

DELIBERA N. 227 del 16 marzo 2021

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da [OMISSIS] S.r.l. - Procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento di Servizi vari (servizio di segreteria permanente e organizzativa, creazione nuovo sito web, assistenza tecnica e gestione sito web) per i corsi della scuola di chirurgia robotica della Azienda USL Toscana Sud Est – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: euro: 200.000,00 - S.A.: ESTAR - Ente di supporto tecnico-amministrativo per conto dell'Azienda USL Toscana Sud Est

PREC 55/2021/S

Riferimenti normativi

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

Art. 97, commi 1 e 4, d.lgs. n. 50/2016

Art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Appalto di servizi – Costi della manodopera – Offerta anormalmente bassa – Verifica di congruità – Giustificazioni – Soccorso istruttorio

Massima

Costi della manodopera

L'offerta economica deve indicare obbligatoriamente e separatamente i costi della manodopera in virtù di un obbligo legale previsto dall'art. 95, comma 10, del Codice.

I costi della manodopera che non siano stati indicati con l'offerta economica non sono suscettibili di integrazione in gara in occasione delle giustificazioni rese ai sensi dell'art. 97, d.lgs. n. 50/2016 né in sede di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016.

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

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 16 marzo 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di precontenzioso presentata da [OMISSIS] S.r.l., acquisita al prot. n. 12976 del 12/02/2021, integrata con note prot. n. 12977 del 12/02/2021 e n. 13004 del 15/02/2021, con la quale la società, qualificatasi seconda nella graduatoria della procedura di gara in oggetto, contesta l'aggiudicazione disposta nei confronti di Tigi S.r.l. per contrasto con l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 e con il disciplinare di gara e con l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 non essendo stati indicati i costi della manodopera con l'offerta economica;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 16462 del 25/02/2021;

VISTE le memorie e i documenti trasmessi dalle parti interessate;

VISTA la Determinazione n. 852 del 08/07/2020 con la quale è stata indetta procedura negoziata per l'affidamento di contratto di appalto avente ad oggetto "*Servizi vari (servizio di segreteria permanente e organizzativa, creazione nuovo sito web, assistenza tecnica e gestione sito web) per i corsi della scuola di chirurgia robotica della Azienda USL Toscana Sud Est*", di durata di 24 mesi, per un importo complessivo a base di gara pari a euro 200.000,00 e da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

VISTO l'art. 3.1 della lettera di invito che indicava: «Ai sensi dell'art. 23, comma 16, del Codice l'importo posto a base di gara comprende i costi della manodopera annuali che la stazione appaltante ha stimato pari circa al 40%»;

VISTO l'art. 16 della lettera di invito che indicava la documentazione economica da caricare sulla piattaforma telematica START e costituita da: C.1) Offerta economica, generata dal sistema START; C.2) Dettaglio offerta economica; C.3) Dichiarazione sui segreti tecnici; C.4) (Eventuale) Giustificazione a corredo dell'offerta; la lettera di invito richiedeva agli offerenti di indicare nella documentazione economica: «Il costo della manodopera con indicazione del CCNL applicato e del costo orario del personale impiegato nello svolgimento del servizio. In caso di applicazione di diversi CCNL e/o diverse qualifiche, indicare il costo orario del personale per ciascun CCNL applicato e per ciascun livello»;

CONSIDERATO che pervenivano alla stazione appaltante le offerte di due concorrenti, Tigi S.r.l. e [OMISSIS] S.r.l.;

CONSIDERATO che, in data 10/08/2020, si svolgeva la seduta riservata della commissione per l'apertura e l'ammissione delle offerte tecniche; la valutazione delle offerte tecniche era conclusa in data 16/11/2020; in data 24/11/2020 si svolgeva la seduta pubblica per l'apertura della documentazione relativa alle offerte economiche telematiche dei concorrenti e alla verifica delle alleghe schede di dettaglio economico C2; a seguito dell'attribuzione dei punteggi, risultava prima in graduatoria la Tigi S.r.l. con un'offerta economica pari a euro 58.630,20;

CONSIDERATO che, con nota prot. n. 58899 del 27/11/2020, la stazione appaltante richiedeva a Tigi S.r.l. le giustificazioni secondo la procedura di cui all'art. 97, d.lgs. n. 50/2016 in quanto l'offerta presentata era risultata anormalmente bassa; in data 18/12/2020 l'impresa inviava i giustificativi precisando, relativamente ai costi della manodopera, quanto segue: «Facciamo presente che abbiamo inserito il costo a Euro 0 in quanto erroneamente abbiamo interpretato tale costo riferito a manodopera esterna all'azienda. Si dichiara che il costo previsto è di Euro 24.122,00 + Iva»; quindi, come da Relazione di verifica dell'anomalia offerta del 19/01/2021, le giustificazioni erano ritenute esaustive e l'offerta congrua; seguiva l'aggiudicazione della gara a favore di Tigi S.r.l. n. 164 del 20/01/2021 con determinazione n. 81 del 21/01/2021;



CONSIDERATO che, con nota del 27/01/2021, la [OMISSIS] S.r.l. diffidava la stazione appaltante dall'aggiudicare la gara contestando la violazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 in quanto l'aggiudicataria avrebbe presentato un'offerta economica con costi della manodopera dichiaratamente pari a zero, omettendo l'indicazione obbligatoria degli stessi prevista dalla normativa e dal disciplinare di gara a pena di esclusione; nella memoria trasmessa l'istante ha insistito nell'evidenziare che le operazioni di gara, in specie l'aggiudicazione e il giudizio sulla esaustività e congruità dell'offerta sono in contrasto con l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 e richiama la giurisprudenza e i precedenti dell'ANAC inerenti l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera e/o degli oneri di sicurezza aziendale nell'offerta economica, escludendo ogni possibilità di integrazione istruttoria in corso di gara (richiama, tra gli altri, Cons. Stato, Ad. Plen. n. 8/2020; Cons. Stato, Ad. Plen. n. 3/2019; Corte di giustizia UE 02/05/2019, n. 309; ANAC delibera n. 702/2020);

CONSIDERATO che la stazione appaltante, nella memoria trasmessa in atti, ha osservato che l'offerta presentata dall'aggiudicataria era ritenuta in parte comprensiva dei costi della manodopera anche se l'offerta economica generata telematicamente li indicava come pari a zero; i costi della manodopera potevano desumersi sia dall'offerta tecnica che dal documento C2 di dettaglio dell'offerta economica, anche se per un valore diverso da quello successivamente indicato dall'impresa in sede di giustificazioni; si legge nella memoria: «La stazione appaltante dall'analisi della documentazione tecnica ed economica presentata dalla ditta Tigi Srl ha riscontrato i seguenti elementi riconducibili ai costi della manodopera, più precisamente: - nell'offerta tecnica viene quantificato il numero di persone impiegate nell'appalto (...), - nella scheda di dettaglio economico C2 (...) la ditta ha indicato il monte ore e il costo del personale tecnico impiegato per ciascuno dei n. 5 preventivi prima citati ha potuto quantificare un costo complessivo del personale tecnico di € 17.160,00. A questo importo, presumibilmente, va aggiunto il costo del personale impiegato per i servizi di segreteria permanente e organizzativa specifica di ciascuno dei suddetti corsi e quello del personale impiegato per la realizzazione/ manutenzione del sito web. Tale costo, però, non è direttamente deducibile nella scheda di dettaglio economico perché la scheda non chiedeva che fosse indicato distintamente: per tali attività veniva chiesta una quotazione a corpo comprensiva del costo del personale e delle altre spese»; sempre nella memoria, la stazione appaltante comunica di avere avviato un procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione chiedendo alla società aggiudicataria di «fornire le proprie controdeduzioni in merito alla discordanza tra il costo della manodopera che è stato quantificato nei giustificativi dell'anomalia della propria offerta, di € 24.122,00, e quelli dedotti dalla SA estrapolando dal dettaglio economico le voci riguardanti il costo del personale tecnico impiegato nel servizio, di € 17.610,00 Iva e rimborsi esclusi»; quindi, la stazione appaltante comunica, altresì, di avere ricevuto le controdeduzioni con allegato un file dove è stato estrapolato dalla scheda di dettaglio economico presentata in gara il costo della manodopera inclusivo del costo del personale compreso quello impiegato nel servizio di segreteria organizzativa di ciascun corso e quello del personale impiegato per la realizzazione/manutenzione del sito web;

CONSIDERATO che la Tigi S.r.l. nella memoria trasmessa ha dichiarato di avere erroneamente compilato il campo dei costi totali della manodopera sull'offerta generata automaticamente, ma che nella documentazione economica i predetti costi erano «parzialmente presenti»; inoltre, si legge nella memoria dell'aggiudicataria: «Su richiesta dell'Ente appaltante abbiamo indicato sia i costi totali della manodopera sia i costi singoli della manodopera non espressamente indicati»;

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 «*Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)»;*

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 97, d.lgs. n. 50/2016, in sede di verifica della congruità dell'offerta anormalmente bassa, le giustificazioni richieste dalla stazione appaltante devono vertere «*sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta*» (comma 1) e «*possono, in particolare, riferirsi a: a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente*» (comma 4);

CONSIDERATO che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 3/2019 si è espressa nel senso che «*il quadro normativo nazionale deve necessariamente essere inteso nel senso di comportare l'esclusione del concorrente il quale non abbia ottemperato all'obbligo legale di separata indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza dei lavoratori, senza che tale concorrente possa invocare il beneficio del c.d. soccorso istruttorio*»; in tema di obbligatoria indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera, la Corte di giustizia UE, 02/05/2019, causa C-309/18 ha statuito (punto 32): «*i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, contemplati nella direttiva 2014/24, devono essere interpretati nel senso che 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*»; conforme: Cons. Stato, AP , n. 8/2020;

RITENUTO che, a prescindere da una valutazione in ordine all'indicato costo della manodopera pari a zero nella scheda dell'offerta economica, nella fattispecie in esame rileva la circostanza, confermata nelle memorie della stazione appaltante e dell'aggiudicataria, che il costo della manodopera fosse soltanto parzialmente deducibile dalla scheda di dettaglio economico C2, tant'è che era comunicato nella sua interezza soltanto in sede di giustificazioni rese ai sensi dell'art. 97, d.lgs. n. 50/2016;

RITENUTO che il costo della manodopera costituisce un elemento essenziale dell'offerta economica, come statuito dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 e previsto nella lettera di invito (art. 16), non suscettibile di modifica e/o integrazione in corso di gara né in sede di verifica della congruità dell'offerta risultata anormalmente bassa né in sede di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016; con la sentenza n. 3/2019 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha escluso per i costi della manodopera il soccorso istruttorio in quanto l'istituto «*offerisce propriamente alla fase dell'ammissione e della verifica dei requisiti e quindi a profili tipicamente soggettivi*»; il TAR Toscana, sez. II, nella sentenza n. 1473/2020 ha considerato sul tema che «*Costituisce principio cardine del diritto degli appalti pubblici, posto a garanzia della par condicio tra i partecipanti, quello della immodificabilità dell'offerta durante la gara, traibile dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale non è consentito il soccorso istruttorio e non sono possibili integrazioni e regolarizzazioni con riferimento all'offerta economica e all'offerta tecnica. Discende ulteriormente da ciò che, sia eventuali chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante e tanto più la richiesta di giustificazioni ai fini della verifica di anomalia, non possono che aver riguardo all'offerta come formulata in gara, senza che siano possibili aggiustamenti o modifiche di quanto dichiarato in sede di gara. La violazione del divieto di modificazione dell'offerta non può che avere come esito l'esclusione del concorrente dalla gara, avendo egli modificato l'offerta originaria e non essendo chiara quale sia la volontà delle parti, se quella espressa in sede di offerta economica o quella manifestata in sede di giustificativi dell'anomalia dell'offerta*»;



RITENUTO, pertanto, che la verifica di congruità dell'offerta e la successiva aggiudicazione in favore di Tigi S.r.l. siano in contrasto con l'art. 95, comma 10 e con l'art. 97, commi 1 e 4, d.lgs. n. 50/2016 considerato che i costi della manodopera erano soltanto parzialmente deducibili dal documento di dettaglio C2 e non potevano essere integrati in corso di gara;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di aggiudicazione e gli atti di gara contestati dall'istante siano in contrasto con la normativa di settore.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 marzo 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente