AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 36

25 gennaio 2023

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Eurosistemi S.r.l. – Procedura aperta ex art. 60 del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento della manutenzione degli impianti elettrici e fonia-dati installati negli stabili della Filiale della Banca d'Italia di Bari e della Filiale non più operativa di Brindisi – Base d'asta: 366.426,00 euro - S.A.: Banca di Italia
PREC 169/2022/S

Riferimenti normativi

Art. 97 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Calcolo del costo medio orario della manodopera – ore mediamente lavorate – scostamento tabelle ministeriali

Massima

Appalto pubblico – In genere - Scelta del contraente – Gara – Offerte anomale – Verifica – Costo della manodopera – Costo medio orario – Tabelle ministeriali – Scostamento – Ammissibilità - Condizioni
Nel calcolo del costo medio orario della manodopera, l'innalzamento delle ore mediamente lavorate (cd. divisore) rispetto ai dati riportati nelle Tabelle ministeriali è consentita purché non derivi dalla soppressione delle ore di assenza legate al riconoscimento di diritti incomprimibili del lavoratore (ferie, festività, festività soppresse) e sempre che l'impresa fornisca rigorose e puntuali giustificazioni che comprovino la correttezza dello scostamento effettuato.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 25 gennaio 2023

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 94514 del 15 novembre 2022, con la quale l'operatore economico Eurosistemi S.r.l., primo classificato nella gara in epigrafe, ha contestato la sua esclusione dalla procedura, disposta dalla stazione appaltante all'esito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta. Le doglianze dell'istante si appuntano in particolare sui seguenti due profili: *i)* il giudizio di inammissibilità formulato dalla stazione appaltante del costo del lavoro medio orario indicato nelle giustificazioni e *ii)* la mancata rilevanza riconosciuta all'errore materiale commesso dall'impresa nell'indicare il costo del servizio di reportistica, rendicontazione e aggiornamento (4.200 euro invece del valore corretto 420 euro). Eurosistemi S.r.l. ha quindi chiesto all'Autorità di valutare la correttezza dell'operato della stazione appaltante tenendo conto che i costi orari indicati nelle giustificazioni, seppur diversi da quelli riportati nelle tabelle ministeriali, erano stati ampiamente giustificati alla luce della rendicontazione delle assenze effettive del personale nell'anno 2021 e

che le ragioni addotte a giustificazione dell'errore commesso, seppur rappresentate tardivamente, sono state ignorate dalla stazione appaltante;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 23 novembre 2022 con nota prot. n. 97758;

Vista la replica della Banca d'Italia, acquisita al prot. n. 99520 del 29 novembre 2022, che, pur riconoscendo la derogabilità delle tabelle ministeriali, è tesa a evidenziare come la documentazione fornita dall'operatore non sia stata ritenuta idonea a giustificare una riduzione così significativa del numero medio di assenze annue (Eurosistemi S.r.l. ha indicato un numero di ore lavorate pari a 1.812 rispetto al dato teorico di 1.600 previsto nelle tabelle ministeriali). In particolare, in considerazione del fatto che il contratto oggetto della gara ha una durata di sei anni, il report riferito ad un solo anno solare è stato ritenuto insufficiente a comprovare la stabilità del dato delle presenze nel tempo e a garantire per il futuro un'analoga incidenza di costi di sostituzione per le medesime causali – permessi retribuiti, assemblee, permessi sindacali, diritto allo studio, malattia, infortuni, maternità – che comunque non rientrano nella piena disponibilità dell'impresa. Per quanto concerne l'errore in cui l'impresa sarebbe incorsa nell'indicare i costi di reportistica, rendicontazione e aggiornamento, la stazione appaltante ha rilevato che, nel corso del subprocedimento di verifica dell'anomalia, l'importo (asseritamente errato) è stato indicato dall'impresa due volte, nelle due schede prodotte a seguito della richiesta di chiarimenti, e che l'errore non era riconoscibile anche perché l'importo indicato risultava molto simile a quello stimato dal RUP ai fini del calcolo della base d'asta. Inoltre, la documentazione a comprova dell'errore (un preventivo datato 25 agosto 2022 per la fornitura del software di manutenzione) è stata prodotta dall'impresa solo dopo la chiusura del subprocedimento, che è stato improntato alla massima collaborazione e si è svolto nel completo rispetto del principio del contraddittorio (è stata infatti formulata una seconda richiesta per consentire l'approfondimento di aspetti non risolti ed è stato fornito supporto informale mediante colloqui telefonici e incontri in modalità telematica). La pienezza del contradditorio valutata unitamente alle esigenze di celerità ed efficienza dell'azione ammnistrativa hanno indotto la stazione appaltante a respingere la richiesta di complessivo riesame degli elementi giustificativi. Infine, la stazione appaltante ha evidenziato come la correzione dell'errore non sarebbe comunque sufficiente a riportare in equilibrio la commessa stante la perdita stimata di oltre 4.000 euro;

Visto quanto ribadito dall'istante, con memoria acquisita al prot. n. 99818 del 30 novembre 2022, circa la derogabilità delle tabelle ministeriali e l'idoneità del report delle presenze dell'anno 2021 a giustificare il costo medio orario indicato, in quanto esatta fotografia del costo della manodopera realmente sostenuto dall'impresa. Quanto all'erronea indicazione del costo del servizio di reportistica, l'istante ne ha ribadito la riconoscibilità in relazione al raffronto proporzionale alle altre voci dell'offerta mentre l'argomentazione della stazione appaltante sarebbe basata su un documento di stima della base d'asta privo di data certa e non richiamato tra gli atti indittivi della gara. Infine, l'istante ha contestato l'affermazione della stazione appaltante secondo cui l'offerta sarebbe in disequilibrio di oltre 4.000 euro perché, di contro, utilizzando le stesse tabelle redatte dalla Banca d'Italia per giustificare l'esclusione, anche considerando la corresponsione dell'indennità di trasferta, la commessa registrerebbe un utile pari a euro 2.076,28;

Vista la documentazione in atti e le memorie delle parti;

Vista in particolare la relazione del RUP alla base del provvedimento di esclusione, secondo la quale, al termine del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, le giustificazioni fornite dall'impresa non si sono rivelate idonee a dimostrare la sostenibilità di due voci dell'offerta: il costo del lavoro e il costo delle trasferte. L'inattendibilità del costo del lavoro è imputata all'eccessiva riduzione delle ore di assenza rispetto al dato medio indicato nelle tabelle ministeriali, e in particolare, delle assenze per permessi retribuiti, assemblee, permessi sindacali, diritto allo studio, malattia, infortuni e maternità che, tolte le ore minime previste dal CCNL di settore per ferie, festività e formazione, risulterebbero ridotte di oltre il 90% (20 ore annue rispetto alle 232 previste nelle tabelle ministeriali). La stima non è stata reputata prudenziale anche se, per ipotesi, imputabile

per intero ad assenze per malattia, e non è stata comunque ritenuta sufficientemente giustificata dal mero dato aziendale, peraltro riferito ad un unico anno solare. La stazione appaltante ha quindi ricalcolato il costo del lavoro sulla base del dato teorico delle ore mediamente lavorate indicato nelle tabelle ministeriali che, sommato al maggior contributo da imputare alle trasferte, ha fatto emergere una perdita pari a circa 4.400 euro. Ciò ha portato a ritenere che l'offerta (recante un ribasso del 35,048%) non sia sostenibile e non dia garanzia di una serie esecuzione del contratto;

Considerati i consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza e dall'Autorità in tema di verifica dell'anomalia delle offerte, così sintetizzabili: 1) le valutazioni dell'Amministrazione in ordine all'anomalia e/o alla congruità dell'offerta costituiscono espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto. Pertanto, il sindacato dell'Autorità non può tradursi in una nuova verifica di merito, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità (tecnica) dell'Amministrazione, né può comportare una verifica delle singole voci dell'offerta, poiché così facendo si invaderebbe una sfera propria della P.A. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1449; Id., 25 luglio 2019 n. 5259; Id., sez. III, 6 febbraio 2017, n. 514; Id., sez. V, 17 novembre 2016, n. 4755); 2) il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; 3) la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; Id., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 430; Id., 30 ottobre 2017, n. 4978); 4) il procedimento di verifica di anomalia è avulso da ogni formalismo, essendo improntato alla massima collaborazione tra l'amministrazione appaltante e l'offerente, quale mezzo indispensabile per l'effettiva instaurazione del contraddittorio ed il concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta (cfr. di recente Delibera dell'Autorità n. 354 del 22 aprile 2020 e la giurisprudenza ivi richiamata);

Considerato, con riferimento alla questione del costo medio orario del personale, che esso è il risultato della divisione della retribuzione annua lorda per il numero delle ore mediamente lavorate in un anno. Tale dato, cd. divisore, si ottiene sottraendo dal monte ore annuo teorico complessivo che il singolo dipendente, in virtù delle norme di legge e dei contratti collettivi vigenti, può svolgere, le ore che corrispondono ad assenze del lavoratore derivanti o dalla fruizione di diritti incomprimibili riconosciuti ex lege (ferie, festività e festività soppresse) o dall'applicazione di istituti contrattuali (assemblee sindacali, formazione, studio, etc.) o, infine, da eventi imprevisti (malattia, gravidanza, infortunio). Più alto è il valore del divisore più basso risulta il costo medio orario del personale. Nelle tabelle ministeriali, per la determinazione delle ore effettivamente lavorate, vengono valorizzati sia dati previsti direttamente dalla legge o dal c.c.n.l. (e ci si riferisce soprattutto alle ferie, alle festività e alle festività soppresse) sia valori medi desunti dalle statistiche (e questo riguarda soprattutto le assenze per malattia, gravidanza e infortunio, che costituiscono le cause più frequenti di assenteismo);

Considerato che la giurisprudenza ha avuto modo di precisare, in generale, che i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali sono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, sicché l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle non legittima un giudizio di anomalia o di incongruità e occorre, perché possa dubitarsi della congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata, alla luce di una valutazione globale e sintetica, espressione di un potere tecnico-discrezionale insindacabile, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza non renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 30 novembre 2020, n. 7554; V, 29 luglio 2019, n. 5353). Per quanto concerne, più da vicino, le ore annue effettivamente lavorate, la giurisprudenza ha ritenuto che il dato contenuto nelle tabelle non sia fisso ed inderogabile, se non con riguardo alle assenze legate alla fruizione di diritti incomprimibili. Infatti, in ciascuna specifica realtà aziendale ben possono esistere sensibili differenze, in aumento o in diminuzione, rispetto ai dati medi desumibili dalle tabelle ministeriali riguardo le percentuali di assenteismo legato alle malattie, alla gravidanza, ai permessi per motivi di studio, etc. Ad esempio, nelle aziende che impiegano personale di età media elevata sono state ritenute

molto più rare le assenze per motivi di studio (cfr. TAR Marche, n. 829/2018). Pertanto, in sede di giustificazioni, è consentito all'impresa di provare che le ore annue effettivamente lavorate dai propri dipendenti siano maggiori di quelle indicate nelle tabelle ministeriali, purché la dimostrazione sia rigorosa;

Considerato che, nel caso in esame, la stazione appaltante, pur riconoscendo la derogabilità delle ore annue mediamente lavorate indicate nelle tabelle ministeriali, ha sollevato obiezioni circa la sensibile riduzione delle ore di assenza per malattia, gravidanza e infortuni basate, in maniera non irragionevole, sulla carenza, nelle giustificazioni prodotte dall'istante, di fattori idonei a giustificare lo scostamento dalla tabella ministeriale di settore, tenuto conto sia della non significatività di meri dati storici riferiti ad un solo anno solare sia della imprevedibilità di dati, quali la malattia, non rientranti nella disponibilità del datore di lavoro, e che avrebbero pertanto imposto margini di stima maggiormente prudenziali. Soccorre, sul punto, quanto affermato dalla giurisprudenza in merito al fatto che "*il sintetico e generico riferimento al solo indice di assenteismo storico non vale ad integrare, in mancanza di ulteriori indicazioni ed elementi desumibili dalla particolare organizzazione aziendale e/o dalla futura gestione del servizio oggetto di appalto, una motivata e credibile ragione di riduzione dei valori standard contenuti nelle tabelle ministeriali, tanto più se si considera che il dato delle ore annue mediamente lavorate dal personale coinvolge eventi, come appunto quelli legati alle condizioni di salute del dipendente, estranei alla disponibilità dell'impresa e necessitanti, per definizione, di una stima prudenziale*" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 22 marzo 2021 n. 2437 e 20 febbraio 2017 n. 756; Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 luglio 2013 n. 4206; Consiglio di Stato, Sez. V, 12 marzo 2009 n. 1451)" (TAR Napoli, 20 luglio 2022, n. 4878). Cfr. anche Parere di precontenzioso delibera n. 436/2022;

Ritenuto, pertanto, che le valutazioni espresse dalla stazione appaltante con riferimento alla riduzione delle ore mediamente non lavorate e, dunque, sulla sottostima del costo medio orario della manodopera rispetto ai dati riportati nelle tabelle ministeriali, siano esenti da vizi di logicità e ragionevolezza;

Considerato, con riferimento all'errata indicazione del costo del servizio di reportistica, che la giurisprudenza ritiene riconoscibile l'errore materiale che può essere percepito o rilevato *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque (cfr. Consiglio di Stato, V, n. 8823/2019);

Ritenuto che, nel caso di specie, nella scheda di verifica della congruità compilata dall'istante non sono rinvenibili elementi che possano fare ritenere che il costo annuale del servizio di reportistica ivi indicato (4.200 euro) sia il frutto di un evidente errore materiale di trascrizione. Il dato, che non appare abnorme, è stato ribadito dall'istante nella seconda scheda prodotta a seguito dell'ulteriore richiesta di chiarimenti formulata nel corso del subprocedimento, non è mai stato contestato dall'impresa nel corso dell'iter di verifica dell'anomalia e la stazione appaltante, che nel calcolare la base d'asta aveva attribuito al servizio in questione un costo similare, vi ha ragionevolmente fatto affidamento nel ricostruire le voci dell'offerta ai fini della valutazione della sua sostenibilità complessiva;

Considerato che, pur a fronte del riconoscimento della natura del procedimento di verifica di anomalia quale strumento per l'effettiva instaurazione del contraddittorio e per il concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta, la necessità di fissare un punto di equilibrio tra tutela del contraddittorio da una parte e garanzia di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa dall'altra (Parere di precontenzioso delibera n. 883/2017) ha indotto la giurisprudenza a riconoscere la legittimità della decisione assunta dalla Commissione di gara a prescindere dalle giustificazioni pervenute tardivamente (TAR Sardegna, I, n. 431/2017) e che, secondo il consolidato orientamento della stessa giurisprudenza, non è configurabile un obbligo in capo all'Amministrazione di provvedere a fronte di istanze di riesame di atti sfavorevoli precedentemente emanati, in conseguenza della natura officiosa e ampiamente discrezionale - soprattutto nell'*an* - del potere di autotutela e del fatto che, rispetto all'esercizio di tale potere, il privato può avanzare solo mere sollecitazioni o segnalazioni prive di valore giuridicamente cogente (Consiglio di Stato, IV, n. 4405/2020);

Ritenuto che, alla luce delle richiamate coordinate ermeneutiche, la decisione della stazione appaltante di rigettare l'istanza di riesame formulata sulla base di documentazione prodotta dopo la conclusione del procedimento di verifica dell'anomalia non appare censurabile;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- che, fermo restando che spetta alla stazione appaltante procedere alla valutazione di anomalia e/o di congruità dell'offerta nella sua complessità, quale espressione di un apprezzamento di natura tecnico-discrezionale, nel caso di specie - nei limiti del sindacato di manifesta irragionevolezza o illogicità attribuito all'Autorità in tema di verifica delle offerte sospette di anomalia – non sono stati dedotti dall'istante elementi di fatto e di diritto tali da revocare in dubbio la ragionevolezza e la logicità dell'operato della stazione appaltante.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 gennaio 2023

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente