AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 788

1 dicembre 2021

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, d.lgs. 50/2016 e s.m.i. presentata da ERAS S.r.l. - Procedura aperta per i lavori di realizzazione impianto fotovoltaico su edificio comunale adibito a municipio-scuola media. Importo a base di gara: euro 104.098,84 – CIG 854370151A - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Episcopia (PZ).

PREC 209/2021/L - PB

Riferimenti normativi

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

Articolo 83, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 90, D.P.R. n. 207/2010

Parole chiave

Oneri aziendali in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro – obbligo di indicazione in sede di offerta – modulistica di gara – impossibilità materiale di indicazione - condizioni

Massima

L'offerta economica deve indicare obbligatoriamente e separatamente i costi della manodopera in virtù di un obbligo legale previsto dall'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016. 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'articolo 97, né in sede di soccorso istruttorio ai sensi dell'articolo 83, comma 9. Ove tuttavia sussista una "materiale impossibilità" che non consenta agli offerenti di indicare separatamente quei costi e derivante da circostanze idonee a "generare confusione" in capo agli offerenti, 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.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 1 dicembre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 72964 del 7 ottobre 2021, presentata da ERAS S.R.L. relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante, classificatosi secondo in graduatoria, chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità del provvedimento di aggiudicazione disposto, con determinazione n. 224 del 7 settembre 2021, nei confronti della Elettradiemme Srl, per mancato possesso dei requisiti ex articolo 90 D.P.R. n. 207/2010 e per omessa dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendale e dei costi della manodopera nell'offerta;

CONSIDERATO che, secondo l'istante, la presunta illegittimità del provvedimento di aggiudicazione risiederebbe nel fatto che, con riferimento all'asserito mancato possesso dei requisiti ex articolo 90 del D.P.R. n. 207/2010, il concorrente aggiudicatario avrebbe «*presentato un mero elenco di lavori analoghi in OG9 eseguiti negli ultimi cinque anni, tuttavia, senza dichiarare alcun costo relativo al personale dipendente; senza dichiarare il possesso di adeguata attrezzatura tecnica*» circostanze che non garantirebbero il possesso dei requisiti richiesti e non consentirebbero alla stazione appaltante di verificarne il possesso mediante l'acquisizione dei CEL; mentre, con riferimento alla presunta mancata dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendale e dei costi della manodopera, il concorrente aggiudicatario avrebbe posto in essere una carenza essenziale dell'offerta in violazione dell'articolo 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016 e pertanto avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura;

VISTA la disciplina di gara in atti e in particolare, per i profili oggetto di contestazione, il "*punto 3.3. - Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica"* che disponeva: «*Categoria Prevalente Importo classifica: OG 11 Impianti tecnologici 104.098,84 (poi rettificato in OG9 – Impianti per la produzione di energia elettrica (tipo impianti fotovoltaici e pale eoliche); 3.3.2. Nel caso di appalti per importo inferiore ad euro 150 mila, in alternativa al possesso dell'attestazione SOA, il concorrente deve essere in possesso dei seguenti requisiti di qualificazione di ordine tecnico-organizzativo (ai sensi dell'art. 90 del d.p.r. n. 207/2010): - importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di spedizione della presente lettera di invito non inferiore; - all'importo del contratto da stipulare; costo complessivo sostenuto per il personale dipendente non inferiore al quindici per cento dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando; nel caso in cui il rapporto tra il suddetto costo e l'importo dei lavori sia inferiore a quanto richiesto, l'importo dei lavori è figurativamente e proporzionalmente ridotto in modo da ristabilire la percentuale richiesta; l'importo dei lavori così figurativamente ridotto vale per la dimostrazione del possesso del requisito di cui alla lettera a); adeguata attrezzatura tecnica in relazione all'oggetto dell'appalto*»; nonché il punto "*8.1.2. Ribasso percentuale sull'ammontare complessivo stimato dell'appalto*" che prevedeva: «*L'offerta economica, generata dal Sistema, sottoscritta dal legale rappresentante dell'offerente o da altro soggetto avente i medesimi poteri come risultante dalla documentazione di cui al punto 5.2.: a) è redatta sul corrispettivo per l'esecuzione dei lavori mediante dichiarazione di ribasso percentuale sull'importo stimato complessivo dell'appalto, con le modalità e alle condizioni di cui alle successive lettere; b) il ribasso è indicato con non più di 3 (tre) cifre decimali dopo la virgola; eventuali cifre in più sono troncate senza arrotondamento; c) l'offerta è corredata dall'indicazione dei costi della manodopera e dei costi aziendali interni della sicurezza*»;

VISTA l'ulteriore documentazione di gara prodotta in atti con particolare riferimento al verbale del 22 gennaio 2021 nel quale la commissione, dando atto di aver formulato una richiesta di soccorso istruttorio, nella seduta del 9 febbraio 2021, nei confronti del concorrente Elettradiemme S.r.l. per il possesso dei requisiti di cui all'articolo 90 del D.P.R. n. 207/2010, riteneva conforme la documentazione prodotta ed ammetteva il concorrente alle successive fasi di gara;

VISTO il provvedimento di aggiudicazione del 7 settembre 2021;

VISTO altresì il verbale di consegna dei lavori del 7 ottobre 2021 nonché quello di sospensione dei lavori dell'11 ottobre 2021, in considerazione dell'istanza di precontenzioso pervenuta; nonché rilevata

l'esigenza dell'amministrazione di concludere i lavori nei tempi previsti dalle procedure di finanziamento ricevute dalla Regione Basilicata, il cui termine è prorogato fino al 31 gennaio 2022;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

RITENUTO che il parere possa essere reso ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del Regolamento di precontenzioso;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 19 ottobre 2021, con nota prot. n. 75758;

VISTA la documentazione in atti e in particolare la memoria della stazione appaltante che, a conferma della legittimità del proprio operato, evidenziava che con riferimento al primo profilo di contestazione relativo ai requisiti di partecipazione, il concorrente aggiudicatario aveva dato riscontro al soccorso istruttorio richiesto, «*dimostrando di aver eseguito lavori analoghi di pari importo, con dichiarazione dell'11 febbraio 2021*»; mentre, con riferimento al secondo motivo di contestazione inerente la presunta illegittimità dell'offerta per mancata dichiarazione dei costi della manodopera, asseriva che «*il modulo predisposto dalla stazione appaltante (mod. C – modello Offerta economica, allegato al bando) che gli offerenti dovevano obbligatoriamente utilizzare, non lasciava spazio per l'indicazione separata dei costi della manodopera, così come richiesto dall'articolo 95, comma 10. Ciò nonostante, con nota dell'11 ottobre 2021, la ditta Elettradiemme evidenziava che nonostante i costi non sono stati indicati nell'offerta economica, a causa della non indicazione sul format all. C, sono stati calcolati nell'offerta presentata*»;

VISTA la memoria del controinteressato che, a sostegno della legittimità della propria aggiudicazione, adduceva le medesime argomentazioni richiamate dalla stazione appaltante,

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità di un provvedimento di aggiudicazione disposto nei confronti di un concorrente che sia asseritamente privo dei requisiti di partecipazione richiesti ai sensi dell'articolo 90 del D.P.R. n. 207/201 e abbia formulato una offerta senza l'indicazione degli oneri della sicurezza aziendali e dei costi della manodopera in violazione dell'articolo 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016;

RILEVATO che, con riferimento al primo profilo di contestazione relativo al possesso dei requisiti di cui all'articolo 90 del D.P.R. n. 207/2010, giova richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale che riconosce in capo alla stazione appaltante il potere di verificare il possesso dei requisiti di partecipazione dell'operatore economico, nell'ambito dell'esercizio della sua discrezionalità, sindacabile solo nel caso di manifesta irragionevolezza, illogicità, incongruenza o palese travisamento dei fatti;

RITENUTO che, nel caso di specie, la valutazione posta in essere dall'amministrazione, in considerazione delle circostanze rappresentate in atti, non presenti i suindicati profili di illegittimità e possa pertanto considerarsi infondata la censura sollevata dall'odierno istante con il primo motivo di contestazione;

CONSIDERATO che per quanto concerne il secondo profilo oggetto di contestazione, relativo alla mancata indicazione separata degli oneri della sicurezza aziendali e dei costi della manodopera, rileva preliminarmente richiamare il contenuto dispositivo dell'articolo 95, comma 10, secondo cui: «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)»;

CONSIDERATO che l'articolo 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2020 espressamente stabilisce che il soccorso istruttorio è escluso per le carenze dichiarative relative all'offerta economica e all'offerta tecnica;

TENUTO CONTO dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 08.04.2021 n. 2839) che ritiene l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'articolo 95, comma 10 quale obbligo dichiarativo a pena di esclusione, «la cui complessiva *ratio* è evincibile nella finalità di tutela delle condizioni dei lavoratori - con riferimento all'adeguatezza del trattamento retributivo, in proporzione alla quantità e qualità delle prestazioni prestate, ex articolo 36 Cost. e del rispetto degli obblighi di salvaguardia dell'integrità fisica e della personalità morale sui luoghi di lavoro, ex articolo 2087 c.c. – presidiata da particolare rigore (cfr. articolo 30, comma 3, in relazione all'articolo 97, comma 5, lettere a), c) e d),» tanto che alla stazione appaltante «è imposta una rigorosa verifica della serietà dell'offerta economica, in particolare in presenza di offerte anormalmente basse (cfr., in tal senso, Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 283)». In ragione di ciò, l'indicazione separata e distinta dei propri costi della manodopera e degli oneri interni è considerata come una componente essenziale dell'offerta economica, presidiata da una clausola espulsiva;

CONSIDERATO che la portata escludente dell'inosservanza dell'obbligo in parola e la conseguente sottrazione, ai sensi dell'articolo 83, comma 9, alla sanatoria successiva mediante soccorso istruttorio, già sostenuta dal giudice europeo con sentenza della Corte di Giustizia, sez. IX, 2 maggio 2019 in causa C-309/18, è stata confermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze del 2 aprile 2020, n. 7 e n. 8 (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 8 aprile 2021 n. 28; Consiglio di Stato, sez. III, 11 maggio 2021 n. 3699);

RILEVATO che tale filone interpretativo ha altresì chiarito che, ferma restando la portata escludente della disposizione in questione e la conoscenza di un tale obbligo per qualsiasi operatore economico ragionevolmente informato e normalmente diligente, «nei casi in cui il bando di gara contenga un espresso rinvio alle norme del codice dei contratti pubblici, ma si accompagni alla predisposizione di modelli dichiarativi ad uso obbligatorio concretamente privi di spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera, debba procedersi alla verifica della "materiale impossibilità" di evidenziare, nel rispetto della prescrizione normativa, i costi in questione, legittimandosi – in presenza di circostanze idonee a "generare confusione" in capo agli offerenti – l'eventuale attivazione del soccorso istruttorio» (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 11 maggio 2021 n. 3699; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 8 del 2 aprile 2020; Consiglio di Stato, sez. V, 10 febbraio 2020, n.1008; Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2020, n. 604);

TENUTO conto altresì del fatto che l'inesigibilità del relativo obbligo, per ormai cristallizzata posizione interpretativa, 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 (cfr. Consiglio di 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» (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 8 aprile 2021, n. 2839);

CONSIDERATO che anche l'Autorità ha sostenuto la portata immediatamente escludente della mancata indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendali in materia di sicurezza ed ha 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., da ultimo, ANAC delibera n. 227 del 16 marzo 2021; nonché delibera n. 710 del 4 agosto 2020; n. 229 del 4 marzo 2020; n. 208 del 26 febbraio 2020; n. 828 del 18 settembre 2019; n. 931 del 16 ottobre 2019; n. 417 e 420 del 2 maggio 2018);

RILEVATO, nel caso di specie, che l'offerta presentata dall'aggiudicataria e depositata in atti non conteneva l'indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale, riportava in alto la dicitura "modello C" e risultava graficamente differente da quella del soggetto istante, che invece non aveva utilizzato il modello della stazione appaltante: tale differente modalità di presentazione dell'offerta non trova specifica giustificazione nella documentazione di gara che, nel definire le regole di presentazione dell'offerta, fornisce apposite norme procedurali inerenti il funzionamento del sistema e il relativo caricamento di documenti generati dal sistema stesso, dalle quali non è tuttavia evincibile l'eventuale obbligatorietà dell'utilizzo del format predisposto;

RITENUTO che spetti all'amministrazione procedere a verificare, anche in considerazione della modalità di funzionamento della piattaforma informatica utilizzata, l'ipotesi che la modulistica predisposta ed eventualmente resa obbligatoria dal sistema informatico non contenga lo spazio per l'indicazione degli oneri della sicurezza aziendale e dei costi della manodopera e conseguentemente accertare la reale impossibilità della dichiarazione in questione, alla luce dei principi interpretativi sopra richiamati;

RITENUTO che, qualora l'amministrazione accerti tale impossibilità, è tenuta, in ragione delle argomentazioni giuridiche di cui sopra, ad attivare il soccorso istruttorio e uno spazio di contraddittorio con il concorrente e ad avviare un processo valutativo ulteriore volto a verificare che il concorrente aggiudicatario nella formulazione dell'offerta abbia effettivamente considerato tali oneri e costi, ai sensi dell'articolo 95, comma 10;

RITENUTO pertanto che, nel caso di specie e con riferimento al secondo profilo di contestazione, la legittimità del provvedimento di aggiudicazione sia condizionata alla verifica in concreto da parte dell'amministrazione dell'impossibilità per il concorrente di formulare l'offerta in conformità all'articolo 95, comma 10 e alle disposizioni del disciplinare di gara e, accertata tale impossibilità e avviato il previsto soccorso istruttorio, sia condizionata all'esito positivo dell'indagine relativa all'effettiva considerazione di tali oneri all'interno dell'offerta presentata dal concorrente;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il provvedimento di aggiudicazione adottato dall'amministrazione:

- con riferimento al primo profilo di contestazione, inerente il possesso dei requisiti di cui all'articolo 90 del D.P.R. n. 207/2010, sia conforme ai principi generali e alla disciplina in materia di contratti pubblici;
- con riferimento al secondo profilo di contestazione, inerente la mancata indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali di sicurezza e dei costi della manodopera, per essere conforme

all'ordinamento e ai principi generali in materia di contratti pubblici necessita della verifica in concreto da parte della stazione appaltante dell'impossibilità per il concorrente di formulare l'offerta in conformità all'articolo 95, comma 10 e alle disposizioni del disciplinare di gara, e, accertata tale impossibilità e avviato il previsto soccorso istruttorio, presuppone che la valutazione dell'effettiva considerazione di tali oneri all'interno dell'offerta presentata dal concorrente abbia dato esito positivo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 dicembre 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente