



## DELIBERA N. 705

Del 4 agosto 2020.

**Oggetto** istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Idroedil Elettrotermica S.r.l. – Procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara per la riqualificazione area di sosta in Via Fonte del Comune di Sirolo. Importo a base di gara euro: 75.122,30. S.A.: Comune di Sirolo.

PREC 133/20/L

### Riferimenti normativi

Articolo 36, comma 2, d.lgs. 50/2016 e s.m.i.; Articolo 95, comma 10, d.lgs. 50/2016 e s.m.i.

### Parole chiave

Costi della sicurezza aziendale non soggetti a ribasso; oneri specifici della sicurezza; costo della manodopera.

*Lex specialis* e documentazione di gara.

Conclusione procedimento di gara - Provvedimento finale espresso di conclusione – Obbligo

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 4 agosto 2020

## DELIBERA

VISTA l’istanza di parere prot. n. 40846 del 3.06.2020 presentata da Idroedil Elettrotermica S.r.l. relativamente alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara per la riqualificazione area di sosta in Via Fonte del Comune di Sirolo;



VISTE in particolare le censure sollevate dall'impresa istante la quale sostiene che la stazione appaltante, pur avviando una procedura per lavori di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. 50/2016 s.m.i., abbia redatto una lettera d'invito, priva dei requisiti fondamentali di un disciplinare di gara, mancante tra l'altro di un capitolato, di un cronoprogramma dei lavori, di un elenco prezzi, ma soprattutto dei costi della sicurezza e, in quest'ultimo caso, con palese violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016 s.m.d. che espressamente esclude tale adempimento in materia di lavori pubblici per le sole procedure di all'art. 36, comma 2, lett. a), d.lgs. 50/2016 s.m.i... Inoltre, la Idroedil Elettrotermica S.r.l. rappresenta che a seguito di espressa richiesta via PEC/mail al RUP della procedura circa la disponibilità del capitolato tecnico e la specifica degli oneri di sicurezza, gli è stata fornita risposta nel senso che il capitolato non risultasse ancora completato e che nel caso specifico, non fosse necessario specificare gli oneri della sicurezza. Pertanto, l'operatore economico istante provvedeva a inviare la propria offerta economica con indicati, per quanto possibile e sulla base della documentazione disponibile, gli oneri sicurezza – oneri sicurezza aziendale e costi manodopera. Infine, l'operatore economico istante lamenta anche la mancata adozione di un provvedimento espresso di conclusione del procedimento di gara;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 24.06.2020;

VISTE le controdeduzioni formulate dalla stazione appaltante in data 30.06.2020 con le quali la stessa ribadisce che la procedura scelta è stata quella prevista dall'art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. 50/2016 e s.m.i. con invio alle cinque imprese invitate della medesima documentazione e con ricezione da parte delle medesime delle rispettive offerte. Successivamente sono state richieste giustificazioni sui prezzi, visto il ribasso del 33,45% con conseguente aggiudicazione dei lavori. Nessuna altra impresa risulta aver sollevato alcuna eccezione;

VISTE le ulteriori osservazioni inoltrate dall'o.e. istante in data 2.07.2020 con le quali l'impresa Idroedil Elettrotermica S.r.l. evidenzia che a seguito di richiesta di accesso e ostensione dei documenti di gara, risulterebbe essere tardiva l'offerta inoltrata dall'aggiudicataria in quanto depositata a mano e protocollata in data 29.04.2020 anziché il 28.04.2020 con la conseguenza di dover essere dichiarata irricevibile. Ritiene, inoltre che anche l'offerta formulata da altra impresa invitata sia irricevibile in quanto tardiva e che le ulteriori due offerte pervenute, entrambe con un ribasso pari al 3%, ancorchè tempestive, siano comunque inammissibili in quanto prive di sottoscrizione. Pertanto, sostiene che alcun confronto competitivo tra almeno tre imprese sia stato possibile compiere da parte della stazione appaltante così come affermato nella propria memoria. Infine, l'odierna istante sottolinea come nulla da parte della stazione appaltante sia stato precisato nelle proprie controdeduzioni in ordine alla carenza dei documenti di gara quale il cronoprogramma dei lavori, il capitolato tecnico, l'elenco prezzi e l'indicazione degli oneri della sicurezza;

CONSIDERATO quanto previsto dalla disciplina di riferimento per le questioni sollevate da parte istante con riferimento all'art. 95, comma 10, come integrato dal d. lgs. 56/2017, il quale prevede che nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali per la sicurezza, ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a). La disposizione richiamata, si propone di assicurare, tramite l'esternazione della percentuale dei costi della manodopera, la vincolatività di essi per l'operatore economico ed al contempo la possibilità di valutarne la congruità, prima dell'aggiudicazione dell'appalto.

CONSIDERATO in generale che giova ricordare che gli importi della sicurezza relativi ad un appalto possono essere distinti in due categorie: i costi della sicurezza e gli oneri aziendali della sicurezza. La definizione dei primi spetta alla stazione appaltante, mentre la determinazione e l'indicazione in sede di



offerta degli oneri aziendali della sicurezza rappresenta un onere posto a carico dei concorrenti. Gli uni, dunque, sono oneri (*rectius* costi) non soggetti a ribasso, finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze, gli altri sono oneri concernenti i costi specifici della sicurezza, connessi all'attività delle imprese, che devono essere indicati dalle stesse nelle rispettive offerte.

RILEVATO che, nel caso in esame, risulta che la stazione appaltante nella lettera di invito abbia richiesto alle imprese invitate di *"valutare le operazioni da effettuare e, se interessati, redigere la migliore offerta possibile per l'esecuzione dei lavori, esprimendo ribasso percentuale sull'importo complessivo dei lavori pari ad € 75.122,30 come desumibile dal C.M.E. allegato"*;

CONSIDERATO che la procedura così come definita ricade nell'ambito dell'art. 36, comma 2, lett. b) d.lgs. 50/2016 e s.m.i con la conseguenza che le imprese invitate avrebbero dovuto formulare la loro migliore offerta secondo quanto richiesto nella lettera di invito, anche sulla scorta delle necessarie indicazioni e/o documenti di riferimento quali capitolato, cronoprogramma, elenco prezzi e costi della sicurezza che sono però risultati mancanti.

RILEVATO quindi che risulta che gli operatori economici invitati abbiano potuto formulare le loro offerte solo sulla base del computo metrico estimativo allegato alla lettera di invito, in assenza di tutte le ulteriori indicazioni necessarie al fine di una formulazione compiuta e puntuale, anche con riferimento ai costi della sicurezza non soggetti a ribasso che la stazione appaltante avrebbe dovuto definire;

RILEVATO che l'impresa Idro Edil Elettrotermica S.r.l. risulta aver comunque prodotto un'offerta con un ribasso pari al 30,13% sull'importo a base di gara al netto degli oneri della sicurezza valutati nella percentuale del 3,85% dell'importo a base d'asta, dichiarando il valore dell'importo relativo ai costi della manodopera pari a euro 15.000,00 nonché per gli oneri della sicurezza aziendali l'importo pari a euro 400,00;

VISTO il parere di precontenzioso adottato con delibera n. 226 del 1° marzo 2017 che, nel richiamare la precedente delibera n. 2 dell'11 gennaio 2017 e l'orientamento dal Consiglio di Stato (Adunanze Plenarie n. 19/2016 n. 20/2016), ha ritenuto che *«Secondo quanto sostenuto 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»*. Il citato parere, nel richiamare la giurisprudenza successiva, afferma che le medesime conclusioni sono applicabili alle gare indette dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti, anche alla luce dei principi enunciati e ribaditi da Corte di Giustizia (sentenza del 10 novembre 2016), per cui il disposto di cui all'articolo 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, che esclude l'applicabilità del soccorso istruttorio per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale afferenti



all'offerta tecnica ed economica, va temperato con la necessità, in applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, di un 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 può 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»* (delibera cit.);

VISTE le recenti pronunce del Consiglio di Stato, Ad. Plen. del 2 aprile 2020 n.n. 7 e 8 sul tema della valenza immediatamente escludente, o meno, della mancata separata indicazione in offerta dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendale con particolare riferimento al caso di silenzio sul punto della *lex specialis*. Il Supremo Consesso ha infatti ribadito quel principio già affermato in sede europea laddove afferma che *"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"*;

CONSIDERATO anche quanto sul punto ribadito dall'Autorità con la recente delibera n. 156 del 19.02.2020;

RITENUTO pertanto che, anche in assenza di una espressa indicazione da parte della stazione appaltante, le imprese invitate abbiano formulato le proprie offerte tenendo conto delle diverse componenti economiche ivi inclusi, tra l'altro, i costi della sicurezza aziendale non soggetti a ribasso;

CONSIDERATO che giova ricordare che grava sulla stazione appaltante l'obbligo di conclusione del procedimento di gara con un provvedimento espresso finale in base ai principi generali ai sensi dell'art. 2 della L. n. 242/90 e s.m.i (Cfr. TAR Campania- Na, Sez. V, 11.07/2018, n. 4611);

RILEVATO che spetta alla stazione appaltante assicurarsi e verificare che le offerte presentate dalle imprese invitate siano pervenute entro il termine di scadenza indicato nella lettera di invito, pena l'esclusione,

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non risulti conforme alla normativa di settore.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 7 agosto 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente