

Necessità e specificità delle dichiarazioni di impegno di cui all'art. 102 del d.lgs. n. 36/2023.

di Alessandro Sgrulletta

Data di pubblicazione: 25-1-2025

La dichiarazione sulla stabilità occupazionale ex art. 102, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 36/2023 non è necessaria quando non sussistono i presupposti fattuali dell'obbligo dichiarativo, come avviene spesso negli appalti di lavori: in tali casi, la dichiarazione di impegno sarebbe priva di oggetto e, quindi, inutile e pretenderne una di segno negativo sarebbe un formalismo sproporzionato.

Rispetto alla dichiarazione sul contratto collettivo applicabile ex art. 102, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 36/2023, a fronte della dichiarazione dell'operatore di applicare un dato CCNL, l'ulteriore pretesa della stazione appaltante di precisare le modalità di adempimento dell'impegno è irragionevole, perché non rimarrebbe altro che valutare la puntuale applicazione del contratto indicato.

Del pari, la dichiarazione di impegno a garantire le pari opportunità ex art. 102, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 36/2023 è assolta dalla certificazione di sistema allegata, che implica che nell'impresa certificata si attuano quelle procedure che garantiscono il rispetto delle condizioni ottimali dei lavoratori sotto i profili di volta in volta rilevanti.

N. 00026/2025REG.PROV.COLL.

N. 05174/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 5174 del 2024, proposto da Dell'Orco S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B1080E0BC9, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Misserini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Lecce - Servizio Appalti, Contratti e Sua, non costituito in giudizio;
Provincia di Lecce, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Giovanna Capoccia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cantieri Riuniti del Salento S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Mastrolia e Alberto Maria Durante, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Domenico Mastrolia in Roma, via Lattanzio n. 66;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce (sezione prima), 6 giugno 2024, n. 750, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cantieri Riuniti del Salento S.r.l. e della Provincia di Lecce;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2024 il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Misserini, Maria Giovanna Capoccia e Domenico Mastrolia anche per Alberto Maria Durante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello la società Dell'Orco s.r.l. chiede la riforma della sentenza 6 giugno 2024, n. 750, con la quale il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, ha respinto il ricorso per l'annullamento del provvedimento di esclusione della società

appellante dalla procedura per l'affidamento dei «*Lavori di manutenzione straordinaria – Area Nord – Decreto MIT n. 123 del 19.03.2020 – Annualità 2024*», indetta dalla Provincia di Lecce.

1.1. Come risulta dal verbale di gara del 6 aprile 2024, la società appellante è stata individuata quale prima classificata con un ribasso del 29,011 per cento. A seguito dell'apertura della documentazione amministrativa, l'offerta della società è stata esclusa per la violazione della *lex specialis* di gara, segnatamente per la mancata produzione della «*dichiarazione richiesta al punto 7 di pag. 9 del bando di gara relativa alle modalità con le quali l'impresa intende adempiere gli impegni di cui all'art. 102, co.1 del D.lgs. 36/2023 lett. a), b) e c)*», posto che il bando di gara, con riferimento al contenuto della busta relativa alla documentazione amministrativa, prevedeva - al punto 7) di pagina 9 - che l'operatore economico dovesse presentare la dichiarazione «*con la quale l'impresa attesti le modalità con le quali intende adempiere gli impegni di cui all'art. 102 co. 1 del Codice lett. a), b) e c)*»:

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.

Si precisa che:

- l'eventuale incompletezza della suddetta dichiarazione sarà oggetto di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 101 comma 3 lett. a) del Codice;

- l'omessa allegazione della suddetta dichiarazione comporterà l'esclusione della gara».

1.2. L'esclusione è stata successivamente confermata dalla stazione appaltante con provvedimento del 24 aprile 2024.

Con detto provvedimento, adottato a seguito dell'istanza di riesame presentata da Dell'Orco s.r.l., la Provincia precisava altresì che:

- «con riferimento alla dichiarazione di impegno ad applicare i Contratti Collettivi Nazionali e territoriali di settore, preso atto della dichiarazione da parte di codesto o.e. di applicazione del CCNL Edilizia – Comparto Industriale, l'ulteriore dichiarazione richiesta, ai sensi dell'art. 102 del Codice, attiene alle specifiche modalità con cui si intende adempiere all'impegno»;

- «con riferimento al possesso della certificazione Sociale ed Etica SA8000, preso atto della presentazione della stessa, unitamente ad altre certificazioni, prodotte, per quanto intuibile da questa SA, in assenza di ulteriori specificazioni, per motivare la riduzione dell'importo di cauzione, resta, comunque, il dovere, a carico di codesto o.e., di esplicitare le modalità operative con cui avrebbe inteso adempiere gli impegni assunti, magari facendo riferimento anche alle procedure attuate che hanno permesso il conseguimento della certificazione predetta»;

- quanto alla dichiarazione di impegno di cui all'art. 102, comma 1, lett. a), del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici), la stazione appaltante sosteneva che «il Codice non esclude dall'ambito applicativo l'affidamento di lavori, come nel caso di specie», e che «qualora codesto concorrente avesse ritenuto di non poter formulare detto impegno e di non poter esplicitare le modalità operative per l'adempimento dello stesso, avrebbe potuto chiarire detta circostanza in fase di presentazione della documentazione per la partecipazione alla gara, come espressamente previsto dal bando di gara».

2. Con la sentenza, il T.a.r. ha ritenuto:

- quanto alla dichiarazione di impegno di cui al citato art. 107, comma 1, lett. a), del Codice dei contratti pubblici, a nulla rileva il fatto che l'impresa ricorrente non disponesse di personale impiegato in precedenti commesse pubbliche e quindi da riassorbire in applicazione della clausola sociale; inoltre, l'affidamento dei lavori di cui si discorre non rientrerebbe tra quelli per i quali il Codice dei contratti pubblici espressamente esclude la previsione delle clausole sociali;

- quanto alle altre dichiarazioni rese dalla società ricorrente, esse non evidenzerebbero, nemmeno in forma embrionale, le modalità operative individuate dalla concorrente per adempiere, come richiesto dalla legge di gara, gli impegni assunti;

- infine, in ordine alla dedotta illegittimità per la mancata attivazione del soccorso istruttorio, il primo giudice sottolinea che «secondo l'espressa previsione del bando il soccorso istruttorio si sarebbe potuto attivare solo in presenza di dichiarazioni incomplete. Nella specie [...] parte ricorrente non ha prodotto per nessuna delle tre categorie previste dal bando alcuna dichiarazione di impegno».

3. La società Dell'Orco s.r.l., rimasta soccombente, ha proposto appello, sostanzialmente reiterando i motivi di primo grado, in chiave critica della sentenza di cui chiede la riforma.

4. Resiste in giudizio la Provincia di Lecce, chiedendo che l'appello sia respinto.

5. Si è costituita in giudizio anche la società Cantieri Riuniti del Salento s.r.l., controinteressata in primo grado per la sua qualità di aggiudicataria, che preliminarmente reitera l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo atteso che la Provincia di Lecce, dinanzi alla chiara previsione della *lex specialis* sul contenuto delle dichiarazioni da rendere in corso di gara, non poteva fare altro che escludere il concorrente. Nel merito conclude per la reiezione dell'appello.

6. All'udienza del 28 novembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Con il primo motivo, la società appellante denuncia l'invalidità della sentenza perché il primo giudice avrebbe travalicato i limiti del sindacato giurisdizionale, arrivando a configurare ragioni di esclusione diverse da quelle indicate dalla stazione appaltante nel provvedimento impugnato, non tenendo conto della rettifica alla motivazione da questa operata con il provvedimento del 24 aprile 2024, di conferma dell'esclusione.

8. Con il secondo motivo, l'appellante deduce l'ingiustizia della sentenza per non aver rilevato che la dichiarazione richiesta dal bando di gara, concernente la garanzia di stabilità occupazionale, non poteva essere resa perché, nella specie, non vi era alcun contratto di appalto operante al momento dell'avvio della gara e, pertanto, alcun personale impiegato nella commessa doveva essere riassorbito; in via subordinata, deduce la nullità per la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione o, comunque, l'illegittimità della clausola della *lex specialis* di gara se interpretata nel senso di imporre, a pena di esclusione, la dichiarazione di un impegno inesigibile ed impossibile da adempiere.

9. Con il terzo motivo («Error in iudicando *in relazione all'art. 102, co. 1, lett. b) del codice ed al primo motivo di ricorso dell'appellante*»), l'appellante – con riferimento alla dichiarazione di cui all'art. 102, comma 1, lett. b), del Codice dei contratti pubblici – ribadisce, in critica alla sentenza, che la Dell'Orco ha reso una dichiarazione integrativa, inserita nella documentazione amministrativa, in cui sarebbe stato indicato, quale contratto collettivo di lavoro da applicare ai lavoratori impiegati nella commessa, il CCNL del settore Edile ed Industria, lo stesso indicato dalla stazione appaltante nel capitolato speciale d'appalto (art. 53, comma 1, lettera a): «*nell'esecuzione dei lavori che formano oggetto del presente appalto, ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs 36/2023, l'appaltatore è tenuto ad applicare integralmente il "Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro - Settore Edile - Triennio 2021-2024" [...] e gli accordi locali e aziendali integrativi dello stesso, in vigore per il tempo e nella località in cui si svolgono i lavori*»); nessuna particolare modalità ulteriore occorre precisare, bastando l'indicazione, nella relativa dichiarazione, della disciplina pattizia che si intendeva applicare.

10. Con il quarto motivo («Error in iudicando *in relazione all'art. 102, co. 1, lett. b) del codice ed al primo motivo di ricorso dell'appellante*»), l'appellante ripropone la censura con la quale ribadisce di aver dimostrato l'impegno richiesto con la dichiarazione di cui all'art. 102, comma 1, lett. c), del Codice dei contratti pubblici mediante la *Certificazione Sociale ed Etica SA8000* (acronimo di *Social Accountability 8000*), ossia uno *standard* di riferimento riconosciuto a livello mondiale nato con l'obiettivo di garantire ottimali condizioni di lavoro. L'appellante rileva come la stazione appaltante, nel provvedimento di conferma dell'esclusione, ne avrebbe modificato le motivazioni facendo riferimento non più alla mancanza della dichiarazione sul punto ma al «*dovere, a carico di codesto o.e., di esplicitare le modalità operative con cui avrebbe inteso adempiere gli impegni assunti, magari facendo riferimento anche alle procedure attuate che hanno permesso il conseguimento della certificazione predetta*». Tuttavia, secondo l'appellante, per un verso il possesso della certificazione SA 8000 definisce una compagine societaria che gestisce correttamente e monitora costantemente tutte le attività ed i processi ad esse correlati che impattano sulle tematiche inerenti le condizioni dei lavoratori e quindi realizza il fine sociale sotteso all'onere

dichiarativo ai sensi del citato art. 102, comma 1, lett. c), del nuovo Codice; per altro verso, sia la stazione appaltante che il primo giudice non avrebbero tenuto conto del fatto che era la stessa disciplina di gara a delineare i contorni operativi dell'impegno in argomento prevedendo che *«l'appaltatore si impegna, altresì, ad adempiere all'obbligo previsto dall'art. 1, c. 4, Allegato II.3 del codice di riservare sia all'occupazione giovanile che all'occupazione femminile una quota di assunzioni pari ad almeno il 30% di quelle necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali; pertanto garantisce: 1. una quota pari al 25% di occupazione giovanile; 2. una quota pari al 5% di occupazione femminile»* (art. 53 del capitolato speciale d'appalto).

11. Con il quinto motivo (*«Error in iudicando in relazione agli artt. 101 e 102 del codice ed al primo motivo di ricorso dell'appellante»*), l'appellante – sempre con riferimento alle due dichiarazioni prescritte dal bando di gara e dalla lett. b) e dalla lett. c) dell'art. 102 *cit.* - l'appellante stigmatizza nuovamente l'illegittimità della esclusione per essere stata disposta in assenza della preventiva attivazione, in suo favore, del sub-procedimento di soccorso istruttorio, considerato che le suddette dichiarazioni, a tutto concedere, avrebbero dovuto considerarsi come incomplete e quindi suscettibili di integrazione ai sensi dell'art. 101 del Codice dei contratti e della *lex specialis* di gara.

12. Con il sesto motivo, l'appellante contesta una specifica affermazione contenuta nella sentenza (secondo cui *«che la dichiarazione di impegno fosse necessaria trova conferma nella stessa condotta assunta dalla ricorrente la quale, in altra e diversa procedura di gara indetta dalla medesima Provincia di Lecce, ha reso una dichiarazione di impegno nei termini richiesti dal bando»*).

13. Con il settimo reitera l'illegittimità dell'aggiudicazione, in via derivata dai vizi che inficerebbero il provvedimento di esclusione.

14. Iniziando l'esame dei motivi sopra riassunti, in ordine logico è preliminare osservare che le censure di cui al primo motivo (con il quale sostanzialmente si deduce la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato) e al sesto motivo incidono unicamente sulla motivazione della sentenza e non comporterebbero un vizio della sentenza tale da imporre la rimessione della causa al giudice di primo grado, non rientrando detti vizi in alcuna delle ipotesi tassative di annullamento con rinvio stabilite dall'art. 105, comma 1, del codice del processo amministrativo (sul punto si rinvia a Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 30 luglio 2018, n. 10 e n. 11), ma implicherebbe - in ossequio all'effetto devolutivo e sostitutivo dell'appello e al principio della conversione (o assorbimento) dei vizi di nullità della sentenza in motivi di impugnazione (art. 161, primo comma, c.p.c.) - la sola necessità di correggere la motivazione della sentenza, che andrebbe eventualmente emendata dall'errata valutazione giuridica formulata dal primo giudice.

15. Nel caso di specie, peraltro, le questioni prospettate con il primo e sesto motivo perdono rilievo (anche) perché sono fondate le doglianze di cui al secondo, terzo e quarto motivo.

16. Con queste l'appellante contesta i due rilievi posti a base dell'esclusione, incentrati, più che sulla mancanza delle dichiarazioni di cui all'art. 102, comma 1, lett. a), b) e c) del codice

dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), sulla incompletezza del loro contenuto, come emerge dalla motivazione del provvedimento (datato 24 aprile 2024) con il quale la stazione appaltante ha respinto l'istanza di revoca in autotutela e ha confermato (con diversa motivazione) l'esclusione della società Dell'Orco.

Come anticipato, la ricostruzione effettuata dalla stazione appaltante, ritenuta non illegittima dal primo giudice, non può essere condivisa.

17. Quanto alla dichiarazione di cui alla lett. a) del citato art. 102, comma 1, essa – riprendendo in parte qua il contenuto dell'art. 57, comma 1, del codice dei contratti pubblici – impone all'operatore economico l'assunzione dell'impegno a «*garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato*». La formula è la medesima già utilizzata nell'art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016, salvo l'impiego del verbo garantire in luogo di promuovere, il che tuttavia discende direttamente dal criterio direttivo dettato dall'art. 1, comma 2, lett. h), n. 1, della legge 21 giugno 2022, n. 78 («*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*»), a sottolineare, anche testualmente, la tensione verso l'effettivo conseguimento dell'obiettivo della stabilità occupazionale. Anche il significato attribuibile al sintagma non è variato rispetto alla norma antecedente, indicando l'impegno dell'appaltatore subentrante a riassorbire i lavoratori impiegati nella gestione dell'appalto da parte del precedente affidatario, nel rispetto della libertà di organizzazione dell'impresa (costituzionalmente tutelata: art. 41 Cost.) e in conformità ai principi europei in materia di tutela della concorrenza, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente (per tutte si veda Consiglio di Stato, sezione quinta, 2 novembre 2020, n. 6761, in cui si ribadisce che la clausola sociale non obbliga l'aggiudicatario ad assumere tutto il personale in carico all'appaltatore uscente né tanto meno ad applicare le medesime condizioni contrattuali né, infine, a riconoscere l'anzianità pregressa. Una diversa interpretazione che volesse ricavare un vincolo per i concorrenti al mantenimento dei livelli d'anzianità vantati dai lavoratori risulterebbe contraria allo spirito e al significato delle clausole sociali, come delineato dalla giurisprudenza. Ciò in quanto è necessario un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale ed europeo; da un lato il rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Costituzione e dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (parte integrante dei Trattati: art. 6, paragrafo 1, del TUE), che riconosce la libertà di impresa, conformemente alle legislazioni nazionali; dall'altro il diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Costituzione nonché dall'art. 15 della stessa Carta di Nizza).

17.1. In tale contesto, normativo e giurisprudenziale, non possono trovare ingresso le considerazioni svolte dalla difesa dell'amministrazione appellata, dirette a far confluire nella dichiarazione di cui all'art. 102, comma 1, lett. a), altre funzioni e altri obiettivi (sull'assunto che «*il concetto di stabilità occupazionale, nell'ottica del nuovo codice, non necessariamente è limitato alla clausola sociale intesa come riassorbimento del personale impiegato nel precedente appalto*»: p. 7 memoria Provincia di Lecce 8 luglio 2024) che pure connotano le clausole sociali anche nella concezione accolta dal codice del 2023, ma che non rientrano (non possono rientrare) nella nozione di "stabilità occupazionale", oggetto specifico della dichiarazione di cui alla lett. a).

17.2. Ciò posto, la dichiarazione di cui trattasi non sempre si rivela come necessaria; e

sicuramente non lo è quando – come nel caso di specie – non sussistono i presupposti fattuali dell'obbligo dichiarativo.

17.3. Nel caso di specie, infatti, come spesso accade negli appalti di lavori, l'affidatario del contratto oggetto della procedura non subentrerebbe al precedente appaltatore. Non essendoci, in tale ipotesi, lavoratori da riassorbire, la dichiarazione di impegno sarebbe priva di oggetto, e quindi inutile; e pretendere una di segno negativo sarebbe un formalismo eccessivo, sproporzionato.

17.4. Va rilevato, inoltre, che, come esattamente obiettato dall'appellante, la stazione appaltante avrebbe potuto acquisire la dichiarazione avviando il soccorso istruttorio o procedimentale, come consentito dall'art. 101, comma 1, del codice dei contratti pubblici, trattandosi di elementi estranei al contenuto dell'offerta e quindi sottratto alle preclusioni poste dall'art. 101, comma 1, lettere *a*) e *b*) (in tal senso, con riferimento all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, che pure escludeva la sanabilità delle "irregolarità essenziali" afferenti all'offerta tecnica ed economica, si veda Consiglio di Stato, sez. III, 3 febbraio 2023, n. 1175); e ai sensi del comma 3 della medesima disposizione, il quale consente (e quindi impone) alla stazione appaltante di «*richiedere chiarimenti sul contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato*», fermo restando il divieto di modificare il contenuto dell'offerta.

17.5. Pertanto, l'omessa allegazione della documentazione di gara, o la sua incompletezza, anche ove tale adempimento sia richiesto dal bando di gara (o dalla legge) a pena di esclusione, lungi dal consentire l'adozione del provvedimento di esclusione dell'operatore economico dalla procedura, costituisce, piuttosto, il presupposto - ai sensi del citato art. 101 del codice dei contratti pubblici e dell'art. 56, comma 3, della direttiva 24/2014/UE del 26 febbraio 2014 (a mente del quale: «*3. Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza*») - per l'esercizio del dovere di soccorso istruttorio o di soccorso procedimentale, imponendo alla stazione appaltante di richiedere all'interessato di integrare, regolarizzare o esibire la documentazione mancante (ovvero «*ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara*»: art. 101, comma 1, lettere *a*) e *b*) del codice, oltre al richiamato comma 3).

18. Con riferimento alla dichiarazione di cui alla lett. *b*) del più volte citato art. 102 del codice, chiarito che la dichiarazione indicante il CCNL che l'aggiudicataria avrebbe applicato al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto era contenuta nella documentazione amministrativa allegata alla domanda di partecipazione (come riconosciuto dalla stazione appaltante nel provvedimento 24 aprile 2024, sopra richiamato), l'ulteriore pretesa della stazione appaltante di precisare le «*specifiche modalità con cui si intende adempiere all'impegno*» appare irragionevole (perché non si comprende quali potrebbero essere tali

modalità specifiche, trattandosi essenzialmente di dare puntuale applicazione ai contratti, fermo restando il dovere dell'amministrazione appaltante di verificarne l'effettiva applicazione nel corso dell'esecuzione del contratto, e ancor prima in sede di verifica della congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 110, comma 4, lett. a) del codice dei contratti pubblici, che – in continuità con quanto previsto dall'art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 – non ammette giustificazioni «*in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge*»). Né tale richiesta può basarsi sul comma 2 dell'art. 102 cit. (secondo cui, ai fini del comma 1, «*l'operatore economico indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni*»), prescrizione che va calibrata, sul piano interpretativo, in relazione al possibile contenuto delle dichiarazioni da rendere (come già si è veduto con riferimento alla dichiarazione sulla garanzia occupazionale).

In ogni caso, anche a questo proposito va richiamato il dovere di soccorso istruttorio che grava sulla stazione appaltante, il cui impiego consente (o avrebbe consentito) l'integrazione della dichiarazione resa dall'aggiudicataria.

19. Per le medesime considerazioni, è illegittima la motivazione dell'esclusione per la incompletezza della dichiarazione di impegno a «*garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate*» (lett. c) dell'art. 102 cit.).

19.1. Secondo la stazione appaltante, l'aggiudicataria, pur in presenza della certificazione SA8000, avrebbe dovuto «*esplicitare le modalità operative con cui avrebbe inteso adempiere gli impegni assunti, magari facendo riferimento anche alle procedure attuate che hanno permesso il conseguimento della certificazione predetta*».

19.2. La richiesta è affetta dai medesimi vizi già rilevati per le altre: da un lato un formalismo eccessivo (posto che l'ottenimento della certificazione di sistema implica che nell'impresa certificata si attuano quelle procedure che garantiscono il rispetto delle condizioni ottimali dei lavoratori sotto diversi profili); dall'altro, l'aver adottato il provvedimento di esclusione automatica omettendo il necessario passaggio del soccorso istruttorio.

20. In conclusione, l'appello va accolto e, per l'effetto, va accolto il ricorso di primo grado.

Va precisato, anche ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e) del codice del processo amministrativo, che l'accoglimento comporta, oltre all'annullamento del provvedimento di esclusione e del provvedimento di aggiudicazione alla società Cantieri Riuniti del Salento s.r.l. (illegittimo in via derivata, per i vizi dell'esclusione), anche la dichiarazione della inefficacia del contratto stipulato il 24 luglio 2024 tra la Provincia di Lecce e la Cantieri Riuniti del Salento. Non può essere invece dichiarato e accertato il diritto al subentro, posto che i vizi accolti impongono (arg. ex art. 122, comma 1, del c.p.a.) il rinvio alla stazione appaltante per la riformulazione della graduatoria e la nuova aggiudicazione.

21. Le spese giudiziali seguono la regola della soccombenza e sono liquidate, per il doppio grado di giudizio, nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado e annulla il provvedimento di esclusione e il provvedimento di aggiudicazione alla società Cantieri Riuniti del Salento s.r.l., con esso impugnati.

Dichiara inefficace il contratto stipulato il 24 luglio 2024 tra la Provincia di Lecce e la Cantieri Riuniti del Salento s.r.l.

Condanna la Provincia di Lecce e la società Cantieri Riuniti del Salento s.r.l. al pagamento delle spese giudiziali in favore dell'appellante, che liquida, per il doppio grado di giudizio, in euro 4.000,00 (quattromila/00) a carico di ciascuna appellata, oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

Marina Perrelli, Consigliere

Guida alla lettura

Nella gara per l'affidamento di **lavori di manutenzione straordinaria** l'**operatore** primo graduato veniva **escluso per l'incompletezza delle dichiarazioni di cui all'art. 102, comma 1, lett. a), b) e c) del d.lgs. n. 36/2023**.

Com'è noto, il cit. art. 102 così dispone: «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.

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».

Nel caso di specie, la *lex specialis*, in apparente applicazione del dettato normativo, prescriveva che l'operatore economico doveva presentare (nella busta relativa alla documentazione amministrativa) la dichiarazione «*con la quale l'impresa attesti le modalità con le quali intende adempiere gli impegni di cui all'art. 102 co. 1 del Codice lett. a), b) e c):*

a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;

b) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore [maggiormente rappresentativi in ragione del contenuto del contratto...];

c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

Si precisa che:

- l'eventuale incompletezza della suddetta dichiarazione sarà oggetto di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 101 comma 3 lett. a) del Codice;

- l'omessa allegazione della suddetta dichiarazione comporterà l'esclusione della gara».

Ora, il ricorrente così si determinava nel corso della procedura di gara:

- a. non produceva la dichiarazione concernente la garanzia di stabilità occupazionale ex art. 102, comma 1, lett. a), nella ritenuta impossibilità/inutilità della stessa, perché, nella specie, non vi era alcun contratto di appalto operante al momento dell'avvio della gara e, pertanto, alcun personale impiegato nella commessa doveva essere riassorbito;
- b. con riguardo alla garanzia di applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore ex art. 102, comma 1, lett. b), avendo già dichiarato di applicare un determinato contratto collettivo nell'ambito della documentazione amministrativa (il CCNL del settore Edile ed Industria, peraltro il medesimo contratto indicato dalla stazione appaltante nel capitolato speciale d'appalto), riteneva di non dover specificare

ulteriormente alcunché, essendo sufficiente l'indicazione della disciplina pattizia che intendeva applicare.

- c. rispetto all'impegno relativo alle condizioni di parità ex art. 102, comma 1, lett. c), riteneva di averlo assolto mediante la produzione della *Certificazione Sociale ed Etica SA8000* (acronimo di *Social Accountability 8000*), essendo la stessa sufficiente a certificare che la compagine societaria gestisce correttamente e monitora costantemente tutte le attività ed i processi che impattano sulle tematiche inerenti le condizioni dei lavoratori e, in definitiva, realizza il fine sociale sotteso all'onere dichiarativo.

La stazione appaltante, invece, escludeva l'operatore, sulla base delle seguenti considerazioni, avallate poi dal Tribunale leccese di prime cure:

- a. quanto alla dichiarazione di impegno sulla stabilità occupazionale, il codice non esclude dal relativo ambito applicativo i contratti di lavori e se il concorrente avesse ritenuto di non poter formulare detto impegno e di non poter esplicitare le modalità operative per l'adempimento avrebbe potuto chiarire detta circostanza in fase partecipazione, come espressamente previsto dal bando di gara;
- b. con riferimento alla dichiarazione sui contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, una volta dichiarata l'applicazione di un dato contratto, l'operatore economico avrebbe dovuto rendere anche l'ulteriore dichiarazione relativa alle specifiche modalità con cui intendeva adempiere siffatto impegno;
- c. con riferimento al possesso della certificazione SA8000 era comunque doveroso esplicitare anche le modalità operative con cui l'operatore intendeva adempiere gli impegni assunti, magari facendo riferimento alle procedure attuate che gli avevano permesso il conseguimento della certificazione.

Il TAR Lecce riteneva, altresì, che in tale fattispecie nessuno spazio vi sarebbe stato per il soccorso istruttorio, giacché lo stesso, per espressa previsione del bando, si sarebbe potuto attivare solo in presenza di dichiarazioni incomplete, mentre nella specie l'operatore non avrebbe prodotto per nessuna delle tre categorie previste dal bando alcuna dichiarazione di impegno.

Tali considerazioni sono state completamente ribaltate dalla pronuncia d'appello in commento.

Il Consiglio di Stato ha riconosciuto, anzitutto, che, a ben vedere, i rilievi posti a base dell'esclusione sono incentrati, più che sulla mancanza delle dichiarazioni di cui all'art. 102, comma 1, lett. a), b) e c) del codice, sulla incompletezza del loro contenuto, il che avrebbe dovuto aprire al soccorso istruttorio (con le seguenti considerazioni riferite alla dichiarazione di cui all'art. 102, comma 1, lett. a), ma vevoli anche per quelle delle lett. b) e c): «*la stazione appaltante avrebbe potuto acquisire la dichiarazione avviando il soccorso istruttorio o procedimentale, come consentito dall'art. 101, comma 1, del codice dei contratti pubblici, trattandosi di elementi estranei al contenuto dell'offerta e quindi sottratto alle preclusioni poste dall'art. 101, comma 1, lettere a) e b) (in tal senso, con riferimento all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, che pure escludeva la sanabilità delle "irregolarità essenziali" afferenti*

all'offerta tecnica ed economica, si veda Consiglio di Stato, sez. III, 3 febbraio 2023, n. 1175); e ai sensi del comma 3 della medesima disposizione, il quale consente (e quindi impone) alla stazione appaltante di «richiedere chiarimenti sul contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato», fermo restando il divieto di modificare il contenuto dell'offerta.

17.5. Pertanto, l'omessa allegazione della documentazione di gara, o la sua incompletezza, anche ove tale adempimento sia richiesto dal bando di gara (o dalla legge) a pena di esclusione, lungi dal consentire l'adozione del provvedimento di esclusione dell'operatore economico dalla procedura, costituisce, piuttosto, il presupposto - ai sensi del citato art. 101 del codice dei contratti pubblici e dell'art. 56, comma 3, della direttiva 24/2014/UE del 26 febbraio 2014 [...] per l'esercizio del dovere di soccorso istruttorio o di soccorso procedimentale, imponendo alla stazione appaltante di richiedere all'interessato di integrare, regolarizzare o esibire la documentazione mancante (ovvero «ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara»: art. 101, comma 1, lettere a) e b) del codice, oltre al richiamato comma 3)»).

In particolare, poi, con riguardo alla clausola sulla **stabilità occupazionale ex art. 102, comma 1, lett. a)**, premessa la necessità di dover contemperare le esigenze imprenditoriali con quelle dei lavoratori (v. anche *infra* nel presente commento), è stato chiarito che la relativa **dichiarazione non sempre** si rivela come **necessaria** e sicuramente non lo è quando, come nella specie, neanche sussistono i presupposti fattuali dell'obbligo dichiarativo: spesso, infatti, **negli appalti di lavori l'affidatario non subentra al precedente appaltatore**. Dunque, **non essendoci** in tali ipotesi **lavoratori da riassorbire**, la **dichiarazione di impegno sarebbe priva di oggetto e, quindi, inutile e pretenderne una di segno negativo sarebbe un formalismo sproporzionato**.

Anche con riguardo al contenuto della dichiarazione relativa al **contratto collettivo applicabile ex art. 102, comma 1, lett. b)**, i Giudici hanno fatto proprio un approccio sostanzialistico in ordine al rispetto della clausola sociale, per cui è stato ritenuto che, **a fronte della dichiarazione dell'operatore sul CCNL che avrebbe applicato**, l'ulteriore **pretesa della stazione appaltante di precisare le «specifiche modalità con cui si intende adempiere all'impegno»** appare irragionevole, **«perché non si comprende quali potrebbero essere tali modalità specifiche, trattandosi essenzialmente di dare puntuale applicazione ai contratti**, fermo restando il dovere dell'amministrazione appaltante di verificarne l'effettiva applicazione nel corso dell'esecuzione del contratto, e ancor prima in sede di verifica della congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 110, comma 4, lett. a) del codice dei contratti pubblici, che – in continuità con quanto previsto dall'art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 – non ammette giustificazioni «in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge» [...] In ogni caso, anche a questo proposito va richiamato il dovere di soccorso istruttorio che grava sulla stazione appaltante, il cui impiego consente (o avrebbe consentito) l'integrazione della dichiarazione resa dall'aggiudicatario».

Per le medesime considerazioni è stata ritenuta illegittima la motivazione dell'esclusione per incompletezza della **dichiarazione di impegno a garantire le pari opportunità ex art. 102,**

comma 1, lett. c), avendo la stazione appaltante ritenuto che l'aggiudicataria, pur in presenza della certificazione SA8000, avrebbe dovuto «*esplicitare le modalità operative con cui avrebbe inteso adempiere gli impegni assunti, magari facendo riferimento anche alle procedure attuate che hanno permesso il conseguimento della certificazione predetta*». Secondo il Consiglio di Stato, infatti, siffatta richiesta è «*affetta dai medesimi vizi già rilevati per le altre: da un lato, un formalismo eccessivo (posto che **l'ottenimento della certificazione di sistema implica che nell'impresa certificata si attuano quelle procedure che garantiscono il rispetto delle condizioni ottimali dei lavoratori sotto diversi profili**); dall'altro, l'aver adottato il provvedimento di esclusione automatica omettendo il necessario passaggio del soccorso istruttorio*».

Da ultimo, con riguardo ai temi oggetti della pronuncia, pare utile rammentare gli insegnamenti – sempre attuali – di Consiglio di Stato, Sez. V, 2 novembre 2020, n. 6761 sullo spirito e sul significato delle **clausole sociali**, in particolare di quelle **sulla stabilità occupazionale**. In quella decisione, infatti, il Consiglio di Stato, in una procedura di affidamento di servizi bibliotecari, nello statuire che la clausola sociale *i) non obbliga l'aggiudicatario ad assumere tutto il personale in carico all'appaltatore uscente, ii) né tanto meno ad applicargli le medesime condizioni contrattuali, iii) né, infine, a riconoscergli l'anzianità progressa*, aveva così motivato: «*Il regime della clausola sociale "richiede un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale, ed anche europeo [...]. Ci si riferisce da un lato al rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost, ma anche dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce 'la libertà di impresa', conformemente alle legislazioni nazionali [...]. Ci si riferisce, dall'altro lato, in primo luogo al diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost, e dall'art. 15 della Carta di Nizza, di analogo contenuto" (Cons. Stato, Comm. spec., parere 21 novembre 2018, n. 2703).*

Per tali ragioni detta clausola va formulata e intesa "in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario", anche perché solo in questi termini "la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255)" (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6148; cfr. anche Cons. Stato, VI, 21 luglio 2020, n. 4665; 24 luglio 2019, n. 5243; V, 12 febbraio 2020, n. 1066).

Il tema delle modalità di attuazione della clausola sociale è stato peraltro affrontato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, con il parere [...] reso sulle Linee guida dell'Anac relative all'applicazione dell'art. 50 d.lgs. n. 50 del 2016 (Linee guida n. 13, poi approvate con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019).

Al riguardo è stata posta in risalto in particolare l'opportunità di prevedere un "vero e proprio 'piano di compatibilità' o 'progetto di assorbimento', nel senso che [l'offerta] debba illustrare in qual modo concretamente l'offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale"; il che confluirebbe nella formulazione di "una vera e propria proposta contrattuale [...] che contenga gli elementi essenziali del nuovo rapporto in termini di trattamento economico e inquadramento, unitamente all'indicazione di un termine per l'accettazione", con conseguente possibilità per il lavoratore di "individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro" (Cons. Stato, parere n. 2703 del 2018, cit.).

Allo stesso modo, la stazione appaltante potrebbe valutare se "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".

Da ciò si ricava chiara conferma che è rimessa al concorrente la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola, incluso l'inquadramento da attribuire al lavoratore, spettando allo stesso operatore formulare eventuale "proposta contrattuale" al riguardo, anche attraverso il cd. "progetto di assorbimento", effettivamente introdotto dall'art. 3, ultimo comma, delle Linee guida Anac n. 13 (cfr., in proposito, Cons. Stato, V, 1 settembre 2020, n.5338) [...]

È stato recentemente sottolineato come la clausola non comporti "alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo"; di guisa che "l'obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non è assoluto né automatico" (Cons. Stato, n.6148 del 2019, cit.; cfr. anche Id., 16 gennaio 2020, n. 389, in cui si precisa, sotto altro concorrente profilo, che sull'aggiudicatario non grava "l'obbligo di applicare ai lavoratori esattamente le stesse mansioni e qualifiche che avevano alle dipendenze del precedente datore di lavoro"; v. anche Id., 13 luglio 2020, n. 4515, in ordine al Ccnl prescelto). [...]

Va peraltro rilevato, sotto altro profilo, che **l'aspetto inerente al "modo [con cui] l'imprenditore subentrante dia seguito all'impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario (id est. come abbia rispettato la clausola sociale) attiene [...] alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro" (Cons. Stato, n. 6148 del 2019, cit.; cfr. anche la Linee guida Anac n. 13, che all'art. 5 prevedono: "L'inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l'applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto. Nello schema di contratto le stazioni appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità della violazione. Ove ne ricorrano i presupposti, applicano l'articolo 108, comma 3, del Codice dei contratti pubblici").**

Per contro non vale il richiamare il precedente della Sezione che ha escluso che l'estensione

della libertà imprenditoriale possa spingersi sino al punto di vanificare le sottostanti esigenze di tutela dei lavoratori sotto il profilo del mantenimento delle condizioni economiche e contrattuali vigenti, pena la legittimazione di politiche aziendali di dumping sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro (Cons. Stato, V, 10 giugno 2019, n. 3885): il caso esaminato era infatti caratterizzato da una clausola sociale e una corrispondente disposizione di legge regionale che prevedevano espressamente il mantenimento delle condizioni economiche e contrattuali già in essere in capo ai lavoratori».