



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1072

DEL 14 novembre 2018

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Mirto S.r.l. – Servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti urbani differenziati ed indifferenziati, compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica all'interno dell'ARO di Cinisi-Terrasini – Importo a base di gara: euro 20.709.328,70 - S.A.: SRR Palermo Area Metropolitana

PREC 84/18/S

VISTA l'istanza acquisita al protocollo n. 12999 dell'11 febbraio 2018 con cui l'operatore economico Mirto S.r.l. ha contestato la mancata esclusione dalla gara in epigrafe di due partecipanti, l'uno (ATI Senesi S.p.A. - Soc. Cons.le Ecoburgus a r.l.) per avere la mandataria Senesi S.p.A. perso nel corso della celebrazione della gara il requisito dell'iscrizione nella *white list* della Prefettura di Fermo e l'altro (ATI ECONORD S.p.A. - AGESP S.p.A.) per avere indicato nell'offerta economica i costi degli oneri della sicurezza per cinque anni e non per i sette anni di durata dell'appalto. Con riferimento a quest'ultima censura, l'istante si duole in particolare del fatto che la stazione appaltante ha fatto ricorso all'istituto del soccorso istruttorio per consentire all'operatore economico di integrare la propria offerta economica con ciò violando il principio di immodificabilità dell'offerta;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 11 febbraio 2018 con nota prot. n. 12999;

VISTO quanto comunicato dalla stazione appaltante con nota acquisita al prot. n. 84920 del 15 ottobre 2018, in relazione alla prima doglianza, circa il deposito della sentenza n. 1875/2018 con cui il TAR Sicilia ha respinto il ricorso avverso l'esclusione di Senesi S.p.A. per mancata iscrizione nella *white list* statuendo come il «provvedimento di esclusione dalla gara impugnato costituisca effettivamente un atto dovuto (...) a seguito dell'interdittiva ricevuta dalla ricorrente risultando del tutto irrilevante la circostanza che, alla data dell'adozione del provvedimento impugnato nel presente giudizio, l'informativa fosse già stata impugnata»;

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 6, comma 3, lett. a), del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso le istanze diventano improcedibili in caso di sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo;

VISTA la nota dell'UREGA acquisita al prot. n. 26097 del 22 marzo 2018 che, in relazione alla seconda doglianza, ha rappresentato che la Commissione ha ritenuto che la dichiarazione resa dall'ATI ECONORD S.p.A. - AGESP S.p.A. nell'offerta economica in ordine agli oneri della



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

sicurezza («Si dichiara inoltre che l'importo offerto al netto del ribasso d'asta di cui sopra è comprensivo degli oneri per la sicurezza indiretti di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 riferiti ai costi di sicurezza interni (...) quantificati in euro 194.325,00 (...) complessivamente per i cinque anni al netto di IVA (...)») fosse suscettibile di essere chiarita tramite soccorso istruttorio e ha assegnato a detta ATI il termine di cinque giorni per specificare se l'importo degli oneri della sicurezza fosse riferito a cinque anni o al periodo di durata dell'appalto di sette anni;

VISTA la memoria acquisita al protocollo n. 26622 del 23 marzo 2018, in cui l'ATI ECONORD S.p.A. - AGESP S.p.A. ha riferito di avere riscontrato la richiesta di chiarimenti con nota a mezzo pec nella quale evidenziava che si era trattato di un mero refuso della dichiarazione precisando che «a ben vedere, di null'altro potrebbe trattarsi, giacché non avrebbe senso alcuno calcolare gli oneri della sicurezza per un quinquennio nell'ambito di una gara settennale, ed essendo l'importo indicato coerente rispetto alla durata complessiva dell'appalto»;

CONSIDERATO che sulla questione della sanabilità tramite soccorso istruttorio della mancata indicazione nell'offerta economica dei costi della sicurezza, questa Autorità ha avuto più volte modo di pronunciarsi, a partire dalle delibere n. 2 dell'11 gennaio 2017 e n. 226 del 1 marzo 2017, nelle quali è stato ricostruito l'*iter* interpretativo dell'istituto, con richiamo alle posizioni assunte dal Consiglio di Stato, nell'Adunanza Plenaria n. 19/2016 e nell'Adunanza Plenaria n. 20/2016 e dalla Corte di giustizia dell'UE con la sentenza Sez. VI, 10 novembre 2016;

CONSIDERATO che in quella sede l'Autorità, pronunciandosi in merito ad una gara indetta in vigore del d.lgs. n. 50/2016, nella cui *lex specialis* non era stato previsto specificamente l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza, aveva ritenuto che nei confronti del concorrente che aveva ommesso di indicarli, l'amministrazione è tenuta ad applicare il principio del soccorso istruttorio entro i limiti indicati dalle Adunanze Plenarie n. 19 e 20 del 27 luglio 2016, nonché secondo i principi espressi dalla Corte di giustizia nella sentenza del 10 novembre 2016, ovvero previa verifica della natura sostanziale o formale dell'eventuale integrazione dell'indicazione degli oneri. Nel primo caso, infatti, il soccorso istruttorio non potrebbe essere esperito, in quanto il concorrente, formulando un'offerta economica senza considerare gli oneri di sicurezza, nel sanare la propria offerta, apporterebbe una modifica sostanziale all'offerta medesima, in violazione dei principi generali in materia dei contratti pubblici. Nel secondo caso, invece, avendo il concorrente indicato un prezzo comprensivo degli oneri di sicurezza, senza tuttavia chiarirne l'importo, l'amministrazione potrebbe procedere alla richiesta di integrazione mediante soccorso istruttorio, trattandosi di una specificazione formale di una voce, già prevista nell'offerta, ma non indicata separatamente (*cf.*, in termini, pareri n. 423 del 12 aprile 2017; n. 616 del 7 giugno 2017; n. 1081 del 25 ottobre 2017; n. 1354 del 20 dicembre 2017; n. 71 del 24 gennaio 2018);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che sul differente tema – in considerazione in questa sede - dell'erronea indicazione di tali costi, la più recente giurisprudenza, aderendo alla interpretazione sostanzialistica dell'obbligo di dichiarazione di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 sopra illustrata, con specifico riferimento al caso di errata indicazione del costo della manodopera, ha ritenuto che non può essere escluso l'operatore economico che abbia presentato un'offerta economica tenendo in considerazione i costi della manodopera e li abbia indicati separatamente nella propria offerta commettendo tuttavia un mero errore formale nella indicazione numerica di tale costo, qualora successivamente, in sede di contraddittorio con la stazione appaltante, tale errore formale venga rilevato come tale a seguito della positiva verifica che i costi della manodopera sono stati debitamente conteggiati dal concorrente nella predisposizione della propria offerta. In tale ipotesi i chiarimenti forniti dall'operatore economico, in quanto rivolti unicamente ad evidenziare un mero errore materiale di trascrizione numerica del costo della manodopera, non possono essere intesi come indebita modifica dell'offerta economica (TAR Venezia, 1° ottobre 2018, n. 916, nello stesso anche TAR Piemonte, 7 maggio 2018, n. 523);

CONSIDERATO che, nel caso di specie, la dichiarazione dei costi della sicurezza riferita alla durata complessiva dell'appalto indicata come quinquennale e non settennale parrebbe *ictu oculi* affetta da mero errore materiale e come tale suscettibile di essere emendata senza bisogno di indagini ricostruttive della volontà dell'operatore economico (Consiglio di Stato, sentenza n.854 del 29 febbraio 2016);

RITENUTO che il chiarimento comunque fornito dall'operatore economico su richiesta della stazione appaltante ha confermato che l'importo indicato, conteggiato nella predisposizione dell'offerta economica, è riferito alla durata settennale dell'appalto e dunque non può essere inteso come una indebita modifica dell'offerta economica;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- con riferimento alla censura relativa all'ATI Senesi S.p.A. - Soc. Cons.le Ecoburgus a r.l., l'istanza è improcedibile ai sensi dell'art. 6, comma 3, lett. a), del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- con riferimento alla censura relativa all'ATI ECONORD S.p.A. - AGESP S.p.A., l'operato della stazione appaltante appare conforme alla normativa di settore.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 novembre 2018

Il segretario Rosetta Greco