

Publicato il 30/04/2024

N. 03946/2024REG.PROV.COLL.
N. 10098/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10098 del 2023, proposto da Siram S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Marone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Romeo Gestioni S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Fimmanò e Federico Dinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

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

Università degli Studi di Salerno Fisciano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 2917/2023

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Romeo Gestioni S.p.A., di Graded S.p.A. e dell'Università degli Studi di Salerno Fisciano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 aprile 2024 il Cons. Rosaria Maria Castorina e uditi per le parti gli avvocati Francesco Marone, Federico Dinelli, Giandomenico Mariangela e l'avvocato dello Stato Andrea Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Siram S.p.A. (“Siram”) – in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con la società Safety Management Service S.p.A. (“RTI Siram”) – impugna la sentenza del T.A.R. Campania – Salerno, sez. 1^a, n. 2917/2023, resa all’esito dei giudizi riuniti r.g. 852/2023 e 1099/2023.

Il ricorso di primo grado aveva ad oggetto la legittimità dei provvedimenti con i quali l'Università degli Studi di Salerno aveva disposto l'esclusione della società Romeo Gestioni S.p.A. (“Romeo”) dalla “*Procedura aperta per l'affidamento del servizio di conduzione, controllo e manutenzione programmata degli impianti tecnologici e gestione energia dell'Ateneo (annualità 2022-2026) – CIG 9114907335*” in ragione della anomalia dell’offerta dalla stessa presentata e l’aggiudicazione della gara nei confronti del RTI Siram.

La gara prevedeva l’aggiudicazione sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, ai sensi degli artt. 60 e 95 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 s.m.i. L’importo posto a base di gara ammontava a complessivi € 30.157.668,63.

All’esito del giudizio, con la sentenza, pubblicata l’11 dicembre 2023, il T.A.R. Campania – Salerno ha: – quanto al giudizio introdotto da Romeo

(r.g. 852/2023), ritenuto fondati il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti, accogliendoli mentre i due ricorsi incidentali proposti da Siram sono stati ritenuti infondati e quindi respinti, con conseguente annullamento del verbale di aggiudicazione e del provvedimento di aggiudicazione; quanto al giudizio introdotto da Graded (r.g. 1099/2023), dichiarati infondati tanto il ricorso principale quanto quello incidentale per sopravvenuta carenza d'interesse.

Appellata ritualmente la sentenza resistono l'Università degli Studi di Salerno, Romeo Gestioni S.p.A., Graded S.p.A. la quale propone appello incidentale alla sentenza riproponendo i motivi di ricorso di primo grado non esaminati dal TAR.

Nel ricorso r.g. 1009/2023 proposto dalla Graded, Siram aveva proposto ricorso incidentale, anch'esso non esaminato dal Tar in ragione della predetta declaratoria di improcedibilità.

Siram oltre all'appello principale propone appello incidentale con il quale riproduce i motivi di ricorso incidentale e le difese presentate in primo grado nel ricorso r.g. 1009/2023 avverso Graded.

All'udienza del 23 aprile 2024 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello l'appellante principale deduce *error in iudicando e in procedendo*; erroneità e illegittimità della sentenza per eccesso di potere giurisdizionale.

Evidenza che "Romeo" era stata esclusa dalla gara in ragione del mancato superamento della verifica di anomalia dell'offerta e che il giudizio espresso dagli organi amministrativi preposti alla verifica di anomalia di un'offerta presentata nell'ambito di una procedura a evidenza pubblica si connota quale espressione di discrezionalità tecnica, come tale insindacabile dal giudice amministrativo.

2. Con il secondo motivo di appello Siram deduce *error in iudicando e in procedendo*; erroneità e illegittimità della sentenza per eccesso di potere giurisdizionale, sotto altro profilo. Omessa pronuncia sulla (e mancata presa in considerazione della) relazione versata in atti dall'Università.

Evidenzia come la incongruità dell'offerta di Romeo era stata accertata dal RUP anche in considerazione delle (insufficienti) giustificiche dalla stessa presentate con riferimento ai costi e ai mancati risparmi relativi alle prestazioni che formavano oggetto dell'appalto e che la relazione depositata dall'Università su espressa richiesta del TAR, era stata ignorata dal Giudice nonostante essa avesse evidenziato pienamente l'incongruità dell'offerta di Romeo anche sotto tali profili e confermato l'erosione pressoché completa dell'utile quantificato in sede di gara.

3. Con il terzo motivo di appello l'appellante deduce *error in iudicando*: erroneità e illegittimità della sentenza per eccesso di potere sotto il profilo della perplessità, dell'opacità e della incongruenza della motivazione.

Evidenzia che la sentenza concludeva nel senso che – specie in considerazione dell'assenza di espressi divieti o limiti, nella *lex specialis*, all'assunzione di operai disabili – la scelta imprenditoriale di Romeo di ingaggiare quasi esclusivamente personale disabile sarebbe legittima e finanche premiale, proprio perché in grado di valorizzare questa tipologia di lavoratori.

Lamenta che una cosa è premiare l'assunzione di lavoratori affetti da disabilità, altra è pretendere di inserire in una commessa avente a oggetto l'esecuzione di interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria (quale è l'oggetto della gara) lavoratori affetti quasi tutti da una disabilità superiore al 79% e che, ancorché astrattamente il legislatore persegua l'intento di garantire ai disabili l'inserimento nel mondo del lavoro, nel concreto tale normativa va attuata in modo compatibile con la buona esecuzione delle prestazioni che formano oggetto dei singoli contratti di appalto e –

soprattutto – con la tutela del diritto alla salute dei lavoratori affetti da disabilità, in ossequio al principio costituzionale di buon andamento e a quelli di buona fede e legittimo affidamento nell'esecuzione delle pubbliche commesse.

Le censure, che per la loro intima connessione possono essere esaminate congiuntamente, non sono fondate.

3.1. Con delibera del Consiglio di Amministrazione rep. n. 74 del 14 marzo 2022 è stato approvato il documento “Allegato per la gara di appalto” contenente tra l'altro i parametri di aggiudicazione e le modalità per l'aggiudica della procedura aperta ex art.60 d.lgs.50/2016 s.m.i. autorizzata con delibera del Consiglio di Amministrazione n. 301/2021. La procedura è stata pubblicata nelle forme di legge, prevedendo quale termine di ricezione delle offerte telematiche il 13 giugno 2022; entro il termine previsto sono pervenute le offerte di numero otto operatori economici. Con decreto del Direttore Generale rep. n. 1792 – prot. 169767 del 15 giugno 2022 si è provveduto ad individuare i soggetti deputati al controllo del rispetto dei tempi per la presentazione delle offerte, delle dichiarazioni e del relativo controllo sul possesso dei requisiti generali e speciali, con l'eventuale ricorso al soccorso istruttorio. Con decreto del Direttore Generale rep. 2398 – prot. Univ. 267220 del 11 agosto 2022 gli otto operatori economici, superata la fase di verifica della documentazione amministrativa, sono stati ammessi al prosieguo delle operazioni di gara ed è stata altresì individuata la Commissione giudicatrice ex art. 77 d.lgs.50/2016 s.m. La Commissione giudicatrice ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche nelle sedute del 28 settembre, 12 e 26 ottobre, 15 e 25 novembre 2022, rilevando che sulla base dei punteggi attribuiti l'offerta proposta dall'operatore economico Romeo Gestioni S.p.A. risultava utilmente collocata nella graduatoria di gara, ma che per detta offerta ricorrevano gli estremi di cui all'art. 97, comma 3, d.lgs.50/2016 s.m.i. La Commissione,

pertanto, ha rimesso gli atti al RUP per le verifiche previste dal predetto disposto normativo in ordine alla congruità dell'offerta. Con nota prot. n. 0358454 del 13 dicembre 2022 è stato avviato il procedimento di verifica della congruità dell'offerta, richiedendo alla Romeo Gestioni S.p.A. una relazione giustificativa dell'offerta. Con nota assunta al protocollo di Ateneo al n. 2297 del 5 gennaio 2023 la Romeo Gestioni S.p.A. ha presentato una prima relazione giustificativa dell'offerta. Con nota prot. n. 42849 dell'8 febbraio 2023 sono stati richiesti alla Romeo Gestioni S.p.A. ulteriori giustificativi all'offerta. Con nota assunta al prot n. 52923 del 15 febbraio 2023 la Romeo Gestioni S.p.A. ha riscontrato la richiesta di ulteriori giustificativi all'offerta. Il RUP ha esaminato i giustificativi presentati dalla Romeo Gestioni S.p.A. concludendo il proprio procedimento di verifica con verbale di verifica prot. n. 105903 del 19 aprile 2023, rappresentando che il subprocedimento ex art.97 del d.lgs.50/2016 s.m.i. *“effettuato sull'offerta proposta dall'operatore economico n. 1) Romeo Gestioni S.p.A. ha evidenziato profili di indeterminazione ed inaffidabilità dell'offerta in contrasto con le esigenze dell'Amministrazione finalizzate alla selezione di un'offerta certa, affidabile e che garantisca standard elevati di qualità nell'esecuzione di servizi strategici per l'Ateneo”*. Il RUP, pertanto, nel concludere che l'offerta del concorrente Romeo Gestioni S.p.A. doveva ritenersi nel suo complesso non congrua, ha proceduto con l'esclusione della stessa dal procedimento di gara, rimettendo gli atti alla Commissione di gara per il prosieguo dell'iter di scelta del contraente.

La valutazione di anomalia espressa dall'Amministrazione è incentrata, principalmente, sull'inaffidabilità dell'offerta presentata dalla ricorrente, in ragione del prospettato impiego di diciassette unità di personale affette da una invalidità superiore a 79%, su un totale di ventinove unità, al fine di fruire dei benefici previsti dall'art. 13 della legge n. 68/1999, come modificato dall'art. 10 del d.lgs. n. 151/2015. L'individuazione di un così rilevante numero di lavoratori disabili, con un elevato grado di invalidità ma

fisicamente idonei all'impiego e dotati della specifica professionalità richiesta, risulterebbe afflitta da elevati margini di incertezza; tali lavoratori non sarebbero immediatamente disponibili ma verrebbero selezionati solo “a valle della presa in carica del servizio”, considerato altresì che il personale disabile già dipendente dell'operatore economico è tuttavia impiegato nell'esecuzione di altre commesse. L'Amministrazione osservava che, qualora l'operatore economico non fosse riuscito a reperire tale personale e “*fosse dunque costretto ad assumere, in tutto o in parte, personale normodotato*”, il quadro dei costi riferibili alla commessa sarebbe aggravato da un ulteriore costo relativo alla manodopera di circa euro 200.000 annui (stimati tenendo conto dell'impiego “di personale tutto non disabile”) e di circa euro 800.000 per l'intera durata dell'appalto, destinato a erodere l'utile stimato dall'impresa in euro 729.809,92.

In data 21 aprile 2023 la Commissione giudicatrice, preso atto delle valutazioni del RUP e della conseguente esclusione dal procedimento di gara dell'offerta del concorrente Romeo Gestioni S.p.A., ha rielaborato la graduatoria acclarando che l'offerta n. 6 proposta dall'operatore economico RTI Siram Spa/ Safety Management Service Spa risultava utilmente collocata nella ricostituita graduatoria di gara. La medesima Commissione, verificato che non ricorrevano gli estremi di cui all'art. 97 comma 3 del D. Lgs 50/2016 per l'offerta proposta dall'operatore economico RTI Siram Spa/ Safety Management Service Spa, ha proposto l'aggiudicazione della procedura in favore del predetto operatore economico.

3.2. Il Tar con una motivazione compiuta e condivisibile ha osservato che le valutazioni articolate dall'Amministrazione sono affette da una illogicità e una irragionevolezza di fondo e ciò sia perché la *lex specialis* della procedura non imponeva ai concorrenti di disporre dei lavoratori da impiegare nell'esecuzione della commessa già all'atto della partecipazione o comunque prima dell'aggiudicazione né poneva limiti all'utilizzo di lavoratori disabili, sia

perché nell'ambito dei pubblici affidamenti, caratterizzati dalla competitività delle procedure, dall'occasionalità o dalla discontinuità degli affidamenti e comunque dall'assenza di garanzie circa il riaffidamento nonché dalle non trascurabili dimensioni delle commesse, risultava naturale che gli operatori economici non avessero alle loro dipendenze, già al momento della partecipazione alla procedura di gara o comunque prima dell'aggiudicazione, i lavoratori da destinare all'esecuzione del contratto e ciò non solo qualora a tali fini si intendesse costituire un team composto anche da lavoratori disabili ma pure in caso di utilizzo di soli lavoratori non disabili.

Il Tar ha evidenziato che *“risulterebbe inoltre fortemente diseconomica l'assunzione del personale da impiegare nell'esecuzione della commessa già al momento della partecipazione alla procedura di gara, stante l'incertezza degli esiti; l'impresa disporrebbe infatti di una compagine di lavoratori fortemente sovradimensionata rispetto alle reali esigenze e destinati a rimanere inattivi, in attesa di un affidamento che potrebbe invece non concretizzarsi. Ciò fa sì che il concorrente provveda all'assunzione del personale necessario soltanto quando, a seguito dell'aggiudicazione e prima della stipula del contratto, le possibilità di affidamento e di esecuzione assumono caratteristiche di massima concretezza, di regola avviando, già nel corso della procedura, contatti con le figure più difficilmente reperibili nell'ambito del mercato del lavoro di riferimento, in vista dell'eventuale e futura instaurazione di più stabili rapporti”* e che, pertanto, *“fatta salva l'ipotesi in cui operino una cosiddetta clausola sociale (con il conseguente impatto sull'organizzazione aziendale dell'imprenditore uscente e di quello subentrante) o eventuali altre specifiche condizioni previste dalla lex specialis, ben può l'operatore economico non avere alle proprie dipendenze già all'atto della partecipazione il personale destinato a essere impiegato nelle attività esecutive, provvedendo alla sua assunzione in seguito all'aggiudicazione”*.

Pertanto *“la non immediata disponibilità del personale da impiegare nell'esecuzione dello specifico affidamento facente capo all'Università degli Studi di Salerno, contrariamente a quanto affermato dalla stessa, non rende l'offerta condizionata, se non nella misura in cui lo possa essere ogni altra offerta formulata nell'ambito di una procedura che non impone la*

disponibilità di determinate figure professionali come requisito di partecipazione o condizione minima dell'offerta. A ciò si aggiunga che, come già evidenziato, il disciplinare di gara non imponeva tale immediata disponibilità del personale. Al riguardo, non può non rilevarsi che, con riferimento al personale operaio, la commessa prevede l'impiego di figure munite di una professionalità comunemente reperibile; in sede di giustificazioni, la stessa Amministrazione ha chiesto alla ricorrente di specificare le qualifiche e le certificazioni professionali di cui avrebbero dovuto essere in possesso i manutentori, che non appaiono (né l'Amministrazione svolge considerazioni sul punto) espressione di eccezionale specializzazione e causa di difficile reperibilità del personale".....Inoltre non vi è ragione per ritenere che la non immediata disponibilità di un non trascurabile numero di personale disabile da impiegare nell'esecuzione della commessa possa costituire indice di inaffidabilità dell'offerta. Peraltro la ricorrente già dispone in organico di lavoratori disabili, impiegati tuttavia nell'esecuzione di altri appalti. L'esperienza maturata nella assunzione e nella composizione di gruppi di lavoro costituiti anche da lavoratori disabili consente alla stessa, fondatamente, di prospettare l'assunzione di tali lavoratori anche ai fini della gestione della commessa in questione.

Nemmeno risulta rilevante la percentuale di invalidità richiesta in capo ai lavoratori ai fini dell'accesso agli incentivi previsti, occorrendo distinguere tra capacità e abilità. La persona conserva conoscenze e competenze che costituiscono una inalienabile ricchezza dell'individuo e della società, che può e deve essere utilizzata nell'ambito dell'attività lavorativa, magari con forme di sostegno e di supporto adeguate a colmare il deficit operativo derivante dalla patologia. Inoltre "la ricorrente ha adeguatamente apprezzato il rischio, ove sussistente, relativo al reperimento di lavoratori disabili, con percentuale di invalidità elevata e impiegabili nella specifica commessa, prevedendo, nell'ambito della struttura dei costi, un fondo di riserva dedicato di euro 335.672,24 che consentirebbe di conservare l'utile d'impresa anche con l'impiego di soli sette lavoratori disabili e quindi di dieci lavoratori "normodotati" in più, secondo la ricorrente (come affermato in memoria), o di sei lavoratori disabili e quindi di undici lavoratori "normodotati" in più, secondo l'Amministrazione (come da simulazione effettuata in memoria). Al di là dei calcoli di

certo elaborati ma non esplicitati dalle parti, si rileva che le stesse sostanzialmente concordano nel ritenere preservato l'utile di impresa anche a seguito dell'assunzione di un minor numero di personale disabile e soprattutto nell'individuazione del "punto di rottura" dell'equilibrio dell'offerta. L'aumento del costo del personale per l'eventuale assunzione di un maggior numero di lavoratori per i quali l'impresa non fruisce di agevolazioni, non è in grado di azzerare l'utile di impresa'.

3.3. Secondo il condiviso canone di giudizio in *subiecta materia* definito dalla costante giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. le sentenze 30 ottobre 2023, n. 9320 e 17 ottobre 2022, n. 8790, nonché della Sez. V le sentenze 5 settembre 2023, n. 8176, 15 settembre 2023, n. 8356 e 20 ottobre 2023, n. 9119) la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata ad accertare la complessiva attendibilità e serietà della stessa, sulla base di una valutazione che ha natura globale e sintetica e che costituisce, in quanto tale, espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato all'Amministrazione, in via di principio insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che per ragioni legate alla eventuale e dimostrata manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'Amministrazione, tale da rendere palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta; trattandosi, quindi, di valutare l'offerta nel suo complesso, il giudizio di anomalia non ha a oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze, mirando piuttosto ad accertare se essa in concreto sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; pertanto, la valutazione di congruità, globale e sintetica, non deve concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo; con la conseguenza che, se anche singole voci di prezzo o singoli costi non abbiano trovato immediata e diretta giustificazione, non per questo l'offerta va ritenuta inattendibile, dovendosi, invece, tener conto della loro incidenza sul costo complessivo del servizio per poter arrivare ad affermare che tali carenze siano in grado di rendere dubbia la corrispettività proposta dall'offerente e validata dalla stazione appaltante. (Cons. Stato 9818/23).

Con riguardo al giudizio di anomalia dell'offerta, occorre precisare che la stessa, avendo intrinsecamente carattere prospettico (dovendo basarsi sulla considerazione dei costi che l'impresa presumibilmente sosterrà nell'esecuzione della commessa), deve svolgersi secondo parametri (non di certezza, ma) di ragionevole prevedibilità: ne consegue che il giudizio di anomalia potrà ritenersi inficiato nella sua attendibilità solo quando risulti che la stazione appaltante (e, prima ancora, l'impresa interessata), nel ritenere la congruità dell'offerta scrutinata, abbia fatto affidamento su elementi del tutto arbitrari, perché sganciati da ogni margine di prevedibile accadimento (CGA 536/23).

Nella specie, l'offerta proposta dall'appellata non ha evidenziato il superamento della soglia di anomalia e la commissione ha ritenuto, nell'esercizio del potere discrezionale del quale è attributaria, di procedere alla verifica ai sensi dell'articolo 97, comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Nell'espletamento della verifica di anomalia, la stazione appaltante trova, tuttavia, i limiti insiti nella necessaria ragionevolezza e non erroneità delle proprie valutazioni, dovendosi escludere ogni forma di attività manipolativa che rischierebbe di pregiudicare i principi di parità e trasparenza. Infatti, il giudizio di anomalia è finalizzato alla verifica dell'attendibilità e della serietà dell'offerta, ovvero all'accertamento della reale possibilità dell'impresa di eseguire correttamente la prestazione oggetto della gara alle condizioni proposte.

Certamente è consentito alla stazione appaltante un serio apprezzamento dell'offerta anche in relazione all'organizzazione proposta, e, soprattutto, secondo ragionevolezza e in conformità ai principi di non discriminazione e autonomia organizzativa dell'imprenditore.

Tuttavia, l'obiettivo dell'indagine è accertare l'affidabilità dell'offerta nel suo complesso, e non nelle sue singole componenti essendo pacifico, come già evidenziato che tale valutazione deve essere globale e sintetica, e non

concentrata esclusivamente e separatamente sulle singole voci di costo (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza del 14 aprile 2010, n. 2070).

Questo Consiglio ha, altresì, chiarito che un'offerta non può essere ritenuta *ex se* anomala per la presenza di un utile esiguo, atteso che perfino un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante, come nel caso di ricadute positive che possono discendere per l'impresa in termini di qualificazione, pubblicità, curriculum, dall'essersi aggiudicata e dall'aver poi portato a termine un prestigioso appalto: con il che, se deve ritenersi che l'offerta economica complessivamente pari a zero equivale a mancata offerta economica, nel caso di un'offerta economica composta da più voci e che non sia, perciò, complessivamente pari a zero è necessario ponderare, per comprendere se ci si trovi di fronte ad un'offerta affidabile e seria, l'offerta nel suo complesso (Sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4978; Cons. Stato 9249/2023).

Applicando le sopra indicate coordinate interpretative alla fattispecie oggetto di giudizio, il Collegio osserva che le contestazioni rivolte all'odierna appellata si traducono in rilievi alla formulazione tecnica dell'offerta, senza che, tuttavia, emergano evidenze idonee a supportare l'insostenibilità economica della stessa.

L'art. 8, comma 1 bis della l. n. 68 del 1999, infatti, demanda la valutazione delle capacità lavorative e la definizione di strumenti e prestazioni atti all'inserimento delle persone con disabilità, oltre che i controlli successivi, ad un comitato tecnico, operante presso i servizi per il collocamento, composto da funzionari dei servizi medesimi e da esperti del settore sociale e medico-legale, con particolare riferimento alla materia della disabilità.

Ne deriva, dunque, l'inesigibilità, al momento della presentazione dell'offerta e anche in sede di verifica della relativa anomalia, di elementi non ancora noti all'operatore economico, la cui definizione è per legge demandata ad apposito organo collegiale tecnico, in possesso delle necessarie competenze.

Al riguardo, peraltro, non appare ultroneo sottolineare la rilevanza che il principio di buona fede riveste anche nella contrattualistica pubblica e che il principio della fiducia quale criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale, ora positivizzato dal d.lgs. n. 36 del 2023, costituisce il portato di un approccio non certo ignoto al sistema anche in precedenza, secondo condizioni di reciprocità, quale fiducia, cioè, sia nelle amministrazioni sia negli operatori privati e, più in generale, nella capacità del complessivo assetto di disciplina ad assicurare la risoluzione dei profili di criticità e complessità che spesso connotano l'individuazione della regola del caso concreto.

Né va trascurato il generale principio, di parità di trattamento dei lavoratori, positivizzato dall'art. 3, comma 1 del d.lgs. n. 216 del 2003 ("Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e della direttiva n. 2014/54/UE relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori"), "*senza distinzione di religione, di convinzioni personali, di handicap, di età, di nazionalità e di orientamento sessuale*".

Da quanto esposto discende che l'impiego di diciassette unità di personale affette da una invalidità superiore a 79%, su un totale di ventinove lavoratori complessivi, da impiegare quale manodopera operativa, non costituisce oggetto di un apprezzamento demandato alla stazione appaltante, nei termini in cui è stato, invece, svolto nella fattispecie, tenuto conto sia della disciplina normativa di riferimento sia delle previsioni della *lex specialis*.

Come in precedenza evidenziato, infatti – a prescindere da ulteriori considerazioni – la stazione appaltante non ha previsto l'esclusione dell'impiego di personale con disabilità, né che specifiche mansioni fossero riservate a normodotati. In ogni caso, come pure sopra rimarcato, l'idoneità del lavoratore con disabilità allo svolgimento delle mansioni alle quali sarà

adibito costituisce oggetto di una valutazione propedeutica alla stipulazione del contratto di lavoro.

Ne deriva, dunque, che non può ritenersi persuasivo il rilievo riferito alla concreta e duratura disponibilità degli incentivi previsti per i lavoratori disabili istituito dall'art. 13, comma 4, della l. n. 68 del 1999. Ai sensi del comma 1 bis di detta disposizione, l'incentivo è "*concesso, nella misura del 70 per cento della retribuzione mensile lorda imponibile ai fini previdenziali, per ogni lavoratore con disabilità intellettiva e psichica che comporti una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45 per cento, per un periodo di 60 mesi, in caso di assunzione a tempo indeterminato o di assunzione a tempo determinato di durata non inferiore a dodici mesi e per tutta la durata del contratto*". Tenuto conto non è stata contestata nemmeno la capienza del fondo in questione sia al momento della presentazione dell'offerta sia al momento in cui sono state rese le giustificazioni dall'odierna appellante, la disponibilità degli incentivi, alla luce della formulazione della sopra richiamata disposizione, non può essere ritenuta implausibile.

3.4. Non corrisponde al vero che il Tar abbia ignorato che la relazione depositata dall'Università nonostante essa avesse evidenziato pienamente l'incongruità dell'offerta di Romeo anche sotto altri profili e confermato l'erosione pressoché completa dell'utile quantificato in sede di gara, avendo il Tar affermato, condivisibilmente che "*La sostituzione anche di una parte limitata degli impianti non può non determinare anche una riduzione dei guasti e della necessità di ricambi; di tale profilo l'Amministrazione non ha tenuto alcun conto, provvedendo ad una stima dei maggiori costi basata unicamente su dati storici (non esplicitati), non corretti al fine di tener conto delle migliorie, anche se di ridotto impatto.... Allo stesso modo la valutazione condotta non ha tenuto conto dell'impatto della sostituzione del generatore di calore sulla riduzione del consumo di gas, evidenziando il previsto incremento dei volumi ma non l'ovvia compensazione di tale incremento con il decremento derivante dal miglioramento dell'impianto, peraltro nell'assoluta oscurità dei calcoli effettuati*".

In più può, sinteticamente, rilevarsi che alcune affermazioni di principio dell'appellante, ove accolte colliderebbero con:

a) il *favor* espresso dall'ordinamento verso l'impiego nella contrattualistica pubblica dei lavoratori affetti da disabilità, sia nel codice antevigente, *ratione temporis* applicabile, ma anche (ovviamente ciò si afferma a meri fini di visione d'insieme) nel codice n. 36 del 2023 (cfr lett. h della legge delega, “ *previsione della facoltà, per le stazioni appaltanti, di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione a operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate; previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire, nei bandi di gara, avvisi e inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi beni culturali, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali con le quali sono indicati, come requisiti necessari dell'offerta, criteri orientati tra l'altro a: OMISSIS...3) promuovere meccanismi e strumenti anche di premialità per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate; nonché, oltre all'art. 57 del d.Lgs 36 del 1023, menzionato dal Tar, artt 61 e 102 comma I lett. c del medesimo decreto 36*);

b) gli approdi della giurisprudenza amministrativa in punto di riconoscibilità di eventuali disposizioni di favore, e sgravi nella valutazione di sostenibilità dell'offerta (ex aliis Cgars n. 563 del 24 agosto 2023, e giurisprudenza ivi richiamata: Cons. Stato, sez. III, n. 1480 del 2023, §§ 4.5. e ss; conformi Cons. Stato, sez. V, n. 4191 del 2022, § 22.1; id., sez. III, n. 5022 del 2022, § 10.3).

L'appello principale deve essere, pertanto, respinto, con assorbimento della trattazione dei motivi non esaminati dal TAR e riproposti dalla appellata.

4. Passando all'appello incidentale proposto da Graded S.p.A., osserva il Collegio che il giudizio di primo grado instaurato da quest'ultima (r.g. n. 1099/2023) è stato dichiarato improcedibile “essendo venuto meno il

provvedimento impugnato”, a seguito dell’accoglimento del distinto ricorso proposto da Romeo.

L’appellante incidentale deduce *error in procedendo* - Erroneità della sentenza per violazione del diritto di difesa e del contraddittorio ex artt. 24 e 111 della Costituzione - Omesso esame nel merito del ricorso proposto da Graded – Nullità della sentenza - Rimessione della causa al Tar ai sensi dell’art. 105 del c.p.a.

Evidenzia che la sentenza risulta affetta da un grave errore in procedendo, tale da determinare l’annullamento con rinvio al primo giudice, ai sensi dell’art. 105 c.p.a. Ed invero, il TAR aveva dichiarato improcedibile il ricorso proposto da Graded per sopravvenuta carenza di interesse per effetto dell’accoglimento del distinto ricorso proposto da Romeo in cui Graded non era parte e non si era potuta difendere.

Poiché il ricorso di Romeo era rivolto all’annullamento della propria esclusione dalla gara e poi, in via derivata, contro il provvedimento di aggiudicazione in favore di Siram, pure impugnato da Graded con proprio autonomo ricorso, con censure escludenti, la sentenza su questo punto sarebbe affetta da un radicale vizio in quanto sarebbe stato violato il diritto di difesa e contraddittorio essendo la declaratoria di improcedibilità dipesa da un giudizio – quello proposto da Romeo - in cui Graded non era parte e non si era potuta difendere.

La censura è inammissibile ed infondata, come infondato è, nel merito, l’appello incidentale proposto da Graded.

Correttamente il Tar ha riunito i due ricorsi che hanno impugnato, sotto diversi profili la aggiudicazione nei confronti di Siram. Non vi è dubbio che le diverse impugnative relative a una stessa gara e la conseguente aggiudicazione siano connesse oggettivamente e - parzialmente - soggettivamente sicché è, più che opportuno, necessario che vengano trattate

congiuntamente per l'evidente necessità di evitare contrasti di giudicati e ineffettività della tutela giurisdizionale.

Nessuna lesione del contraddittorio è ravvisabile in quanto Graded non era contraddittore necessario nella impugnazione della esclusione alla gara proposta da Romeo e alla domanda di annullamento della aggiudicazione di Siram. Graded, al contrario era certamente al corrente del ricorso pendente avverso l'aggiudicazione di Siram, che era stata sospesa per effetto di provvedimento cautelare nel giudizio proposto da Romeo Gestioni S.p.A., e ben poteva convenire quest'ultima nel giudizio proposto successivamente o intervenire nel primo, piuttosto che restare inerte.

Mutatis mutandis, possono in proposito, mutuarsi alcune considerazioni – che il Collegio condivide e fa proprie – contenute nella nota decisione della Quarta Sezione di questo Consiglio di Stato, 13 marzo 2014, n. 1243: *“la tesi esposta, inoltre, condurrebbe ad inammissibili conseguenze sotto il profilo processuale conducendo ad una –facilmente preconizzabile– evenienza che si pone in contrasto con tutta la sistematica del codice improntata ad un evidente favor per il simultaneus processus.*

La parte privata, avendo la mera facoltà (ma non anche il dovere a pena di decadenza) di proporre l'impugnazione, potrebbe articolare la propria strategia processuale improntandola alla frantumazione, risolvendosi a gravare soltanto alcune delle prescrizioni “lesive”, e riservandosi l'impugnazione di altre in sede di emissione dell'atto applicativo: ciò renderebbe ingestibile il rito processuale, e soprattutto impedirebbe all'amministrazione un sereno giudizio in ordine alla possibilità di proseguire nella propria azione amministrativa (non è detto che le doglianze che l'impugnante si è –legittimamente, seguendo detta prospettiva- riservato di proporre in seguito non possano essere fondate, rispetto a quelle disattese in sede di impugnazione contro il bando): il rischio sarebbe quello di una proliferazione frantumata e parcellizzata del contenzioso senza alcuno dei benefici in termini di “certezza delle situazioni giuridiche” che l'appellante prospettava quale ragione giustificativa dell'auspicato indirizzo evolutivo.”

Le censure sono quindi inammissibili in quanto proposte per la prima volta in appello.

Le censure proposte avverso la sentenza nella parte in cui ritiene ammissibile e accoglie il ricorso introduttivo di Romeo (motivo n. 3 dell'appello incidentale) sono in ogni caso infondate, in quanto coincidenti con le censure proposte da Siram, e in precedenza disattese dal Collegio, e per le medesime considerazioni reiettive prima esposte.

Più in particolare, e per mera aspirazione alla completezza espositiva, si evidenzia che Graded deduce: difetto di motivazione e istruttoria – Insindacabilità delle valutazioni sulla verifica di anomalia – Incongruità, indeterminatezza ed inaffidabilità dell'offerta di Romeo – Violazione della par condicio tra gli altri operatori economici in gara.

Evidenzia, nell'ipotesi in cui il Consiglio di Stato non ritenesse possibile un rinvio al primo giudice, ai sensi dell'art. 105 c.p.a, che la sentenza, laddove accoglie il ricorso di Romeo riammettendolo in gara, è viziata in quanto esorbita dai limiti del sindacato del giudice amministrativo, entrando nel merito delle valutazioni dell'amministrazione, seppure non risultando le stesse illogiche o irragionevoli.

Sottolinea che, a fronte della rideterminazione dell'utile di impresa ricalcolato in euro 293.718,32, nell'arco dello svolgimento dell'intero servizio, era del tutto corretto, come sostenuto dal RUP, data l'incertezza delle previsioni di assunzione del personale disabili, che tale rischio utile (pari a circa 1% dell'importo a base d'asta), verosimilmente poteva essere annullato o addirittura assumere un valore negativo se a tali extracosti non contemplati dal O.E. si aggiungevano gli extracosti da sostenere in mancanza degli sgravi fiscali, pari a 200 mila euro l'anno.

Per l'infondatezza del motivo che sostanzialmente riproduce quelli proposti nell'appello principale, basti richiamare quanto già affermato nell'esame di quest'ultimo.

5.L'annullamento della aggiudicazione di Siram priva di interesse l'appello incidentale proposto da Graded, nella parte in cui censurava l'aggiudicazione alla controinteressata.

6. L'accoglimento dell'appello principale di Romeo rende privo di interesse anche appello incidentale proposto dall'appellante principale Siram nei confronti dell'appello incidentale di Graded rivolto nei suoi confronti.

In conclusione l'appello principale deve essere respinto, l'appello incidentale proposto da Graded deve essere dichiarato inammissibile e comunque infondato e quello di Siram parimenti dichiarato improcedibile.

Le spese dell'appello principale seguono la soccombenza e vanno poste, in solido a carico di Siram e di Graded, mentre le spese degli appelli incidentali devono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello principale e sugli appelli incidentali:

Respinge l'appello principale; dichiara inammissibile e infondato l'appello incidentale proposto da Graded S.p.A. e inammissibile quello proposto da Siram S.p.A.

Condanna in solido Siram S.p.A. e Graded S.p.A. al pagamento delle spese processuali di questo grado di giudizio in favore di Romeo Gestioni S.p.A. liquidandole in €4000,00 oltre accessori di legge, se dovuti.

Compensa le spese processuali relative agli appelli incidentali e quelle concernenti la posizione dell'Università.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Rosaria Maria Castorina

IL PRESIDENTE
Fabio Taormina

IL SEGRETARIO