



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1098 del 25 ottobre 2017

OGGETTO: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentate da Costruzioni Edili Fioratto Srl e da Costruzioni Carraro Giorgio Snc – Procedura negoziata: 1) per lavori di ammodernamento delle strutture viarie esistenti e costruzione di percorsi pedonali protetti in ambito urbano nel Comune di San Pietro Viminario; 2) per lavori di sostituzione e potenziamento rete idrica esistente lungo la via Roma nel Comune di San Pietro Viminario – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base d'asta: euro 536.427,06 – S.A.: Provincia di Padova per il Comune di San Pietro Viminario.

PREC 135/17/L

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. ANAC n. 0015607 del 31.1.2017, l'impresa Costruzioni Edili Fioratto Srl, in qualità di mandataria del RTI con Costruzioni Stradali di Biasin Geom. Alfio (mandante), contesta l'esclusione del raggruppamento dalla gara per la mancata sottoscrizione da parte dell'impresa mandante della Lista relativa ai lavori di cui al punto 2) indicato in oggetto (CIG 65827007E1), nonostante risultasse chiara, dalla documentazione prodotta ai fini della partecipazione, la volontà di creare il raggruppamento con Costruzioni Stradali di Biasin Geom. Alfio solo con riferimento ai lavori di cui al punto 1) indicato in oggetto (CIG 6673427E29), a causa della mancanza da parte della mandataria istante del requisito della categoria a qualificazione obbligatoria OG6, e non con riferimento alla gara di cui al punto 2) per la quale la mandataria medesima partecipava come impresa singola avendo in proprio tutti i requisiti richiesti.

Successivamente, con istanza acquisita al prot. ANAC n. 0058144 del 24.4.2017, l'impresa Costruzioni Carraro Giorgio Snc, terza classificata nella graduatoria finale, sostiene l'illegittimità della procedura di gara, in quanto se la Stazione appaltante non avesse illegittimamente escluso dalla procedura l'impresa Costruzioni Edili Fioratto (conformemente a quanto sostenuto da quest'ultima nella propria istanza) e avesse correttamente escluso, invece, l'Impresa SB Srl a causa della mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, a seguito del ricalcolo della soglia di anomalia, le imprese attualmente classificatesi prima e seconda nella graduatoria finale sarebbero state escluse per anomalia dell'offerta con conseguente effetto di determinare l'aggiudicazione proprio a favore dell'impresa istante. In via subordinata, nel caso di mancato accoglimento della propria richiesta, la medesima istante chiede all'Autorità di rendere parere in ordine alla asserita illegittimità dell'intera procedura di affidamento in



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

questione per il fatto che la *lex specialis* ha previsto la formulazione di un ribasso percentuale unitario (ovvero sull'importo complessivo stimato per i due affidamenti) e conseguentemente una graduatoria unica sebbene relativa a due gare sostanzialmente distinte.

L'Autorità, avendo ritenuto opportuno riunire in un unico procedimento le due istanze, atteso lo stretto collegamento tra le questioni in esse sollevate ai fini dell'adozione del presente parere, con due distinte note, rispettivamente in data 21.4.2017 e in data 20.7.2017, ha comunicato l'avvio del procedimento e l'integrazione del contraddittorio.

A riscontro la Stazione appaltante ha fornito copia della lettera di invito e i verbali delle tre sedute di gara.

Non risultano pervenute memorie o ulteriore documentazione da parte delle imprese istanti né da parte degli altri operatori economici utilmente collocati nella graduatoria finale, cui è stata data comunicazione dell'avvio dell'istruttoria.

Ritenuto in diritto

Considerando assorbente la questione relativa all'eventuale illegittimità della procedura di gara adottata dalla Stazione appaltante per l'affidamento dei due lavori indicati in oggetto, si ritiene opportuno procedere preliminarmente all'esame della richiesta formulata, ancorché in subordine, dal secondo istante, ovvero l'impresa Costruzioni Carraro Giorgio Snc.

Innanzitutto, dalla lettura della Determinazione n. 33 del 10.8.2016 del Responsabile del Servizio Area Gestione Territorio del Comune di San Pietro Viminario, emerge che per il duplice affidamento è stata scelta la procedura negoziata ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c) del Codice *«in quanto si tratta di una procedura che consente di individuare in tempi rapidi l'operatore economico e procedere pertanto all'espletamento dei lavori in tempi altrettanto celeri, nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione dell'azione amministrativa»*.

Ebbene, si ritiene che tale motivazione non sia sufficiente a legittimare il ricorso alla procedura prescelta: a norma dell'art. 63, comma 2, lett. c), infatti, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata *“nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”*.

Nel caso di specie, l'Ente appaltante non ha fornito alcuna motivazione né in ordine alle *“ragioni di estrema urgenza”* né in relazione *“agli eventi imprevedibili”* non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, che costituiscono i presupposti normativi indefettibili per poter fare ricorso a tale procedura. D'altra parte, la semplice e generica constatazione effettuata dall'Amministrazione procedente secondo cui la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

procedura negoziata è preferibile perché abbrevia i tempi di affidamento dell'appalto e, conseguentemente, della sua realizzazione non integra i presupposti richiesti dalla legge; ciò perché l'interesse generico alla celerità, che peraltro può considerarsi appartenente, in astratto, ad ogni ente appaltante, nel nostro ordinamento non è sufficiente a legittimare il ricorso a procedure di affidamento abbreviate e semplificate, dovendo invece ricondursi ad una oggettiva necessità determinata da una urgenza estrema, imprevedibile e non imputabile all'ente stesso che bandisce la selezione e della quale, evidentemente, si deve fornire adeguata dimostrazione nella determina a contrarre.

Pertanto, anche a prescindere dall'eventuale presenza, di fatto, delle condizioni richieste dalla norma per l'esperimento della procedura negoziata, in ordine alla quale, comunque, stante la carente documentazione utile all'esatta ricostruzione delle vicende che hanno preceduto l'indizione della gara in contestazione, non è possibile effettuare alcuna valutazione, a inficiare la regolarità della procedura è sufficiente la già rilevata oggettiva mancanza di idonea motivazione nella determinazione dirigenziale più sopra menzionata.

In ogni caso al di là delle suesposte censure in ordine alla scelta, *ab origine*, del tipo di procedura di selezione, ciò che appare sindacabile è altresì la stessa architettura generale di gara disegnata dagli enti coinvolti.

Trattasi infatti di un duplice affidamento, riguardante due distinti lavori, progettati e finanziati da due enti differenti (ovvero il Comune di san Pietro Viminario e il Centro Veneto Servizi Spa), mediante un'unica procedura di gara gestita dalla Provincia di Padova in qualità di Stazione Unica Appaltante, e per la quale è previsto che i concorrenti effettuino un'offerta unitaria (ribasso unico per entrambe le opere) con la conseguenza di determinare un'unica graduatoria finale, ancorché sia prevista la stipula di due contratti differenti da parte del medesimo aggiudicatario.

Come appare evidente, trattasi di una procedura sicuramente atipica, che non trova riscontro all'interno della rigorosa tipizzazione procedurale sancita nell'ambito del diritto pubblico degli appalti e che pertanto è da ritenersi inammissibile.

Nelle ipotesi in cui un ente pubblico debba affidare l'esecuzione di due o più lavori all'interno di un quadro strutturato di interventi, esistono due sole possibilità: un'unica gara divisa in più lotti a seconda degli interventi previsti, oppure più gare autonome, eventualmente gestite in modo unitario da una medesima Stazione appaltante che aggrega la domanda in conformità alle disposizioni normative relative alla centralizzazione delle committenze, contemplando però meccanismi volti a evitare il rischio di indebite interferenze tra i vari affidamenti.

Le ragioni che hanno indotto gli enti in questione ad adottare tale soluzione procedurale per abbreviare i tempi di realizzazione della gara e dunque delle opere ritenute necessarie anche per evitare la possibile perdita dei contributi finanziari regionali, non possono in alcun modo legittimare il superamento dei vincoli procedurali imposti dalle norme che regolano l'affidamento delle commesse pubbliche.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In ogni caso, sebbene gli enunciati vizi procedurali e sostanziali siano sufficienti ad inficiare la regolarità della gara, considerata la rilevanza delle questioni giuridiche sottoposte all'attenzione dell'Autorità con le istanze in discussione, si ritiene utile fornire un riscontro puntuale in ordine ai quesiti avanzati dagli istanti.

In particolare, si deve ritenere illegittima l'esclusione del RTI Costruzioni Edili Fioratto Srl-Costruzioni Stradali di Biasin Geom. Alfio a causa della mancata sottoscrizione da parte dell'impresa mandante della Lista relativa ai lavori di sostituzione e potenziamento della rete idrica (CIG 65827007E1).

Dalla documentazione acquisita appare, infatti, chiaramente espressa la volontà dell'impresa istante di partecipare alla gara per l'affidamento dei lavori sopracitati come concorrente singolo e non in raggruppamento con l'impresa Costruzioni Stradali di Biasin Geom. Alfio, che peraltro non avrebbe neanche i requisiti tecnico-professionali richiesti (qualificazione SOA categoria OG3) per l'esecuzione di tali opere.

Vero è che la lettera d'invito prevede che i documenti facenti parte dell'offerta economica (tra cui, appunto, la Lista delle lavorazioni) siano firmati, nel caso di raggruppamenti temporanei non ancora costituiti *“dal Legale Rappresentante/procuratore speciale di ciascuna delle imprese raggruppande”*; tuttavia, poiché la medesima *lex specialis* esclude solo che gli operatori economici invitati possano partecipare in due forme diverse alla medesima gara, ma non che ciò possa avvenire con riferimento alle due gare, pur se riunite in un'unica procedura selettiva, appare evidente che la previsione dell'obbligo di sottoscrizione di tutti i documenti dell'offerta economica anche da parte dell'operatore economico che non partecipa in alcuna forma ad una delle due gare, deve essere considerata, come nel caso di specie, *tamquam non esset*.

Anche in ordine alla mancata esclusione dell'impresa SB Srl, le doglianze del secondo istante meritano accoglimento.

Come noto, il nuovo Codice ha introdotto una specifica disposizione in merito ai costi aziendali: infatti, l'articolo 95, al comma 10, prevede che nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Il *quid novi* contenuto nella disciplina dettata sul punto dall'art. 95, comma 10, cit., ha inteso dunque porre fine, una volta per tutte, ai ben noti contrasti insorti nel preesistente assetto normativo.

In ogni caso, nel vigore del precedente Codice la giurisprudenza amministrativa e numerose pronunce di questa Autorità si erano già ampiamente occupate della questione giungendo alla conclusione della legittimità dell'esclusione del concorrente che non avesse indicato i costi di sicurezza, pur se non espressamente richiesti dalla *lex specialis* (cfr. in tal senso, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 9/2015).

Al fine di armonizzare la portata di tale decisione con i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza 2 giugno 2016, C-27/15), che ritiene che una condizione di partecipazione alla gara possa determinare l'automatica esclusione dell'offerta senza il previo esercizio del soccorso



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

istruttorio solo “*ove tale condizione non sia espressamente prevista dai documenti di gara e possa essere individuata solo con una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale*”; e che “*i principi dell’obbligo di trasparenza e della parità di trattamento e di proporzionalità ostano all’esclusione di un offerente per l’inosservanza dell’obbligo di indicare separatamente i costi aziendali per la sicurezza; si ritiene legittimo concedere all’offerente un termine per adempiere detto obbligo e regolarizzare la propria omissione attraverso l’istituto del soccorso istruttorio con sanzione*” (CGUE, Sez. VI, 10 11 2016, in C-140/16, C-697/15 e C-162/16), il Consiglio di Stato, nell’Adunanza Plenaria n. 19/2016 e nell’Adunanza Plenaria n. 20/2016, ha chiarito che «*per le gare bandite anteriormente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, nelle ipotesi in cui l’obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l’offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l’esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l’offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio*».

Secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell’offerta, la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto solo nel caso in cui si contesta al concorrente di aver formulato un’offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell’offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del “prezzo”, in quanto andrebbe aggiunto l’importo corrispondente agli oneri di sicurezza. Laddove, invece, non è in discussione l’adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell’offerta, ma si contesta soltanto che l’offerta non specifichi la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale ma solo formale. In questa ipotesi, il soccorso istruttorio – almeno nei casi in cui l’amministrazione abbia ingenerato nei concorrenti un affidamento circa la non sussistenza dell’obbligo di indicare nell’offerta economica gli oneri di sicurezza non prevedendolo negli atti di gara – è doveroso, perché esso non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell’offerta, ma solo in una specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente.

Tali principi, sicuramente validi per le gare bandite anteriormente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, sono stati ritenuti estensibili anche alle gare bandite sotto il vigore del nuovo Codice alla luce dei principi enunciati e ribaditi dalla Corte di Giustizia (v. in tal senso Delibera ANAC n. 27/2017, TAR Sicilia, Catania, sez. III, sent. n. 3217/2016 e TAR Lombardia, Brescia, sez. II, sent. n. 912/2017). In particolare, viene precisato che il disposto di cui all’articolo 83, comma 9, del d.lgs n. 50/2016, che esclude l’applicabilità della procedura di soccorso istruttorio per la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale «*affendenti all’offerta tecnica ed economica*», dopo l’intervento della Corte di Giustizia con la sentenza del 10 novembre 2016 debba essere temperato con le esigenze considerate nella pronuncia, ovvero la necessità, in applicazione dei principi di parità di trattamento e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

di trasparenza, di una intermediazione/contraddittorio con l'appaltatore, che potrebbe aver presentato comunque un'offerta comprensiva degli oneri senza averla però dettagliata. Ne consegue che l'esclusione del concorrente non possa essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato dalla stazione appaltante, nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio, a regolarizzare l'offerta.

Tali pronunce, però, sono fondate su due presupposti indefettibili: il primo è che la legge di gara non abbia espressamente previsto alcun obbligo di separata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale e il secondo è che non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale.

Nel caso in esame, non c'è dubbio che la *lex specialis* prevedesse espressamente l'obbligo di indicazione separata dei costi per la sicurezza aziendale, tanto che la Stazione appaltante, nel verbale di gara n. 3, dà atto della circostanza che *"l'Impresa SB Srl non ha indicato nel Modulo Riepilogativo Offerta i propri costi interni per la sicurezza del lavoro, compresi nel prezzo complessivo offerto, stimati per l'esecuzione dell'appalto"*. Dal tenore letterale di quanto trascritto nel verbale appena menzionato si deve ritenere, dunque, che l'offerta del concorrente in questione è priva della richiesta indicazione dei costi per la sicurezza, cosicché non sarebbe stato possibile neppure intervenire con il soccorso istruttorio al fine di colmare una lacuna esclusivamente formale, seguendo l'orientamento della giurisprudenza amministrativa più sopra menzionato.

D'altra parte, la motivazione offerta dalla Stazione appaltante per la non esclusione dell'impresa SB Srl non solo poggia sull'errata considerazione secondo cui *"l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali non comporta l'esclusione dalla gara ma rileva ai soli fini dell'accertamento di anomalia del prezzo offerto per valutarne la congruità rispetto alle esigenze dei lavoratori"*; ma in ogni caso risulta anche palesemente contraddittoria rispetto al tipo di procedura scelta per l'affidamento: poiché è stata prevista l'esclusione automatica delle offerte anomale ai sensi dell'art. 97, comma 8 del Codice, con omissione quindi dello svolgimento di un giudizio di verifica della congruità delle offerte anormalmente basse, la valutazione della congruità del prezzo offerto dall'impresa SB rispetto alle esigenze di sicurezza dei lavoratori, stante l'omessa indicazione di tali costi aziendali, non poteva comunque essere effettuata.

L'effetto pertanto è stato quello di aver ammesso alla selezione e utilmente collocato nella graduatoria finale un operatore economico che, contrariamente a quanto previsto dal Codice e dalla stessa legge di gara, non ha indicato specificamente i propri costi per la sicurezza aziendale; costi della cui esistenza e/o congruità nell'ambito dell'offerta la Stazione appaltante non ha potuto prendere cognizione in quanto non è stata effettuata alcuna verifica di congruità, ma si è proceduto solo a escludere automaticamente le offerte collocate al di sopra del 10,625% di ribasso (soglia individuata con il metodo di cui all'art. 97, comma 2, lett. b)



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che:

- la procedura negoziata esperita per l'affidamento dei lavori indicati in oggetto non sia conforme alle disposizioni normative in materia di appalti pubblici;
- in ogni caso, sia illegittima l'esclusione del RTI Costruzioni Edili Fioratto Srl-Costruzioni Stradali di Biasin Geom. Alfio;
- sia illegittima la mancata esclusione dell'impresa SB Srl.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 8 novembre 2017

Il Segretario Maria Esposito