



Novità in materia di appalti pubblici 6/2024

SOMMARIO: Il principio della *par condicio* quale limite all'attivazione del soccorso istruttorio - Il contratto di avalimento relativo all'attestazione SOA - La corretta individuazione del CCNL applicabile in base al Nuovo Codice Appalti - L'attivazione del soccorso istruttorio in caso di "materiale impossibilità" di indicare i costi della manodopera – Principio di rotazione e divieto del "secondo consecutivo affidamento"

1. Il principio della *par condicio* quale limite del soccorso istruttorio

Il Consiglio di Stato conferma che il soccorso istruttorio, previsto dall'art. 101 del D. Lgs. 36/2023, può essere attivato solo per gli errori immediatamente rilevabili, come la mancata allegazione di un requisito di partecipazione o di un titolo valutabile in sede concorsuale, ma sempre nel rispetto del principio della *par condicio*.

[Cons. Stato, Sez. VII, 4 marzo 2024 n. 2101](#)

«Il soccorso istruttorio ha portata generale e trova applicazione, anche nell'ambito delle procedure concorsuali, fermo il necessario rispetto del principio della par condicio per cui l'intervento dell'amministrazione diretto a consentire al concorrente di regolarizzare o integrare la documentazione presentata non può produrre un effetto vantaggioso a danno degli altri candidati.

In quest'ottica, il limite all'attivazione del soccorso istruttorio coincide con la mancata allegazione di un requisito di partecipazione ovvero di un titolo valutabile in sede concorsuale, poiché, effettivamente, consentire ad un candidato di dichiarare, a termine di presentazione delle domande già spirato, un requisito o un titolo non indicato, significherebbe riconoscergli un vantaggio rispetto agli altri candidati in palese violazione della par condicio.

In generale, può quindi affermarsi che il soccorso istruttorio va attivato, qualora dalla documentazione presentata dall'istante residuino margini di incertezza facilmente superabili (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 257; V, 8 agosto 2016, n. 3540; II, 28 gennaio 2016, n. 838; IV, 7 settembre 2004, n. 5759) rispondendo tale scelta amministrativa ad un principio di esercizio dell'azione amministrativa ispirata a buona fede e correttezza.

Considerata la necessità di salvaguardare la regolarità della procedura di gara e la par condicio fra i partecipanti, sono ammessi interventi della commissione di gara volti a correggere errori materiali solo quando i medesimi siano facilmente ed immediatamente rilevabili. A tale condizione, quindi, in un'ottica di massima partecipazione a una procedura di evidenza pubblica, va consentito al concorrente di emendare l'errore ostativo immediatamente percepibile (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 31 ottobre 2022, n. 9415), a maggior ragione se generato da clausole ambigue contenute nella lex specialis».



2. Il contratto di avvalimento relativo all'attestazione SOA

Il Consiglio di Stato chiarisce che, in base all'art. 104 del D. Lgs. 36/2023, l'avvalimento avente a oggetto la SOA non si esaurisce nel prestito meramente cartolare di un requisito, ma deve sostanziarsi nell'impegno effettivo e totalizzante dell'impresa ausiliaria a prestare il proprio apparato organizzativo, indicando in modo specifico nel contratto di avvalimento quali mezzi e quali risorse l'ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata.

[Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2024 n. 119](#)

«L'elemento caratterizzante l'avvalimento non è limitato a un mero "prestito" formale di personale e/o di macchinari e/o di beni strumentali necessariamente, sganciato dalla relativa organizzazione aziendale ... anche se il suo effetto - relativamente al rapporto di appalto - consiste nell'imputazione giuridica ed economica delle prestazioni che ne sono oggetto direttamente all'impresa concorrente, che, a tal fine, si avvale dell'ausiliaria [...]

Relativamente all'avvalimento che abbia ad oggetto attestazione SOA, la giurisprudenza ha precisato che è ammissibile l'avvalimento anche quanto alla SOA, purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (così in termini Consiglio di Stato, Sez. V, 21 dicembre 2021, n. 8486; 12 marzo 2018, n. 1543)».

3. La corretta individuazione del CCNL applicabile in base all'art. 11 del D.Lgs. 36/2023

Il TAR Lombardia, sede di Brescia, sottolinea che l'art. 11, commi 3 e 4 del D. Lgs. 36/2023, in base al quale gli operatori economici possono indicare nell'offerta un CCNL diverso da quello previsto nella *lex specialis*, purché garantisca le stesse tutele, deve essere interpretata nel senso di permettere a un'impresa di applicare il proprio CCNL anche in una gara, che, in base alle ripartizioni della contrattazione collettiva, si collocherebbe in un altro settore economico, a condizione che si rispetti il principio di equo trattamento e le mansioni indicate nel CCNL corrispondano con l'oggetto dell'appalto.

[TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 12 marzo 2024 n. 89](#)

«In base all'art. 11 commi 3 e 4 del Dlgs. n. 36/2023, il ribasso inserito nell'offerta non può essere ottenuto in danno dei lavoratori mediante l'applicazione di un CCNL che, essendo incoerente rispetto alle lavorazioni, comporti minori tutele economiche e normative;

la suddetta norma determina certamente una limitazione della libertà di organizzazione aziendale, ma non può essere interpretata in senso eccessivamente restrittivo, in quanto occorre evitare di introdurre freni non necessari alla concorrenza e al principio di massima partecipazione. Si ritiene pertanto che un'impresa possa mantenere il proprio CCNL anche in una gara che in base alle ripartizioni della contrattazione collettiva si collocherebbe in un altro settore economico, purché, secondo una valutazione complessiva (giuridica ed economica), il trattamento dei lavoratori impiegati in tale gara non sia deteriore rispetto a quello dei CCNL individuati dalla stazione appaltante, e vi sia corrispondenza tra le mansioni del CCNL applicato e le lavorazioni oggetto dell'appalto;

occorre precisare ulteriormente che non è necessaria la parità di retribuzione, in quanto tale condizione sarebbe equivalente all'imposizione di un CCNL unico.»





4. L'attivazione del soccorso istruttorio in caso di "materiale impossibilità" di indicare i costi della manodopera

Il TAR Sicilia, sede di Catania, conferma l'indirizzo della giurisprudenza europea relativo alla legittima attivazione del soccorso istruttorio nel caso di materiale impossibilità di indicare i costi, relativi alla manodopera, nonché gli oneri di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

[TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 18 marzo 2024 n. 1071](#)

«[...] L'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023 prevede che "nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale";

[...] il giudice comunitario (Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18) ha indicato quale condizione legittimante il soccorso istruttorio proprio la materiale impossibilità dell'indicazione degli importi relativi ai costi sopraindicati che spetta al giudice nazionale vagliare (Cons. Stato, Ad. plen., nn. 7 e 8 del 2020).

Sul punto, con riferimento al concetto di "impossibilità materiale", s'impone un'interpretazione restrittiva delle ipotesi derogatorie, limitate solamente alle ipotesi in cui nessun operatore abbia avuto quantomeno la possibilità di inserire tali costi (Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2020, n. 1974).

Si aggiunga altresì come in giurisprudenza si ritenga comunemente non fondata la pretesa di addurre in via meramente ipotetica la violazione del principio del soccorso istruttorio, in quanto «l'impresa concorrente deve, cioè, dimostrare in giudizio che, ove il soccorso istruttorio fosse stato correttamente attivato da parte della stazione appaltante nel corso della procedura di gara, l'esito le sarebbe stato favorevole, disponendo essa del requisito in contestazione» (Cons. Stato, Sez. III, 25 febbraio 2019, n. 1312).»

5. Principio di rotazione e divieto del "secondo consecutivo affidamento"

Il TAR Sicilia, sede di Catania, indica la corretta interpretazione del principio di rotazione, sottolineando che "il divieto del secondo consecutivo affidamento" previsto dall'art. 49 del D. Lgs. 36/2023 fa riferimento a quello immediatamente precedente e non al terzo affidamento da parte dell'operatore economico già affidatario di due consecutivi affidamenti.

[TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 19 marzo 2024 n. 1099](#)

«L'art. 49 del D.lgs. n. 36/2023 dispone che gli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie avvengono nel rispetto del principio di rotazione e il successivo comma 2° specifica che, in applicazione del citato principio, "è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi".

I "due consecutivi affidamenti" fanno, quindi, riferimento a quello da aggiudicare e a quello "immediatamente precedente" con la conseguenza che la disposizione vieta il secondo consecutivo affidamento (avente ad oggetto la stessa categorie di opere) e non - come dalla ravvisato dalla parte ricorrente - il "terzo" affidamento da parte dell'operatore già affidatario di due consecutivi affidamenti", non rivenendosi, per una simile interpretazione, né elementi testuali, né elementi sistematici tenuto anche conto che la disposizione si pone in linea di continuità con la precedente



regolamentazione di cui alle linee guida ANAC n. 4 che al punto 3.6 faceva espresso riferimento all'affidamento "precedente" e a quello "attuale".»

Contatti

Torino Corso Vittorio Emanuele II, 68 10121 | T. +39 011 51121

Milano Via Bigli 2, 20121 | T. +39 02 303049

Roma Via Ludovisi, 35 00187 | T. +39 011 51121

info@pavesioassociati.it – www.pavesioassociati.it

Per maggiori informazioni:

AreaAmministrativo@pavesioassociati.it

Disclaimer

Il presente documento è redatto in termini generali, unicamente a fini divulgativi e di aggiornamento normativo.