



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1029 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con (...), (...) e (...), in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la (...), in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

la (...), in persona del Presidente *pro tempore*, il (...), in persona del (...), il (...), e il Ministero delle imprese e del made in Italy, in persona del (...) tutti rappresentati e difesi (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di (...) in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con (...) non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della nota prot. n. AOO-GRT/0324423 /D.60.40.10, inviata in data 7.06.2024 dalla stazione appaltante, e segnatamente dal Presidente del seggio di gara, con la quale è stata comunicata l'esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria (...) dalla partecipazione alla gara per l'affidamento dei servizi per lo sviluppo e manutenzione (comprendente di progettazione, gestione assistenza) dei sistemi informativi che hanno come dominio applicativo le politiche del lavoro la formazione e l'orientamento, l'istruzione e la gestione e rendicontazione dei fondi comunitari – Giunta regionale e altri Enti del territorio regionale (...) *“in ragione dell'omessa dichiarazione di cui all'art. 47 del Decreto-Legge 31 maggio 2021 n. 77 conv. con modificazioni dalla L. 29 luglio 2021 n. 108, da parte della mandante (...) in ordine all'impegno di assicurare l'assunzione della quota di occupazione giovanile e femminile”*;

- per quanto occorrer possa, della nota prot. n. AOO- GRT/0304615/D.60.40.10 del 31.05.2024, inviata dalla stazione appaltante al raggruppamento temporaneo capeggiato da (...), con la quale nella quale si richiedeva *“di fornire eventuali chiarimenti al fine di consentire all'Amministrazione di fare le necessarie valutazioni in ordine all'ammissibilità del RTI, visto quanto previsto dal Disciplinare di Gara al punto 9 e 14”*;

- di ogni eventuale atto istruttorio, prodromico parere, o comunque atto presupposto della comunicazione di cui al 7.06.2024 e di cui al 31.05.2024, anche eventualmente al momento attuale non conosciuto;

- del verbale della seduta di gara, di data e contenuto sconosciuto, nella quale è stata disposta l'esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese odierno ricorrente;

- di tutti gli atti della medesima gara, connessi, presupposti e conseguenti;

- per quanto occorrer possa, del bando di gara, della *lex specialis* di gara e in particolare delle previsioni di cui agli artt. 9 e art. 14 del disciplinare di gara – ove non ritenuti nulli – se interpretati nel senso di imporre a pena di esclusione la dichiarazione di cui all'art. 47 del decreto legge n. 77/2021, nonché nel senso di imporre l'esclusione dalla possibilità di effettuare il soccorso istruttorio per i concorrenti che debbano fornire chiarimenti, rettifiche o elementi integrativi e/o correttivi in ordine a tali dichiarazioni;

- del provvedimento di aggiudicazione eventualmente nel frattempo intervenuto, nonché di tutti gli atti compiuti successivamente al provvedimento comunicato in data 7.06.2024, nella parte in cui non contemplano quale soggetto partecipante alla procedura in oggetto il raggruppamento temporaneo di imprese composto da (...) in qualità di mandataria, nonché da (...) in qualità di mandanti;

- di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, con particolare riferimento ad eventuali ulteriori provvedimenti conclusivi della procedura, anche non conosciuti, ivi compreso espressamente il contratto di appalto eventualmente già stipulato con l'eventuale aggiudicataria;

nonché

- per la condanna della stazione appaltante ad ammettere il raggruppamento temporaneo di imprese odierno ricorrente alla procedura *de qua*;

- per la declaratoria di inefficacia dell'eventuale aggiudicazione definitiva e per la declaratoria di nullità ed inefficacia del contratto di appalto, inerente alla gara sopraindicata, ove stipulato anche in corso di giudizio con ogni conseguenza di legge in favore dell'odierno raggruppamento temporaneo ricorrente;

e con espressa riserva di agire in separato giudizio per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, qualora non sia possibile il subentro in ragione del tempo decorso, per equivalente economico;

previo, in ogni caso, accertamento e/o dichiarazione di nullità per violazione dell'art. 10, co. 2, del d.lgs. n. 36/2023
- della previsione dell'art. 9 del disciplinare di gara che ha previsto una ipotesi di esclusione per l'omesso impegno, in caso di aggiudicazione, ad assicurare una quota pari al 30% delle assunzioni necessarie di occupazione giovanile e femminile, non espressamente prevista dal d.lgs. n. 36/2023 e segnatamente dagli artt. 94 e 95, in contrasto con le previsioni di cui all'art. 10, co. 2 del medesimo decreto legislativo;

- nonché dell'art. 14 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede che *“non è sanabile mediante soccorso istruttorio l'omesso impegno ad assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, l'assunzione di una quota di occupazione giovanile e femminile di cui all'art. 9 del presente bando”*;

per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 6.08.2024:

- della comunicazione ai sensi dell'art. 90, co. 1, lett. d), del d.lgs. n. 36/2023 inviata in data 25.07.2024, prot. AOO-GRT/416226 /D60.40.10, a seguito del decreto dirigenziale n. 16880 del 22.07.2024, successivamente certificato, con la quale la stazione appaltante, nella persona del Presidente del seggio di gara, ha comunicato l'esclusione del raggruppamento ricorrente, per le motivazioni contenute nel verbale del 19.07.2024;

- del verbale della seduta del 19.07.2024 n. 10082 di repertorio e 6176 di raccolta, con il quale il Presidente del seggio di gara *“esclude dalla gara il RTI con capogruppo (...) per aver la mandante omesso, barrandola, la dichiarazione in ordine all'impegno ad assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, l'assunzione della quota di occupazione giovanile e femminile prevista secondo le previsioni del disciplinare di gara”*;

- del decreto dirigenziale n. 16880 del 22.07.2024, certificato in data 23.07.2024, di approvazione dei verbali di gara;

- della nota del 19.07.2024, con la quale il Presidente del seggio di gara ha comunicato di aver concluso la fase di esame della documentazione amministrativa nella seduta di gara in pari data, ammettendo sia il RTI con capogruppo (...) che il RTI con capogruppo (...) escludendo il raggruppamento odierno ricorrente;

- del provvedimento comunicato in data 9.07.2024, prot. n. AOO-GRT / 0388447 /D. 60.400, con il quale il Presidente del seggio di gara, ad integrazione della precedente comunicazione del 7.06.2024, ha ritenuto di non poter accogliere l'istanza di non procedere alla esclusione del raggruppamento (...), per le motivazioni meglio specificate nel suddetto atto e *“Alla luce di quanto esposto, ed al fine di non alterare la par condicio fra i concorrenti, si conferma quanto comunicato nella ns. precedente nota Prot. AOO-GRT/0324423/D.60.40.10 del 7/06/2024 e si preannuncia che nella prossima seduta di gara verrà disposta l'esclusione dalla partecipazione alla gara di codesto Raggruppamento”*;

- della nota prot. n. AOO-GRT/0324423 /D.60.40.10 inviata in data 7.06.2024 dalla stazione appaltante, e segnatamente dal Presidente del seggio di gara, con la quale è stata comunicata l'esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria (...) dalla partecipazione alla gara per l'affidamento dei servizi per lo sviluppo e manutenzione (comprendente di progettazione, gestione assistenza) dei sistemi informativi che hanno come dominio applicativo le politiche del lavoro la formazione e l'orientamento, l'istruzione e la gestione e rendicontazione dei fondi comunitari – Giunta regionale e altri Enti del territorio regionale (CIG (...)) *“in ragione dell'omessa dichiarazione di cui all'art. 47 del Decreto-Legge 31 maggio 2021 n. 77 conv. con modificazioni dalla L. 29 luglio 2021 n. 108, da parte della mandante (...) in ordine all'impegno di assicurare l'assunzione della quota di occupazione giovanile e femminile”*;

- per quanto occorrer possa, della nota prot. n. AOO- GRT/0304615/D.60.40.10 del 31.05.2024, inviata dalla stazione appaltante al raggruppamento temporaneo capeggiato da (...), con la quale nella quale si richiedeva *“di fornire eventuali chiarimenti al fine di consentire all'Amministrazione di fare le necessarie valutazioni in ordine all'ammissibilità del RTI, visto quanto previsto dal Disciplinare di Gara al punto 9 e 14”*;

- per quanto occorrer possa, dei verbali del 23.05.2024, n. 10032 di repertorio e 6157 di raccolta, e del 24.05.2024, n. 10034 di repertorio e 6159 di raccolta, nella parte in cui il Presidente del seggio di gara, dopo aver rilevato che secondo il disciplinare di gara non era sanabile l'omesso impegno ad assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, l'assunzione di una quota di occupazione giovanile e femminile si è riservato di effettuare approfondimenti;

- di ogni eventuale atto istruttorio, prodromico parere, o comunque atto presupposto della comunicazione di cui al 7.06.2024 e di cui al 31.05.2024, anche eventualmente al momento attuale non conosciuto;

- di tutti gli atti della medesima gara, connessi, presupposti e conseguenti;

- per quanto occorrer possa, del bando di gara, della *lex specialis* di gara e in particolare delle previsioni di cui agli artt. 9 e art. 14 del disciplinare di gara – ove non ritenuti nulli – se interpretati nel senso di imporre a pena di esclusione la dichiarazione di cui all'art. 47 del decreto legge n. 77/2021, nonché nel senso di imporre l'esclusione dalla possibilità di effettuare il soccorso istruttorio per i concorrenti che debbano fornire chiarimenti, rettifiche o elementi integrativi e/o correttivi in ordine a tali dichiarazioni;

- del provvedimento di aggiudicazione eventualmente nel frattempo intervenuto, nonché di tutti gli atti compiuti successivamente al provvedimento comunicato in data 7.06.2024, nella parte in cui non contemplano quale soggetto partecipante alla procedura in oggetto il raggruppamento temporaneo di imprese composto da (...) in qualità di mandataria, nonché da (...) in qualità di mandanti;

- di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, con particolare riferimento ad eventuali ulteriori provvedimenti conclusivi della procedura, anche non conosciuti, ivi compreso espressamente il contratto di appalto eventualmente già stipulato con l'eventuale aggiudicataria;

nonché

- per la condanna della stazione appaltante ad ammettere il raggruppamento temporaneo di imprese odierno ricorrente alla procedura *de qua*;

- per la declaratoria di inefficacia dell'eventuale aggiudicazione definitiva e per la declaratoria di nullità ed inefficacia del contratto di appalto, inerente alla gara sopraindicata, ove stipulato anche in corso di giudizio con ogni conseguenza di legge in favore dell'odierno raggruppamento temporaneo ricorrente;

e con espressa riserva di agire in separato giudizio per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, qualora non sia possibile il subentro in ragione del tempo decorso, per equivalente economico;

previo, in ogni caso, accertamento e/o dichiarazione di nullità per violazione dell'art. 10, co. 2, del d.lgs. n. 36/2023:

- della previsione dell'art. 9 del disciplinare di gara che ha previsto una ipotesi di esclusione per l'omesso impegno, in caso di aggiudicazione, ad assicurare una quota pari al 30% delle assunzioni necessarie di occupazione giovanile e femminile, non espressamente prevista dal d.lgs. n. 36/2023 e segnatamente dagli artt. 94 e 95, in contrasto con le previsioni di cui all'art. 10, co. 2, del medesimo decreto legislativo;

- nonché dell'art. 14 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede che *“non è sanabile mediante soccorso istruttorio l'omesso impegno ad assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, l'assunzione di una quota di occupazione giovanile e femminile di cui all'art. 9 del presente bando”*;

e per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (...) il 20.09.2024:

- di tutti gli atti già impugnati con i precedenti atti, primo ricorso e motivi aggiunti a valere quale ricorso autonomo;

- della delibera della Regione Toscana n. 1258 del 30.10.2023 e di tutti gli allegati, avente ad oggetto *“Prime indicazioni agli uffici regionali per l'effettuazione delle procedure di affidamento di lavori, forniture e servizi a seguito del Decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 Codice dei Contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022 n. 78 recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”*;

- del decreto dirigenziale n. 16880 del 22.07.2024 del dirigente responsabile del Settore contratti, con il quale sono stati approvati i verbali di gara del 23.05.2024, del 24.05.2024 e del 19.07.2024 ed è stato escluso il raggruppamento odierno ricorrente, disponendo parimenti di effettuare le comunicazioni di esclusione ai sensi dell'art. 90, co. 1, lett. d), del d.lgs. n. 36/2023;

- per quanto occorrer possa, per la declaratoria di incostituzionalità per violazione del riparto di competenze Stato-Regioni della legge regionale della Toscana n. 15 del 30 aprile 2024;

- di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, con particolare riferimento ad eventuali ulteriori provvedimenti conclusivi della procedura, anche non conosciuti, ivi compreso espressamente il contratto di appalto eventualmente già stipulato con l'eventuale aggiudicataria;

nonché

- per la condanna della stazione appaltante ad ammettere il raggruppamento temporaneo di imprese odierno ricorrente alla procedura *de qua*;

- per la declaratoria dell'inefficacia dell'eventuale aggiudicazione definitiva e per la declaratoria di nullità ed inefficacia del contratto di appalto, inerente alla gara sopraindicata, ove stipulato anche in corso di giudizio con ogni conseguenza di legge in favore dell'odierno raggruppamento temporaneo ricorrente;

e con espressa riserva di agire in separato giudizio per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, qualora non sia possibile il subentro in ragione del tempo decorso, per equivalente economico;

previo, in ogni caso, accertamento e/o dichiarazione di nullità per violazione dell'art. 10, co. 2, del d.lgs. n. 36/2023:

- della previsione dell'art. 9 del disciplinare di gara che ha previsto una ipotesi di esclusione per l'omesso impegno, in caso di aggiudicazione, ad assicurare una quota pari al 30% delle assunzioni necessarie di occupazione giovanile e femminile, non espressamente prevista dal d.lgs. n. 36/2023 e segnatamente dagli artt. 94 e 95, in contrasto con le previsioni di cui all'art. 10, co. 2, del medesimo decreto legislativo;

- nonché dell'art. 14 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede che *“non è sanabile mediante soccorso istruttorio l'omesso impegno ad assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, l'assunzione di una quota di occupazione giovanile e femminile di cui all'art. 9 del presente bando”*;

- della legge regionale n. 15 del 30 aprile 2024 della Regione Toscana per violazione del riparto delle competenze Stato-Regioni;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 ottobre 2024 il dott. Davide De Grazia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – Con decreto dirigenziale del 4.03.2024 e con successivo bando di gara pubblicato in data 11.04.2024, la (...), quale soggetto aggregatore, ha indetto una procedura per l'affidamento, per conto della stessa (...) e di altri enti e amministrazioni pubbliche e loro società *in house*, dei servizi per lo sviluppo e la manutenzione dei sistemi informativi per le politiche attive del lavoro, la formazione, l'orientamento e la gestione dei fondi comunitari, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuarsi sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

2. – Il disciplinare di gara prevedeva, all'art. 9 (dedicato a “*Requisiti di partecipazione e/o condizioni di esecuzione*”), che i concorrenti si impegnassero, a pena di esclusione, ad assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, in relazione alle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, una quota pari al 30% per cento di occupazione giovanile e una quota pari al 30% per cento di occupazione femminile, calcolate secondo le modalità di cui alle linee guida approvate con decreto ministeriale della Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento delle pari opportunità, del 7.12.2021 (recante “*Adozione delle linee guida volte a favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC*”).

Ai sensi dell'art. 15 del disciplinare, il suddetto impegno avrebbe dovuto essere formulato mediante dichiarazione integrativa alla domanda di partecipazione, da redigersi secondo il modello A.1 allegato alla documentazione di gara.

3. – Nel termine previsto dal bando e successivamente prorogato, (...) presentava la propria domanda di partecipazione alla gara quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese che vedeva come mandanti (...).

4. – Con nota del 31.05.2024, la stazione appaltante comunicava a (...) che, nel corso dell'esame della documentazione amministrativa dal raggruppamento erano emerse alcune criticità. Tra queste, in particolare, veniva rilevato che la dichiarazione di impegno di cui all'art. 9 del disciplinare di gara era stata prestata da tutti i membri ad eccezione della mandante (...) la quale aveva invece «*barrato/cancellato la stessa dichiarazione*», come infatti si evince dalla documentazione agli atti del giudizio.

La stazione appaltante attivava, pertanto, il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023, anche al fine di ottenere i chiarimenti necessari per consentire all'Amministrazione di valutare l'ammissibilità della domanda del raggruppamento.

5. – (...) riscontrava la richiesta di chiarimenti della stazione appaltante con la missiva del 6.06.2024, alla quale erano allegate le nuove dichiarazioni integrative “corrette” della mandante (...).

Quest'ultima rappresentava che nel modello A.1 trasmesso con la domanda di partecipazione, la dichiarazione relativa all'occupazione giovanile e all'occupazione femminile era stata barrata per mero errore materiale e provvedeva a riformulare la stessa dichiarazione conformemente alle indicazioni contenute nel disciplinare.

6. – Con nota del 7.06.2024, il Presidente del seggio di gara comunicava a (...) che, in esito all'esame della documentazione prodotta in sede di soccorso istruttorio, nella successiva seduta di gara sarebbe stata disposta l'esclusione del raggruppamento «*in ragione dell'omessa dichiarazione di cui all'art 47 del Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, da parte della mandante (...) in ordine all'impegno di assicurare l'assunzione della quota di occupazione giovanile e femminile*», e ciò in considerazione del fatto che «*[L]a tardiva dichiarazione trasmessa in sede di soccorso istruttorio da parte della mandante (...) non [poteva] essere accettata, pena la violazione del principio di par condicio, essendo espressamente previsto dal disciplinare di gara al punto 9 l'obbligatorietà di tale dichiarazione, a pena di esclusione e la sua non soccorribilità mediante soccorso istruttorio al punto 14*».

7. – Con nota del 12.06.2024 (...) argomentava sull'ammissibilità della domanda di partecipazione alla gara e, comunque, rappresentava alla stazione appaltante che nella stessa data del 12.06.2024 (...) aveva esercitato il recesso unilaterale dal raggruppamento temporaneo, che per l'effetto risultava a quel punto costituito da (...) (mandataria) e da (...) (mandanti), circostanza che, ai sensi degli artt. 68 e 97 del d.lgs. n. 36/2023, avrebbe imposto alla stazione appaltante di ammetterlo alla gara.

8. – Non avendo ricevuto riscontro alla nota cui si è fatto appena riferimento, con ricorso notificato il 5.07.2024 e depositato il 10.07.2024 (...) ha impugnato dinnanzi a questo Tribunale amministrativo regionale gli atti della procedura indicati in epigrafe – e, in particolare, la nota del 7.06.2024 – e ne ha chiesto l'annullamento, previa sospensione cautelare.

Con il primo motivo di ricorso, (...) sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto considerare la dichiarazione “barrata” dell'impegno di (...) relativo all'occupazione giovanile e all'occupazione femminile come il frutto di un mero errore materiale, facilmente percepibile e superabile alla luce delle dichiarazioni, formulate da tutti i componenti del RTI, (...) compresa, di «*accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le disposizioni contenute nella documentazione di gara*»: da tale dichiarazione, in applicazione del criterio di buona fede nell'interpretazione degli atti negoziali e del principio di conservazione del contratto di cui all'art. 1367 cod. civ., avrebbe dovuto essere desunto l'impegno di (...) anche all'osservanza della condizione posta dall'art. 9 del disciplinare, e ciò anche senza che fosse necessario attivare il subprocedimento del soccorso istruttorio, in applicazione del principio del risultato di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023.

Con il secondo mezzo, la società ricorrente evidenzia la contraddittorietà degli atti della stazione appaltante, che ha attivato il soccorso istruttorio, salvo poi ritenere l'omessa formalizzazione dell'impegno relativo all'osservanza delle quote occupazionali di cui all'art. 9 del disciplinare insuscettibile di soccorso istruttorio; tale ultima valutazione, poi, sarebbe in contrasto con le disposizioni di cui all'art. 47 del decreto legge n. 77/2021, dal momento che la dichiarazione in esse prevista, seppur considerata dalla legge come “requisito necessario dell'offerta”, non sarebbe propriamente un elemento dell'offerta, facendo essa parte delle dichiarazioni integrative della domanda di ammissione alla procedura; di conseguenza, secondo parte ricorrente, solo il rifiuto o la mancata assunzione dell'obbligo avrebbe potuto legittimamente condurre all'esclusione dell'operatore economico, e non la mancata o errata dichiarazione dovuta ad errore materiale.

Con il terzo motivo, (...), premesso che l'appalto di cui si controverte non è (attualmente) finanziato con risorse derivanti dal PNRR, sostiene che non avrebbe potuto darsi diretta applicazione alla disposizione di cui all'art. 47, co. 4, del decreto legge n. 77/2021, con l'ulteriore conseguenza che una clausola di esclusione quale quella di cui all'art. 9 del disciplinare dovrebbe considerarsi nulla, non potendo essa nemmeno ricondursi alle ipotesi di cui agli artt. 94 e 95 del codice dei contratti pubblici, con conseguente illegittimità del provvedimento di esclusione; comunque, se anche si ritenesse l'art. 47, co. 4, del decreto legge n. 77/2021 applicabile alla procedura di cui si discute, secondo la ricorrente esso non potrebbe fondare la previsione di una clausola di esclusione, con conseguente nullità o illegittimità anche della disposizione del disciplinare (art. 14) sulla inapplicabilità al riguardo del soccorso istruttorio, che di fatto introdurrebbe una sanzione espulsiva in violazione degli artt. 10, co. 2, 94 e 95 del d.lgs. n. 36/2023.

Con il quarto motivo di ricorso, (...) denuncia la violazione dell'art. 68, co. 9, del d.lgs. n. 36/2023, deducendo che nei raggruppamenti temporanei di imprese il regime di solidarietà passiva che si instaura nei confronti della stazione appaltante creditrice della prestazione farebbe sì che l'assunzione dell'obbligazione da parte di uno qualsiasi dei coobbligati componenti del raggruppamento libererebbe gli altri coobbligati in solido secondo il meccanismo di cui all'art. 1292 cod. civ., con la conseguenza, nel caso di specie, che anche a voler ritenere che (...) non si sia obbligata all'osservanza delle quote occupazionali di cui all'art. 9 del disciplinare, l'assunzione dell'obbligo da parte degli altri componenti del RTI sarebbe sufficiente per assicurare il rispetto delle quote occupazionali previste dalla *lex specialis*.

Con il quinto motivo, la società ricorrente deduce che l'esclusione sarebbe illegittima anche per violazione degli artt. 97, co. 2, e 68, co. 17, del codice dei contratti pubblici, che avrebbero consentito la permanenza in gara del raggruppamento a seguito dell'estromissione della mandante (...) comunicata alla stazione appaltante il 12.06.2024, visto che tutti gli altri componenti del raggruppamento si erano tempestivamente impegnati ad osservare le quote occupazionali di cui all'art. 9 del disciplinare di gara.

