



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 229

DEL 4 marzo 2020

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Bemar S.r.l./Comune di Giussano - Accordo quadro 2019-Riqualificazione edifici scolastici - Importo a base di gara: 147.000,00 euro - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Comune di Giussano

PREC 30/20/L-PB

VISTA l'istanza di precontenzioso acquisita al prot. n. 11331 dell'11 febbraio 2020, con cui, il Comune di Giussano e l'operatore economico Bemar s.r.l., secondo graduato nella gara in epigrafe, hanno congiuntamente chiesto all'Autorità di valutare la legittimità dell'eventuale esclusione dalla gara dell'operatore economico primo graduato (I.C.E.T. S.r.l.), per avere omesso di esplicitare, nell'offerta economica, il costo della manodopera ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, senza previa attivazione del soccorso istruttorio (art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016);

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 11848 del 12 febbraio 2020;

VISTE le memorie e la documentazione acquisita agli atti;

VISTA, in particolare, la "Lettera di invito per richiesta offerta" che prescrive, a pag. 5, che il concorrente formuli l'offerta economica caricando nel sistema SINTEL, negli appositi campi, il ribasso percentuale offerto e che completi l'offerta allegando, nel campo "Scheda di offerta economica", l'Allegato C "Modello di offerta economica", debitamente compilato e firmato digitalmente, nel quale «il concorrente deve indicare: 1) il ribasso percentuale offerto; 2) i propri costi relativi alla sicurezza aziendale stimati, che devono risultare congrui rispetto alle caratteristiche dell'appalto. Si richiama al riguardo l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016»;

CONSIDERATO che, nel periodo di vigenza del d.lgs. 163/2006, la questione circa i provvedimenti da adottare nel caso di mancata indicazione dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza aziendali vedeva fronteggiarsi la tesi formalistica, secondo la quale detta omissione costituirebbe causa di esclusione non suscettibile di soccorso istruttorio, e la tesi sostanzialistica, secondo cui il soccorso istruttorio sarebbe stato invece ammissibile in ragione del favor participationis, alla quale ultima aveva aderito il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria (sentenza n. 19/2016);

CONSIDERATO che, nel d.lgs.50/2016, l'art. 95, comma 10, prevede espressamente l'obbligo in capo al concorrente di indicare nell'offerta *"i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro"* e che tale previsione ha modificato il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento;

CONSIDERATO che il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, formulando le proprie considerazioni



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

su tale obbligo dichiarativo, ne ha individuato la ratio nel rafforzamento degli strumenti di tutela dei lavoratori, nella responsabilizzazione degli operatori economici e nel rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni e ha ritenuto che: *“il concorrente che formuli un’offerta economica omettendo del tutto di specificare quali siano gli oneri connessi alle prestazioni lavorative non commette soltanto una violazione di carattere formale, ma presenta un’offerta di fatto indeterminata nella sua parte più rilevante, in tal modo mostrando un contegno certamente incompatibile con l’onere di diligenza particolarmente qualificata che ci si può ragionevolmente attendere da un operatore professionale”* (Cons. Stato, Ad. Pl. n. 1/2019);

CONSIDERATO altresì che, in occasione della causa C-309/18, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal TAR Lazio, con ordinanza del 20 marzo 2018, la Corte Europea, su un caso in tutto analogo, ha avuto modo di esplicitare che *“I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, contemplati nella direttiva 2014/24, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un’offerta economica presentata nell’ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l’esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell’ipotesi in cui l’obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d’appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d’appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall’amministrazione aggiudicatrice”* (Corte di Giustizia, sentenza 2 maggio 2019, causa C-309/18);

RITENUTO, dunque, che costituisce consolidato approdo giurisprudenziale quello secondo cui l’attuale assetto normativo non consente di sanare tramite soccorso istruttorio la mancata indicazione, nell’offerta economica, dei costi della manodopera e/o degli oneri di sicurezza aziendali quando la documentazione di gara, pur non richiedendo esplicitamente l’indicazione separata di tali costi, faccia espresso rinvio all’applicazione del d.lgs. n. 50/2016 che «stabilisce – con previsione chiara e di carattere imperativo - che i richiamati oneri debbano essere espressamente indicati in sede di offerta», tenuto conto che «Gli offerenti che partecipano alle gare comunitarie sono soggetti imprenditoriali, che si presume essere in possesso di adeguate professionalità, per i quali il mancato adempimento di un onere obbligatoriamente previsto dalla legge costituisce una grave negligenza addebitabile al medesimo concorrente» (Ad. Plenaria, cit.);

CONSIDERATO altresì che, come visto, la stessa giurisprudenza ha tuttavia riconosciuto come possa costituire valida eccezione alla regola dell’esclusione automatica il caso in cui la documentazione di gara, pur rinviando esplicitamente alle disposizioni del Codice, abbia generato confusione in capo agli offerenti, mettendo a disposizione degli stessi una modulistica, da usare obbligatoriamente, che non lascia spazio fisico per l’indicazione separata di detti costi (Corte di Giustizia, cit.);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che, alla luce di tale principio, è stata ritenuta sanabile tramite soccorso istruttorio la mancata indicazione separata dei costi della manodopera nel caso in cui la *lex specialis*, pur richiedendo l'indicazione degli oneri del personale, non contemplava alcuna causa di esclusione per l'ipotesi della loro mancata indicazione e metteva a disposizione dei concorrenti dei modelli di offerta privi della specifica voce relativa ai costi del personale, dettando al contempo la regola generale secondo cui sarebbero state ritenute irricevibili le offerte non conformi ai modelli allegati (Consiglio di Stato, 4 ottobre 2019, n. 6688); del pari sanabile è stato ritenuto il caso in cui il modello messo a disposizione per la dichiarazione d'offerta recitava che erano “*comprese e compensate le spese del costo del lavoro e degli obblighi connessi alle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori?*”, lasciando intendere che gli oneri della sicurezza e il costo del lavoro avrebbero dovuto essere prodotti *ex post* in sede di eventuale verifica dell'anomalia dell'offerta, non potendo valere in senso contrario la materiale possibilità di modificare il modello, «*atteso che, da un lato, non si può pretendere che l'offerente modifichi, in assenza di una specifica indicazione in tal senso, un modulo prescritto a pena di esclusione e, dall'altro, la circostanza che l'inserimento del costo della manodopera richieda una modifica dei documenti di gara rende oltremodo incerta la stessa sussistenza dell'obbligo*» (Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, 7 gennaio 2020, n. 19); parimenti è stato ritenuto che l'omessa indicazione dei costi della manodopera da parte dell'aggiudicataria non assumesse autonoma rilevanza escludente nel caso in cui il disciplinare di gara sanzionava espressamente con l'esclusione dalla gara la mancata indicazione degli oneri aziendali relativi alla sicurezza, senza operare alcun riferimento ai costi della manodopera, e stabiliva che l'offerta economica dovesse essere predisposta in conformità ad un modello che conteneva un apposito spazio per la dichiarazione dei costi in materia di sicurezza e salute sul lavoro, ma non richiedeva (né comunque consentiva di inserire) l'indicazione dei costi della manodopera, ritenendosi che tanto le prescrizioni della *lex specialis*, quanto la struttura del modello allegato al disciplinare di gara risultassero carenti ed ambigue e potessero risultare ingannevoli rispetto alla sussistenza del relativo obbligo dichiarativo (TAR Molise, 3 giugno 2019, n. 204);

CONSIDERATO che la stessa Autorità ha di recente affermato che ove sussista una “materiale impossibilità” che non consenta agli offerenti di indicare separatamente i costi della manodopera, la stazione appaltante può chiedere ai concorrenti di specificare successivamente, nell'ambito delle offerte economiche già formulate, e da ritenersi non suscettibili di alcuna modifica, la parte di importo imputabile ai costi della manodopera” (cfr. Parere di precontenzioso n. 828 del 18 settembre 2019 e n. 931 del 16 ottobre 2019). Nei richiamati precedenti è stato, in particolare, evidenziato che l'omessa indicazione dei costi della manodopera da parte dei concorrenti non assume autonoma rilevanza escludente, quando il modello reso disponibile dal sistema per la formulazione dell'offerta economica risulta carente sul punto e può quindi risultare ingannevole rispetto alla sussistenza del relativo obbligo dichiarativo;

VISTO che, nel caso in esame, l'allegato C “Modello Offerta Economica”, da compilare e allegare nel campo “Scheda di offerta economica”, contempla la dichiarazione dei costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 ma non la dichiarazione dei costi della manodopera;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che la Lettera d'invito prescrive che, a pena di esclusione, l'offerta sia formulata, oltre che con il caricamento nel sistema del ribasso percentuale offerto, con la compilazione del richiamato Modello di offerta, da allegare nello specifico campo ivi indicato;

RITENUTO, altresì, che il richiamo espresso all'art. 95, comma 10, è collocato nella Lettera d'invito immediatamente dopo la prescrizione dell'indicazione dei costi relativi alla sicurezza aziendale all'interno del Modello Offerta Economica, nello stesso punto elenco, e che tale collocazione è suscettibile di avere ingenerato nell'operatore economico l'erronea convinzione che l'osservanza della richiamata disposizione si esaurisse nell'indicazione dei costi della sicurezza;

CONSIDERATO che la predetta istanza può essere decisa secondo la procedura semplificata di cui all'art. 11, comma 5, del nuovo 'Regolamento in materia di pareri precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50', pubblicato in G.U. n. 22 del 26 gennaio 2019;
Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- le indicazioni fornite nella Lettera d'invito risultino ingannevoli rispetto alla sussistenza dell'obbligo dichiarativo dei costi della manodopera e la struttura del Modello di Offerta economica non consentiva di inserirli in apposito campo *ad hoc*, contrariamente a quanto avveniva per gli oneri della sicurezza;
- la stazione appaltante possa pertanto attivare il soccorso istruttorio, chiedendo all'operatore economico primo in graduatoria l'indicazione dell'importo imputabile ai costi della manodopera, nell'ambito dell'offerta economica già formulata e da ritenersi non suscettibile di alcuna modifica.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 marzo 2020

Il Segretario Rosetta Greco