

TAR Campania, Sezione Settima, Sentenza n. 5830 del 31 ottobre 2024

Appalti di servizi – Omessa presentazione progetto di riassorbimento del personale – Soccorso istruttorio – Inapplicabilità

Pubblicato il 31/10/2024

N. 05830/2024 REG.PROV.COLL.

N. 03462/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3462 del 2024, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del Sindaco, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

(...) S.C.A.R.L. – (...), Centrale di Committenza Qualificata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso

dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a. della determinazione del Responsabile del Servizio Manutentivo del Comune di (...), n. 36 del 14 giugno 2024, recante Annullamento proposta di aggiudicazione provvisoria per sopravvenute criticità procedurali della Commissione Giudicatrice, relative alla Procedura Aperta per l'Affidamento del servizio di raccolta differenziata con il sistema di porta a porta, trasporto, conferimento a discarica dei rifiuti solidi ed urbani e gestione di raccolta comunale per anni tre, comunicata con nota prot. 2583 del 18 giugno ed in pari data pubblicata in piattaforma tuttogare; nonché, ove e per quanto occorra:

b. della nota prot. 2583 del 18 giugno 2024, recante comunicazione del provv. sub lett. a);

c. della nota del Rup (non responsabile della procedura di affidamento) prot. 1534 del 10 aprile 2024, recante Comunicazione urgente;

d. del verbale di gara n. 4 dell'11 aprile 2024, anche – ove occorra – nella parte in cui non ha disposto l'attivazione del soccorso istruttorio;

e. dei verbali di gara nn. 1, 2 e 3, ove occorra, nella parte in cui non è stato attivato il soccorso istruttorio e nella parte in cui hanno ammesso (con o senza riserva) le offerte degli altri due ricorrenti;

f. del bando-disciplinare di gara pubblicato dal Comune di (...), cig (...), anche nelle parti in cui:

f.1) includono il progetto di assorbimento nell'offerta tecnica, nonostante non sia prevista l'attribuzione di punteggio;

f.2) l'art. 16 potesse essere interpretato nel senso di escludere il soccorso istruttorio nel caso di specie;

f.3) l'art. 24, laddove viene indicata la competenza del Rup in luogo del Responsabile della procedura di affidamento;

f.3) sanzionano con l'esclusione l'omessa allegazione del piano di riassorbimento;

g. di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché allo stato sconosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e della (...) S.r.l., nella persona dei rispettivi rappresentanti *pro tempore*;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2024 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. La società ricorrente, prima classificata, impugna, unitamente agli atti presupposti e conseguenti, la determinazione del Responsabile del Servizio Manutentivo del Comune di (...), n. 36 del 14 giugno 2024, recante l'annullamento della proposta di aggiudicazione provvisoria in proprio favore relativa alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata con il sistema di porta a porta, trasporto, conferimento a discarica dei rifiuti solidi ed urbani e gestione di raccolta comunale per anni tre.

II. A sostegno del gravame deduce i seguenti motivi di diritto:

a) violazione e/o falsa applicazione di legge: degli artt. 15 e 17 del d.lgs. n. 36/2023, in riferimento all'art. 7 dell'allegato I.2 al medesimo decreto, degli artt. 18, 62, 63, 101 e 102 dello stesso d.lgs. n. 36/2023, dell'art. 1 della l. n. 241/1990, della *lex specialis*, degli artt. 16, 17, 18 e 22 del disciplinare, dell'art. 19 del D.P.R. n. 642/1972 e dell'art. 2 All. I.4 al c.c.p.; incompetenza;

b) eccesso di potere per atipicità, sviamento, straripamento, carenza di potere in concreto, travisamento del fatto e del presupposto, violazione dei principi del risultato e di proporzionalità.

III. Si sono costituite l'Amministrazione comunale intimata e la società controinteressata, nuova aggiudicataria provvisoria, entrambe concludendo per il rigetto del ricorso.

IV. All'udienza pubblica del 9.10.2024, fissata per la trattazione, la causa è stata introitata per la decisione.

V. Il ricorso è infondato.

VI. Si premette, in fatto, che:

a) con Determina a Contrarre n. 6 RG e n. 2 RS del 18.01.2024, a firma del Responsabile Area Tecnica, Geom. (...), è stato stabilito di procedere, ai sensi dell'articolo 17 del D.Lgs. 36/2023 e ss.mm.ii, all'avvio della procedura aperta necessaria per l'individuazione del soggetto incaricato del servizio di cui in oggetto;

b) con la suddetta Determina, è stato approvato lo schema di bando per procedura aperta, ai sensi dell'art.71 del D.Lgs. n. 36/2023, costituito da Bando/Disciplinare, nonché la modulistica allegata all'atto per formarne parte integrante e sostanziale ed è stato stabilito come criterio di aggiudicazione del servizio quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 108, comma 2 del D.Lgs. n. 36/2023;

c) il Bando Disciplinare è stato pubblicato sulla Piattaforma telematica "Tutto Gare" attivata da "(...)" e sul sito istituzionale dell'Ente, in data 26/01/2024;

d) con la Determina n. 30 RG e n. 12 RS del 07.03.2024 è stata nominata la Commissione di Gara competente all'apertura e all'esame della regolarità della documentazione amministrativa, tecnica ed economica, per l'affidamento di che trattasi;

e) il Disciplinare di gara prevedeva che le offerte dovessero essere caricate sulla Piattaforma di negoziazione e-procurement (...), a pena di esclusione, da ultimo, entro le ore 12:00 del giorno 28.03.2024;

f) entro il termine massimo fissato per la ricezione delle offerte risultano avere presentato offerta le seguenti imprese, alle quali il Sistema ha attribuito la seguente

numerazione: 1. (...) Srl; 2. (...); 3. (...) Srl;

g) nella seduta pubblica del 18.03.2024, la Commissione di gara ha concluso la valutazione delle buste virtuali “Amministrativa” e proceduto all’apertura delle offerte tecniche dei concorrenti ai fini della sola catalogazione della documentazione, ammettendo tutti i partecipanti al prosieguo della procedura;

h) nella seduta pubblica del 28.03.2024, la Commissione giudicatrice ha aperto le Buste Economiche, riscontrando la regolarità della documentazione di tutti i partecipanti, e formulando la proposta di aggiudicazione a favore del concorrente (...), avendo ottenuto il punteggio pari a punti 77,833, per l’importo netto complessivo per il triennio contrattuale di € 430.641,75, oltre IVA come per legge;

i) dalla comunicazione a mezzo pec del RUP del 01.04.2024, prot. n. 1534, al Presidente e ai componenti della Commissione di gara, sugli esiti della verifica della documentazione prodotta dai concorrenti, sono emerse delle carenze rispetto al Disciplinare di gara, che di seguito si riportano:

BUSTA AMMINISTRATIVA Concorrente: (...) - carente del D.G.U.E., previsto al punto 17.2 del disciplinare di gara; Concorrente: (...) carente - dell’imposta di bollo, riportata a pagina 27 del disciplinare di gara; - del capitolato sottoscritto per accettazione, di cui al punto 17.3 del disciplinare; - del D.G.U.E., previsto a punto 17.2 di detto disciplinare. La mancanza della documentazione sopra descritta prevedeva l’applicazione, ai sensi del combinato disposto di cui all’art. 101 del DLG. 36/2023 e del punto 16 del disciplinare di gara, del Soccorso Istruttorio.

BUSTA TECNICA: Concorrente: (...) - carente del progetto di assorbimento sociale, come previsto dal disciplinare di gara a pagina 30, il quale dispone quanto segue: “l’offerta tecnica è firmata secondo le modalità previste al precedente punto 16.1 e deve contenere, a pena di esclusione, i seguenti documenti: una relazione tecnico progettuale, progetto di assorbimento e schede tecniche”;

l) la Commissione di gara è incaricata, e pertanto responsabile, dell’esame e della valutazione delle offerte amministrative tecniche ed economiche dei concorrenti,

procedendo a: - controllare la completezza della documentazione presentata; - verificare la conformità della stessa come richiesto nel disciplinare di gara; - attivare la procedura del soccorso istruttorio; - disporre le eventuali proposte di esclusione dalla procedura di gara;

m) con la sopra richiamata nota n. 1534/2024, il RUP, pertanto, invitava la Commissione a volervi adempiere, nel pieno rispetto di quanto riportato nel Disciplinare di Gara, provvedendo ad attivare tutte le procedure atte all'eliminazione delle incongruenze rilevate e darne tempestiva comunicazione entro 7 giorni;

n) con Pec in data 11-04-2024, la Commissione giudicatrice ha trasmesso il verbale n. 4 - seduta riservata, nel quale ha confermato quanto riportato nei verbali di gara n. 1, 2 e 3, non procedendo alla rettifica di quanto segnalato e richiesto dal RUP con la richiamata nota 1534;

o) la Stazione appaltante, successivamente alla predetta proposta di aggiudicazione provvisoria dell'affidamento del servizio, non ha proceduto alla verifica dei requisiti, in quanto sono emerse rilevanti criticità di carattere procedurale rispetto alla *lex specialis* - Disciplinare di gara - che hanno determinato, a proprio giudizio, l'impossibilità di procedere all'aggiudicazione definitiva del servizio in affidamento, per le motivazioni evidenziate nella nota prot. n. 1354/2024;

p) ai sensi dell'art. 21 octies della L. 241/1990, la Pubblica Amministrazione ha il potere di annullare in autotutela il provvedimento amministrativo per motivi di carattere procedurale per il mancato rispetto di quanto stabilito della *lex specialis* di gara, al fine di perseguire il principio di buon andamento, efficienza e correttezza amministrativa che deve ispirare il suo operato;

q) alla luce delle criticità sopra rappresentate, la Stazione appaltante ha quindi ritenuto di non dovere procedere alla omologazione della proposta di aggiudicazione della procedura di gara relativa all'affidamento del servizio *de quo*, come sopra formulata, procedendo all'annullamento della proposta di

aggiudicazione provvisoria di cui al Verbale nr. 3 del 28.03.2024 in favore dell'attuale ricorrente;

r) l'Amministrazione comunale si è specificamente determinata nel senso “di annullare ai sensi dell'art. 21 octies della Legge 241/1990, la proposta di aggiudicazione formulata dalla Commissione giudicatrice con verbale di gara pubblica n. 3 del 28.03.2024 relativa al servizio di: Raccolta differenziata con il sistema di porta a porta, trasporto, conferimento a discarica dei rifiuti solidi ed urbani e gestione centro di raccolta comunale per anni tre; di annullare il Verbale di gara n. 3 del 28/03/2024 e, consequenzialmente, la proposta di aggiudicazione provvisoria che, pertanto, è inidonea a produrre effetti; di disporre l'aggiudicazione provvisoria all'Operatore Economico (...) srl, classificatosi al secondo posto della graduatoria finale avendo ottenuto il punteggio pari a punti 64,939 avendo offerto il ribasso del 4,60% sull'importo a base di gara per l'importo netto complessivo per il triennio contrattuale di € 428.712,20, compreso oneri della sicurezza pari ad € 4.100,00 oltre IVA come per legge” (determinazione n. 36 del 14 giugno 2024, impugnata).

VII. Con il primo motivo di ricorso la parte lamenta in via dirimente il vizio di incompetenza.

VII.1. Specifica, all'uopo, che l'Amministrazione aggiudicatrice non è organo qualificato all'espletamento della gara, come risulta anche dal portale pubblico Anac: <https://portale-servizi.anticorruzione.it/qualificazione> (doc. 6); per tale ragione, oltre ad “appoggiarsi” sulla piattaforma (...), ha dovuto individuare un Responsabile per la Fase di Affidamento esterno all'Amministrazione ed incardinato presso (...): l'ing. (...). Il Responsabile del Progetto (organo interno dell'Amministrazione aggiudicatrice e, in quanto privo di qualificazione, incompetente ad operare nella fase di affidamento) – RUP (...) – ha, tuttavia, comunque trasmesso una “Comunicazione urgente” al Presidente della Commissione, rilevando che l'offerta di (...) era carente: a) nella busta

amministrativa, dell'imposta di bollo, del capitolato sottoscritto e del DGUE; b) nella busta tecnica, del progetto di riassorbimento; ha, quindi, invitato la Commissione ad attivare il soccorso istruttorio e/o "disporre le eventuali proposte di esclusione". In riscontro a tale nota, la Commissione, con il verbale n. 4 (doc. 4), ha chiarito che l'offerta di (...) era già completa ed ammissibile (senza che si ritenesse necessario neppure il ricorso al soccorso istruttorio), per le seguenti ragioni: a) l'omessa allegazione dell'imposta di bollo dà luogo solo a regolarizzazione d'Ufficio, e non può interferire con la ricevibilità dell'atto (art. 19 d.P.R. 642/72); b) l'omessa allegazione del capitolato sottoscritto è assorbita dalla dichiarazione di accettazione "senza condizione o riserva alcuna, [di] tutte le norme e disposizioni contenute nella documentazione di gara", resa dall'offerente nella propria domanda di partecipazione. La Commissione ha inoltre osservato, sul punto, che per giurisprudenza costante l'omessa allegazione del capitolato sottoscritto non è legittima causa di esclusione; c) che, diversamente da quanto ritenuto dalla S.A, il DGUE era stato effettivamente allegato; d) che il progetto di assorbimento: d.1) era di fatto contenuto nella documentazione di gara, atteso che (...) aveva reso tutte le dichiarazioni ed informazioni che lo avrebbero composto, seppure non graffandole in un documento unico e separato, e che per giurisprudenza costante (citando all'uopo Consiglio di Stato n. 2814/22) non è consentita l'esclusione se le informazioni del progetto di assorbimento siano state comunque rese, *aliunde*, dall'operatore economico; d.2) non comporta assegnazione di punteggio e, pertanto, è suscettibile di soccorso istruttorio (come da relazione illustrativa al bando-tipo Anac); d.3) che gli altri operatori, compreso (...) s.r.l. (a cui il Responsabile del Progetto ha proposto l'aggiudicazione con atto atipico quanto viziato da incompetenza), pur formando un documento separato, hanno reso esattamente le stesse indicazioni di (...).

Il Responsabile del Progetto (e non della procedura di affidamento) - responsabile del servizio e RUP (...) - ha ciononostante disposto: a) l'annullamento della

proposta di aggiudicazione; b) la aggiudicazione provvisoria in favore di (...) srl.

Non ritiene ultroneo rilevare, la medesima parte ricorrente, che detto provvedimento, riferendosi alla “aggiudicazione provvisoria”, che nel vigente Codice non sussiste, reca un contenuto dispositivo non del tutto prevedibile, atteso che il Dirigente titolato all’aggiudicazione (ma non alla proposta di aggiudicazione, riservata alla Commissione, né alla sua approvazione, riservata al Rup/Resp. proc. di affidamento) sembrerebbe aver scisso in due segmenti l’atto, unico, dell’aggiudicazione.

VII.1.1. Tanto premesso, prosegue parte ricorrente, radicale è il vizio di incompetenza e il difetto di qualificazione.

VII.1.2. Ora, il regime delle competenze si sviluppa con una dinamica particolare, in ragione della carenza di qualificazione della Amministrazione aggiudicatrice: il Comune di (...) non risulta tra le SS.AA. qualificate, come da interrogazione della apposita banca dati Anac; per tale motivo si è reso necessario il ricorso alla “committenza ausiliaria” ex art. 62 co. 13 d.lgs. 36/2023, avvalendosi dell’ausilio della S.A. qualificata (...). La committenza ausiliaria consiste nell’esercizio, da parte della S.A. qualificata, di tutte le funzioni riferibili alla fase di affidamento. Nello specifico, l’art. 3 comma 1, lett. z) n. 4 dell’allegato I.1 al Codice dispone che l’attività di committenza ausiliaria consiste, tra l’altro, nella “gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata”. Le competenze sono, quindi, distribuite tra il RUP (Responsabile del Procedimento, in forza all’Amministrazione aggiudicatrice) ed il R.F.A. (Responsabile per la Fase di Affidamento, necessariamente in forza alla S.A. ausiliaria). Per garantire la funzionalità di tale modulo organizzativo è essenziale che il R.F.A. (cioè l’operatore effettivamente qualificato) non sia soggetto ad attività di controllo né di direzione della Amministrazione aggiudicatrice (ausiliata). L’A.N.A.C. con delibera 255/2024, ha, infatti, chiarito che “nel caso in cui la fase di affidamento del contratto pubblico sia svolta da una stazione appaltante qualificata per conto di

altra non qualificata, la prima dovrà svolgere l'intera fase e adottare i relativi atti. Se invece gli atti e i provvedimenti della fase di affidamento sono adottati dalla stazione appaltante non qualificata è di fatto eluso il sistema di necessaria qualificazione, integrandosi un vizio di incompetenza". Nella medesima delibera l'Autorità ha, altresì, osservato che "la nomina del RUP da parte dell'ente qualificato non è un mero formalismo ma ha il chiaro obiettivo di garantire che la procedura di gara sia giuridicamente ed effettivamente svolta da un soggetto adeguatamente qualificato, in coerenza il principio di necessaria qualificazione delle stazioni appaltanti. Diversamente opinando, ammettendo cioè che l'ente qualificato nomini solo un RFA, quest'ultimo sarebbe sottoposto alla supervisione, indirizzo e coordinamento del soggetto beneficiario (ai sensi dell'art. 15 co. 4, ultima parte d.lgs. 36/2023), che tuttavia sarebbe non qualificato".

VII.1.3. Ciò posto, prosegue parte ricorrente, nel caso di specie, il vizio di incompetenza si disvela palese: a) la fase di gara è stata governata da un organo della S.A. non qualificata; b) l'organo della S.A. non qualificata si è posto in condizione di supremazia rispetto agli organi "qualificati", esercitando un (inedito) potere di annullarne gli atti; c) il provvedimento di annullamento della proposta di aggiudicazione è stato adottato dal sig. (...), che non è il R.F.A. (qualificato), e neppure il RUP (in quanto non qualificato), bensì il Responsabile del Servizio Manutentivo; d) il provvedimento di esclusione (nella misura in cui l'atto impugnato dispone una esclusione "di fatto") è di competenza esclusiva del R.F.A. (art. 7 dell'allegato I.2 al Codice); e) le attività di competenza del RFA non sono suscettibili di sindacato da parte degli organi della S.A. non qualificata; f) in ogni caso, vi è anche l'incompetenza-difetto di qualificazione del RUP (che sarebbe dovuto appartenere alla S.A. qualificata-ausiliaria), che delegittima *ab ovo* l'intera procedura.

VII.1.4. Evidenzia inoltre, residualmente, la medesima parte l'effettiva atipicità del provvedimento impugnato, che rileva sotto un duplice profilo: a) l'aggiudicazione

provvisoria non esiste e non è riconducibile ad alcuno degli schemi tipici del Codice vigente: sembrerebbe collocarsi in via mediana tra la proposta di aggiudicazione e l'aggiudicazione stessa, senza consentire all'interprete di qualificarla né in un senso né nell'altro; b) la nota reca una sorta di inedita "esclusione implicita", che l'organo deliberante non aveva i poteri di disporre ricorrendo, dunque, in tal senso anche la figura sintomatica dello sviamento.

VII.2. La censura è infondata.

VII.2.1. Orbene, il Comune di (...) ha deliberato:

a) con delibera di Giunta Comunale n. 83 del 17.10.2023 di fare ricorso ai servizi di committenza offerti da (...), ratificando il regolamento operativo dei servizi (...); b) con delibera di Giunta Municipale n. 84 del 17.10.2023, il piano industriale del servizio di raccolta differenziata; c) con determinazione del responsabile dell'area tecnica n. 2 del 18 gennaio 2024 il bando e il disciplinare di gara, demandando l'espletamento della gara ad (...) e riservandosi il potere di procedere e/o non procedere all'aggiudicazione (punto 5, pag. 4); d) di riservare a sé, anche nel bando e disciplinare, il compito di procedere all'aggiudicazione; d) con determinazione del responsabile dell'area tecnica n. 12 del 7 marzo 2024, la nomina della commissione di gara e, con successiva determinazione del medesimo responsabile dell'area tecnica n. 13 del 12 marzo 2024, la sostituzione di uno dei componenti della Commissione.

Correlativamente nel regolamento (...), società consortile Sc. a r.l. che svolge sia attività di Centrale di Committenza, ai sensi del comma 7 dell'articolo 62 del Codice dei contratti, che di committenza ausiliaria, ai sensi del comma 11 dell'art. 62 del Codice, è precisato che tale organismo svolge una attività di supporto fino alla proposta di aggiudicazione e che "restano di esclusiva competenza della stazione appaltante tutti i provvedimenti che competono all'organo di amministrativa attiva, oltre ad ogni attività contrattuale conseguente all'aggiudicazione della procedura di gara" (Punto III, pag. 4).

Ed invero, quanto alle “III. ATTIVITÀ ESPLETATE DA (...)” (...) svolge le attività di Committenza e di supporto alla Stazione Appaltante, come di seguito elencato in via indicativa: FASE PRE-GARA, ... FASE DI GARA: ... x) pubblicazione in piattaforma dei verbali di gara delle sedute pubbliche per la relativa pubblicazione fino alla proposta di aggiudicazione; y) supporto al RUP per l'espletamento delle Verifiche ex art. 99 del Codice e Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE);”; “FASE POST-GARA”... Inoltre, per la preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante, (...), oltre a quanto sopra elencato, svolge anche le seguenti attività: ... jj) trasmissione al RUP della SA dei verbali di Gara e della Proposta di Aggiudicazione formulati dalla Commissione di Gara. Restano di esclusiva competenza della Stazione Appaltante tutti i provvedimenti che competono all'organo di amministrazione attiva, oltre ad ogni attività contrattuale conseguente all'aggiudicazione della procedura di gara” (cfr. Regolamento Operativo dei servizi di (...)).

Il Comune, con atti non impugnati, ha, quindi, demandato ad (...) l'espletamento della gara fino alla proposta di aggiudicazione, riservando ai propri organi il potere di approvazione della proposta.

Il responsabile dell'UTC, con la determinazione n. 36 del 14 giugno 2024, quivi gravata, non ha approvato la proposta di aggiudicazione. Vero è che nel provvedimento impropriamente ci si riferisce all'annullamento della aggiudicazione provvisoria. Prescindendo dalla improprietà di linguaggio è evidente che il Comune, sostanzialmente, non ha inteso approvare la proposta formulata, in quanto la (...) non aveva presentato il progetto di assorbimento.

La parte del provvedimento in cui la stazione appaltante decide, poi, di procedere all'aggiudicazione provvisoria in favore della (...) è egualmente caratterizzata da tale terminologia ormai non più attuale. L'amministrazione comunale ha adottato, in tale ultimo caso, un provvedimento interlocutorio ed endoprocedimentale,

riservandosi di procedere all'aggiudicazione dopo la verifica dei requisiti.

VII.2.2. Così operando, il Comune ha doverosamente applicato gli atti della procedura di gara. È, infatti, pacifico che “il bando di gara costituisce la *lex specialis* della gara, e deve essere sempre applicato dall'amministrazione, finanche se illegittimo” (Cons. St., Sez. VI, 28.4.94, n. 600; Sez. V, 13.2.93, n. 250; 6.3.91, n. 204, 10.10.84, n. 716; 23.4.82, n. 303). “Il bando costituisce la *lex specialis* della procedura concorsuale non solo per i concorrenti, ma anche per la commissione giudicatrice e per l'amministrazione che non possono disapplicarlo nel corso della gara” (Cons. di St., sez. IV, 5 aprile 2005, n. 1519); “la stessa Amministrazione ... non conserva, quindi, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, né può disapplicarle, neppure nell'ipotesi in cui talune delle regole stesse risultino incongruamente formulate, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando” (Cons. di St., sez. V, 31/10/2012, n. 5570; sez. VI, 16/10/2008, n. 5024; sez. V, 08/10/2008, n. 4951).

VII.2.3. Ora, dispongono, per quanto d'interesse, il bando e il disciplinare di gara:

- a) “La commissione giudicatrice è responsabile della valutazione delle offerte tecniche ed economiche dei concorrenti ... Il responsabile della fase di affidamento si avvale dell'ausilio della commissione giudicatrice ai fini della verifica dell'anomalia delle offerte” (art. 21, “Commissione Giudicatrice”, del bando e disciplinare di gara);
- b) “La proposta di aggiudicazione è formulata in favore del concorrente che ha presentato la migliore offerta... Il RUP procede, laddove non effettuata in sede di verifica di congruità dell'offerta, a verificare: ... l'attendibilità degli impegni assunti dall'appaltatore in relazione alla stabilità occupazionale e le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate. L'aggiudicazione è disposta all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti prescritti dal presente disciplinare ed è immediatamente

efficace. In caso di esito negativo delle verifiche, si procede all'esclusione, alla segnalazione all'ANAC, ad incamerare la garanzia provvisoria" (art. 24, "Aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto", del bando e disciplinare di gara).

A conferma, con la delibera n. 6 / Reg. Generale e n. 2/Reg. Servizio del 18.01.2024, contenente, nello specifico, la decisione a contrarre per l'affidamento in appalto del servizio di raccolta differenziata *de qua*, il responsabile dell'Area tecnica si era già determinato nel senso "3. di affidare, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del D.Lgs. n. 36/2023, lo svolgimento delle attività di selezione del contraente alla Centrale di Committenza Qualificata (...) S. c. a r. l. cui l'Amministrazione Comunale ha aderito"; "5. di stabilire che si procederà all'aggiudicazione anche in caso di un'unica offerta valida e che l'amministrazione si riserva in ogni caso di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risultasse conveniente o idonea in relazione all'oggetto dell'appalto".

VII.2.4. Ora, l'amministrazione procedente è obbligata all'applicazione della disciplina di gara senza alcun margine di discrezionalità per preservare i principi di affidamento e di parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse di modificare le regole o anche disapplicarle a seconda delle varie condizioni dei partecipanti.

VII.3. Con il secondo motivo di ricorso la parte deduce la violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis*: artt. 16, 17, 18 e 22 del disciplinare.

VII.3.1. Ritiene parte ricorrente che la documentazione presentata sia comunque completa di tutte le dichiarazioni richieste dalla gara (come già rilevato dalla Commissione), risolvendosi tutte le osservazioni del Comune sul piano squisitamente formale.

VII.3.2. Ed invero, il provvedimento di annullamento della proposta di aggiudicazione è formalmente giustificato con la mancata allegazione dei seguenti documenti: a) nella busta amministrativa, dell'imposta di bollo, del capitolato

sottoscritto e del DGUE; b) nella busta tecnica, del progetto di riassorbimento.

A) quanto ai documenti inerenti alla busta amministrativa

VII.3.4. Parte ricorrente ritiene che la loro produzione sia pacificamente ammissibile ricorrendo all'istituto del soccorso istruttorio. Ciò tanto in applicazione dell'art. 101 del Codice che dell'art. 16 del disciplinare, che ne riproduce il portato: "Con la procedura di soccorso istruttorio di cui all'articolo 101 del Codice, possono essere *sanate* le carenze della documentazione trasmessa con la domanda di partecipazione ma non quelle della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Con la medesima procedura può essere sanata ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione e di ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica".

VII.3.5. Peraltro, come chiarito dalla stessa S.A., nella figura dell'organo qualificato della Commissione, il soccorso non era neppure necessario, in ragione della completezza della documentazione e/o della astratta inidoneità, della carenza denunciata, a cagionare l'esclusione. Nello specifico, infatti:

a) il DGUE risulta presente agli atti: "la Commissione verifica che lo stesso è regolarmente presente nella busta della documentazione amministrativa Come si evince dalla immagine della relativa piattaforma" (doc. 4, pg. 4); a.1) inoltre è pacificamente soccorribile anche la radicale carenza del DGUE: "le disposizioni innanzi menzionate consentono l'integrazione postuma dell'incompletezza, e finanche della radicale mancanza, del DGUE" (Consiglio di Stato, sent. 8465/21);

b) quanto all'imposta di bollo, invece, la Commissione ha osservato che: b.1) già in astratto l'art. 19 del d.P.R. 642/72 dispone che "i funzionari e i dipendenti dell'Amministrazione dello Stato, degli enti pubblici territoriali ... non possono rifiutarsi di ricevere in deposito o accettare la produzione o assumere a base dei loro provvedimenti, allegare o enunciare nei loro atti, i documenti, gli atti e registri

non in regola con le disposizioni del presente decreto” (dovendo semmai provvedere a promuovere la loro regolarizzazione presso gli Uffici del Registro); b.2) l'imposta di bollo, in quella fase, non era neppure dovuta: l'art. 18 co. 10 del Codice dei Contratti regola l'imposta di bollo solo a valle dell'aggiudicazione: “con la tabella di cui all'allegato I.4 al codice è individuato il valore dell'imposta di bollo che l'appaltatore assolve *una tantum* al momento della stipula del contratto e in proporzione al valore dello stesso. Con la medesima tabella sono sostituite le modalità di calcolo e versamento dell'imposta di bollo di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642, in materia di contratti pubblici disciplinati dal codice”. Come ulteriormente chiarito dall'art. 2 dell'allegato I.4 al Codice “il pagamento dell'imposta di cui all'articolo 1 ha natura sostitutiva dell'imposta di bollo dovuta per tutti gli atti e documenti riguardanti la procedura di selezione e l'esecuzione dell'appalto, fatta eccezione per le fatture, note e simili di cui all'articolo 13, punto 1, della Tabella A Tariffa, Parte I, allegata al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642”. Tale rilievo vale anche quale espressa e puntuale impugnazione dell'art. 17.1 del Disciplinare, nella parte in cui assoggetta a bollo anche direttamente la domanda di partecipazione; b.3.) anche nel previgente contesto normativo, si era già rilevato che “ai sensi dell'articolo 19 del DPR n. 642/72, la Stazione appaltante non avrebbe potuto rifiutare la ricezione dell'atto mancante del bollo, salva solo la necessità di assoggettarlo a regolarizzazione (cfr. T.A.R. Molise, sentenza n. 182 del 21 marzo 2014; T.A.R. Lombardia, Brescia sez. II, sentenza n. 905 del 24 maggio 2012; TAR Lazio, Latina, sentenza n. 354 del 16 aprile 2003; Cons. di St., sez. V, sentenza n. 1724 del 26 marzo 2001). Tenuto conto di quanto appena rilevato, non sussiste l'asserita violazione e falsa applicazione dell'art. 46, comma 1-bis e ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, trattata con il secondo motivo di ricorso e ripresa nei motivi aggiunti, perché, nel caso di specie, la Stazione appaltante non avrebbe dovuto utilizzare l'istituto del soccorso istruttorio,

dovendo accettare l'offerta mancante del bollo e curare gli adempimenti finalizzati alla sua regolarizzazione" (T.A.R. Roma, sent. 3137/2017);

c) quanto alla allegazione del capitolato sottoscritto, invece, come pure già rilevato dalla Commissione "la clausola del disciplinare che impone la presentazione del capitolato sottoscritto, infatti, costituisce < un'inutile duplicazione e, quindi, un aggravio ingiustificato del procedimento >, in quanto le esigenze sottese alla (omessa) sottoscrizione "pagina per pagina" del capitolato speciale di appalto, sono comunque soddisfatte dalla specifica dichiarazione sostitutiva – resa ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 – di presa visione e accettazione integrale e incondizionata di tutte le disposizioni contenute negli atti di gara (cfr T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, Sentenza, 23/03/2011, n. 461" (doc. 4, pg. 4). Anche in questo caso, il rilievo vale anche quale espressa e puntuale impugnazione dell'art. 17.3 del Disciplinare, nella parte in cui richiede l'allegazione del capitolato sottoscritto; c.1) oltre a quanto già puntualmente rilevato dalla Commissione, si osserva altresì che, a tutto voler concedere, sarebbe stata necessaria l'attivazione del soccorso istruttorio: "la mancanza di sottoscrizione digitale del Capitolato d'oneri non costituisce ipotesi di mancanza ovvero incompletezza o altra irregolarità afferente all'offerta economica e all'offerta tecnica, con la conseguenza che l'Amministrazione procedente avrebbe dovuto disporre il soccorso istruttorio, nei termini indicati dalla richiamata disposizione normativa, per sanare la rilevata mancanza" (T.A.R. Brescia, sent. 52/2020). In definitiva, l'allegazione del Capitolato sottoscritto non era necessaria e, a tutto voler concedere, soccorribile.

A chiusura dell'indagine sulla completezza e/o soccorribilità della documentazione amministrativa, parte ricorrente, rappresenta che nessuna delle disposizioni regolatrici del disciplinare predeterminava la sanzione espulsiva in ipotesi di omessa allegazione dei documenti in esame. Peraltro tale sanzione è – di fatto – intervenuta a valle dell'apertura delle offerte, allorquando ne erano noti i punteggi, ed in difetto di predeterminazione legale né regolamentare.

B) Quanto alla carenza del progetto di riassorbimento ex art. 102 del Codice dei contratti.

VII.3.6. Ritiene parte ricorrente che tutte le informazioni che compongono il progetto di riassorbimento sono state effettivamente rese dalla medesima società, (...), ancorché non graficamente racchiuse in un separato documento, e che contenutisticamente le stesse coincidono, e addirittura superano quelle rese dal nuovo aggiudicatario provvisorio. Osserva la Commissione, “si evidenzia che, in relazione a detto progetto di riassorbimento ... lo stesso dicasi per l'operatore (...) S.r.l. che, sebbene in elaborato separato, ha confermato le condizioni proposte dalla Stazione Appaltante” (doc. 4, allegato al ricorso, pg. 8: verbale di riscontro della Commissione al RUP).

Orbene, prosegue la ricorrente, l'art. 102, rubricato “Impegni dell'operatore economico”, del predetto Codice dispone, senza presidiare tale disposizione con sanzione espulsiva (che dunque non può essere posta neppure a valle, negli atti di gara, pena la violazione del principio di tassatività), che l'operatore si impegni a: “a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato; b) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali [...]; c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate”.

La (...), attuale ricorrente, ha assunto l'impegno: a) di “garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato” (doc. 8 – domanda di partecipazione, pg. 3 lett. f); b) di “garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore” (doc. 8 – domanda di partecipazione, pg. 3 lett. f) e di “applicare integralmente tutte le norme contenute nel contratto collettivo nazionale del lavoro e nei relativi accordi integrativi, in vigore per il tempo e la località in cui si svolgono le prestazioni, e di impegnarsi all'osservanza di tutte le norme anzidette” (doc. 8 – domanda di partecipazione, pg. 3 lett. e); c) di “garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con

disabilità o svantaggiate” (doc. 8 – domanda di partecipazione, pg. 3 lett. f).

La (...) ha anche dichiarato: d) di “impegnarsi ai sensi dell’art. 57 del codice al rispetto della clausola sociale ovvero di garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato” (doc. 8 – domanda di partecipazione, pg. 3 lett. k); e) di utilizzare tutto il personale indicato in gara (ed identificato per inquadramento professionale), per tutte le ore indicate in gara, con implementazione di un operatore aggiuntivo nel periodo estivo (doc. 9 – offerta tecnica, pg. 4).

Ciò posto, nell’impegnarsi ad applicare il Ccnl Fise Assoambiente (Ccnl indicato dalla S.A.) la ricorrente sostiene di essersi anche direttamente impegnata ad applicarne il relativo art. 6 comma 2, che dispone espressamente: “l’impresa subentrante assume *ex novo*, con passaggio diretto, dal giorno iniziale della nuova gestione [...] tutto il personale addetto in via ordinaria o prevalente allo specifico appalto [purché in servizio da almeno 240 giorni alla data di scadenza del precedente affidamento – n.d.r.]” (doc. 10 – Ccnl Fise Assoambiente, pg. 16).

Pertanto non vi è dubbio, prosegue la ricorrente, che la stessa ha reso tutte le dichiarazioni che compongono il progetto di riassorbimento. Disvelandosi, per tal via, anche la carenza del presupposto ed il travisamento del fatto: il progetto di riassorbimento era sostanzialmente presente agli atti dell’offerta di (...) ed era ricavabile autonomamente sia dalla documentazione amministrativa (ove sono stati assunti espressamente tutti gli impegni innanzi riportati) che dalla offerta tecnica, ove sono indicati – per inquadramento professionale e monte ore – tutti gli operatori indicati dalla S.A. negli atti di gara, che necessariamente devono essere gli stessi attualmente in servizio, ai sensi dell’art. 6 del Ccnl indicato dalla S.A. (a cui (...) non ha dichiarato di voler derogare).

VII.3.7. L’unico profilo non onerato concerne la mancata formazione di un documento separato con tale dichiarazione d’impegno.

VII.3.8. Ora, ad avviso di parte ricorrente, la legge di gara non richiedeva espressamente la formazione di un documento autonomo contenente il progetto di

riassorbimento. In ogni caso, deve considerarsi pacifico, secondo l'orientamento della giurisprudenza richiamata, che il progetto di riassorbimento non richieda particolari formalità (né la sua allegazione in documento separato), dovendosi ricavare dal contenuto concreto degli atti e delle dichiarazioni dell'offerente. Si è infatti affermato che “L'aggiudicataria ha dunque pienamente aderito alla clausola sociale, proponendo l'integrale assorbimento nel rispetto delle condizioni contrattuali in godimento; la doglianza dell'appellante sembra risolversi nel lamentare la mancata produzione di un documento formalmente separato e autonomo più che un'effettiva sottrazione dell'aggiudicataria dagli impegni rivenienti dalla clausola sociale, e in tali termini dev'essere respinta, atteso che le Linee guida n. 13, approvate dall'ANAC con delibera n. 114/2019, laddove affermano l'obbligo per il concorrente di “presentare a corredo dell'offerta un progetto di assorbimento atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico)” devono essere intese nel senso che il progetto è necessario quanto l'assorbimento non è totale, presenta limitazioni per qualifiche, variazioni sul piano contrattuale o tempistiche particolari e differenziate, ma certamente è ridondante ove, come nel caso di specie, il rispetto della clausola sociale sia promesso in senso assoluto (totale assorbimento nel pieno rispetto dei contratti in essere col precedente gestore)” (Cons. di St., sent. n. 2814/22).

VII.3.9. In ogni caso, prosegue la ricorrente, l'omissione del progetto di riassorbimento non è sanzionata con l'esclusione dall'art. 102 del ccp né da altra disposizione di rango legale, disvelandosi illegittima e da disapplicare (e/o da annullare, essendo espressamente impugnata) la clausola del disciplinare (art. 18) che, all'inverso, ponga una atipica condizione espulsiva.

Nel rinnovato paradigma normativo, l'art. 101 co. 1 lett. a) del Codice fissa le sole ipotesi, tassative, in cui il soccorso può riferirsi solo a documenti formati in data

anteriore alla presentazione dell'offerta: "la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte".

VII.3.10. Da ultimo, la medesima parte rappresenta che il documento era, a tutto voler concedere, chiaramente soccorribile.

In premessa, la società ricorrente osserva che l'art. 102 del d.lgs. n. 36/2023 non reca indicazioni sulla collocazione del progetto di riassorbimento nell'offerta tecnica ovvero nella documentazione amministrativa. Tale margine discende dalla possibilità, per la S.A, di attribuire punteggio al progetto: solo ed esclusivamente tale ultima ipotesi consente l'inserimento del progetto nella busta tecnica. In caso contrario, la decisione non è affatto rimessa all'arbitrio della S.A: se il documento è inidoneo all'attribuzione di punteggio, non può riguardare l'offerta tecnica. Se, invece, la gara dispone l'attribuzione di punteggio a seconda dei contenuti del progetto di riassorbimento, questo va di pieno diritto nell'offerta tecnica.

Sul punto sono intervenuti sia l'ANAC che parte della giurisprudenza.

1. L'ANAC, nella relazione di accompagnamento al bando tipo 1/23 (doc. 11, pg. 28-29) ha confermato tale impostazione evidenziando che "nell'ottica di consentire la più ampia partecipazione è possibile in generale attivare il soccorso istruttorio nel caso in cui all'offerta presentata non risulti allegato il progetto di riassorbimento. Si segnala, che la stazione appaltante potrebbe valutare di "inserire tra i criteri di valutazione dell'offerta quello relativo alla valutazione del piano di compatibilità, assegnando tendenzialmente un punteggio maggiore, per tale profilo, all'offerta che maggiormente realizzi i fini cui la clausola tende" (Consiglio di Stato, Sezione V, 02.11.2020 n. 6761). In tal caso si raccomanda alla stazione appaltante di non attribuire un punteggio elevato alla valutazione del progetto di riassorbimento e si ricorda che quest'ultimo, in quanto oggetto di valutazione,

diviene parte integrante e sostanziale dell'offerta tecnica e come tale non potrà essere oggetto di soccorso istruttorio”.

2. in sede giurisprudenziale si è confermato che: a) l'estensione del soccorso istruttorio prescinde dalla collocazione topica del piano di riassorbimento (che potrebbe essere anche del tutto casuale, come nel caso che ne occupa), rilevando la sola sostanziale attitudine ad influire nell'attribuzione di punteggio: “infondato è il primo motivo di ricorso, con cui la ricorrente lamenta che la mancata allegazione del progetto di assorbimento del personale nella busta dell'offerta tecnica non poteva essere sanata attraverso l'attivazione del soccorso istruttorio in quanto tale istituto non consente di sanare i vizi relativi all'offerta, ma può essere utilizzato solo per integrare documenti già prodotti e non per presentare nuovi documenti, comunque sul presupposto che si tratti di documenti preesistenti. 1.1. Sotto il primo profilo – l'eccepita inapplicabilità del soccorso istruttorio per sanare i vizi concernenti l'offerta – va rimarcato che in base all'art. 24 del disciplinare il progetto di assorbimento non era oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione di punteggio. Invero, indipendentemente dalla sua collocazione in offerta tecnica o in documentazione amministrativa, l'art. 50 del Codice “non prevede la valutazione e l'attribuzione di un punteggio ai piani di riassorbimento del personale di cui alla cosiddetta clausola sociale” (TAR Toscana, Sez. II, 31 dicembre 2019, n. 1772). Tale documento non faceva quindi parte dell'offerta in senso stretto, ma doveva semplicemente essere inserito nella busta relativa all'offerta tecnica anziché nella busta concernente la documentazione amministrativa in quanto potenzialmente idoneo a disvelare profili dell'offerta”; b) il progetto di riassorbimento può essere anche formato in data successiva al termine di presentazione dell'offerta: “infondato è il secondo profilo di censura del primo motivo con cui la ricorrente lamenta che il soccorso istruttorio non poteva essere attivato per presentare nuovi documenti. L'istituto del soccorso istruttorio tende infatti ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli

operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili (Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 288). In questo senso il soccorso istruttorio è un istituto che favorisce la massima partecipazione alle gare e se ne impone un'applicazione estensiva con gli unici limiti derivanti dal rispetto dei principi di parità di trattamento e di concentrazione delle operazioni di gara, che impone al concorrente di provvedere alla regolarizzazione della documentazione nel termine perentorio concesso dalla stazione appaltante" (T.A.R. Veneto, Venezia, sentenza n. 441/21).

Per tale ragione, quindi, indipendentemente dalla collocazione della predetta clausola in una busta piuttosto che un'altra, resta il radicale principio di fondo: se inidoneo all'attribuzione di punteggio, il progetto è soccorribile.

VII.3.11. In definitiva, pur volendo ipotizzare che le dichiarazioni di (...) non fossero già *ab origine* complete, il soccorso istruttorio avrebbe potuto – e dovuto – certamente svilupparsi fino a consentire l'integrazione della documentazione finanche con documenti formati in data posteriore alla scadenza del bando.

VII.3.12. Ne deriva allora anche che l'art. 16 del disciplinare è illegittimo – e da intendersi espressamente attinto dalla presente impugnazione – nella misura in cui possa essere interpretato nel senso di non consentire l'applicazione del soccorso istruttorio all'ipotesi di omessa allegazione del progetto di riassorbimento (cioè nel caso in cui non distingua tra documentazione dell'offerta tecnica ed offerta tecnica in senso stretto).

VII.4. Le censure sono infondate.

VII. 4.1. Assume, invero, valore dirimente ai fini del sindacato richiesto, la contestata assenza, nella busta tecnica, del progetto di riassorbimento, previsto, quale impegno, dall'art. 102 del codice, e richiesto a pena di esclusione dal disciplinare di gara.

VII.4.2. La ricorrente sostiene di avere reso tutte le informazioni che compongono

il progetto di riassorbimento. Invero, la (...), attuale ricorrente, si è limitata a dichiarare, nella domanda di partecipazione, di assumere l'impegno di garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato e di garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore ma tali dichiarazioni non integrano la presentazione di un progetto indicante le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni, come, invece, richiesto.

VII.4.3. Ora, l'art. 102, del codice dei contratti pubblici, 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". Specifica, poi, il medesimo articolo: "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" (relative, nella specie, alle "Offerte anormalmente basse").

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. La ricorrente non ha adempiuto a tale onere e il Comune, in applicazione di quanto espressamente stabilito, peraltro, anche nel bando di gara, a pena di esclusione, ha correttamente ritenuto di non poter approvare la proposta di aggiudicazione.

VII.4.4. Dispone, infatti, per quanto d'interesse, il disciplinare di gara, a pagina 30, e, precisamente all'art. 18 rubricato "offerta tecnica": "l'offerta tecnica è firmata secondo le modalità previste al precedente punto 16.1 e deve contenere, a pena di esclusione, i seguenti documenti: una relazione tecnico progettuale ...; il progetto di assorbimento, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale; schede tecniche".

Ciò posto, non appare ultroneo osservare che "la linea di demarcazione tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale" deve desumersi dalle qualificazioni stabilite *ex ante* nel bando: il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla *lex specialis* (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte e, conseguentemente, l'integrazione si risolverebbe in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento. In definitiva, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso), l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione) 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" (Cons. di St., sez. I, 21/02/2024, n.165).

VII.4.5. Peraltro, l'auspicato soccorso istruttorio non può invocarsi anche in ragione della qualificazione, secondo il nuovo codice, del contestato 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, 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 (Cons. di St., sez. V, 9 gennaio 2023 n. 290) ma non per integrare il contenuto dell'offerta (Cons. St., sez. VII, 9 gennaio 2023 n. 234; sez. V, 10 gennaio 2023, n.324; sez. III, 21/08/2023, 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” (Cons. di St., sez. III, 23/06/2023, 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 D.Lgs. n. 50/2016, 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. E' 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 indeterminatezza 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” (Cons. Stato, Sez. V, 03/04/2023, n. 3434). La Sez. V, con la sentenza 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 (Cons. di St., Sez. V, 03/04/2023, n. 3434).

Peraltro, riproducendo il contenuto delle disposizioni legislative, come interpretate anche da giurisprudenza consolidata, l’art. 16 del bando e del disciplinare di gara dispone: “Con la medesima procedura può essere sanata ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione e di ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l’offerta tecnica e l’offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, le inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l’identità del concorrente. In particolare: ... non è sanabile mediante soccorso istruttorio l’omessa indicazione, delle modalità con le quali l’operatore intende assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, il rispetto delle condizioni di partecipazione e di esecuzione di cui all’articolo 11 del presente

bando”. Prescrive, in particolare, il richiamato art. 11, “Ai sensi dell’art. 57 del codice, ferma restando la necessaria armonizzazione con l’organizzazione dell’operatore economico subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, l’aggiudicatario del contratto di appalto è tenuto a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato nel contratto, assorbendo prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze dell’aggiudicatario uscente, e a garantire l’applicazione dei CCNL di settore, di cui all’articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81”.

VII.4.6. Ciò posto, ogni impugnativa del combinato disposto della predetta normativa di gara, a prescindere dai profili di possibile inammissibilità in quanto palesemente tardiva, deve comunque ritenersi, alla luce delle valutazioni illustrate, infondata.

VIII. Sulla base delle sovra esposte considerazioni, il ricorso va, dunque, respinto.

IX. Le spese di giudizio seguono la regola della soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese giudizio che liquida in complessive € 3.000,00 (tremila/00) da rifondersi *pro quota* (1.500,00, ciascuno) in favore della società controinteressata, (...) s.r.l., e del Comune di (...), resistente - da attribuirsi, quest’ultime, in favore del procuratore dichiaratosi antistatario per l’Amministrazione comunale -, oltre C.P.A. ed I.V.A..

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Laura Maddalena, Presidente

Gabriella Caprini, Consigliere, Estensore

Anna Abbate, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Gabriella Caprini

IL PRESIDENTE

Maria Laura Maddalena

IL SEGRETARIO