



## DELIBERA N. 237

30 maggio 2023

### Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla [OMISSIS]– Lavori di installazione di reti antigetto ai reparti detenuti Tamigi, Volturno e Rio - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 167.023,31 - S.A.: Casa Circondariale Santa Maria Capua Vetere

**PREC 576/2023/L**

### Riferimenti normativi

Art. 95, co. 10 d.lgs. n. 50/2016

### Parole chiave

Offerta economica – costi della sicurezza – costi della manodopera – omessa indicazione – soccorso istruttorio – modulo predisposto

### Massima

**Offerta economica – costi della sicurezza – costi della manodopera – omessa indicazione – soccorso istruttorio - modulo predisposto – non editabile – impossibilità - ammissione**

Spetta all'Amministrazione verificare, anche in considerazione della modalità di funzionamento della piattaforma informatica utilizzata, il fatto che la modulistica resa obbligatoria dal sistema informatico non contenga lo spazio per l'indicazione degli oneri della sicurezza aziendale e dei costi della manodopera e non sia editabile dal concorrente, che quindi sia impossibilitato ad effettuare la dichiarazione in questione. Una volta accertata l'impossibilità di effettuare la dichiarazione e avviato il soccorso istruttorio, l'eventuale riammissione del concorrente presuppone che la valutazione dell'effettiva considerazione di tali oneri all'interno dell'offerta presentata dal concorrente abbia dato esito positivo.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 30 maggio 2023

## DELIBERA

### *Considerato in fatto*

Con istanza di parere di precontenzioso acquisita al prot. n. 34726 dell'8 maggio 2023, la stazione appaltante Casa Circondariale Santa Maria Capua Vetere rappresenta che, dopo aver constatato l'assenza di indicazione dei costi della sicurezza e dei costi della manodopera all'interno dell'offerta economica del concorrente Alta Appalti e Servizi S.r.l., e dopo aver valutato "diversi fattori", procedeva a richiedere all'operatore economico di specificare i suddetti costi e quest'ultimo provvedeva all'integrazione richiesta. La S.A. tuttavia procedeva poi ad escludere il concorrente e con la presente istanza chiede all'Autorità parere sul punto, e cioè se la mancata indicazione dei costi della sicurezza e della manodopera all'interno dell'offerta sia motivo di esclusione, oppure se il concorrente possa essere riammesso in graduatoria.

L'operatore economico [OMISSIS]– presenta a sua volta istanza di precontenzioso, acquisita al prot. 36211 del 12 maggio 2023, con la quale riferisce che nella gara in oggetto, svolta sul MePA, la sezione dedicata alla compilazione dell'offerta economica era priva di spazio fisico per la specificazione dei costi della manodopera e della sicurezza e non risultava neanche possibile allegare ulteriori dichiarazioni. Inoltre il concorrente provvedeva a specificare l'importo di tali costi proprio su richiesta della S.A. e senza apportare alcuna modifica all'offerta economica. Alla luce di ciò, il concorrente chiede di essere riammesso in graduatoria.

Il presente parere viene reso su istanza congiunta ai sensi dell'art. 5 del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso, in considerazione del fatto che le due istanze pongono la medesima questione ed entrambi i soggetti istanti dichiarano, all'interno dei rispettivi moduli di domanda, di volersi attenere al parere reso. Pertanto, con nota prot. n. 38058 del 18 maggio 2023 è stato avviato il relativo procedimento.

### *Ritenuto in diritto*

La questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità riguarda la conformità alla normativa dell'esclusione dell'operatore economico che ometteva di indicare, all'interno del modulo predisposto di offerta economica, i costi della sicurezza e i costi della manodopera.

L'art. 95, co. 10 d.lgs. 50/2016 prescrive che l'operatore economico debba indicare all'interno dell'offerta economica i costi della manodopera e i propri costi della sicurezza. La questione è stata oggetto di una pronuncia della Corte di Giustizia UE 2 maggio 2019, in causa C-309/18, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal T.A.R. Lazio, con cui la Corte UE ha stabilito che «I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza contemplati nella direttiva 2014/24 [...] 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»;

La giurisprudenza nazionale (Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1191; Ad. Plen. n. 8 del 2 aprile 2020), nel richiamare la sentenza della Corte di Giustizia, ha quindi ribadito che: «a) la mancata separata indicazione dei costi della manodopera (dunque anche della sicurezza) comporta l'esclusione dell'impresa dalla gara; b) tale omissione non può essere sanata mediante la procedura del soccorso istruttorio; c) l'esclusione dalla gara va spiccata anche in assenza di specificazione ossia di espressa comminatoria, in tal senso, ad opera della "legge di gara". Ciò dal momento che la normativa italiana è sufficientemente chiara in ordine a tale formale obbligo. Del resto, ai pubblici appalti debbono prendere parte soggetti "ragionevolmente informati e normalmente diligenti"; d) in questa specifica direzione, i suddetti costi della sicurezza e della manodopera non possono essere neppure ricostruiti in via postuma, sempre in sede di verifica di congruità, attraverso la eventuale dimostrazione che un tale dato era "comunque compreso nell'offerta economica ... anche se non espressamente indicato" (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8, cit.). Tali costi debbono in altre parole essere espressamente "indicati" e giammai soltanto "considerati" o comunque contemplati (cfr., sul punto, la condivisibile distinzione contenuta nella sentenza del TAR Sicilia, sez. III, 5 luglio 2018, n. 1553); e) unica eccezione a tale regola generale (si ripete: esclusione dalla gara per omessa separata indicazione di costi sicurezza e manodopera senza soccorso istruttorio ed anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione del bando di gara) è costituita dalla presenza di clausole e di modelli che non consentano ai concorrenti di indicare espressamente tali costi nell'ambito della propria offerta economica. Deve trattarsi in altre parole di disposizioni fortemente ambigue o fuorvianti, tali da ingenerare "confusione" nel concorrente, nonché di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile (es. assenza di "spazio fisico" nella domanda di partecipazione e nel relativo schema di offerta) il loro effettivo inserimento. A tutela del "legittimo affidamento", dunque, in siffatte ipotesi deve essere consentita una sanatoria o meglio rettifica postuma del dato (mediante soccorso istruttorio oppure giustificativi in sede di giudizio di anomalia)».

L'Autorità, con diversi pareri sull'argomento (delibere n. 527 del 2 novembre 2022; n. 788 del 1 dicembre 2021; n. 477 del 10 giugno 2020; n. 156 del 19 febbraio 2020; n. 1114 del 27 novembre 2019; n. 577 del 26 giugno 2019), si è posta in linea con la giurisprudenza, evidenziando che l'inesigibilità del relativo obbligo deve riferirsi a «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 (Cons. Stato, sez. III, 15 giugno 2020 n. 3773)». In altre parole, la scusabilità dell'omissione, con conseguente ammissibilità del soccorso istruttorio, «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» (Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021, n. 2839).



Nel caso di specie, secondo quanto disposto dal disciplinare di gara (Par. 6), l'offerta economica, contenente l'indicazione del ribasso percentuale sull'importo complessivo posto a base di gara, doveva essere presentata compilando il modulo di offerta generato automaticamente dalla piattaforma elettronica Acquisti in Rete P.A.. Il disciplinare prevedeva espressamente che «Nell'offerta economica il concorrente dovrà indicare: - i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, di cui all'art. 95, co. 10 del d.lgs. 50/2016, rispetto al ribasso offerto; - i costi della manodopera, di cui all'art. 95, co. 10 del d.lgs. 50/2016, sempre rispetto al ribasso offerto. [...] I costi della sicurezza aziendale e i costi della manodopera – che per normativa vigente corre l'obbligo di specificare – costituiscono, pertanto, una quota parte del prezzo offerto».

Pertanto, la *lex specialis* era chiara nel segnalare l'obbligo di indicare espressamente i costi della sicurezza e i costi della manodopera, richiamando anche la norma vigente di riferimento. Tuttavia, il modulo di offerta generato automaticamente dalla piattaforma elettronica Acquisti in Rete P.A. e prodotto dall'istante, oltre allo spazio dedicato all'indicazione del ribasso percentuale offerto non reca uno spazio dedicato alla specificazione di tali costi. Inoltre esso presenta un elenco di ulteriori dichiarazioni da rendere, ma neppure fra queste figurano le dichiarazioni dovute sui costi della sicurezza e i costi della manodopera. La S.A. tuttavia non chiarisce nella propria richiesta se vi era l'impossibilità pratica di integrare e personalizzare i contenuti dell'offerta.

Si ritiene quindi che in considerazione dei richiamati orientamenti interpretativi, spetta all'Amministrazione verificare, anche in considerazione della modalità di funzionamento della piattaforma informatica utilizzata, il fatto che la modulistica resa obbligatoria dal sistema informatico non contenesse lo spazio per l'indicazione degli oneri della sicurezza aziendale e dei costi della manodopera e non fosse editabile dal concorrente, e che egli fosse conseguentemente impossibilitato ad effettuare la dichiarazione in questione, alla luce dei principi interpretativi sopra richiamati. Nel caso di specie, emerge che la S.A. aveva già effettuato una propria valutazione ("valutati diversi fattori", che peraltro nel presente procedimento non vengono esplicitati) ammettendo il concorrente al soccorso istruttorio per consentirgli di integrare l'offerta economica. Come già evidenziato dall'Anac con la citata delibera n. 788/2021, una volta accertata l'impossibilità di effettuare la dichiarazione e avviato il soccorso istruttorio, l'eventuale riammissione del concorrente presuppone ovviamente che la valutazione dell'effettiva considerazione di tali oneri all'interno dell'offerta presentata dal concorrente abbia dato esito positivo.

#### Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- nel caso di specie l'Amministrazione è tenuta a verificare, anche in considerazione della modalità di funzionamento della piattaforma informatica utilizzata, il fatto che la modulistica resa obbligatoria dal sistema informatico non contenesse lo spazio per l'indicazione degli oneri della sicurezza aziendale e dei costi della manodopera e non fosse editabile dal concorrente, e che egli fosse conseguentemente impossibilitato ad effettuare la dichiarazione in questione. Una volta accertata l'impossibilità di effettuare la dichiarazione la stazione appaltante è tenuta ad ammettere il concorrente al soccorso istruttorio nonché alla sua riammissione alla procedura di gara laddove la valutazione dell'effettiva considerazione di tali oneri all'interno dell'offerta presentata dal medesimo concorrente abbia dato esito positivo.



Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 giugno 2023

Il Segretario, Laura Mascali

Originale firmato digitalmente