



DELIBERA N. 50 del 19 febbraio 2025

Oggetto

Istanza di parere ex articolo 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 – SA istante: Comune di Castiglione Cosentino - OE: DBM INTERNATIONAL - EMZ TECNOLOGIE AMBIENTALI S.R.L – Procedura aperta per l'affidamento della fornitura e posa in opera, intervento “Smart bin e smart waste per gestire rifiuti, sorveglianza abbandono e deposito incontrollato, tariffazione puntuale e incentivazione del riuso” nel Comune di Castiglione Cosentino - CIG B28859C467 – Importo a base di gara: € 405.058,54.

UPREC-PRE-0004-2025-F-PREC

Riferimenti normativi

Art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36/2023

Art. 101, d.lgs. n. 36/2023

Parole chiave

Costi della manodopera – Mancata indicazione – Soccorso istruttorio - Limiti

Massima

Appalto pubblico – Forniture – Bando di gara – Offerta economica – Costi per la manodopera e per la sicurezza aziendale – Obbligo di indicazione – Soccorso istruttorio – Limiti

In caso di mancata indicazione dei costi della manodopera e per la sicurezza aziendale, l'ammissibilità, in via eccezionale, del soccorso istruttorio trova fondamento nella convergenza di almeno due condizioni imprescindibili consistenti nell'impossibilità di inserire nel modello predisposto dalla Stazione appaltante i costi in discussione perché mancante di qualunque riferimento agli stessi e nella contemporanea assenza di qualsivoglia previsione in merito da parte della lex specialis; circostanze queste che fanno sorgere nei concorrenti il legittimo dubbio circa la necessità dell'indicazione di tali costi ai fini della regolarità dell'offerta.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 febbraio 2025

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita con prot. n. 156009 del 31.12.2024, presentata dal Comune di Castiglione Cosentino e relativa alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante Stazione appaltante rappresentava di aver disposto l'esclusione di uno dei due concorrenti partecipanti alla procedura, la DBM INTERNATIONAL, in quanto l'offerta economica presentata era priva di indicazione dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza aziendali ai sensi dell'art. 108, comma 9, del d.lgs. 36/2023 e chiedeva un parere in ordine alla legittimità dell'eventuale attivazione del soccorso istruttorio con possibile riammissione dell'operatore escluso - che aveva contestato la sua estromissione dalla gara - poiché il disciplinare di gara e la modulistica



predisposti dalla CUC non richiedevano in modo esplicito la separata indicazione dei costi della manodopera, configurando una disciplina di gara, potenzialmente fuorviante per gli operatori economici;

VISTA la *lex specialis* e, in particolare, l'articolo 19 che, nel definire le caratteristiche dell'offerta, non prevede espressamente l'indicazione dei costi *de qua*;

VISTO il verbale di proposta di aggiudicazione in cui, dato atto dell'esclusione della DBM INTERNATIONAL per mancata indicazione dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza aziendale, si procedeva con l'aggiudicazione nei confronti dell'unico altro concorrente, la EMZ TECNOLOGIE AMBIENTALI S.R.L.;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato in data 10.01.2025, con nota prot. n. 3547;

VISTA la documentazione di gara e le memorie delle parti;

VISTA, in particolare, la memoria dell'operatore economico escluso, depositata con nota prot. n. 6575 del 16.01.2025, con la quale lo stesso censurava la legittimità del provvedimento di esclusione disposto dalla Stazione appaltante in data 04.12.2024 e comunicato in data 05.12.2024 - già contestato all'Amministrazione - in ragione del fatto che «*sia nei documenti di gara che nei format messi a disposizione degli offerenti dalla SA, che nel disciplinare e nel capitolato, tali costi non fossero mai stati richiesti né vi siano lavorazioni dell'appalto che richiedano tale specifica indicazione e valutazione*», trattandosi di fornitura che «*non prevede alcuna lavorazione/posa in opera ma prevede esclusivamente l'installazione di cassonetti di raccolta rifiuti smart nel territorio del Comune di Castiglione Cosentino. Non è presente in nessun documento di gara alcuna specifico elemento che possa far rientrare l'appalto che ci occupa nel novero delle forniture con posa in opera e conseguentemente non è prevista alcuna indicazione obbligatoria dei costi di manodopera ai sensi dell'art. 108 comma 9 d.lgs. n. 36/2023*». Più dettagliatamente, l'operatore economico escluso da un lato sosteneva la riconducibilità dell'appalto al *genus* degli appalti di fornitura per le sue caratteristiche intrinseche, dall'altro evidenziava la necessaria attivazione del soccorso istruttorio da parte delle Stazione appaltante;

VISTO il Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, commi 1 e 4 del d.lgs. n. 36/2023, adottato con delibera n. 267 del 20.06.2023 e rilevato che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 9, del citato Regolamento;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità di un provvedimento di esclusione adottato nei confronti di un'offerta priva dell'indicazione dei costi della manodopera e di sicurezza;

VISTO l'articolo 41, comma 14 del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui «*Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale*»;

VISTO l'art. 108, co. 9, del d.lgs. n. 36/2023 che prescrive: «*Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale*»;



RILEVATO che la giurisprudenza amministrativa, con riferimento alla indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza ha chiarito, come recentemente ricostruito dal Consiglio di Stato, con sentenza sez. V, 21.05.2024 n. 4502, 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 (dunque neppure mediante giustificativi presentati in sede di verifica di congruità dell'offerta); c) l'esclusione dalla gara va disposta 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 per cui – come statuito dalla Corte di Giustizia nella menzionata sentenza- qualsiasi operatore economico "ragionevolmente informato e normalmente diligente" si presume a conoscenza dell'obbligo in questione (cfr. Cons. di Stato, n. 604/2020, cit.); 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., 02.05.2020, n. 8); tali costi debbono essere espressamente "indicati" e giammai soltanto "considerati" o comunque contemplati» (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 21.05.2024, n. 4502);

RILEVATO che la medesima sentenza ha altresì chiarito che «a tale regola generale fa eccezione – come pure ritenuto dalla concorde giurisprudenza- la presenza di clausole e di modelli che non consentano ai concorrenti di indicare espressamente tali costi nell'ambito della propria offerta economica (si veda per tutte Cons. Stato, V, 17.02.2022, n. 1191). Si tratta – come è noto – delle ipotesi in cui la legge di gara contenga 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; divieto, pena l'esclusione, di recare integrazioni di sorta al modello predisposto dalla Stazione appaltante cui i concorrenti siano vincolati nella formulazione dell'offerta) il loro effettivo inserimento (cfr. Cons. Stato, V, n. 4806/2020). 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». Ciò in linea con la stessa Corte di Giustizia (cfr. 02.05.2019, causa C-309/18) che, nel caso in cui «le disposizioni della gara d'appalto non consentano agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche», sulla scorta dei principi di trasparenza e di proporzionalità, ha ritenuto «consentita la regolarizzazione dell'offerta mediante attivazione del soccorso istruttorio». Pertanto, in siffatte ipotesi di materiale impossibilità di indicazione la regola si arresta e trova campo l'eccezione sopra richiamata (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 21.05.2024, n. 4502);

RILEVATO che la giurisprudenza ha interpretato in modo rigoroso la nozione di materiale impossibilità di separata indicazione, ritenendo che «la scusabilità dell'omissione 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 (così in particolare Cons. Stato, V, 08.04.2021 n. 2839). D'altronde tale rigoroso orientamento ha pure chiarito che la non editabilità dei moduli dichiarativi predisposti dalla stazione appaltante (redatti, peraltro in conformità ad una prassi diffusa, in formato .pdf) non è di per sé preclusiva, sul piano della materiale elaborazione scritturale dei termini dell'offerta, della integrazione ad opera



dell'offerente (in tal senso, Cons. Stato, n. 2839/2021)» (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 21.05.2024, n. 4502);

RILEVATO quanto sancito anche dalla sentenza del Consiglio di Stato del 31.12.2024, n. 10547, secondo cui alla regola generale della portata escludente della mancata indicazione specifica dei costi della manodopera fa eccezione la presenza di clausole e di modelli che non consentano ai concorrenti di indicare espressamente tali costi nell'ambito della propria offerta economica, vale a dire le ipotesi in cui la legge di gara contenga 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 il loro effettivo inserimento. A tutela del legittimo affidamento, in tali ipotesi deve essere consentita una sanatoria o una rettifica postuma del dato mediante soccorso istruttorio oppure giustificativi in sede di giudizio di anomalia (cfr. Cons. Stato 31.12.2024, n. 10547);

RILEVATO che l'Autorità, da ultimo, con delibera n. 15 del 14.01.2025, alla luce del sopra ricostruito quadro giurisprudenziale, ha chiarito che l'ammissibilità, in via eccezionale, del soccorso istruttorio trova fondamento nella convergenza di almeno due condizioni imprescindibili consistenti nell'impossibilità di inserire nel modello predisposto dalla Stazione appaltante i costi in discussione perché mancante di qualunque riferimento agli stessi e nella contemporanea assenza di qualsivoglia previsione in merito da parte della *lex specialis*; circostanze queste che fanno sorgere nei concorrenti il legittimo dubbio circa la necessità dell'indicazione di tali costi ai fini della regolarità dell'offerta (*ex multis*, ANAC, delibera n. 15 del 14.01.2025);

CONSIDERATO che, in ossequio al principio di autoresponsabilità, ciascun concorrente sopporta le conseguenze di eventuali e possibili errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione poiché alle imprese che partecipano alle gare di appalto viene richiesto un grado di professionalità e di diligenza superiore alla media: una diligenza che non riguarda solo l'esecuzione del contratto, ma anche le fasi prodromiche e genetiche, tra cui, in primo luogo quella della redazione degli atti necessari alla partecipazione alla gara; nelle gare telematiche, il concorrente è a conoscenza delle modalità e della tempistica della procedura, pertanto eventuali errori devono essere dallo stesso sopportati; tutto ciò perché il concorrente è chiamato ad attuare un comportamento che possa consentire all'Amministrazione di poter valutare l'affidabilità e la serietà nonché la correttezza del comportamento del concorrente stesso (in tal senso cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, V, 12.03.2024, n. 2372; ANAC delibera n. 15 del 14.01.2025);

RITENUTO preliminarmente che, nel caso di specie, con riferimento alla natura giuridica del contratto in questione, da qualificarsi come fornitura con o senza posa in opera, eccettiva dal concorrente escluso, spetti alla Stazione appaltante, nella definizione delle regole di gara, delineare la tipologia di prestazioni contrattuali richieste al futuro contraente, in funzione dell'interesse pubblico perseguito: nel progettare il disegno di gara, la Stazione appaltante infatti dispone di ampia discrezionalità, non sindacabile nel merito, che l'ordinamento le attribuisce affinché il contratto possa rispondere in maniera più dettagliata possibile al risultato anelato;

RITENUTO che, nel caso di specie, in ragione dell'obiettivo perseguito con il contratto in affidamento, spetti alla Stazione appaltante verificare se la tipologia di fornitura richiesta sia con o senza posa in opera, affinché, delineata la fattispecie giuridica, possa ritenersi sussistente l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera e sicurezza: infatti, ad esito di tale processo valutativo, qualora si tratti di fornitura senza posa in opera, vige il principio escludente di cui all'articolo 108, comma 9; qualora invece si tratti



di fornitura con posa in opera, la Stazione appaltante, per la risoluzione della controversia, è tenuta al vaglio ulteriore concernente le disposizioni della disciplina di gara relative all'indicazione di tali costi;

RITENUTO, sotto tale profilo, che, nel caso di specie, posto che la *lex specialis* non prevedeva alcuna indicazione relativa all'indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza, non è chiaro in maniera esplicita se la modulistica messa a disposizione dalla Stazione appaltante fosse tale da rendere effettivamente impossibile tale indicazione al punto da far sussistere la condizione di scusabilità dell'errore, secondo gli indirizzi ermeneutici delineati, e dunque l'esperibilità del soccorso istruttorio;

RITENUTO che, nel caso di specie, alla luce delle sopra richiamate stringenti limitazioni interpretative sull'applicabilità del soccorso istruttorio alla mancata indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza aziendale, spetti all'Amministrazione valutare la sussistenza di tali effettive condizioni di impossibilità, tenendo conto anche del fatto che il soggetto aggiudicatario, unico altro concorrente, abbia invece presumibilmente provveduto alla relativa indicazione, non essendo stato escluso dalla gara;

RITENUTO, conseguentemente, che qualora ad esito di tale valutazione la modulistica risulti effettivamente tale da rendere impossibile l'indicazione dei costi, secondo le linee interpretative fornite nel presente parere, la Stazione appaltante possa procedere all'attivazione del soccorso istruttorio; diversamente, qualora la modulistica non sia tale da impedire l'indicazione dei costi (ragion per cui l'aggiudicatario potrebbe aver invece provveduto), l'Amministrazione non possa attivare il soccorso istruttorio, in quanto, in tal caso, l'integrazione successiva costituirebbe una violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici, tra cui il principio di *par condicio* e il principio di autoresponsabilità dei concorrenti;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che spetti alla Stazione appaltante valutare *in primis* la natura della fornitura oggetto di affidamento quale fornitura con posa in opera e, ad esito di tale valutazione positiva, verificare l'effettiva impossibilità della indicazione dei costi della manodopera nella modulistica predisposta, in linea con gli orientamenti interpretativi illustrati e in conformità ai principi generali in materia di contratti pubblici.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 febbraio 2025
Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente