



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 931 del 16 ottobre 2019

OGGETTO: - Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da GEA Consulting S.r.l. – Procedura telematica negoziata per l'affidamento del servizio di prelievo, trasporto e smaltimento finale dei rifiuti depositati presso le Cave Reichlein (PN2019/176) mediante Richiesta di Offerta sul Mepa - Importo a base di gara: euro 346.246,00 – S.A.: ABC Napoli Azienda Speciale (Acqua Bene Comune).

PREC 146/19/S-PB

Offerta economica - Costi della manodopera - Mancata indicazione - Esclusione – Limiti.

La mancata puntuale indicazione dei costi della manodopera in sede di offerta comporta, in linea generale, l'esclusione dalla gara e non è suscettibile di soccorso istruttorio. Tuttavia, nell'ipotesi in cui sussiste una situazione di "*materiale impossibilità*" nell'indicare tale voce, come nel caso in cui la struttura del modello reso disponibile dal sistema telematico risulta effettivamente ingannevole rispetto alla sussistenza dell'obbligo dichiarativo previsto dalla legge di gara, la stazione appaltante può attivare il procedimento di soccorso istruttorio, chiedendo ai concorrenti di specificare successivamente l'importo imputabile ai costi della manodopera, nell'ambito delle offerte economiche già formulate e da ritenersi non suscettibili di alcuna modifica.

Art. 95, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Il Consiglio

VISTA l'istanza singola di parere di precontenzioso, acquisita al prot. n. 64882 dell'8 agosto 2019, con la quale la società GEA Consulting S.r.l. (premettendo di avere indicato i costi della manodopera in sede di offerta) ha contestato la decisione della stazione appaltante di attivare il procedimento di soccorso istruttorio nei confronti dei concorrenti che avevano omissso la specifica e separata indicazione di tale voce, in violazione della *lex specialis* di gara e dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato con nota prot. n. 73498 del 20 settembre 2019;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti;

VISTE le precisazioni fornite dalla stazione appaltante con memoria acquisita al prot. n. 75045 del 25 settembre 2019, nella quale viene rappresentato che il Disciplinare di gara richiedeva ai concorrenti di presentare l'offerta economica "*utilizzando la funzione di generazione del file pdf presente in Piattaforma Mepa*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

previa compilazione dei campi strutturati presenti a Sistema” ed inserendo “a pena di esclusione” il ribasso percentuale unico, la stima dei costi aziendali e dei costi della manodopera. Tuttavia, in fase di creazione della procedura telematica sul Mepa, la stazione appaltante ha ommesso la predisposizione di un apposito campo per l’inserimento dei costi della manodopera; per cui, considerando che i concorrenti fossero stati indotti in errore, il seggio di gara ha deciso di richiedere a tutti i partecipanti l’indicazione di detti costi. In particolare, come esposto dalla stazione appaltante (e confermato dal controinteressato Consorzio Campale Stabile in sede di memoria), i costi della manodopera potevano essere inseriti unicamente forzando il sistema telematico e caricando un file predisposto in autonomia dall’operatore in sostituzione di quello generato automaticamente dal sistema (attività effettuata da tre concorrenti su nove);

CONSIDERATO che la predetta istanza può essere decisa secondo la procedura semplificata di cui all’art. 11, comma 5, del nuovo ‘Regolamento in materia di pareri precontenzioso di cui all’art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50’, pubblicato in G.U. n. 22 del 26 gennaio 2019;

RILEVATO che, come noto, in ordine alla portata immediatamente escludente della mancata indicazione dei costi della manodopera (nonché degli oneri aziendali in materia di sicurezza) si sono formati in giurisprudenza due orientamenti diametralmente opposti, che hanno portato a tre rimessioni all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (da parte di Cons. Stato, sez. V, ord., 25 ottobre 2018, n. 6069; Cons. Stato, 26 ottobre 2018, n. 6122 e da C.G.A.R.S., 20 novembre 2018, n. 772), la quale, con tre ordinanze gemelle - del 24 gennaio 2019, nn. 1,2,3 – ha devoluto alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea la questione relativa alla compatibilità con i principi eurounitari della normativa interna;

CONSIDERATO che, a pochi mesi dalla suddetta triplice rimessione, la Corte di Giustizia, con sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18, si è pronunciata su analoga questione pregiudiziale, già sottoposte dal TAR Lazio (ord., 24 aprile 2018, n. 4562) statuendo che *“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”*. In particolare, la Corte di Giustizia, pur accertando la compatibilità della prescrizione escludente di cui all’art. art. 95, comma 10 del Codice con i principi di parità di trattamento e di trasparenza di derivazione europea, ha rilevato che nel caso in cui



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

sussista una “materiale impossibilità” (che spetta al giudice nazionale accertare) nell’indicazione di detti costi - tra cui rientra l’ipotesi in cui “il modulo predisposto che gli offerenti della gara d’appalto ... dovevano obbligatoriamente utilizzare non lasciava loro alcuno spazio fisico per l’indicazione separata dei costi della manodopera” - la stazione appaltante può accordare all’offerente “la possibilità di sanare la sua situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione aggiudicatrice”;

CONSIDERATO che, alla luce dei suddetti principi, l’Autorità ha di recente affermato che “la mancata puntuale indicazione dei costi della manodopera in sede di offerta comporta necessariamente l’esclusione dalla gara, trattandosi di lacuna non suscettibile di soccorso istruttorio. Ove tuttavia sussista una “materiale impossibilità” che non consenta agli offerenti di indicare separatamente quei costi, la stazione appaltante può chiedere ai concorrenti di specificare successivamente, nell’ambito delle offerte economiche già formulate, e da ritenersi non suscettibili di alcuna modifica, la parte di importo imputabile ai costi della manodopera” (cfr. Delibera n. 828 del 18 settembre 2019). Nel richiamato precedente è stato, in particolare, evidenziato che l’omessa indicazione dei costi della manodopera da parte dei concorrenti non assume autonoma rilevanza escludente, quando il modello reso disponibile dal sistema per la formulazione dell’offerta economica risulta carente sul punto e può quindi risultare ingannevole rispetto alla sussistenza del relativo obbligo dichiarativo TAR Molise, 3 giugno 2019, n. 204; CGA Sicilia, 16 luglio 2019, n. 683; delibere ANAC n. 417 e 420 del 2 maggio 2018; inoltre di recente cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2019, n. 6688);

RITENUTO che, alla luce della menzionata sentenza della Corte di Giustizia del 2 maggio 2019, C-309/18, del sopra citato precedente dell’Autorità e della giurisprudenza ivi richiamata, anche nel caso di specie vada considerato legittimo l’operato della stazione appaltante. Dalla documentazione in atti risulta, infatti, che il Disciplinare di gara (art. 17) imponeva ai concorrenti di presentare l’offerta economica “utilizzando la funzione di generazione del file pdf presente in Piattaforma Mepa previa compilazione dei campi strutturati presenti a Sistema” sennonché le modalità di caricamento dell’offerta economica sulla piattaforma Mepa non consentivano ai concorrenti di indicare i costi della manodopera, in quanto erano stati contemplati solo i campi per l’inserimento della percentuale di ribasso, degli oneri di sicurezza non oggetto di ribasso e dei costi aziendali in materia di sicurezza. Può dunque rilevarsi che la struttura del modello reso disponibile dal sistema telematico risultava effettivamente ingannevole rispetto alla sussistenza dell’obbligo dichiarativo previsto dalla legge di gara, tant’è che su nove concorrenti solo tre hanno proceduto all’indicazione separata dei costi della manodopera, modificando il file generato dal sistema (operazione che *per incidens*, stando al tenore letterale dell’art. 17 del Disciplinare, i concorrenti non erano abilitati ad effettuare);

CONSIDERATO, infine, che la società odierna istante si è collocata al quinto posto della graduatoria di gara (come da verbale del 9 luglio 2019) e che la procedura è stata aggiudicata alla ditta Edil Camaldoli Sansone S.r.l. con provvedimento n. 63 del 1 agosto 2019 (allo stato non contestato). Per cui, alla luce dell’esito della gara, anche nella denegata ipotesi in cui l’Amministrazione non avesse attivato il



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

procedimento di soccorso istruttorio nei confronti dei concorrenti che avevano inizialmente omissso l'indicazione dei costi della manodopera, l'aggiudicazione non sarebbe comunque spettata all'odierna istante, in quanto dalla documentazione in atti risulta che il Consorzio Campanile Stabile (collocatosi al secondo posto) ha indicato i costi della manodopera in sede di offerta economica, modificando il file generato automaticamente dal sistema.

Il Consiglio

Ritiene che:

- ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice, la mancata puntuale indicazione dei costi della manodopera in sede di offerta comporti l'esclusione dalla gara e non sia suscettibile di soccorso istruttorio;
- nell'ipotesi in cui sussista una situazione di "*materiale impossibilità*" nell'indicare tale voce, come nel caso in cui la struttura del modello reso disponibile dal sistema telematico risulti effettivamente ingannevole rispetto alla sussistenza dell'obbligo dichiarativo previsto dalla legge di gara, la stazione appaltante possa attivare il procedimento di soccorso istruttorio, chiedendo ai concorrenti di specificare successivamente l'importo imputabile ai costi della manodopera, nell'ambito delle offerte economiche già formulate e da ritenersi non suscettibili di alcuna modifica.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 ottobre 2019

Il Segretario *Maria Esposito*