9. – Si sono costituiti per resistere al ricorso tanto la (...).

10. – Nelle more del giudizio, la stazione appaltante adottava ulteriori atti nella procedura di cui si controverte.

10.1. – Con nota del 9.07.2024, la Presidente di gara riscontrava la missiva di (...) del 12.06.2024 e comunicava che l'istanza volta a scongiurare l'esclusione del raggruppamento nella successiva seduta di gara non poteva essere accolta in ragione della inapplicabilità alla fattispecie degli artt. 97 e 68 del codice dei contratti pubblici.

10.2. – Con decreto del 22.07.2024, la dirigente responsabile del Settore contratti della (...) approvava i verbali di gara delle sedute del 23.05.2024, del 24.05.2024 e del 19.07.2024 e disponeva l'esclusione del RTI (...).

10.3. – L'esclusione del raggruppamento veniva infine comunicata alla mandataria (...) con nota trasmessa a mezzo della piattaforma START il 25.07.2024.

11. – Alla camera di consiglio del 25 luglio 2024 la società ricorrente ha rinunciato alla discussione dell'istanza cautelare dichiarando l'intenzione di proporre motivi aggiunti.

12. – Con atto notificato il 5.08.2024 e depositato il 6.08.2024, (...) ha impugnato con motivi aggiunti la comunicazione di esclusione del 25.07.2024, il verbale del 19.07.2024 e il decreto dirigenziale del 22.07.2024, oltre agli atti già gravati con il ricorso introduttivo, e ne ha chiesto l'annullamento previa sospensione cautelare, anche *inaudita altera parte*.

Con il primo motivo aggiunto, (...) deduce che il provvedimento di esclusione dalla gara sarebbe illegittimo per incompetenza, essendo stato adottato dal dirigente del Settore contratti e non dal RUP, che in materia di esclusioni avrebbe, ai sensi dell'art. 7, lett. *d*), dell'allegato I.2 al d.lgs. n. 36/2023, una competenza tipica ed esclusiva, non delegabile ad altri organi della stazione appaltante.

Gli altri cinque motivi aggiunti (contrassegnati con i numeri romani da II a VI) costituiscono pedissequa riproposizione dei cinque motivi del ricorso introduttivo.

13. – Con decreto monocratico n. 452 del 7 agosto 2024 questo Tribunale ha respinto l'istanza di misure cautelari urgenti, non risultando ancora convocata la seduta della commissione di gara per l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica e non sussistendo, pertanto, le condizioni richieste dall'art. 56, co. 1, cod. proc. amm.

14. – Alla camera di consiglio del 5 settembre 2024, parte ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare proposta con i motivi aggiunti.

15. – Con atto notificato il 17.09.2024 e depositato il 20.09.2024, (...) ha impugnato con ulteriori motivi aggiunti la delibera della Giunta regionale della Toscana n. 1258 del 30.10.2023.

L'unico motivo aggiunto così proposto è stato contrassegnato dalla ricorrente con il numero romano VI, ma costituisce mero ampliamento del primo dei motivi aggiunti notificati il 5.08.2024 e depositati il 6.08.2024: la società ricorrente deduce che la competenza di organi diversi dal RUP (come il responsabile del settore contratti della stazione appaltante) rispetto all'adozione del provvedimento di esclusione non potrebbe fondarsi sulle disposizioni della delibera della Regione Toscana n. 1258/2023, che non attribuirebbe in modo chiaro tale competenza al Settore contratti, né sulla legge regionale n. 15/2024, che è entrata in vigore in epoca successiva all'indizione della gara di cui si controverte e che, comunque, laddove interpretata nel senso di introdurre deroghe alle competenze del RUP stabilite dal codice dei contratti pubblici e dai suoi allegati, sarebbe da ritenersi illegittima per contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. *a*) e *e*), Cost.

16. – Nel corso del giudizio e in vista della discussione della causa sono state scambiate memorie e repliche tra la stazione appaltante e la società ricorrente.

In particolare, con memoria depositata il 23.07.2024, la (...), oltre a controdedurre puntualmente sul merito delle censure formulate da parte ricorrente con il ricorso introduttivo, ne ha eccepito l'inammissibilità perché proposto avverso un atto (la missiva del 7.06.2024) avente carattere meramente endoprocedimentale.

17. – All'udienza pubblica del 30 ottobre 2024, dopo ampia discussione delle parti, la causa è stata infine trattenuta in decisione.

DIRITTO

18. – In via preliminare, deve trovare accoglimento l'eccezione inammissibilità sollevata dalla (...) con riguardo al ricorso introduttivo del giudizio, con il quale (...) ha impugnato la nota del 7.06.2024.

Con tale missiva, infatti, il Presidente del seggio si è limitato a comunicare a (...), in esito all'esame della documentazione prodotta in sede di soccorso istruttorio, l'intenzione della stazione appaltante di disporre, nella successiva seduta di gara, l'esclusione del raggruppamento.

Alla luce del contenuto della nota, dunque, è da escludersi che essa possa essere ritenuta immediatamente ed autonomamente lesiva degli interessi di parte ricorrente.

Il ricorso introduttivo deve pertanto essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

Nell'esame degli ulteriori motivi di censura, dunque, si farà riferimento alla numerazione ordinale seguita dalla parte ricorrente nei motivi aggiunti.

19. – Passando all'esame dei motivi aggiunti, deve essere scrutinata innanzitutto la censura di incompetenza dell'organo che ha adottato il provvedimento di esclusione, che la società ricorrente ha formulato con il primo dei motivi aggiunti notificati il 5.08.2024 ed ha poi sviluppato con gli ulteriori motivi aggiunti notificati il 17.09.2024.

Per principio pacifico, infatti, la censura di incompetenza, per il suo carattere radicale e assorbente, non ammette di essere graduata dalla parte (Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5) e va scrutinata per prima in quanto, ove effettivamente sussistesse il vizio denunciato, il giudice non potrebbe esaminare le altre questioni senza incorrere nel divieto, posto dall'art. 34, co. 2, cod. proc. amm., di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 3 maggio 2021, n. 5148; TAR Umbria, 8 settembre 2020, n. 403).

Tanto premesso, il collegio non condivide la censura formulata da parte ricorrente.

L'art. 15, co. 4, del codice dei contratti pubblici stabilisce che «*[f]erma restando l'unicità del RUP, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono individuare modelli organizzativi, i quali prevedano la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento. Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP*».

La norma primaria, dunque, attribuisce all'autonomia organizzativa delle stazioni appaltanti la possibilità di nominare un responsabile di procedimento per la fase di affidamento e un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione, e ciò sull'implicita considerazione della diversità delle competenze professionali richieste nei due gruppi di attività, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento, che devono essere mantenute al responsabile unico di progetto.

D'altra parte, è significativo che, come rilevato dall'Amministrazione resistente, proprio con riguardo all'articolazione per fasi del procedimento di gara salva l'unicità del centro di responsabilità, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 43/2011, ha stabilito che la disciplina delle modalità organizzative dell'attività del responsabile unico del procedimento rientra nella materia della organizzazione amministrativa, riservata alle Regioni ai sensi del quarto comma dell'art. 117 Cost., con la conseguenza che in relazione a detta disciplina non possono venire in rilievo i principi fondamentali desumibili dalla legislazione dello Stato, i quali limitano la potestà legislativa regionale soltanto nelle materie di competenza concorrente ex art. 117, terzo comma, Cost.

Ciò premesso, a giudizio del collegio la Regione Toscana, con la delibera della Giunta n. 1258/2023 (seguita dalla legge regionale n. 15/2024), si è mossa entro i limiti della propria autonomia organizzativa, prevedendo che il Settore contratti (e per esso il suo dirigente responsabile) provveda ad approvare l'elenco delle offerte ammesse ed escluse e a trasmettere il provvedimento al RUP, senza con ciò incidere sulle funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del responsabile unico di progetto.

Del resto, le disposizioni di cui all'all. I.2 non possono indurre a conclusioni diverse anche in considerazione del fatto che le stesse sono destinate ad essere abrogate «*a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400*», regolamento governativo che, per quello che concerne l'organizzazione amministrativa, non potrà che riguardare le sole amministrazioni dello Stato, rimanendo alle Regioni la funzione normativa in materia di organizzazione regionale.

Il primo dei motivi aggiunti notificati il 5.08.2024, come poi ulteriormente sviluppato con i motivi aggiunti notificati il 17.09.2024, deve dunque essere respinto.

20. – Tra le altre censure, deve essere innanzitutto scrutinata, per ragioni di ordine logico, quella compendiata nel quarto motivo aggiunto (corrispondente al terzo motivo del ricorso introduttivo), relativa alla legittimità della previsione di cui all'art. 9 del disciplinare di gara, che prevedeva che i concorrenti avrebbero dovuto impegnarsi, a pena di esclusione, ad assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, all'occupazione giovanile una quota del 30% e a quella femminile una quota del 30% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali.

20.1. – Secondo parte ricorrente, la citata clausola e la sanzione espulsiva associata alla sua inosservanza non avrebbero potuto legittimamente trovare posto nella legge di gara, e ciò, in sintesi, perché l'art. 47 del decreto legge n. 77/2021, come convertito, obbliga le stazioni appaltanti all'inserimento di una simile clausola solo «*in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, nonché dal PNC*», ovvero agli appalti finanziati con risorse derivanti dal PNRR e dal Piano nazionale complementare.

Tale condizione, da intendersi di stretta interpretazione in ossequio ai principi di massima partecipazione e di tassatività delle clausole di esclusione, non sarebbe soddisfatta in relazione alla procedura di cui si controverte, giacché la legge di gara (art. 3 del disciplinare) prevede in termini solo eventuali che le amministrazioni aderenti all'accordo quadro facciano ricorso, oltre che a risorse di natura ordinaria, a fonti di finanziamento derivanti da programmi nazionali e comunitari come il PNRR.

Inoltre, come argomentato dalla difesa della ricorrente nel corso dell'udienza pubblica del 30 ottobre 2024, nessuna tra le fonti di finanziamento indicate nella determinazione a contrattare allegata agli atti di causa (pag. 6) sarebbe univocamente riconducibile alle risorse messe a disposizione dal PNRR.

20.2. – La (...) controdeduce sul punto (nella memoria depositata il 23.07.2024, pagg. 22-23) evidenziando:

- da un lato, che la procedura di gara di cui si controverte si inserisce, oggi, nell'ambito delle misure previste dal Piano di potenziamento dei centri per l'impiego (PES), oggi ricompreso nella Misura 5 – Componente 1 (Inclusione e coesione/Politiche per il lavoro) – Investimento 1.1, della programmazione PNRR, come tale finanziabile anche solo in parte con i fondi previsti da quest'ultimo Piano;

- dall'altro lato, che, trattandosi di un accordo quadro aperto all'adesione di diverse amministrazioni (enti e amministrazioni pubbliche del territorio regionale e loro società *in house*), per conto delle quali la Regione ha svolto il ruolo di soggetto aggregatore (oltre a prestare adesione per proprio conto all'accordo quadro), la particolare conformazione dell'intervento non permetterebbe di stabilire con certezza *ex ante* né quali amministrazioni aderiranno effettivamente all'accordo quadro stipulando i singoli "contratti applicativi", né quali coperture finanziarie saranno a tali fini concretamente attivate.

20.3. – Così sintetizzate le posizioni delle parti, il collegio ritiene di non poter condividere le doglianze formulate dalla ricorrente.

A tal fine deve muoversi dalla premessa, non contestata e dunque pacifica (*ex art. 64, co. 2, cod. proc. amm.*), che il servizio di cui si controverte, già in corso di esecuzione presso la (...) dal 2017 (come dichiarato dalla difesa regionale nel corso dell'udienza pubblica e come si desume dalle premesse della determinazione a contrattare, doc. 1 della produzione dell'Amministrazione resistente), è oggi per il suo oggetto riferibile all'ambito delle misure previste dal Piano di potenziamento dei centri per l'impiego (PES), ricompreso nella Misura 5 – Componente 1 (Inclusione e coesione/Politiche per il lavoro) – Investimento 1.1, della programmazione PNRR.

Risulta coerente con tale premessa il passaggio della determinazione a contrattare nel quale si dà atto che la documentazione di gara è congruente con le disposizioni della programmazione comunitaria e nazionale, con particolare riferimento, oltre che ai programmi regionali FESR 2021-2027 e FSE+ 2021-2027, anche «*al Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza e alle successive disposizioni che regolano il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alle relative Linee Guida di Rendicontazione*».

Entro questa cornice si apprezza la coerenza della previsione, contenuta nel disciplinare di gara (art. 3), secondo cui «[l]’appalto è finanziato con risorse afferenti al bilancio di ogni singola Amministrazione contraente e possono essere utilizzate oltre alle risorse di natura ordinaria anche fonti di finanziamento derivanti da Programmi nazionali e comunitari (PNRR, PR FESR 21/27, PR FSE + 21/27)».

Pertanto, se è vero che le fonti di finanziamento indicate nella tabella riportata a pag. 6 della determinazione a contrattare (fonti UE, Stato e Regione) non sono univocamente riconducibili alle risorse messe a disposizione dal PNRR, è altrettanto evidente che tali fonti coprono solo una minima parte (€ 2.900.000,00) dell'importo complessivo dell'accordo quadro (pari a € 57.600.000,00, comprensivo delle opzioni, come si evince dall'art. 4 del capitolato normativo): l'importo indicato nella determinazione a contrattare è infatti riferibile all'adesione all'accordo quadro della sola (...), mentre la ben più cospicua parte residua dell'importo massimo stimato dell'appalto costituisce l'onere economico cui dovranno farsi carico le amministrazioni aderenti diverse dalla Regione, per le quali quest'ultima ha svolto la funzione di soggetto aggregatore.

Così ricostruita la cornice entro la quale l'accordo quadro è destinato ad operare, al collegio appare ragionevole la scelta della (...) di inserire nella legge di gara la clausola di cui all'art. 9 del disciplinare.

Infatti, premesso che l'accordo quadro è destinato a costituire per la (...), le altre amministrazioni pubbliche aderenti e l'unico operatore economico che sarà selezionato all'esito della procedura di cui si controverte la fonte normativa dei reciproci diritti e obblighi in fase di esecuzione dei contratti attuativi, non è meritevole di censura la previsione, nell'unico atto a tal fine previsto (ai sensi dell'art. 47, co. 4, del decreto legge n. 77/2021, che a tal fine fa riferimento ai bandi di gara, agli avvisi e agli inviti), della clausola diretta all'inserimento, come requisito necessario dell'offerta, dell'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, quote pari almeno al 30% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile.

Tenuto conto del particolare meccanismo di attuazione dell'accordo quadro, infatti, ove (...), pur in presenza, secondo quanto sopra si è detto, della concreta possibilità dell'utilizzazione di fondi derivanti dal PNRR da parte delle amministrazioni aderenti, non avesse inserito nella legge di gara la suddetta clausola, si sarebbe potuta verificare la situazione per cui, al termine della esecuzione dell'accordo, la stessa stazione appaltante avrebbe dovuto rendicontare un'attività in parte finanziata con fondi del PNRR, ma svolta da un operatore che, all'atto della presentazione dell'offerta del RTI del quale era componente, si era rifiutato di impegnarsi all'osservanza delle quote occupazionali di cui all'art. 47 del decreto legge n. 77/2021.

Una simile concreta eventualità giustifica l'inserimento della clausola di cui si controverte nella legge di gara, con conseguente infondatezza del motivo formulato da (...).

21. – Venendo alle rimanenti censure formulate da parte ricorrente, l'esame dei motivi aggiunti notificati il 5.08.2024 richiedono che siano più puntualmente definiti, per quanto qui di interesse, i profili relativi ai contenuti e alle modalità delle dichiarazioni richieste dalla legge di gara e alle dichiarazioni integrative formulate da (...) e presentate dal (...).

21.1. – Il disciplinare di gara, per quanto qui di rilievo, prevedeva che:

- il concorrente, a pena di esclusione, avrebbe dovuto impegnarsi ad assicurare, in caso di aggiudicazione, all'occupazione giovanile una quota del 30% e a quella femminile una quota del 30% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali (art. 9);
- l'assunzione dell'impegno appena ricordato avrebbe dovuto essere formalizzata utilizzando il modello A.1 (art. 15);
- l'omissione del suddetto impegno non era sanabile mediante soccorso istruttorio (art. 14);
- la domanda e le ulteriori dichiarazioni rese nel modello A.1 avrebbero dovuto essere sottoscritte, in caso di raggruppamento temporaneo, da ciascuno dei componenti del raggruppamento (artt. 15.1 e 15.1.1);
- il modello A.1, poi, precisava che, nel caso di raggruppamenti temporanei, la dichiarazione di impegno relativa alle quote occupazionali di cui all'art. 9 del disciplinare avrebbe dovuto essere resa da ciascun membro e sarebbe stata intesa come riferita al raggruppamento nel suo complesso.

21.2. – Quanto alle modalità della compilazione della documentazione necessaria alla partecipazione alla gara, il disciplinare di gara prevedeva, all'art. 15.1, che la relativa domanda era costituita da due distinti documenti: la domanda di partecipazione generata dalla piattaforma e compilata *online* sulla stessa e le dichiarazioni integrative alla domanda da redigersi secondo il modello A.1.

Il modello A.1, allegato ai documenti di gara, serviva per la raccolta, da parte di ciascun soggetto interessato, di diverse dichiarazioni, tra le quali quella contenente l'impegno alla garanzia delle quote occupazionali di cui al citato art. 9 del disciplinare.

In vero, il modello, così come costruito dalla stazione appaltante, conteneva una molteplicità di dichiarazioni, non tutte necessariamente da compilarsi, tanto che era previsto che dovevano essere compilati «*soltanto i campi di interesse*» essendo in alcuni casi richiesto di scegliere una delle opzioni eliminando le altre.

A seconda del modo in cui era formulata ciascuna delle clausole, il compilatore del modello A.1 avrebbe dunque potuto: contrassegnare (con una crocetta o, come si usa dire nel gergo informatico, “*flaggarle*”) la clausola, eventualmente inserendo elementi o valori richiesti all'operatore; lasciare la clausola priva di alcun segno grafico; eliminare l'intera clausola.

Nella prima ipotesi, sarebbe stata chiara la volontà del dichiarante di aderire alla clausola contrassegnata, con specificazione degli elementi o valori per i quali tale adesione era stata manifestata.

Nel secondo caso, l'atteggiamento meramente omissivo avrebbe potuto lasciare il dubbio della reale volontà del compilatore, salvo che la clausola lasciata priva di segni grafici fosse stata alternativa ad una espressamente accettata dall'interessato, circostanza in presenza della quale si sarebbe potuto ritenere che quest'ultima fosse stata accettata e la prima, alternativa, rifiutata.

Nel caso oggetto del presente giudizio si è verificata la terza delle ipotesi sopra formulate: il modello A.1 conteneva un testo della clausola relativa al rispetto delle quote occupazionali di cui all'art. 9 del disciplinare rispetto al quale non era richiesta una specifica accettazione (non vi era un quadratino da contrassegnare con una crocetta o altro segno), dovendo solo essere inseriti dall'operatore i valori percentuali, comunque non inferiori al 30%, che si impegnava a garantire in termini di occupazione femminile e di occupazione giovanile; (...), nel compilare le proprie dichiarazioni integrative, ha cancellato, barrandola, l'intera clausola.

22. – I rilievi appena svolti inducono il collegio a ritenere infondata la doglianza contenuta nel secondo motivo aggiunto (corrispondente al primo motivo del ricorso introduttivo).

Non si ravvedono, infatti, le condizioni per ritenere che l'integrale cancellazione della clausola relativa alle quote occupazionali possa considerarsi alla stregua di un mero errore materiale, facilmente percepibile e superabile dalla stazione appaltante alla luce della accettazione incondizionata delle disposizioni contenute nella documentazione di gara.

La legge di gara, infatti, esige che i partecipanti dichiarassero espressamente il proprio impegno a garantire le quote assunzionali di cui all'art. 9 del disciplinare ed anzi richiedeva che gli stessi indicassero le percentuali (comunque non inferiori al 30%) di impiego di giovani e di lavoratrici che si impegnavano ad assicurare.

Per contro, (...) non si è limitata a lasciare in bianco gli spazi nei quali avrebbe dovuto indicare le percentuali che si impegnava a garantire, ma ha cancellato, barrandola, l'intera clausola, con tale intervento grafico manifestando una volontà incompatibile con la volontà di obbligarsi all'osservanza di quelle quote di assunzioni.

Anche la circostanza che, con la domanda di partecipazione e con il modello A.1, (...) ha dichiarato «*di accettare senza condizione o riserva alcuna tutte le norme e disposizioni contenute nella documentazione di gara*» non può essere utilmente invocata per supplire alla dichiarazione negoziale negativa relativa all'impegno previsto dall'art. 9 del disciplinare desumibile dal modello A.1 presentato dalla stessa società.

La generica dichiarazione di accettazione incondizionata delle disposizioni della documentazione di gara è infatti contenuta nello stesso documento che reca la cancellazione dello specifico impegno relativo all'osservanza delle quote occupazionali, dovendo quest'ultima interpretarsi come univoca manifestazione di volontà di non assoggettarsi agli obblighi assunzionali previsti dall'art. 9 del disciplinare.

D'altra parte, anche volendo considerare la cancellazione della clausola in questione come il frutto di un errore da parte della mandante del RTI ricorrente, deve ricordarsi che, alla luce del principio di autoreponsabilità, applicabile anche alle procedure di evidenza pubblica, ciascuno dei concorrenti sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione (Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9). All'impresa che partecipa alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici è richiesto un grado di professionalità e di diligenza superiore alla media: una diligenza che non riguarda solo l'esecuzione del contratto, ma anche le fasi prodromiche e genetiche, tra cui, in primo luogo quella della redazione degli atti necessari alla partecipazione alla gara (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2024, n. 4724; Id., sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 448).

Ancor più di recente è stato ribadito che non può farsi ricorso al soccorso istruttorio quando ciò vada in conflitto con il principio generale dell'autoreponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione: in presenza di una previsione chiara della legge di gara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente, l'invito all'integrazione documentale costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente (cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 2 ottobre 2024, n. 2745).

23. – Né miglior fortuna merita, a giudizio del collegio, il terzo articolato motivo aggiunto (corrispondente al secondo motivo del ricorso introduttivo).

23.1. – Sotto un primo profilo, non si ravvedono negli atti della stazione appaltante gli elementi di contraddittorietà rilevati dalla ricorrente.

La (...), infatti, con la nota del 31.05.2024 aveva segnalato alcune criticità della documentazione presentata dal raggruppamento (come la mancanza dell'indicazione del committente di servizi dichiarati nel DGUE e della specificazione del contenuto e delle attività svolte e la mancata produzione di documenti d'identità) senz'altro suscettibili di essere integrate o sanate mediante soccorso istruttorio.

Con la stessa nota, la stazione appaltante aveva inoltre rilevato l'omessa dichiarazione, da parte di (...), dell'impegno di assicurare le quote di assunzioni previste dal disciplinare e, con riguardo ad essa, aveva chiesto al raggruppamento di fornire eventuali "chiarimenti" al fine di consentire lo svolgimento le necessarie valutazioni in ordine alla ammissibilità dell'offerta del RTI alla luce di quanto previsto dagli artt. 9 e 14 del disciplinare di gara.

L'art. 101, co. 3, del d.lgs. n. 36/2023 – recependo gli indirizzi della giurisprudenza eurounitaria (cfr. CGUE, sez. VIII, 10 maggio 2017, in causa C-131/16, *Archbus*) e nazionale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2023, n. 324; TAR Valle d'Aosta, 10 marzo 2023, n. 13) – ammette la possibilità per la stazione appaltante di chiedere "chiarimenti" sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato, precisando che detti chiarimenti non possono comunque modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.

23.2. – Sotto altro aspetto, il collegio ritiene che la stazione appaltante non abbia errato nel ritenere il rifiuto (nei termini più sopra evidenziati) di (...) di impegnarsi a garantire le quote occupazionali previste dall'art. 9 del disciplinare non suscettibile di essere superato mediante soccorso istruttorio.

Al riguardo, occorre muovere dalla premessa che, ai sensi dell'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023, è ammissibile il soccorso istruttorio per integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte e per sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, ma sempre «con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica».

Come si è evidenziato, anche i "chiarimenti" sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato, resi dall'operatore economico su richiesta della stazione appaltante, non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.

Il codice dei contratti pubblici del 2023 ha dunque mantenuto ferma, in continuità con la previgente disciplina, la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta, tecnica od economica, pena, altrimenti, la violazione del principio di parità dei concorrenti, restando per contro ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa (cfr., sotto la vigenza del d.lgs. n. 50/2016, Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870).

L'art. 47, co. 4, del decreto legge n. 77/2021, come convertito, stabilisce che le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, «come requisiti necessari (...) 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. L'ultimo periodo dello stesso comma specifica, poi, che «è requisito necessario dell'offerta (...) 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 ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile».

Al riguardo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha condivisibilmente ritenuto che «la scelta del legislatore di ritenere una simile dichiarazione in funzione di "requisito necessario dell'offerta" risponde all'esigenza di imporre dall'alto una ben precisa opzione organizzativa (favor per le assunzioni di giovani e donne). Dunque si tratterebbe di un elemento qualificante che illumina la qualità dell'offerta, e ciò proprio in ordine a quanto previsto dal PNRR e dal presupposto piano europeo next generation UE i quali prevedono, sì, il rilancio dell'economia ma ferma restando la primaria esigenza di avviare il rilancio stesso anche e soprattutto grazie alle nuove leve e ad una maggiore valorizzazione del lavoro femminile. Di qui la scelta, pertanto, per cui le quote rosa/giovanili costituiscono elemento essenziale di qualità dell'offerta. (...) A ciò si aggiunga che, consentire sic et simpliciter il ricorso al soccorso istruttorio anche in simili casi (volontà di sottrarsi all'obbligo delle quote rosa e giovanili) vorrebbe dire svuotare di significato la relativa disposizione di cui all'art. 47, comma 4, e dunque minare la positività e l'effettività del relativo obbligo dichiarativo» (così Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2024, n. 2688).

Appare dunque piana, lineare ed in continuità con la giurisprudenza recentemente formatasi l'interpretazione dell'art. 47, co. 4, del decreto legge n. 77/2021 (e della clausola di cui all'art. 9 del disciplinare di gara) che – in applicazione dei criteri letterale, sistematico e teleologico – assegna alla dichiarazione di impegno in esame il carattere di elemento necessario dell'offerta, da assumersi al momento della presentazione della stessa (cfr. Cons. Stato, sez. V, ord. 31 agosto 2023, n. 3650; Id., 26 gennaio 2024, n. 850; più di recente, Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2024, n. 6874), costituendone parte integrante, con conseguente insuscettibilità della mancanza di detto impegno (e, a fortiori, del suo rifiuto desumibile dalla cancellazione della relativa clausola dalla documentazione di gara) alla scadenza del termine di presentazione delle offerte di essere sanata attraverso il soccorso istruttorio.

24. – Non meritevole di accoglimento è poi la censura affidata dalla ricorrente al quinto motivo aggiunto (corrispondente al quarto motivo del ricorso introduttivo).

Le doglianze di parte ricorrente muovono dalla considerazione che, a termini dell'art. 68, co. 9, del codice dei contratti pubblici, l'offerta degli operatori economici raggruppati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, del subappaltatore e dei fornitori, ciò che avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a ritenere l'assunzione dell'impegno di cui all'art. 9 del disciplinare da parte dei componenti del RTI diversi da (...) sufficiente per assicurare il rispetto delle quote occupazionali previste dalla *lex specialis*.

Il regime della solidarietà contenuto nell'art. 68, co. 9, del codice dei contratti pubblici, però, non può essere utilmente invocato per ammettere che uno o alcuni dei componenti del raggruppamento temporaneo di imprese possano sottrarsi all'assunzione dell'impegno di cui all'art. 47, co. 4, del decreto legge n. 77/2021.

Infatti, il meccanismo della solidarietà opera sul piano, tutto privatistico, dell'esigenza di rafforzare il diritto del creditore nella fase di attuazione del negozio, facilitando l'esazione del suo credito, potendo egli costringere all'adempimento dell'intera prestazione uno qualunque dei condebitori solidali.

Trattandosi di un istituto destinato ad operare nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio, esso non può essere utilmente invocato quando manchi, come nel caso di specie, l'assunzione dello specifico obbligo da parte di uno dei debitori: per effetto del rifiuto di (...) di impegnarsi alla garanzia delle quote occupazionali, non può configurarsi in capo agli altri componenti del raggruppamento un obbligo solidale tale da comprendere anche le quote che, nel raggruppamento, avrebbero dovuto essere garantite in forza della partecipazione di (...).

Ad ogni modo, mentre la solidarietà di cui all'art. 68, co. 9, del codice dei contratti pubblici serve ad agevolare la stazione appaltante nel conseguimento della prestazione consistente nell'esecuzione dei lavori, del servizio o della fornitura dedotti in contratto, l'impegno di cui all'art. 47, co. 4, del decreto legge n. 77/2021 non ha nell'amministrazione aggiudicatrice il soggetto direttamente interessato alla sua assunzione ed alla sua osservanza, assolvendo tale impegno ad una finalità di interesse generale, che il legislatore ha esplicitamente indicato nella promozione, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e del PNC, delle pari opportunità, generazionali e di genere, dell'inclusione lavorativa delle persone disabili e, ancor più specificamente, dell'occupazione giovanile e di quella femminile (art. 47, co. 1).

A fronte delle finalità dichiarate dal legislatore, ipotizzare l'operatività del meccanismo della solidarietà di cui agli artt. 1292 e ss. cod. civ. rischierebbe di rendere meno certo il raggiungimento degli obiettivi promozionali perseguiti dal legislatore, giacché così facendo si dovrebbe finire per ammettere la sufficienza dell'impegno assunto anche da uno solo dei componenti del raggruppamento, sebbene in ipotesi chiamato ad eseguire le prestazioni di minor valore economico o a più basso tasso di specializzazione, o comunque si innescherebbero perniciosi fenomeni di *deep pocket*, per cui la promozione delle pari opportunità e dell'occupazione giovanile e femminile graverebbe su uno o alcuni soltanto dei partecipanti ai raggruppamenti e stenterebbe a diffondersi come pratica generalizzata nelle scelte imprenditoriali, secondo le intenzioni del legislatore.

La portata dell'obiettivo perseguito dal legislatore e la natura dell'interesse che vi è sotteso giustificano, dunque, la previsione del disciplinare (art. 15.1) secondo la quale la domanda e le ulteriori dichiarazioni rese nel modello A.1 avrebbero dovuto essere sottoscritte da ciascuno dei soggetti costituenti il raggruppamento temporaneo, con l'ulteriore precisazione, contenuta nel modello A.1, per cui nel caso di raggruppamenti temporanei la dichiarazione di impegno relativa alle quote occupazionali di cui all'art. 9 del disciplinare avrebbe dovuto essere resa da ciascun membro e sarebbe stata intesa come riferita al raggruppamento nel suo complesso.

Il motivo deve quindi essere respinto.

25. – Infine, deve essere rigettato anche il sesto dei motivi aggiunti notificati il 5.08.2024 (corrispondente al quinto motivo del ricorso introduttivo).

25.1. – A tale riguardo occorre richiamare i rilievi già svolti in precedenza (cfr. par. 23.2) in ordine alla natura della dichiarazione di impegno di cui all'art. 47, co. 4, del decreto legge n. 77/2021 come *«requisito necessario dell'offerta»*.

Il legislatore, dunque, ha qualificato la suddetta dichiarazione quale elemento facente parte della dichiarazione negoziale, parte della manifestazione di volontà dell'operatore economico diretta a produrre effetti (la costituzione di un obbligo) nella propria sfera giuridica, e non come elemento estrinseco all'offerta, tanto da farne derivare, come si è pure visto, l'insuscettibilità dei relativi vizi e mancanze ad essere sanati mediante soccorso istruttorio.

Il carattere intrinsecamente negoziale della dichiarazione d'impegno di cui si discute ha precise ricadute anche ai fini dello scrutinio del motivo di ricorso adesso in esame.

25.2. – L'art. 97, co. 2, del d.lgs. n. 36/2023 consente al raggruppamento di evitare l'esclusione dalla procedura di affidamento comprovando l'estromissione o la sostituzione del suo componente, ma soltanto se quest'ultimo si trova in una delle situazioni di cui agli artt. 94 e 95 (dedicati rispettivamente alle cause di esclusione automatica e non automatica) o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'art. 100 (l'idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste dalla legge di gara).

La disposizione invocata dalla ricorrente (tanto con la nota trasmessa alla stazione appaltante il 12.06.2024, quanto con il motivo adesso in esame) riguarda dunque elementi (le situazioni che determinano le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95; i requisiti di ordine speciale) esterni al contenuto delle dichiarazioni negoziali di cui si compongono l'offerta tecnica e quella economica, e dunque anche all'impegno all'osservanza delle quote occupazionali di cui all'art. 47, co. 4, del decreto legge n. 77/2021, che come si è visto costituisce per espressa previsione legislativa *«requisito necessario dell'offerta»*.

Ne discende che, nel caso di specie, il meccanismo di cui alla disposizione di cui all'art. 97, co. 2, del codice dei contratti pubblici non poteva essere utilmente invocato dall'odierna ricorrente per evitare l'esclusione dalla procedura di gara.

25.3. – L'art. 68, co. 15, secondo periodo, del codice dei contratti pubblici ammette la modifica dei raggruppamenti nei termini indicati dall'art. 97 (di cui si è detto nel punto che precede) e dal successivo comma 17.

L'inosservanza di quanto prescritto al comma 15 comporta l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento (art. 68, co. 16).

Secondo il comma 17, *«[è] ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. Il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto»*.

La regola da ultimo citata, che attribuisce rilievo nei rapporti con la stazione appaltante al mutamento della volontà negoziale del partecipante al raggruppamento, pare avere, in effetti, una portata più ampia rispetto a quanto previsto dall'omologa disposizione del codice previgente.

L'art. 48, co. 19, del d.lgs. n. 50/2016, infatti, ammetteva il recesso di una o più imprese raggruppate *«esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento»* e sempre a condizione del mantenimento in capo alle imprese rimanenti dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire, precisando che, in ogni caso, tale modifica soggettiva non era ammissibile *«se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara»*.

Rispetto al testo previgente, dunque, nel nuovo codice dei contratti pubblici sono state eliminate le limitazioni in forza delle quali alla modifica della compagine del raggruppamento poteva procedersi esclusivamente per esigenze organizzative dello stesso e, comunque, non al fine di eludere la mancanza di requisiti di partecipazione (essendo l'estromissione del componente non in possesso di tali requisiti oggi disciplinata, come si è visto, dall'art. 97).

Peraltro, il comma 17 dell'art. 68 del d.lgs. n. 36/2023, in continuità con quanto già previsto dall'art. 48, co. 19, del codice del 2016, condiziona l'ammissibilità del recesso alla circostanza che i componenti "superstiti" del raggruppamento abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture «ancora da eseguire». Quest'ultimo riferimento rende chiaro che la fase alla quale le disposizioni adesso considerate hanno riguardo è quella dell'esecuzione del contratto di appalto (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 25 gennaio 2022, n. 2).

Sennonché, come noto, l'art. 32, co. 1, lett. h), del d.lgs. n. 56/2017 aveva introdotto nel testo dell'art. 48 del codice del 2016 il comma 19-ter, a tenore del quale «*le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara*». È proprio in virtù di tale novella normativa che era stato possibile stabilire il principio per cui «*la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice*» (Cons. Stato, Ad. plen., 25 gennaio 2022, n. 2, cit.).

Nel codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, però, mentre è stata mantenuta la previsione della necessità del possesso, da parte dei componenti superstiti, dei requisiti necessari alle prestazioni «ancora da eseguire», non è stata riprodotta la disposizione di cui al comma 19-ter dell'art. 48 del codice del 2016.

Da tutto quanto sopra rilevato si deve trarre la conseguenza che, secondo il codice dei contratti pubblici attualmente vigente, ferma restando la possibilità, nella fase di gara e alle condizioni di cui all'art. 97, dell'estromissione o della sostituzione del componente del raggruppamento che sia incorso in una causa di esclusione o che non possieda uno dei requisiti di cui all'art. 100, la modifica soggettiva per diminuzione del raggruppamento (che, oggi, non deve più essere necessariamente motivata da esigenze organizzative dello stesso) è ammissibile solo in fase di esecuzione, come reso palese dalla condizione che le imprese superstiti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati alle prestazioni «ancora da eseguire».

Anche l'art. 68, co. 17, del codice dei contratti pubblici, dunque, non può trovare applicazione alla vicenda oggi dedotta in giudizio.

25.4. – Da tutte le considerazioni appena svolte discende l'infondatezza delle censure affidate al sesto dei motivi aggiunti notificati il 5.08.2024.

26. – In conclusione, il ricorso introduttivo di (...) deve essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse, mentre i motivi aggiunti devono essere respinti perché infondati.

27. – La particolare complessità delle questioni trattate e la loro parziale novità inducono il collegio a disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così provvede:

- dichiara il ricorso introduttivo inammissibile;
- respinge i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Silvia La Guardia, Presidente

Pierpaolo Grauso, Consigliere

Davide De Grazia, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Davide De Grazia

IL PRESIDENTE
Silvia La Guardia

IL SEGRETARIO