



DELIBERA N. 7

12 gennaio 2022

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Archeo&Restauri S.r.l. – Procedura negoziata per l'appalto dei lavori di Teatro e Domus- "Attività di scavo , restauro e allestimento didattico per la fruizione del sito" nel Comune di Venafro – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - Importo a base di gara: euro 415.321,59 – S.A.: Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo - Segretariato Regionale del Ministero per i Beni e le Attività culturali per il turismo per il Molise

PREC 235/2021/L

Riferimenti normativi

Art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016

Art. 21 *quinquies* L. 241/90

Parole chiave

Revoca procedura di gara – condizioni per procedervi - Omessa separata indicazione costi della manodopera - conseguenze

Massima

Revoca procedura di gara – presupposti legittimanti – valutazione discrezionale

L'esercizio del potere di revoca, tenuto conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse che lo giustificano, non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale dell'Amministrazione che può determinarsi in tal senso nell'esercizio del proprio potere di revocare l'atto per sopravvenuti motivi di interesse pubblico o per mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, anche, semplicemente, per una nuova valutazione degli elementi e dei presupposti di fatto preesistenti, ma con il rispetto delle garanzie e delle modalità



(soprattutto quanto alla previsione dell'indennizzo economico) previste dall'art. 21-quinquies della legge n. 241/90 a tutela delle posizioni giuridiche maturate dal privato a seguito dell'atto ampliativo.

Omissa separata indicazione costi della manodopera – eccezioni al meccanismo espulsivo

La mancata separata indicazione dei costi della manodopera comporta l'esclusione dalla gara del concorrente ogniqualvolta il format messo a disposizione dalla Stazione appaltante per la formulazione dell'offerta economica contenga uno spazio fisico ove inserire i suddetti costi.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 12 gennaio 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 84489 del 24 novembre 2021, con cui l'Archeo&Restauri S.r.l. ha sollevato una serie di eccezioni in merito ai comportamenti tenuti e alle azioni intraprese dalla Stazione appaltante nella procedura di gara in oggetto; in particolare, l'istante, terzo in graduatoria, per un verso rappresenta di aver segnalato alla Stazione appaltante, con pec del 10 febbraio 2020, che le offerte delle due imprese che lo precedono nella graduatoria (Ing. Antonio Buono S.r.l. e Italrestauri S.n.c.) riportano un importo relativo al costo della manodopera non congruo e non giustificabile - in quanto inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle Ministeriali di cui all'art.23, comma 16 del d.lgs. 50/2016 - e che gli esiti della verifica sul rispetto dei suddetti costi, svolta dalla Commissione di gara, non sono stati ancora resi noti; dall'altro, denuncia che la Stazione appaltante ha comunicato di aver richiesto all'Avvocatura distrettuale dello Stato un parere in merito alla possibilità di revocare in autotutela la procedura di gara, nonostante, nel caso di specie, difettino i presupposti e le condizioni giuridiche per il legittimo ricorso e richiede, in merito a tale ultimo aspetto, la pronuncia di un parere dell'Autorità;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 88123 del 7 dicembre 2021;

VISTA la documentazione trasmessa dall'Ing. Antonio Buono S.r.l., acquisita al prot. n. 88640 del 10 dicembre 2020, ed in particolare i giustificativi inviati alla Stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia ove l'Impresa precisava che, ai fini della formulazione dell'offerta, conformemente alle disposizioni del disciplinare di gara, aveva indicato i costi della manodopera in economia e che, tuttavia, si rendeva disponibile ad una eventuale integrazione della propria offerta mediante l'espressa e chiara indicazione dei costi della manodopera di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 89060 del 13 dicembre 2020, con cui la Stazione appaltante ha rappresentato che: a) la gara doveva essere necessariamente aggiudicata attraverso il portale del MePA entro il 28/02/2020, mentre le operazioni della commissione di gara si sono protratte oltre il predetto termine; b) a seguito del pensionamento del RUP della procedura, non è stato individuato un nuovo RUP in sostituzione e, pertanto, dal 01/04/2020, tale responsabilità ricade formalmente sul Dirigente del settore; c) non è stata redatta alcuna determina di aggiudicazione provvisoria, né sul portale del MePA né al di fuori dello stesso; d) non sono state informate le ditte delle determinazioni della Commissione di



gara in merito alle giustificazioni addotte per la verifica del costo della manodopera; e) la gara non è più materialmente recuperabile sul portale del MePA. In particolare, il precedente dirigente, all'atto del collocamento in pensione, non ha potuto trasmettere i procedimenti in corso di aggiudicazione associati al proprio profilo istituzionale sul portale del MePA al nuovo dirigente. L'eseguibilità di tale operazione di trasferimento sul portale del MePA dei procedimenti non chiusi, allo stato attuale non risulta più possibile così come confermato per le vie brevi dall'operatore dell'Help desk del MePA e, quindi, la stessa non può essere aggiudicabile secondo le modalità stabilite dalla lettera d'invito pubblicata sul medesimo portale; f) le ragioni a sostegno della richiesta del parere dell'Avvocatura in merito alla possibilità di revocare la procedura risiedono sia nelle problematiche tecnico-informatiche segnalate sia nella possibile esposizione a ricorsi da parte delle imprese che hanno più volte sollecitato e diffidato l'amministrazione a concludere il procedimento di gara;

VISTO l'art. 21 *quinquies* della L. 241/90;

CONSIDERATO che l'esercizio del potere di revoca, tenuto conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse che lo giustificano, non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale dell'Amministrazione che può determinarsi in tal senso nell'esercizio del proprio potere di revocare l'atto per sopravvenuti motivi di interesse pubblico o per mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, anche, semplicemente, per una nuova valutazione degli elementi e dei presupposti di fatto preesistenti, ma con il rispetto delle garanzie e delle modalità (soprattutto quanto alla previsione dell'indennizzo economico) previste dal citato art. 21-*quinquies* a tutela delle posizioni giuridiche maturate dal privato a seguito dell'atto ampliativo (TAR Campania, 1 dicembre 2021, n. 7714); la giurisprudenza ha osservato, in particolare, che la revoca si configura come lo strumento dell'autotutela decisoria preordinato alla rimozione di un atto ad efficacia durevole, in esito ad una nuova e diversa valutazione dell'interesse pubblico. I presupposti del valido esercizio dello *ius poenitendi* sono definiti dall'art. 21 *quinquies*, con formule lessicali volutamente generiche. A differenza del potere di annullamento d'ufficio, che postula l'illegittimità dell'atto rimosso d'ufficio, quello di revoca resta, comunque, rimesso a un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'Amministrazione procedente, sindacabile solo se manifestamente illogico o irragionevole (cfr. Cons. Stato, sez. II, 14 marzo 2020, n. 1837; Consiglio di Stato Sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026; Sez. IV, 10 luglio 2018, n. 4206);

RITENUTO che nessuna delle circostanze addotte dalla Stazione appaltante a sostegno dell'adozione di un eventuale provvedimento di revoca appare riconducibile alla casistica di cui al citato art. 21-*quinquies* della L. 241/90; invero, le problematiche tecnico-informatiche relative alla piattaforma MEPA non sono di ostacolo alla conclusione della procedura di gara, in quanto l'Amministrazione risulta in possesso di tutti gli atti della procedura (documentazione amministrativa, offerte, giustificativi, verbali della Commissione ecc) e, dunque, è in grado di adottare l'atto conclusivo del procedimento; né il superamento del termine del 28/02/2020 può impedire la chiusura regolare della procedura, atteso che, a ben vedere, trattasi di un termine a favore delle imprese che partecipano alla gara e finalizzato a stabilire un tempo massimo per la validità delle offerte e per la conclusione dell'iter di gara con la conseguenza che, laddove queste manifestino il perdurare dell'interesse all'aggiudicazione, l'Amministrazione non detiene il potere di non procedervi; infine, il rischio dei possibili ricorsi da parte degli operatori economici – oltre a non costituire un sopravvenuto motivo di interesse pubblico ma una mera circostanza di fatto – non appare superabile attraverso l'adozione del provvedimento di revoca in quanto anche tale ultimo provvedimento potrebbe costituire oggetto di impugnativa giurisdizionale;



RITENUTO, al contrario, che il comportamento tenuto dalla Stazione appaltante configuri una chiara violazione dell'obbligo di conclusione del procedimento di cui all'art. 2 della L. n. 241/1990, secondo il quale: "Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso". Si aggiunga che ai sensi dell'art. 76 del D.Lgs. n. 50/2016 sussiste l'obbligo, per la Stazione Appaltante, di informare tempestivamente ciascun candidato e ciascun offerente "delle decisioni adottate riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi dell'eventuale decisione di non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione". Il Legislatore ha così esplicitato un ampio ventaglio di decisioni che la Stazione appaltante potrebbe prendere nell'esercizio della propria discrezionalità: ma tra queste non figura né l'inerzia, né tantomeno l'arresto sine die dell'iter procedimentale, entrambi lesivi dell'interesse dei partecipanti ad avere conoscenza della definizione del procedimento di gara (sia esso approdato all'esito naturale della sua aggiudicazione, ovvero a una decisione di segno diametralmente opposto);

VISTO che la conclusione della procedura di gara richiede la risoluzione della questione legata alla congruità dei costi della manodopera indicati nelle offerte economiche presentate dalle imprese attualmente collocate al primo e al secondo posto della graduatoria; in particolare, alla luce di quanto dichiarato dall'Ing. Antonio Buono S.r.l. in merito all'indicazione, in sede di offerta economica, dei soli costi della manodopera in economia, occorre stabilire se, nel caso di specie, ricorrano le condizioni per l'attivazione del soccorso istruttorio ai fini del completamento delle offerte già presentate mediante la specifica e chiara quantificazione dei costi della manodopera di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016;

CONSIDERATO che, come noto, la questione relativa alla mancata indicazione dei costi della manodopera di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016 è stata oggetto di intervento da parte del giudice eurounitario che, nella nota pronuncia 2 maggio 2019 in causa C-309/2018, ha affermato che *"i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, contemplati nella direttiva 2014/24/UE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano ad una normativa nazionale 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 alla procedura 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 di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice"*. All'affermazione dei detti principi la Corte di giustizia è giunta sulla base del rilievo che, essendo chiaramente fissato dal Codice dei contratti pubblici (artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, suddetti) l'obbligo di indicare separatamente i costi in questione in sede di offerta, qualsiasi operatore economico *"ragionevolmente informato e normalmente diligente"* si deve presumere a conoscenza dell'obbligo in questione;



CONSIDERATO, altresì, che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le decisioni n. 7 e 8 del 2 aprile 2020, ha precisato che, affermata a seguito della nota sentenza della Corte di Giustizia la compatibilità con il diritto europeo degli automatismi espulsivi conseguenti al mancato rispetto delle previsioni di cui all'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, le questioni residue devono essere rivolte unicamente a delineare la portata dell'eccezione alla regola dell'esclusione automatica, collegata all'accertamento in fatto della possibilità di indicare le voci stesse nei modelli predisposti dall'amministrazione. Ebbene, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, solo l'impossibilità materiale (assoluta) di indicare, nei modelli predisposti dall'Amministrazione, i costi della manodopera configura eccezione alla regola (operante anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare separatamente i costi della manodopera non sia specificato nella documentazione della gara d'appalto) dell'automatismo espulsivo conseguente all'inadempimento dell'onere dichiarativo sancito dall'art. 95, comma 10, del Codice dei Contratti pubblici. E' evidente che l'inesigibilità del relativo obbligo deve impingere in fattori impeditivi oggettivi non suscettivi di essere superati attraverso agevoli accorgimenti come ad esempio attraverso la possibilità di veicolare tale indicazione in documenti ulteriori ovvero avvalendosi di altre voci di campo pur contenute nel medesimo modulo editabile (cfr. Cons. St., sez. III, 15 giugno 2020 n. 3773). Ancor più di recente si è ribadito che la scusabilità dell'omissione (e la conseguente ammissibilità del soccorso) deve ancorarsi alla obiettiva impossibilità pratica di modulare, integrare e personalizzare i contenuti dell'offerta ovvero alla esistenza di una chiara preclusione prescrittiva, che, espressamente vietando la modifica dei documenti unilateralmente predisposti, valga a porre l'operatore concorrente nella situazione di dover inammissibilmente optare per il rispetto della norma generale o, alternativamente, di quella speciale incompatibile (cfr. Cons. St., sez. V, 8 aprile 2021, n. 2839);

VISTI i pareri dell'Autorità sull'argomento (delibere 736 del 10 novembre 2021; 227 del 16 marzo 2021; n. 156 del 19 febbraio 2020; n. 1114 del 27 novembre 2019) i quali confermano che, alla luce della richiamata sentenza della Corte UE, sussiste l'obbligo degli operatori economici di indicare nell'offerta i costi della manodopera, anche nell'ipotesi in cui la documentazione di gara non lo specifichi espressamente, sempreché i modelli messi a disposizione per la presentazione dell'offerta economica consentano, effettivamente, tale indicazione;

RILEVATO che, nel caso di specie, nonostante la lettera d'invito non richiedesse la puntuale quantificazione dei costi della manodopera, il format messo a disposizione dal ME.PA. per la presentazione delle offerte economiche conteneva un apposito spazio per l'indicazione, in relazione a ciascuna delle categorie di lavoro oggetto dell'appalto, dei costi della manodopera, richiamando, peraltro, espressamente l'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016;

RITENUTO, pertanto, che non ricorre nel caso di specie una delle eccezioni al meccanismo espulsivo; invero, per un verso, l'omessa indicazione nel corpo della *lex specialis* dei costi della manodopera appare priva di rilievo affidante, in ragione della attitudine eterointegrativa della prescrizione normativa del *Codice*, che deve senz'altro postularsi (anche all'esito del consolidato orientamento giurisprudenziale) ben nota ad ogni serio ed informato operatore economico; d'altro canto, l'espresso richiamo all'art. 95, comma 10, del Codice nel format del ME.PA. esclude l'obiettiva incertezza paventata dall'Ing. Buono S.r.l. in merito ai costi da dichiarare in sede di offerta economica; dall'altro, non ricorre alcuna obiettiva impossibilità pratica di materiale indicazione dei suddetti costi, essendo previsto un apposito spazio per la separata quantificazione dei costi della manodopera;

Il Consiglio



Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che:

- Le circostanze segnalate dalla Stazione appaltante non appaiono sufficienti a giustificare l'adozione di un provvedimento di revoca della procedura di gara;
- Sussiste, viceversa, l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso;
- Ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta e del rispetto dei costi della manodopera, la Stazione appaltante è tenuta a valutare esclusivamente quanto espressamente indicato in sede di offerta economica dai soggetti partecipanti alla gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio il 19 gennaio 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente