



DELIBERA N. 537

21 novembre 2023.

Oggetto

Istanza SINGOLA presentata dalla EUROSISTEMI S.r.l. - Procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c-bis) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per La realizzazione degli impianti elettrici e tecnologici del Data Center Unico della Regione Basilicata - Sito secondario di Matera. Importo a base di gara euro: 3.287.517,10. Criterio di aggiudicazione: minor prezzo. S.A.: Regione Basilicata

UPREC-PRE 776/2023/L/PREC

Riferimenti normativi

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

Parole chiave

Appalto pubblico – lavori – scelta del contraente – gara – offerta economica – costi della sicurezza – omessa indicazione

Massima

Appalto pubblico – lavori – scelta del contraente – gara – offerta economica – costi della sicurezza – omessa indicazione.

L'omessa indicazione nel corpo della lex specialis dell'onere di indicazione separata di costi aziendali della sicurezza e della manodopera appare priva di rilievo affidante, in ragione dell'attitudine eterointegrativa della prescrizione normativa di cui all'art. 95 comma 10 d.lgs. n. 50/16, che deve senz'altro postularsi ben nota ad ogni serio ed informato operatore economico, con il conseguente obbligo dichiarativo.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 novembre 2023



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 93288 del 19 ottobre 2023, con la quale la ditta istante EUROSISTEMI s.r.l. ha chiesto di pronunciarsi su una duplice questione inerente la mancata esclusione dell'aggiudicatario dalla gara per *"La realizzazione degli impianti elettrici e tecnologici del Data Center Unico della Regione Basilicata - Sito secondario di Matera"* giacché costui: 1) non aveva indicato nell'offerta gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, 2) per aver omesso di allegare al momento dell'offerta dei documenti previsti a pena di esclusione dalla lex specialis e su cui è stato invece ammesso il soccorso istruttorio;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 95602 del 26.10.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalla parte istante, dall'o.e. aggiudicatario controinteressato e dalla stazione appaltante;

CONSIDERATO che la prima questione controversa sottoposta all'Autorità verte sulla mancata indicazione degli oneri di sicurezza da parte della ditta che risulterà poi aggiudicataria, avendo la stessa provveduto a presentare una dichiarazione contenente solo il costo della manodopera;

CONSIDERATO preliminarmente che la lex specialis di gara – segnatamente la lettera di invito all'art. 14 – disciplina le modalità di presentazione dell'offerta secondo cui *«L'offerta, da presentarsi tramite piattaforma del MePA, è articolata in "Documentazione amministrativa" e "Offerta economica"»*. La stessa lex specialis, tuttavia, dopo avere minuziosamente descritto il contenuto della documentazione amministrativa, con riferimento all'offerta economica, dispone molto succintamente che *"L'offerta economica formulata seguendo le modalità telematiche richieste dalla Piattaforma MePA firmata digitalmente dal legale rappresentante del concorrente"*, senza null'altro aggiungere;

RILEVATO che, con precipua memoria, la stazione appaltante riferisce di avere *"operato secondo quanto prescritto dall'art. 14 del disciplinare di gara. L'offerta economica, aggiudicata mediante il criterio del minor prezzo, è stata formulata seguendo le modalità telematiche richieste dalla Piattaforma MePA. Sulla piattaforma non era previsto l'inserimento degli oneri per la sicurezza ma soltanto il valore dell'offerta soggetta a ribasso (All.1 – Documento di offerta economica). Gli oneri per la sicurezza (non soggetti a ribasso) sono stati riportati dalla Stazione Appaltante nella documentazione amministrativa e firmati per accettazione dall'operatore economico. Pertanto, il RTI CO.GE.IM/General Impianti ha presentato l'offerta economica così come prodotta dal sistema e la dichiarazione relativa ai costi della manodopera (All.2 – Dichiarazione Manodopera)."*;

PRESO ATTO che 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»;

CONSIDERATO che 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 tuttavia affermato 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)»;*

RILEVATO che anche 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);

RILEVATO quanto in premessa, si osserva che i chiarimenti resi dalla stazione appaltante vertenti sull'assenza di un'espressa previsione nella *lex specialis*, né nella piattaforma MePA, in merito alla necessità di indicare i costi della sicurezza non appaiono in grado di contrastare efficacemente la portata eterointegrativa dell'art. 95, co. 10 del d.lgs. 50/2016 e gli obblighi dichiarativi che ne discendono, come previamente descritto, oltre al fatto che i rilievi della stazione appaltante non sembrano parimenti combaciare con la circostanza per cui l'aggiudicatario avrebbe predisposto una dichiarazione (cfr. allegato 2 alla memoria della stazione appaltante) contenente i soli costi della manodopera e non anche i costi della sicurezza;

CONSIDERATO inoltre che dall'esame del predetto "allegato 2", contenente la sola indicazione dei costi della manodopera, emerge che lo stesso contiene una dichiarazione predisposta su un modello chiaramente editabile o comunque contenente anche lo spazio per indicare altre voci, come ad esempio quella dei costi della sicurezza, con la conseguente insussistenza di alcun fattore "fisicamente" impeditivo all'indicazione dell'elemento richiesto, in assenza, peraltro, di una chiara preclusione prescrittiva che espressamente vieti la modifica dei documenti;

RILEVATO altresì che non può nemmeno ritenersi rilevante l'affermazione della stazione appaltante in cui sostiene che *"Gli oneri per la sicurezza (non soggetti a ribasso) sono stati riportati dalla Stazione Appaltante nella documentazione amministrativa e firmati per accettazione dall'operatore economico"*, giacché gli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso – segnatamente indicati all'art. 3 della lettera di invito – non possono che riferirsi ai cd. oneri per la sicurezza di tipo interferenziale, non soggetti a ribasso, che vanno indicati a monte dalla Stazione appaltante negli atti di gara (art. 23, co.15 d.lgs. n. 50/2016) ed afferenti alle spese per la sicurezza che l'impresa sostiene per contrastare i rischi da interferenza durante l'esecuzione della commessa. Tali oneri sono tuttavia diversi dagli oneri aziendali di cui si discute, i quali invece rientrano nella indicazione di cui all'art. 95, co. 10 del d.lgs 50/2016;

CONSIDERATO infine da parte dell'aggiudicatario controinteressato, il richiamo alla decisione del Consiglio di Stato n. 4342 del 28.4.2023, secondo cui sarebbe illegittima l'esclusione per mancata indicazione degli oneri della sicurezza laddove la *lex specialis* non lo preveda espressamente, si osserva che tale ipotesi non sembra applicabile al caso di specie giacché la vicenda ivi scrutinata dal Supremo Consesso Amministrativo, oltre a vertere sul previgente d.lgs. 163/2006, è espressamente riferita all'ambito degli appalti di servizi in cui l'adempimento in questione ha una valenza *"meramente formale e tanto più irrilevante quando l'appalto non riguardi lavori pubblici"*, come è invece la vicenda in esame dove *"l'obbligo di indicare i costi della manodopera e quelli per la sicurezza dei lavoratori risponde all'evidente esigenza di rafforzare gli strumenti di tutela dei lavoratori, di responsabilizzare gli operatori economici e di rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni"* (ex multis Cons. Stato sez. V, 17 febbraio 2022, n.1191);

PRESO ATTO di quanto sopra, si conclude che, con riferimento alla prima doglianza, la stazione appaltante non ha agito in conformità alla disciplina di riferimento;

CONSIDERATO che l'accoglimento della prima questione proposta con il precontenzioso è da ritenersi assorbente sulla seconda questione dedotta dall'o.e. istante, vertente sul duplice rilievo secondo cui la stazione appaltante avrebbe ammesso il soccorso istruttorio su documenti per cui tale rimedio non era esperibile e, in subordine, che l'o.e. aggiudicatario avrebbe comunque parzialmente disatteso le richieste



della stessa stazione appaltante, si osserva che alla luce di quanto indicato in precedenza tale doglianza deve ritenersi assorbita;

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore non avendo correttamente valutato la omessa indicazione dei c.d. costi della sicurezza.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 novembre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente