

Niente soccorso istruttorio per la mancanza del progetto di riassorbimento del personale

Scritto da Interdata Cuzzola | 05/11/2024

La mancanza del progetto di riassorbimento del personale nell'offerta tecnica non può essere sanata tramite soccorso istruttorio: è quanto affermato dal TAR Campania, Napoli, sez. VII, nella sent. 31 ottobre 2024, n. 5830.

Come è noto, l'art. 102, comma 1, del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 36/2023), rubricato *"Impegni dell'operatore economico"* dispone espressamente quanto segue: *"1. Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni: a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato; b) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare; c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate"*; il comma 2 precisa che *"2. Per i fini di cui al comma 1 l'operatore economico indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni. La stazione appaltante verifica l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'articolo 110, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario"*.

Ciò significa che i concorrenti non possono limitarsi a rendere le dichiarazioni di cui al comma 1, ma devono indicare nell'offerta le modalità, di cui al comma 2, con le quali intendono assumere quegli impegni, di cui la stazione appaltante deve verificare l'attendibilità.

Inoltre, il soccorso istruttorio non può invocarsi anche in ragione della qualificazione, secondo il nuovo Codice, del progetto di riassorbimento quale elemento proprio dell'offerta. La Legge Delega (21 giugno 2022, n. 78) all'art. 1 lett. h) aveva stabilito che il nuovo testo avrebbe dovuto contemplare la 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. L'art. 57, recependo tale indicazione, dispone espressamente che le clausole sociali sono richieste *"come requisiti necessari dell'offerta"*.

L'art. 102, come visto, al primo comma, individua quali sono gli impegni da assumere e, al secondo, specifica, poi, che i concorrenti devono indicare nell'offerta le modalità con le quali intendono adempiere. Tale ultima disposizione, nella specie, è stata definita quale vera e propria norma di

chiusura del sistema, volta ad individuare impegni precisi, che devono essere assunti dagli operatori economici e che possono qualificarsi, poi, come veri e propri obblighi contrattuali da rispettare in fase di esecuzione dei contratti pubblici, pena la risoluzione di questi per inadempimento. Proprio in applicazione di tale normativa è stato, infatti, ritenuto che *“la legge di gara può prevedere a pena di esclusione la necessità di produrre idonea documentazione attestante le specifiche modalità con cui i partecipanti alla gara intendono adempiere agli impegni di cui all’art. 102 c. 1 del d.lgs. 36 del 2023, quali la stabilità occupazionale di personale impiegato, l’applicazione del C.C.N.L. e territoriale di settore, garantire la parità di genere e di inclusione lavorativa del personale disabile o svantaggiato”* (TAR, Puglia, Lecce, sez. I, sent. 6 giugno 2024, n. 750).

Non basta, allora, dichiarare di voler rispettare le clausole sociali, ma è necessario indicare le specifiche modalità con cui si intende rispettarle: modalità che fanno parte integrante dell’offerta, e sono destinate a diventare obbligazioni contrattuali. Da tanto consegue anche la inapplicabilità del soccorso istruttorio, che non può essere utilizzato per integrare il contenuto dell’offerta.

Ed invero, il soccorso istruttorio può, cioè, essere disposto per sanare vizi di carattere formale delle dichiarazioni rese o della documentazione prodotta (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 9 gennaio 2023, n. 290) ma non per integrare il contenuto dell’offerta (Consiglio di Stato, sez. VII, sent. 9 gennaio 2023, n. 234; sez. V, sent. 10 gennaio 2023, n. 324; sez. III, sent. 21 agosto 2023, n. 7839). Il soccorso istruttorio procedimentale, infatti, *“consiste nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l’interpretazione della sua offerta e a ricercare l’effettiva volontà dell’offerente, superando le eventuali ambiguità dell’offerta”*, tuttavia sempre *“fermo il divieto di integrazione dell’offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale con essa assunta”* (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 23 giugno 2023, n. 6207).

Come condivisibilmente già osservato, *“Nelle gare pubbliche, la carenza dell’offerta economica e tecnica non può essere in alcun modo sanata attraverso il soccorso istruttorio, possibilità che in ordine a eventuali profili di carenza e inintelligibilità dell’offerta tecnica ed economica è strettamente presidiata e limitata dall’art. 83, comma 9, del Codice, a tenore del quale il soccorso istruttorio è consentito per porre rimedio alle carenze e irregolarità delle dichiarazioni e dei documenti dei concorrenti con esclusione di quelle afferenti all’offerta economica e all’offerta tecnica. Il rimedio ha come finalità quella di consentire l’integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, e non anche di consentire all’offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte. È dunque da escludersi il soccorso istruttorio volto a sanare carenze strutturali dell’offerta tecnica, giacché esse riflettono una carenza essenziale dell’offerta, tale da determinarne incertezza assoluta o indeterminazione del suo contenuto e, come tali, non sono suscettive né di soccorso istruttorio ai sensi dell’art. 83, comma 9 del D.Lgs. n. 50/2016 né di un intervento suppletivo del giudice”* (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 3 aprile 2023, n. 3434).

La sez. V del Consiglio di Stato, con la sent. 21 agosto 2023, n. 7870, ha fatto il punto sulle diverse

tipologie di soccorso, evidenziando che neppure il nuovo Codice, che pure ha ampliato l'ambito di applicazione del soccorso, consente di integrare il contenuto dell'offerta tecnica od economica, perché ciò si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Va aggiunto che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione, con la conseguenza che l'invito alla integrazione 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 ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, una dichiarazione o documentazione conforme al bando (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 3 aprile 2023, n. 3434).