



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 479 DEL 23 maggio 2018

OGGETTO: Istanze congiunte di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentate da Associazione Casa di Betania Onlus/Prefettura UTG di Massa Carrara e da Giovani e Comunità Soc. Coop. Sociale/ Prefettura UTG di Massa Carrara – Procedura aperta volta alla conclusione di un accordo quadro con più operatori economici per assicurare l'affidamento, nell'ambito della Provincia di Massa Carrara, del servizio di prima accoglienza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale e della gestione dei servizi connessi, per il periodo 1/10/2017-31/12/2018 – Importo a base di gara: euro 19.598.177,60-S.A.: Prefettura UTG di Massa Carrara

PREC 97/18/S e 97/18/S bis

Considerato in fatto

Con istanza congiunta acquisita al prot. n. 25726 del 21 marzo 2018, l'Associazione Casa di Betania Onlus e la Prefettura UTG di Massa Carrara hanno chiesto all'Autorità di valutare la legittimità dell'esclusione dalla gara in epigrafe dell'Associazione Casa di Betania Onlus per avere presentato un ribasso rispetto alla base d'asta pari a zero.

Ad avviso della stazione appaltante, la *lex specialis*, stabilendo nell' "Allegato 1bis" del bando di gara che «il concorrente dovrà formulare la propria offerta economica relativa ai compensi per i servizi e le forniture, specificando il prezzo pro-die/pro-capite offerto in ribasso rispetto al prezzo pro-die/pro capite posto a base d'asta di (...)», avrebbe precluso espressamente la formulazione di offerte prive di ribasso. La stazione appaltante ha inoltre sottolineato che la Commissione, prima dell'apertura delle buste C, ha chiarito che le offerte prive di ribasso sarebbero state escluse dalla gara e che l'offerta economica dell'Associazione Casa di Betania Onlus, non indicando un ribasso rispetto al prezzo posto a base d'asta, è stata esclusa in quanto ritenuta priva di un elemento essenziale (il prezzo).

L'Associazione Casa di Betania Onlus ha rappresentato la propria posizione argomentando in ordine all'ammissibilità di offerte recanti un ribasso pari zero rispetto alla base d'asta, come sarebbe desumibile dalle Linee guida n. 2 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", dove tale possibilità è espressamente presa in considerazione nella descrizione dell'applicazione della formula bilineare.

L'istruttoria è stata avviata con nota prot. n. 31824 dell'11 aprile 2018.

Con istanza congiunta acquisita al prot. n. 31318 del 10 aprile 2018, la Cooperativa Sociale Giovani e Comunità e la Prefettura UTG di Massa Carrara hanno sotto posto all'Autorità la valutazione della legittimità dell'esclusione dalla medesima gara della Cooperativa Sociale Giovani e Comunità per non avere indicato nell'offerta economica i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

A tal riguardo, la stazione appaltante ha evidenziato che la *lex specialis* di gara prevede l'obbligo di indicare tali oneri, sia nel punto 13 del bando, Busta C) Offerta economica, laddove è specificato che «ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice, 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», sia nell'allegato 10- Modello per la formulazione dell'offerta economica, laddove è previsto che l'operatore economico dichiari che «Ai sensi dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016, i costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro attinenti l'espletamento del servizio di accoglienza oggetto dell'appalto, ammontano ad euro _____». Sottolinea altresì la stazione appaltante che, anche in questo caso, la Commissione, prima dell'apertura delle buste C, ha chiarito che la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali sarebbe stata causa di esclusione.

L'operatore economico ha evidenziato, dal canto suo, che l'indicazione degli oneri di sicurezza non è stata richiesta espressamente a pena di esclusione e che il costo di tali oneri è stato ricompreso nel costo del personale e che, quindi, la stazione appaltante avrebbe dovuto esperire il soccorso istruttorio per consentire

di indicarli separatamente scorporandoli dal prezzo del personale, trattandosi in questo caso non di una carenza sostanziale ma meramente formale.

Ravvisato il collegamento tra le due richiamate istanze di precontenzioso, ci si è determinati a trattarle congiuntamente e si è provveduto ad integrare il precedente avvio del procedimento con altra comunicazione (nota prot. n. 3500 del 20 aprile 2018) per consentire alle parti interessate di controdedurre sulla questione posta dalla seconda istanza.

Ritenuto in diritto

Per quanto concerne l'esclusione dell'Associazione Casa di Betania Onlus, si evidenzia che nelle Linee Guida n. 2, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Offerta economicamente più vantaggiosa», nell'illustrare la valutazione degli elementi quantitativi dell'offerta, è chiarito che «Per quanto concerne gli elementi di natura quantitativa, quali il prezzo, di regola nei bandi è fissato il prezzo massimo che la stazione appaltante intende sostenere (non sono ammesse offerte al rialzo) e i concorrenti propongono sconti rispetto a tale prezzo. Il punteggio minimo, pari a zero, è attribuito all'offerta che non presenta sconti rispetto al prezzo a base di gara, mentre il punteggio massimo all'offerta che presenta lo sconto maggiore».

In caso di offerta economicamente più vantaggiosa, il prezzo è uno degli elementi di natura quantitativa (come, ad esempio, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe) di cui si compone l'offerta, riguardo ai quali gli operatori economici possono fare offerte migliorative rispetto a quanto previsto nel bando di gara. L'offerta di un prezzo pari alla base d'asta, e quindi recante un ribasso pari a zero, è una delle offerte possibili, non è migliorativa - e quindi, sulla base della formula di attribuzione del



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

punteggio stabilita nella *lex specialis* dovrebbe ottenere il punteggio minimo pari a zero - ma è ammissibile e non determina l'esclusione dell'operatore economico.

Anche la giurisprudenza più risalente che ha trattato il tema dell'offerta con ribasso pari a zero sotto il vigore del Codice precedente ha ritenuto che l'obbligo di presentare offerte economiche migliorative, desumibile dall'art. 82 d.lgs. n. 163/2006, fosse applicabile solo ove il criterio di scelta fosse quello del prezzo più basso e quindi non alle gare da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa (Consiglio di Stato, sez. V, 18 marzo 2004 n. 1428; TAR Lazio Roma n. 7931/2009).

Nel caso in esame l'esclusione non pare potersi basare neppure su una espressa previsione della disciplina di gara. Il bando, nel paragrafo 13, Busta C) Offerta economica, prevede infatti che «non saranno ammesse offerte in aumento, né offerte condizionate, con riserva o espresse in modo indeterminato o con riferimento ad offerta relativa ad altra gara. Parimenti, non saranno ammesse offerte aggiuntive o sostitutive di precedenti offerte», senza tuttavia contemplare la diversa ipotesi delle offerte di importo pari alla base d'asta.

A fronte di una disciplina di gara così chiara e, al contempo, dettagliata, non può essere riconosciuta valenza preclusiva delle offerte aventi un ribasso pari a zero al passaggio dell'Allegato1-bis al bando dove, nel descrivere il contenuto dell'offerta economica, viene detto che l'operatore economico deve formulare la propria offerta «specificando il prezzo pro-die/pro-capite offerto in ribasso rispetto a (...)».

Inoltre, la determinazione assunta dalla Commissione prima dell'apertura delle buste C secondo cui «la mancata indicazione di una percentuale di ribasso rispetto al prezzo posto a base d'asta sarà causa di esclusione» e dedotta nel verbale n. 12 del 22 febbraio 2018 non può valere a introdurre una causa di esclusione ulteriore e diversa rispetto a quelle previste dal bando di gara, pena la violazione dei principi di concorrenza, parità di trattamento e trasparenza. L'obbligo di trasparenza ha infatti come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e impone che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. I principi della trasparenza e della parità di trattamento richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione a un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi vincoli valgono per tutti i concorrenti.

Per completezza, si rammenta altresì che il principio di tassatività delle clausole di esclusione sancito dall'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 impone di interpretare comunque le disposizioni «dubbe» della *lex specialis* sempre nel senso della massima apertura delle gare e del *favor participationis*.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Per quanto concerne l'esclusione dell'operatore economico Cooperativa Sociale Giovani e Comunità, si evidenzia che l'Autorità ha ritenuto applicabile anche alle gare bandite sotto il vigore del d.lgs. n. 50/2016 il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 19/2016 e n. 20/2016 secondo cui 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 (Parere di precontenzioso n. 2 dell'11 gennaio 2017, n. 226 del 1° marzo 2017; n. 1081 del 25 ottobre 2017; n. 71 del 24 gennaio 2018).

Ciò posto, si osserva che nel caso in esame, a differenza dei casi oggetto dei citati pareri, la *lex specialis* ha previsto espressamente che «ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice, 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» (Paragrafo 13 - Documentazione - Busta C) Offerta economica del bando). E l'Allegato 10 - Modello offerta economica, nel prevedere un apposito schema di dichiarazione dei costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza, ha rappresentato in modo inequivocabile la necessità di indicare i costi in parola separatamente dall'offerta economica. Non pare pertanto che possa sostenersi che l'amministrazione abbia ingenerato nei concorrenti un affidamento circa la non sussistenza dell'obbligo di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza, obbligo che, anzi, è stato esplicitato in modo evidente e facilmente comprensibile.

Circa la mancata espressa previsione della sanzione dell'esclusione, si rileva che l'esclusione discende direttamente dall'applicazione dell'art. 95, comma 10, il quale, peraltro, a sua volta, non commina espressamente l'esclusione in caso di mancata indicazione ma è da ritenersi, in quanto norma imperativa che prevede un espresso obbligo a carico del candidato alla selezione per il conferimento di un appalto pubblico, come una causa di esclusione implicita. Si rammenta infatti che, con riferimento alle clausole legali di esclusione, quali quella in commento, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 25 febbraio 2014 ha statuito (con riferimento all'art. 46



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

comma 1-bis del previgente d.lgs. n. 163/2006 ma con argomentazioni replicabili anche per l'omologo comma 8 dell'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016) che « La nuova disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del *numerus clausus*. Questa interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in forza della quale la tassatività può ritenersi rispettata anche quando la legge, pur non prevedendo espressamente l'esclusione, imponga, tuttavia, adempimenti doverosi o introduca norme di divieto, è stata espressamente affermata dall'Adunanza plenaria nel senso della non necessità, ai sensi dell'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici, che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara (cfr. sentenze 16 ottobre 2013, n. 23 e, in particolare, 7 giugno 2012, n. 21)».

L'impossibilità di vantare un affidamento incolpevole da parte dell'operatore economico che, pur richiamato all'obbligo di indicare i costi della sicurezza, non li ha esplicitati nell'apposito spazio previsto nello schema di offerta, in uno con l'interesse alla celerità e al non aggravio della procedura portano ad escludere che, nel caso di specie, la stazione appaltante avrebbe dovuto esperire il soccorso istruttorio prima di escludere la Cooperativa Sociale Giovani e Comunità.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- l'esclusione dell'Associazione Casa di Betania Onlus non è conforme alla normativa di settore;
- l'esclusione della Coop. Sociale Giovani e Comunità è conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2018

Il Segretario Maria Esposito