Pubblicato il 18/01/2019

N. 00471/2019REG.PROV.COLL.

N. 00407/2018 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 407 del 2018, proposto da:

Umana s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Bertoldi ed Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

contro

Randstad Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 26/B;

Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniela Iuri, Beatrice Croppo ed Ettore Volpe, con domicilio eletto presso l'Ufficio di Rappresentanza in Roma, piazza Colonna, n. 355;

nei confronti

Comune di Monfalcone, Comune di Pordenone, Comune di San Vito al Tagliamento, Comune di Sacile, Umana Forma s.r.l., IAL – Innovazione Apprendimento Lavoro Friuli Venezia Giulia s.r.l. Impresa Sociale, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA - TRIESTE: SEZIONE I n. 00367/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Randstad Italia s.p.a. e della Regione Friuli Venezia Giulia;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Bertoldi, Brugnoletti e Iuri;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La Umana s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 1 dicembre 2017, n. 367 del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia, che ha in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il suo ricorso incidentale ed accolto il ricorso principale proposto da Randstad Italia s.p.a. avverso il decreto n. 470 in data 6 aprile 2017 con cui la Regione Friuli Venezia Giulia, Servizio Centrale Unica di Committenza, ha aggiudicato alla società Umana la procedura aperta finalizzata alla conclusione di un contratto quadro (della durata di quarantotto mesi, rinnovabili per ulteriori dodici) per l'affidamento del servizio di "somministrazione di lavoro a tempo

determinato" per le Amministrazioni di cui all'art. 43, comma 1, lett. a) e b), della l.r. Friuli n. 26 del 2014.

Con il ricorso in primo grado Randstad Italia s.p.a., seconda classificata, aveva impugnato l'aggiudicazione in favore della società Umana, lamentandone anzitutto la mancata esclusione (basata sulla considerazione che la stessa, benchè concorresse individualmente, aveva affermato nella propria relazione tecnica di affidare l'attività di formazione ad Umana Forma s.r.l. ed a I.A.L. Friuli Venezia Giulia s.r.l., senza peraltro avere dichiarato nel D.G.U.E. di volersi avvalere del subappalto) e poi censurando altresì il punteggio attribuito all'aggiudicataria, nonché l'incongruità dell'offerta.

Umana s.p.a., da parte sua, aveva spiegato ricorso incidentale deducendo la falsità della dichiarazione resa da Randstad Italia nella parte della relazione tecnica afferente l'aspetto della formazione, nell'assunto che, in realtà, la formazione era stata sempre svolta da Randstad HR Solutions s.r.l., società del gruppo, e chiedendone conseguentemente l'esclusione dalla gara; aveva altresì contestato il punteggio tecnico attribuito alla ricorrente principale.

2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso incidentale escludente di Umana s.p.a., mentre ha accolto i motivi escludenti del ricorso principale di Randstad Italia s.p.a. In particolare, con riguardo al ricorso incidentale, ha affermato che dalla documentazione presentata da Randstad emergeva come essa «*per lo svolgimento dell'attività di formazione si avvale di persone rispetto alle quali esercita il potere di direzione o che paiono comunque sussumibili nell'ipotesi di cui all'art. 105, comma 3, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016 e del cui operato risponde in via diretta e personale nei confronti della s.a., sì da ritenere, quindi, riconducibile alla sola società l'offerta presentata*». L'accoglimento del ricorso principale è stato invece motivato nella considerazione che la società Umana aveva dichiarato di partecipare in qualità di concorrente individuale, escludendo espressamente di partecipare quale concorrente plurisoggettivo, come

pure di fare ricorso al subappalto, ma aveva poi affermato nella relazione tecnica di assegnare il servizio di formazione generica e specifica a Umana Forma ed a IAL Friuli Venezia Giulia, società del gruppo la prima, ed agenzia formativa *no profit* la seconda; in tale modo Umana «*ha offerto e si è impegnata ad eseguire una parte dell'attività costituente oggetto contrattuale che (solo) altre società, terze rispetto alla gara svolta, sono invece, allo stato, in grado e/o nelle condizioni di svolgere*».

3. - Alla sentenza ha fatto seguito il decreto 13 dicembre 2017, n. 1755 con cui la stazione appaltante ha preso atto dell'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione e riconvocato la Commissione giudicatrice per l'attività di rinnovazione. Nella seduta del 14 dicembre 2017 la Commissione giudicatrice ha deliberato l'esclusione di Umana, poi disposta con provvedimento direttoriale in data 8 gennaio 2018.

4.- Con il ricorso in appello la Umana s.p.a. ha dedotto l'erroneità della sentenza sia con riguardo al rigetto del ricorso incidentale che all'accoglimento del ricorso principale; quanto al primo, ha lamentato che Randstad Italia s.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto le competenze in materia di formazione dei lavoratori somministrati, dalla stessa enunciate nella relazione tecnica, non le apparterrebbero, essendo proprie di Randstad HR Solutions s.r.l.; benchè tale profilo si evinceva anche dall'oggetto sociale e dai bilanci, il primo giudice avrebbe omesso di pronunciarsi, mentre avrebbe disatteso la censura sulla mancata autorizzazione del subappalto in favore di Randstad HR Solutions s.r.l., negando il ricorso al medesimo. A bene considerare, Randstad ed Umana si troverebbero nella stessa situazione e pertanto, se del caso, anche Umana dovrebbe essere ammessa a realizzare il progetto tecnico utilizzando gli identici moduli organizzativi di Randstad. Con riguardo al ricorso principale critica la sentenza che ha disposto la sua esclusione, nella considerazione che, anche ipotizzando una fattispecie di mancata dichiarazione del subappalto, la conseguenza non sarebbe quella dell'esclusione, salvo che nell'ipotesi in cui la concorrente non abbia i

requisiti per eseguire in proprio quella parte del contratto inerente il subappalto, determinandosi altrimenti una violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016 in materia di tassatività delle cause di esclusione. L'appellante ha inoltre riproposto i motivi di ricorso incidentale dichiarati improcedibili dalla sentenza impugnata.

5. - Si è costituita in resistenza Randstad Italia s.p.a. reiterando i motivi assorbiti in primo grado, nonché eccependo, con ulteriore memoria, l'infondatezza nel merito dell'appello.

6. - Si è altresì costituita in giudizio la Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia concludendo per l'accoglimento dell'appello.

7..- All'udienza pubblica del 12 luglio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Con il primo motivo di gravame si censura la sentenza appellata per avere omesso di pronunciarsi sulla censura incidentale di Umana, allegante, sulla base di una pluralità di elementi, che Randstad Italia s.p.a. non possedeva alcuna competenza in materia di formazione del personale (questa appartenendo a Randstad Solutions s.r.l.), sì da doversi ritenere le dichiarazioni dalla stessa rese nella relazione tecnica non veritiere ed idonee ad influenzare la decisione sull'esclusione, circostanza che ne avrebbe comportato l'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, come pure dello stesso art. 80, comma 5, lett. f-*bis*).

Deduce ancora l'appellante, con un ordine di argomenti ulteriore, che, se le competenze in materia di formazione appartengono a Randstad HR Solution s.r.l., sarebbe quest'ultima a dovere eseguire i lavori, per la quale peraltro non sarebbe stata richiesta la preventiva autorizzazione al subappalto. Non veritiera sarebbe dunque la dichiarazione di Randstad, la quale aveva dichiarato competenze non proprie (*team* interno, collaboratori esterni).

L'articolato motivo è infondato.

Seppure sinteticamente la sentenza ha dato atto che, alla stregua delle dichiarazioni rese, Randstad Italia «*per lo svolgimento dell'attività di formazione si avvale di persone rispetto alle quali esercita il potere di direzione o che paiono comunque sussumibili nell'ipotesi di cui all'art. 105, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 e del cui operato risponde in via diretta e personale nei confronti della S.A., sì da ritenere, dunque, riconducibile alla sola società l'offerta presentata*».

Sono questi gli elementi che rilevano al momento della presentazione dell'offerta, in quanto le modalità attengono più propriamente alla fase esecutiva ed in quel momento se ne valuta la corrispondenza all'offerta, evidenziando gli eventuali inadempimenti o comunque difformità organizzative e, parallelamente, attuative.

Non sussiste dunque la omessa decisione e neppure l'erroneità della sentenza che si è basata su quanto dichiarato da Randstad Italia, con relazione tecnica avente contenuto differente da quella di Umana s.p.a.; la prima si è impegnata ad eseguire in proprio i lavori, la seconda ha invece dichiarato l'affidamento a due società terze.

Ne consegue che non sono ravvisabili, in capo a Randstad, una scorrettezza posta in essere nel corso del procedimento e neppure una dichiarazione non veritiera.

2. - Con il secondo motivo la società Umana ha poi contestato la statuizione di accoglimento dei motivi del ricorso principale dell'attuale appellata, incentrati sulla domanda di esclusione di Umana, la quale ha partecipato alla gara quale concorrente individuale, al contempo però assegnando, con dichiarazione espressa nella relazione tecnica, il servizio di formazione ad Umana Forma s.r.l. ed a IAL Friuli Venezia Giulia s.r.l.; deduce al proposito l'appellante che l'art. 105, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 si limita a subordinare l'autorizzazione al subappalto a determinate condizioni, il cui difetto comporta unicamente la non autorizzabilità del subappalto e, di conseguenza, l'obbligo dell'aggiudicataria di eseguire in proprio ed integralmente il contratto, avendone, nel caso di specie, i requisiti necessari.

Il motivo è infondato.

Oggetto del contendere non è il divieto di subappalto per mancata dichiarazione nel DGUE e per l'impossibilità che sia autorizzato, quanto piuttosto quello della contraddittorietà di un'offerta che non indica la volontà di avvalersene, ma subappalta talune prestazioni.

E' indubbio che la dichiarazione di subappalto possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di avvalersene nelle ipotesi in cui il concorrente sia in possesso delle qualificazioni previste per l'esecuzione in via autonoma delle prestazioni oggetto dell'appalto; è altrettanto indubbio che l'eventuale incompletezza delle indicazioni e dei documenti concernenti l'identità e la qualificazione dei subappaltatori preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina l'esclusione dell'offerta che partecipa alla procedura, ove non venga in rilievo il diverso profilo del difetto di qualificazione di quest'ultimo rispetto alle prestazioni interessate dal subappalto.

Il punto critico, nella fattispecie in esame, è che Umana ha espresso l'offerta individualmente, introducendo però in gara soggetti terzi, senza consentirne neppure la verifica dei requisiti di ordine generale e speciali. Il corollario, a termini della documentazione di gara e dei contenuti cristallizzati nell'offerta è, come condivisibilmente rilevato dalla sentenza di prime cure, che «*una parte non irrilevante -(delle prestazioni contrattuali)- è destinata a rimanere ineseguita, in quanto, al di là del fatto che Umana stessa possa essere o meno in possesso dei requisiti necessari per eseguire in proprio l'attività di formazione, tale attività non potrà essere eseguita né da Umana che ha espressamente affermato di assegnarla ad altri soggetti, né tanto meno da questi ultimi che non hanno in alcun modo partecipato alla gara e che non sono stati contemplati, nei modi e nei tempi dovuti, quali soggetti deputati ad eseguirla*».

Non vi è dunque un problema di indicazione inadeguata del subappaltatore, ma di mancata espressione della volontà di ricorrere al subappalto, in contrasto con

l'affidamento di talune prestazioni, peraltro qualificanti il contratto, a soggetti identificati, ma che sono rimasti estranei alla gara. Viene in rilievo, ad avviso della Sezione, una situazione ben più complessa sotto il profilo giuridico, che attiene alla portata dell'impegno negoziale assunto da Umana con la stazione appaltante, (impegno) il quale, per essere considerato efficace, comporterebbe, concettualmente, una non consentita modifica dell'offerta tecnica. Modifica non suscettibile neppure di sanatoria all'esito del soccorso istruttorio, proprio in quanto concernente l'offerta (tecnica).

L'esclusione è dunque stata correttamente accertata dalla sentenza, evidentemente non in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, ma in coerente applicazione delle norme contenute nello stesso codice dei contratti pubblici.

3. - Viene poi censurata la sentenza nell'assunto dell'omessa pronuncia sulle modalità di svolgimento del servizio descritte da Umana, non implicanti il ricorso al subappalto, ma assumendo il personale di Umana Forma s.r.l. o di IAL s.r.l. od avvalendosene in forza di distacco o comando, e, per quanto concerne i docenti, mediante contratti di prestazione d'opera intellettuale, in conformità di quanto previsto dall'art. 105, comma 3, lett. a) e c-bis), del d.lgs. n. 50 del 2016; le sedi potrebbero poi essere acquisite nella disponibilità mediante contratto di locazione.

Il motivo è infondato, in quanto tende comunque ad alterare il contenuto, immodificabile, dell'offerta presentata in gara da Umana.

In disparte la portata dell'ipotesi *sub* a), che, riguardando l'affidamento di specifiche attività a lavoratori autonomi, risulta difficilmente compatibile con l'"avvalimento" delle due società, la previsione di cui alla lett. c-bis) è inapplicabile, in quanto sopravvenuta alla *lex specialis* di gara, che ha dettato le regole di partecipazione. In ogni caso, l'inapplicabilità della disposizione di cui all'art. 105, comma 3, lett. c-*bis*), discende anche dal fatto che la medesima fa riferimento a

contratti continuativi di cooperazione "sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto".

4. - La reiezione dell'appello sui motivi escludenti comporta la conferma della sentenza di prime cure e priva di interesse la disamina degli ulteriori motivi dichiarati improcedibili in primo grado, volti a censurare il punteggio attribuito all'offerta tecnica di Randstad Italia s.p.a. Allo stesso modo, la reiezione dell'appello esime il Collegio dalla disamina dei motivi riproposti ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. da Randstad Italia s.p.a., concernenti la garanzia provvisoria, nonché l'incongruità dell'offerta di Umana e la irragionevolezza dei punteggi alla stessa attribuiti, ed, ancora, l'istanza risarcitoria, formulata in via subordinata, prescindendosi pertanto anche dallo scrutinio dell'eccezione di inammissibilità in rito di taluni degli stessi (quinto, sesto e settimo) svolta da Umana con la memoria difensiva del 27 giugno 2018.

5. - Sussistono i motivi, in ragione della complessità della controversia, con profili di opinabilità, per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO