo Fusaro e uditi per le parti i difensori avv. (...), in sostituzione dell'avv. (...), per la parte ricorrente e avv. (...) per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso all'esame, (...) S.r.l. e (...) S.r.l., rispettivamente società mandataria e mandante della costituenda A.T.I. (d'ora in avanti, per brevità, anche solo "(...)"), hanno impugnato la determina n. 854 del 13.6.2023 adottata dal Comune di (...), in epigrafe meglio indicata, con cui l'Amministrazione comunale, in riferimento alla gara per l'affidamento dei lavori di ampliamento della scuola materna "Rodari", rientranti nell'ambito del "*Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR): Missione 4: Istruzione e Ricerca -Componente 1 - Potenziamiento dell'offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido alle Università - Investimento 1.1: Piano per asili nido e scuole dell'infanzia e servizi di educazione e cura per la prima infanzia, finanziato dall'Unione europea – Next Generation EU*", ha approvato l'aggiudicazione della gara in favore di (...) S.r.l. (d'ora in avanti, anche solo "(...)").

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di censura:

1) "*Violazione dell'art. 47, co.4 e co. 7, del D. L. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in L. 29 luglio 2021 n.108. Violazione del disciplinare di gara: - punto 3.0 - "Motivi di esclusione" - punto 3.0.8 - "Ulteriori motivi di esclusione - punto 1.2.2. – lett d) - Formazione e invio dell'offerta - punto 3.3. - Altra documentazione e altri adempimenti di natura amministrativa - punto 3.3.4. - Assunzioni da destinare a nuova occupazione giovanile e femminile (art. 47 comma 4 del D. L. 77/2021) - punto 6.1.4 - Cause di esclusione relative a requisiti o altre clausole essenziali. Sviamento dalla regola prefissata; contraddizione e perplessità nell'operato amministrativo e nelle conclusioni del procedimento. Eccesso di potere per mancata applicazione della legge, delle regole di gara e dei principi in tema di assunzioni paritarie. Assoluto deficit istruttorio. Disparità di trattamento tra i concorrenti e mancata applicazioni delle sanzioni di*

Legge, di lex specialis, di prassi amministrativa (cfr parere di precontenzioso ANAC n. 451 del 5 ottobre 2022). Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A. Mancanza di buona fede nell'applicazione e nella interpretazione dei precetti di legge e di legge speciale”;

2) *“Violazione dell’art. 59, co. 6, lett. c del D.lgs n. 50/2016, ex se. Violazione del disciplinare di gara: punto 6.5.2. Indeterminatezza del ribasso e dell’importo di contratto. Rialzo illegittimo dei valori a base d’asta. Eccesso di potere”.*

Parte ricorrente ha concluso chiedendo al Tribunale di *“annullare gli atti impugnati, eventualmente dichiarando l’odierna ricorrente, prima in graduatoria”* ovvero, in via subordinata, di *“ordinare alla S.A. di attivare il procedimento di estromissione per carenze dichiarative non sanabili da parte della (...) srl”*, in ogni caso con vittoria delle spese di giudizio.

1.2. Si è costituita in giudizio la Società controinteressata (...), instando per il rigetto dell’istanza cautelare e del ricorso, oltre vittoria delle spese di lite.

Si è costituito, altresì, il Ministero (...).

L’ulteriore Amministrazione intimata, sebbene ritualmente evocata, è rimasta estranea al giudizio.

1.3. Con ordinanza n. 428/2023 del 3.8.2023, la Sezione ha respinto la domanda di tutela interinale avanzata da parte ricorrente.

Detta tutela è stata, tuttavia, successivamente concessa a seguito di gravame con ordinanza del Consiglio di Stato n. 3650/2023 del 31.8.2023.

1.4. All’udienza pubblica del 12.10.2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

1.5. In data 26.10.2023 è stata riconvocata la Camera di Consiglio per la decisione.

2. Il ricorso in esame è fondato e, pertanto, deve essere accolto alla luce delle argomentazioni che seguono.

3. Con il primo motivo di doglianza, parte ricorrente lamenta che gli atti impugnati, *in primis* l’aggiudicazione di cui alla determina comunale n. 854 del 13.6.2023, sarebbero viziati, in quanto adottati dall’Amministrazione in violazione

di legge.

In particolare, (...) prospetta che l'aggiudicataria non avrebbe assolto agli obblighi dichiarativi previsti, a pena di esclusione dalla procedura, dall'art. 47, comma 4, del D. L. n. 77/2021, convertito con L. n. 108/2021, nonché dagli artt. 1.2.2, 3.0, 3.0.8, 3.3, 3.3.4 e 6.1.4 del Disciplinare di gara.

Secondo la ricostruzione di parte ricorrente, più precisamente, (...) avrebbe mancato di indicare nella propria offerta, entro il termine individuato dalla *lex specialis*, il proprio impegno ad assumere, in caso di aggiudicazione del contratto, “una quota pari al 30% di occupazione giovanile”, nonché “una quota pari al 15% di occupazione femminile”, depennando materialmente tale dicitura dal pertinente modello dichiarativo offerto dall'Amministrazione in sede di gara (cfr. punto 11 del “Modello B”); fatto, questo, che avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'operatore dalla procedura alla luce della disciplina normativa sopra richiamata.

3.1. L'odierna controinteressata contesta la ricostruzione offerta dalla controparte, evidenziando: che l'assunzione dell'impegno in questione afferisce, anzitutto, a un requisito di esecuzione dell'appalto ai sensi dell'art.100 del D. Lgs. n. 50/2016, non costituendo né essendo espressamente qualificata dalla *lex specialis* come un requisito di ammissione o di partecipazione alla procedura di gara di un soggetto, con conseguente impossibilità di determinare l'esclusione dell'aggiudicataria; che l'assunzione dell'obbligo di cui all'art. 47, comma 4, del D. L. n. 77/2021 è in ogni caso destinata ad operare solo per quegli operatori che, ai fini dell'esecuzione dell'appalto, hanno necessità di assumere nuovo personale, circostanza non riscontrabile con riguardo a (...); ancora, che sussiste una palese incongruenza testuale tra l'assunzione dell'obbligo prevista dall' art. 47, comma 4, citato e quella indicata all'interno del Disciplinare di gara e della connessa documentazione (in particolare, all'interno del “Modello B” predisposto dalla Stazione appaltante), posto che la disciplina di gara prevede un incondizionato obbligo, a carico del soggetto partecipante, di assumere *tout court* nuovo personale in caso di

aggiudicazione dell'appalto; che, di conseguenza, alla luce della obiettiva equivocità delle clausole della *lex specialis*, da una parte non si può intendere la mancata assunzione dell'obbligo *de quo* da parte dell'aggiudicataria come volontà della stessa di sottrarsi alle previsioni dell'art. 47 citato, e, dall'altra, qualora interpretate in chiave letterale, dette clausole sarebbero comunque da considerarsi nulle, con conseguente disapplicazione delle stesse, poiché contrastanti con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, D. Lgs. n. 50/2016.

4. Ritiene il Collegio che il primo motivo di censura prospettato in ricorso sia fondato.

4.1. Occorre muovere, anzitutto, dalla ricostruzione della complessiva disciplina normativa operante in relazione alla procedura in esame con riferimento all'assunzione dell'obbligo in contestazione (quote rosa e quote giovanili in caso di assunzioni legate alla esecuzione dell'appalto).

A livello primario, l'art. 47, comma 4, del D. L. n. 77/2021, convertito con L. n. 108/2021, stabilisce che *“Le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne. Il contenuto delle clausole è determinato tenendo, tra l'altro, conto dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea, degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile e di tasso di occupazione delle persone disabili al 2026, anche in considerazione dei corrispondenti valori medi nonché dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei in cui vengono svolti i progetti”*.

La medesima disposizione, all'ultimo periodo, prevede inoltre che *“(…) è requisito necessario dell'offerta l'aver assolto, al momento della presentazione dell'offerta stessa, agli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, e l'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di*

aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività adesso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile'.

Passando poi alla specifica normativa di gara oggetto di contendere, va ancora evidenziato che, all'interno del Disciplinare, in più punti viene operato un espresso richiamo al quarto comma dell'art. 47 appena evocato, con l'esplicitazione che l'impegno assunzionale stabilito dalla norma citata deve essere assunto dalla partecipante a pena di esclusione dalla procedura (si vedano, in particolare, i punti 3.0.8 e 3.3.4 del Disciplina di Gara).

4.2. Ora, nel caso di specie, è pacifico che (...) ha omesso di assolvere all'obbligo in esame mediante inserimento dell'apposita dichiarazione nell'offerta di gara formulata.

Tale circostanza è infatti documentalmente riscontrabile (cfr. doc. 10, fascicolo di parte ricorrente) e risulta, comunque, nella sostanza incontestata dall'odierna controparte, avendo la stessa piuttosto obiettato di non essere tenuta all'assunzione dell'obbligo *de quo* sulla base di plurime argomentazioni.

Le obiezioni mosse sul punto dall'aggiudicataria non appaiono, tuttavia, condivise dal Collegio proprio alla luce dell'espresso richiamo testuale, operato all'interno del Disciplinare di Gara, alla disposizione dei cui all'art. 47, comma 4, del D. L. n. 77/2021, norma che, in ragione della sua portata imperativa, avrebbe dovuto indurre la partecipante, in quanto soggetto professionale qualificato parimenti destinatario del precetto in esame unitamente alla Stazione appaltante, a interpretare il contenuto delle clausole della *lex specialis* in maniera conforme rispetto alla previsione di rango legislativo puntualmente richiamata.

4.2.1. La disposizione primaria chiarisce infatti, in primo luogo, che l'assunzione dell'obbligo in esame costituisce un "*requisito necessario dell'offerta*", dizione testuale di per sé implicitamente postulante che la dichiarazione di impegno *de qua* debba poter essere riscontrabile già in sede di proposizione dell'offerta del soggetto

partecipante e che, al contempo, impedisce di accogliere l'opposta lettura offerta da (...) tesa a qualificare l'assunzione dell'obbligo di cui si discute come un requisito di esecuzione del contratto di appalto ai sensi dell'art. 100 del D. Lgs. n. 50/2016.

4.2.2. La medesima formulazione letterale dell'art. 47, comma 4, ultimo periodo, impone altresì di escludere, secondo quanto invece sostenuto dall'odierna controinteressata, il carattere meramente eventuale dell'assunzione dell'obbligo in esame, sostanziandosi lo stesso in un impegno dichiarativo attuale e incondizionato, irrilevante essendo il fatto che tale obbligo sia poi materialmente destinato ad operare, sul piano concreto, solo nelle ipotesi in cui l'operatore dichiarato aggiudicatario avesse necessità di assumere nuovo personale per l'esecuzione dell'appalto aggiudicato.

4.2.3. Ancora, in disparte l'obiettivo parziale discordanza tra il contenuto dell'obbligo di assunzione delineato dall'art. 47, comma 4, ultimo periodo, del D. L. n. 77/2021 e quello riproposto nelle singole disposizioni del Disciplinare di Gara, il puntuale richiamo indicato dalle seconde allo specifico comma dell'articolo della fonte primaria esclude di per sé che la formulazione della disciplina di gara potesse indurre in errore (...) con riguardo alla sussistenza e alla portata dell'impegno da assumere, posto che, in base ai principi di autoresponsabilità e di diligenza professionale che devono caratterizzare la condotta di ogni operatore economico nel corso della procedura, l'aggiudicataria avrebbe potuto e dovuto interpretare le disposizioni della *lex specialis* in chiave conforme e coerente con la disciplina imperativa primaria posta dall'art. 47, comma 4, del D. L. n. 77/2021.

4.2.4. Ne consegue, ulteriormente, che risulta improprio il richiamo operato da (...) all'istituto della nullità in riferimento alle disposizioni recate dalla disciplina di gara per supposta violazione dell'art. 83, comma 8, D.Lgs. n. 50/2016, afferendo invero la questione, in base alle considerazioni appena svolte, a un contrasto di tipo ermeneutico e, pertanto, risolvibile sul piano meramente interpretativo.

5. In ragione di tutto quanto precede, il ricorso in esame va accolto alla luce della prima censura avanzata da parte ricorrente, non avendo la Stazione appaltante rilevato, con riferimento all'odierna controinteressata, l'omessa assunzione dell'obbligo *ex art. 47, comma 4, del D. L. n. 77/2021*, secondo quanto previsto anche dalla *lex specialis* della procedura, con conseguente esclusione della partecipante dalla gara.

Ne deriva, per l'effetto, l'annullamento della Determinazione n. 854 del 13.06.2023 impugnata con l'atto introduttivo del presente giudizio, con correlato assorbimento dell'ulteriore motivo di gravame ivi articolato, atteso l'integrale soddisfacimento dell'interesse della parte, alla luce del principio di effettività della tutela, conseguito attraverso l'accoglimento della censura ritenuta fondata.

6. Quanto alla ripartizione delle spese di lite, si ravvisano eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti, tenuto conto dell'assoluta peculiarità dell'oggetto del contendere.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Lecce, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla la Determinazione n. 854 del 13.06.2023 oggetto di impugnazione.

Compensa integralmente le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Lecce nelle camere di consiglio dei giorni 12 ottobre 2023 e 26 ottobre 2023, con l'intervento dei magistrati:

Antonella Mangia, Presidente

Nino Dello Preite, Referendario

Paolo Fusaro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Paolo Fusaro

IL PRESIDENTE

Antonella Mangia

IL SEGRETARIO