



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1106 DEL 28 novembre 2018

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata dal _____OMISSIS_____ – Procedura negoziata di gara per l'appalto del servizio di mensa scolastica Refezione scolastica Scuola Primaria e Scuola dell'Infanzia Periodo gennaio 2018 - dicembre 2021 ed eventuale proroga di sei mesi (art. 36, comma 2, lett. b) del D.lgs. n. 50/2016) – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - Importo a base d'asta: fino a euro 610.340,00 - S.A. _____OMISSIS_____

PREC 205/18/S

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 114959 del 6 ottobre 2017 (reiterata con nota prot. 77268 del 19 settembre 2018 a firma del soggetto legittimato), il _____OMISSIS_____ rappresenta che l'operatore economico risultato miglior offerente nella gara in oggetto specificava nella propria offerta i costi della sicurezza ma non i costi della manodopera, pur evidenziando di averli presi in considerazione ai fini della sua formulazione.

Pertanto, sul presupposto che la normativa vigente prevede ormai espressamente l'obbligo di indicare in offerta anche i costi della manodopera, la S.A. chiede se sia consentito procedere tramite una richiesta di integrazione oppure se, nel caso di specie, si debba disporre l'esclusione del concorrente.

L'operatore economico _____OMISSIS_____ S.r.l., risultato miglior offerente, con memoria acquisita al prot. 118584 del 18 ottobre 2017 evidenzia che la lex specialis non prevedeva a pena di esclusione l'obbligo di indicare i costi della manodopera e ritiene quindi che, a fronte della dichiarazione di aver contemplato i suddetti costi all'interno dell'offerta, sarebbe sufficiente, a seguito di soccorso istruttorio, specificarne l'entità.

Il concorrente controinteressato _____OMISSIS_____ S.r.l., con memoria acquisita al prot. 88963 del 29 ottobre 2018, sottolinea invece la difformità dell'offerta del concorrente _____OMISSIS_____ S.r.l. rispetto a quanto richiesto espressamente dalla norma, di cui sottolinea la vincolatività.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la possibilità di esperire il soccorso istruttorio al fine di consentire all'operatore economico di esplicitare i costi della manodopera nell'ambito dell'offerta economica, nei casi in cui la lex specialis non ne abbia richiesto espressamente l'indicazione.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

L'art. 95, co.10, d.lgs.50/2016, come integrato dal correttivo d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, prevede che «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)».

La giurisprudenza ha precisato che tale disposizione è da ritenere norma imperativa, non derogabile dal bando e capace, all'occorrenza, di eterointegrarlo (TAR Calabria, 6 febbraio 2018, n. 332).

L'art. 83, co. 9, d.lgs.50/2016 dispone che «Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere».

L'orientamento della giurisprudenza è nel senso di ritenere che il costo della manodopera costituisca una componente essenziale dell'offerta economica, la cui mancata indicazione non può essere sanata tramite soccorso istruttorio (TAR Lazio Latina, 23 febbraio 2018, n. 86; TAR Campania, ord. caut. 6 dicembre 2017, n. 1904). Ciò in quanto, trattandosi di un elemento essenziale, un'eventuale integrazione ex post determinerebbe una alterazione della concorrenza (TAR Campania, 14 settembre 2017, n. 4384; TAR Umbria 22 gennaio 2018, n. 56).

Di recente l'Autorità ha quindi ritenuto ammissibile che la S.A. proceda a richiedere, con riferimento ad offerte economiche già formulate e da ritenersi non suscettibili di alcuna modifica, di specificare in un momento successivo la parte di importo imputabile ai costi della manodopera (pareri di precontenzioso approvati con delibere n. 417 e n. 420 del 2 maggio 2018).

Tale conclusione trovava il suo fondamento nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19/2016, (richiamata dall'Autorità anche nella delibera n. 226 del 1° marzo 2017), la quale, in tema di costi della sicurezza, distingueva l'ipotesi «in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento dei obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori, nel qual caso vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del prezzo», dal caso in cui si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, laddove quindi la carenza non è sostanziale, ma solo formale (v. anche Tar Emilia Romagna 16 gennaio 2018, n. 43).

Premesso ciò, occorre dare conto della più recente rimessione all'Adunanza plenaria della questione in parola.

Il Consiglio di Stato infatti (sez. V, ord. 26 ottobre 2018, n. 6122), nel rilevare l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza in relazione alla valenza immediatamente escludente (a prescindere dal soccorso istruttorio) dell'inosservanza dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza e dei costi della



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

manodopera di cui all'art. 95, co. 10, d.lgs. 50/2016, in particolare nel caso di silenzio sul punto della *lex specialis*, ha sollevato la questione della perdurante vigenza, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria con la sopra riportata decisione n. 19 del 2016, principio in base al quale “nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio”. Il Consiglio di Stato ha dato conto pertanto degli indirizzi interpretativi in materia, fra chi ritiene che la norma abbia chiarito l'obbligo per i concorrenti di indicare nell'offerta economica i c.d. “costi di sicurezza aziendali”, così superando le incertezze interpretative in ordine all'esistenza e all'ampiezza dell'obbligo dichiarativo (Consiglio di Stato, V, 7 febbraio 2017, n. 815; 12 marzo 2018, n. 1228 in fattispecie nelle quali l'obbligo di separata indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale era stato imposto, a pena di esclusione, ai partecipanti alla procedura di gara dalla *lex specialis*), e altra parte della giurisprudenza (Cons. Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2554) la quale ritiene invece che, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale non determini di per sé l'automatismo espulsivo (almeno nei casi in cui tale obbligo dichiarativo non sia richiamato nella *lex specialis*), e ammette che l'impresa possa specificare la consistenza degli oneri per la sicurezza già inclusi (ma non distinti) nel prezzo complessivo dell'offerta.

Il Consiglio di Stato, dopo aver rilevato che la medesima questione è oggetto di una questione pregiudiziale sollevata dal giudice italiano dinnanzi alla Corte di Giustizia Europea, ne ha rimesso la risoluzione all'Adunanza plenaria, al fine di risolvere in via preventiva la questione “1) Se, per le gare bandite nella vigenza del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, né vengono in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri. 2) Se, ai fini della eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la *lex specialis* richiami espressamente l'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza”.

Nel caso oggetto del presente parere, a fronte del silenzio del bando che non richiedeva espressamente l'obbligo di indicare i costi della manodopera, e il concorrente _____OMISSIS_____S.r.l., pur non indicando i suddetti costi, specificava di averne tenuto conto nella formulazione dell'offerta, si ritiene di ribadire l'orientamento già espresso con le precedenti delibere.

Pertanto si ritiene che, fermo restando il disposto dell'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, quale norma imperativa, eterointegrata nel bando, spetti alla stazione appaltante verificare l'indicazione dei costi della manodopera da parte dei concorrenti e, qualora la stessa dovesse accertare la mancata indicazione specifica di tali costi, sia necessario procedere a verificare se si tratti di carenza



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

formale o sostanziale, ovvero accertare se il concorrente abbia in ogni caso computato i costi della manodopera o meno, chiedendo specifici chiarimenti al riguardo, purché l'offerta economica resti invariata, in modo da non incorrere nella violazione del principio di soccorso istruttorio e della par condicio dei concorrenti.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- la S.A. può legittimamente richiedere chiarimenti al fine di consentire al concorrente di specificare, nell'ambito dell'offerta economica già formulata e da ritenersi non suscettibile di alcuna modifica, la parte di importo imputabile ai costi della manodopera.
-

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 4 dicembre 2018

Il Segretario Maria Esposito