

DELIBERA N. 113

9 marzo 2022.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Consorzio Stabile Telegare – Procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di adeguamento sismico ITI A. Panella Edif. 0800630774 – I Stralcio Delibera di G.R. n. 160/2016 Patto per lo sviluppo della Regione Calabria Delibera CIPE 26/2016 FSC 2014 2020: Piano per il Mezzogiorno, Decreto D.G. n. 3 del 04/01/2017 - Importo a base di gara: Euro 1.729.908,32 - S.A.: Città Metropolitana di Reggio Calabria.

PREC 22/2022/L

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 marzo 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 3812 del 19 gennaio 2022, con la quale il Consorzio Stabile Telegare ha contestato il provvedimento di esclusione dalla procedura in oggetto, disposto dalla Stazione appaltante per incongruità dell'offerta, sotto il profilo dell'escussione della cauzione provvisoria e della trasmissione della segnalazione all'Anac;

RILEVATO che l'istante ha chiesto all'Autorità di pronunciarsi sulla legittimità del comportamento tenuto dalla Città Metropolitana di Reggio Calabria, chiedendo se: *i*) può ritenersi legittima la decisione della SA di procedere all'escussione della cauzione nei confronti di un concorrente che non è mai stato aggiudicatario e che è stato escluso in esito alla declaratoria di incongruità dell'offerta; *ii*) è conforme alla vigente normativa il conseguente comportamento tenuto dalla SA che ha effettuato la segnalazione dell'operatore economico all'Anac;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 3812 del 4 febbraio 2022;

VISTA la documentazione in atti e la memoria della SA (acquisita al prot. Anac n. 9291 dell'8 febbraio 2022);

RILEVATO che la SA ha esposto di avere ritenuto applicabile nel caso di specie la disciplina dell'escussione della garanzia provvisoria – pur essendo consapevole della rimessione all'Adunanza Plenaria del



Consiglio di Stato della questione relativa all'applicazione dell'art. 93, comma 6, del Codice prima dell'aggiudicazione - in quanto il Consorzio istante (unico partecipante alla gara e "*ipotetico contraente*") avrebbe tenuto un comportamento poco corretto e non collaborativo durante il procedimento di verifica di congruità dell'offerta. In particolare, in sede di presentazione dei giustificativi sui costi della manodopera, il Consorzio ha chiesto una proroga del termine per la loro presentazione (accordata dal RUP) rilevando contestualmente il ricorrere dell'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta e di antieconomicità dell'appalto. Nei giustificativi il Consorzio ha, inoltre, indicato costi della manodopera di importo doppio rispetto a quelli stimati dalla SA, inducendo il RUP ad esprimere un giudizio di non congruità dell'offerta;

VISTA la Determinazione n. 235 del 29 dicembre 2021, con la quale la Città Metropolitana di Reggio Calabria ha dichiarato l'esito infruttuoso della procedura, approvando i verbali di gara. Da tale Determinazione si evince che la SA aveva invitato alla procedura dieci operatori economici, ma solo il Consorzio odierno istante ha presentato l'offerta; con verbale del 18 novembre 2021 è stata proposta l'aggiudicazione in suo favore per un importo complessivo di € 1.168.663,77 oltre IVA. Successivamente il RUP ha espletato la verifica di congruità dell'offerta relativamente ai costi della manodopera, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del Codice, richiedendo i giustificativi. Con nota prot. n. 90640 del 14 dicembre 2021, il RUP ha chiesto ulteriori chiarimenti, in quanto "*valutate nel loro complesso le giustificazioni presentate (...) non è chiara quale sia la volontà del concorrente, se quella espressa in sede di offerta economica o quella manifestata in sede di giustificativi dell'anomalia offerta*". Con verbale del 20 dicembre 2021, il RUP ha concluso la verifica e ha ritenuto che "*l'offerta presentata dal Consorzio Stabile Telegare nel suo complesso non congrua venendo meno il presupposto dell'immodificabilità dell'offerta stessa (...)*";

PREMESSO che il Consorzio istante ha contestato il provvedimento *de quo* esclusivamente nella parte in cui è stato disposto che l'esclusione dalla gara per incongruità dell'offerta comporta l'escussione della garanzia provvisoria e la segnalazione all'Anac, senza, tuttavia, censurare il giudizio di non congruità della propria offerta, sotto il profilo dei costi della manodopera, effettuato dal RUP ai sensi dell'art. 95, comma 10, del Codice;

CONSIDERATO che l'art. 95, comma 10, del Codice dispone che "*Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)*" (disposizione che, a sua volta, fa riferimento al "*costo del personale [che non può essere] inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16*"). Tale previsione è volta a garantire che negli appalti pubblici il lavoro sia adeguatamente remunerato, prevedendo l'obbligo per la Stazione appaltante di procedere, prima della aggiudicazione, alla verifica del rispetto del costo del personale di cui alle tabelle ministeriali, e cioè anche laddove non si verta in ipotesi di offerta da sottoporre al giudizio di anomalia in forza di quanto previsto dall'art. 97 del Codice (cfr. TAR Piemonte, sez. II, 13 ottobre 2020, n. 600; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 18 giugno 2019, n. 1065; Id., 16 marzo 2020, n. 329; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 1 giugno 2020, n. 978). Al fine di consentire la verifica da parte dell'Amministrazione, l'operatore economico è tenuto ad indicare il costo complessivo della manodopera (cfr. Relazione illustrativa Bando-tipo n. 1), calcolato tenendo conto delle tariffe professionali (avuto come parametro di riferimento le tabelle ministeriali) e del monte ore stimato per l'esecuzione dell'appalto, a sua volta dipendente dalla

quantità di risorse, dal livello di inquadramento e dal tempo di utilizzo delle stesse (Delibera Anac n. 40 del 15 gennaio 2020);

CONSIDERATO che, sotto tale profilo, la giurisprudenza ha chiarito che la verifica demandata alla stazione appaltante in forza del combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. d) del Codice *"non dà luogo ad un sub procedimento di verifica di anomalia dell'offerta in quanto il rinvio contenuto dall'art. 95, comma 10, pur stabilendo un collegamento con la disposizione che disciplina le offerte anormalmente basse, è circoscritto al solo controllo previsto dal comma 5, lettera d) dell'art. 97, il che esclude che la verifica possa riguardare complessivamente i fattori che influenzano il costo della manodopera; la giurisprudenza amministrativa ha infatti sancito l'autonoma connotazione della verifica del costo della manodopera in esame stabilendo che "La novella (del 2017) dell' art. 95, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), comporta incontrovertibilmente la generalizzazione dell'obbligo di verificare specificamente (prima dell'aggiudicazione) il rispetto del costo del personale di cui alle Tabelle Ministeriali (e solo in tal senso - e limitatamente a tale fase - può discorrersi di specifico e autonomo potere della Stazione Appaltante). Tale la disposizione (evidentemente finalizzata alla tutela del diritto dei lavoratori - di rango costituzionale - alla giusta ed equa retribuzione, ai sensi dell'art. 36 della Carta Fondamentale) risponde alla ratio di accertare (sempre e necessariamente) l'effettivo rispetto dei minimi salariali (come rivenienti dalle pertinenti Tabelle Ministeriali) da parte del futuro aggiudicatario, imponendo alla P.A. la verifica preliminare del costo del personale in ogni caso e cioè anche laddove non si verta in ipotesi di offerta da sottoporre al giudizio di anomalia per legge, ex art. 97 del d.lgs. n. 50/2016" (T.A.R. , Lecce , sez. III , 16/03/2020 , n. 329)" (TAR Puglia, Bari, sez. II, 22 aprile 2021, n. 706);*

CONSIDERATO altresì che l'art. 93, comma 6, del Codice nella versione applicabile *ratione temporis* (dopo le modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 56/2017) stabilisce che *"La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto"*;

TENUTO CONTO che di recente la Sezione Quarta del Consiglio di Stato (con sentenza non definitiva n. 26 del 4 gennaio 2022) ha rimesso all'Adunanza Plenaria il quesito di diritto *"se l'art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 possa (recte, debba) trovare applicazione non solo nei confronti del soggetto cui sia già stata definitivamente aggiudicata la gara, ma anche nei confronti del soggetto che la commissione giudicatrice, dopo le valutazioni di spettanza, abbia proposto per l'aggiudicazione"*. Tale questione si è posta in quanto il nuovo Codice non prevede più l'obbligo di controllo a campione del possesso dei requisiti nonché la verifica nei confronti del secondo classificato e il conseguente incameramento della cauzione provvisoria in caso di verifica con esito negativo, anche nei confronti di soggetti diversi dall'aggiudicatario (a differenza dell'art. 48, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, sul quale cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 34/2014). Pertanto, secondo la giurisprudenza maggioritaria, l'art. 93, comma 6, del nuovo Codice, letto in combinato disposto con gli artt. 36, comma 6, 85, comma 5 e 32, comma 7 (che prevedono come obbligatoria la verifica dei requisiti del solo aggiudicatario), sembrerebbe non consentire l'escussione della cauzione a carico di un soggetto destinatario della mera proposta di aggiudicazione (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2021, n. 3299 che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della disposizione in esame, in combinato disposto con l'art. 216 del Codice, in relazione alla mancata previsione della retroattività della nuova regola, quale disciplina sanzionatoria sopravvenuta più favorevole; Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2021, n. 8367; TAR Lazio, Roma, 5 febbraio 2020, n. 1553; Id., 23 gennaio 2019, n. 900);



CONSIDERATO che l'attuale formulazione dell'art. 93, comma 6, individua, quale presupposto dell'escussione della cauzione provvisoria, la sussistenza di un "*fatto riconducibile all'affidatario*" ovvero "*l'adozione di informazione antimafia interdittiva*", essendo stato eliminato (in seguito al D.Lgs. n. 56/2017) ogni riferimento all'elemento soggettivo dell'affidatario ("*condotta connotata da dolo o colpa grave*"). Come sottolineato dal Consiglio di Stato (sent. n. 26/2022 cit.), la locuzione "*fatto riconducibile all'affidatario*" esprime un collegamento meramente eziologico tra un "*fatto*" dell'aggiudicatario e la "*mancata sottoscrizione del contratto*" e si applica in tutte le ipotesi in cui non si è addivenuti alla stipulazione del contratto per fatti ovvero circostanze riconducibili alla sfera giuridica dell'affidatario, compresi i casi di difetto, originario o sopravvenuto in corso di procedura, dei requisiti di partecipazione alla gara;

RILEVATO che la garanzia provvisoria opera nelle ipotesi in cui la mancata stipulazione del contratto consegue in via diretta, immediata ed esclusiva ad un "*fatto*" del soggetto aggiudicatario (ovvero del soggetto proposto per l'aggiudicazione, a seconda dell'orientamento giurisprudenziale cui si aderisce), risultato privo di uno dei requisiti necessari per la stessa partecipazione alla gara. La disposizione in esame, menzionando "*la mancata stipulazione del contratto dopo l'aggiudicazione*", richiama, infatti, la fase in cui la Stazione appaltante, dopo la conclusione della procedura, effettua i controlli sul soggetto individuato come aggiudicatario, ai sensi dell'art. 32, comma 7, del Codice (a tenore del quale "*L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti*");

RITENUTO che il caso di specie non rientra nel perimetro applicativo dell'art. 93, comma 6, del Codice. Non si controverte, infatti, di una ipotesi di carenza dei requisiti di ordine generale o speciale in capo al Consorzio, né di interdittiva antimafia a suo carico. L'esclusione dalla gara è avvenuta all'esito della fase di verifica di congruità dei costi della manodopera che, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del Codice è obbligatoria anche nei confronti delle offerte non assoggettate a verifica di anomalia e deve precedere l'aggiudicazione;

RILEVATO, peraltro, che dalla documentazione in atti non risulta che la mancata stipulazione del contratto sia stata determinata dalla rinuncia alla proposta di aggiudicazione da parte del Consorzio (il quale aveva anche lamentato un aumento dei costi delle materie prime per eseguire l'appalto), bensì dal giudizio di non congruità dell'offerta formulato dal RUP;

RITENUTO, dunque, che, nel caso di specie, l'escussione della garanzia provvisoria non è conforme alla normativa di settore, in quanto l'esclusione dalla gara per incongruità del costo della manodopera, ex art. 95, comma 10, del Codice, non rientra nel perimetro applicativo dell'art. 93, comma 6, del Codice;

CONSIDERATO, infine, per quanto riguarda la segnalazione all'Anac, che, in ossequio a quanto statuito dalla prevalente giurisprudenza (cfr. *ex multis* TAR Toscana, sez. I, 18 gennaio 2021, n. 62; Cons. Stato, sez. VI, 20 novembre 2017, n. 5331; Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2012, n. 3428), la segnalazione della stazione appaltante si configura come mero atto prodromico ed endoprocedimentale, non dotato di autonoma lesività, e, come tale, non immediatamente impugnabile, potendo essere fatti valere eventuali suoi vizi, anche in via derivata, nell'ambito dell'eventuale procedimento dinanzi all'Anac. Sarà l'Ufficio dell'Autorità competente all'avvio del procedimento sanzionatorio, a valutare la sussistenza degli estremi di cui all'art. 80, comma 12, del Codice ovvero a procedere all'archiviazione della segnalazione.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, non conforme alla normativa di settore l'operato della Stazione appaltante, in quanto l'esclusione dalla gara per incongruità del costo della manodopera non legittima l'escussione della garanzia provvisoria.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 marzo 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Firmato digitalmente