DELIBERA N. 527

2 novembre 2022

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, d.lgs. 50/2016 e s.m.i. presentata da AZIENDA SANITARIA LOCALE NAPOLI 3 SUD – CONGIUNTA PER ADESIONE da parte della SIRIO AMBIENTE & CONSULTING s.r.l. - Procedura negoziata, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b), della Legge 11 settembre 2020, n. 120, su Piattaforma MePA per l'affidamento di un appalto misto di lavori di messa in sicurezza e bonifica e servizi di smaltimento rifiuti provenienti dal sito potenzialmente inquinato presso l'Ospedale di Nola in Via Seminario – CUP: D78I17000160002 – CIG: 9207557C65 – Criterio di aggiudicazione: Minor prezzo - Importo a base di gara: 323.292,98 euro – SA: AZIENDA SANITARIA LOCALE NAPOLI 3 SUD

PREC 148/2022/LS - PB

Riferimenti normativi

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

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

Parole chiave

Appalto pubblico – Appalto misto – Offerta - Oneri aziendali in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro – Obbligo di indicazione in sede di offerta – Impossibilità materiale di indicazione – Soccorso Istruttorio - Condizioni

Massima

Appalto pubblico – Appalto misto – Offerta - Oneri aziendali in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro – Obbligo di indicazione in sede di offerta – Impossibilità materiale di indicazione – Soccorso Istruttorio - Condizioni

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 2 novembre 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 76098 del 26 settembre 2022, presentata dall'AZIENDA SANITARIA LOCALE NAPOLI 3 SUD, relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante stazione appaltante chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità del provvedimento di aggiudicazione disposto, con determinazione n. 93 del 8 settembre 2022, nei confronti di A.I.C.O. CONSORZIO STABILE S.C. A R.L. con specifico riferimento al soccorso istruttorio concesso ai concorrenti per omessa dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendale e dei costi della manodopera nell'offerta;

RILEVATO che l'amministrazione rappresentava di aver indetto, con delibera a contrarre n. 363 del 22 aprile 2022, una procedura negoziata sul Portale MEPA, per l'affidamento dell'appalto in oggetto e che, all'avviso esplorativo del 27 aprile 2022, erano pervenute undici richieste di operatori economici, invitati con lettera di invito del successivo 13 giugno 2022. Alla procedura partecipavano sei operatori economici e con verbale del 25 luglio 2022, dalla verifica delle offerte economiche presentate, si rilevava la mancata indicazione dei costi della sicurezza aziendali e quelli della manodopera per la maggioranza dei concorrenti partecipanti. Pertanto, tenuto conto che cinque partecipanti su sei non avevano avuto la possibilità di inserire nel modello offerta economica del Portale MePA le suddette informazioni, la stessa attivava il soccorso istruttorio. Ad esito del provvedimento di aggiudicazione disposto nei confronti della A.I.CO. CONSORZIO STABILE SCARL con determina n. 93 dell'8 settembre 2022, la SIRIO AMBIENTE & CONSULTING s.r.l., in data 12 settembre 2022, contestava l'aggiudicazione e ne chiedeva in autotutela l'annullamento sostenendo l'illegittimità del soccorso istruttorio posto in essere. Infine l'amministrazione evidenziava che «*la nuova Piattaforma MePA, entrata in vigore dal 26 maggio 2022, a differenza della precedente, non consente all'operatore economico invitato di inserire nel "Modello Offerta economica" di sistema, i valori relativi al "Costo della Manodopera e dei Costi della Sicurezza Aziendali"*»;

VISTA l'istanza di adesione successiva che la SIRIO AMBIENTE & CONSULTING s.r.l. presentava con nota prot. n. 77845 del 30 settembre 2022;

VISTA la disciplina di gara in atti e in particolare nella lettera di invito, alla sezione relativa al «CONTENUTO DELLE BUSTE TELEMATICHE – BUSTA "OFFERTA ECONOMICA"» in cui era previsto che: «*Al terzo step del percorso guidato "Invia offerta" l'operatore economico deve: 1) inserire nella busta economica telematica ("B - Offerta economica") l'offerta economica, redatta in lingua italiana, sottoscritta dal legale rappresentante o titolare del concorrente o da suo procuratore, contenente l'indicazione del ribasso percentuale (in cifre e in lettere) sull'importo del servizio a base di gara al netto degli oneri di sicurezza. In caso di contrasto tra le due indicazioni prevarrà quella in lettere. A norma dell'art. 95, comma 10 del D.Lgs. 50/2016, pena la esclusione dalla gara, il concorrente 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 (sono eccettuate le forniture senza posa in opera, i servizi di natura intellettuale, le procedure di cui all'art. 36, co. 2, lett. a)*»;

VISTO sia il verbale di gara del 25 luglio 2022 nel quale la commissione, avendo rilevato «*la mancata indicazione dei costi della sicurezza e quelli della manodopera per la maggioranza dei concorrenti*» aveva

disposto il soccorso istruttorio per cinque dei sei concorrenti in gara, che «*non hanno avuto la possibilità di inserire nel modello offerta economica del portale MEPA le seguenti informazioni*», sia il verbale del 3 agosto 2022 con il quale, accertata l'intervenuta integrazione documentale, venivano completate le operazioni di gara;

VISTO il provvedimento di aggiudicazione disposto e la relativa istanza di annullamento formulata dalla SIRIO AMBIENTE & CONSULTING s.r.l. secondo cui l'amministrazione non avrebbe dovuto concedere il soccorso istruttorio;

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 7 ottobre 2022, con nota prot. n. 80040;

VISTA la documentazione in atti e in particolare la memoria della SIRIO AMBIENTE & CONSULTING s.r.l. secondo cui l'aggiudicazione disposta è illegittima in quanto le ditte concorrenti RTI B.Energy S.p.A. – Semis S.r.l., AICO S.c.a.r.l., Epsilon 2000 Soc. Coop., RTI Perna – Goffredo Michele e RTI CGF S.r.l. – Pigi S.r.l. avevano omesso in sede di offerta l'indicazione dei costi della manodopera e quelli di sicurezza aziendale e l'amministrazione non avrebbe dovuto consentire l'integrazione ma escluderle, aggiudicando la procedura alla SIRIO AMBIENTE & CONSULTING s.r.l., quale unico operatore rimasto in gara. In particolare, secondo il concorrente, dal momento che la disciplina di gara prevedeva ai sensi dell'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, a pena la esclusione, l'indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendali, i concorrenti che non avevano proceduto in tal senso non potevano essere ammessi alla procedura, né la mancata dichiarazione poteva essere integrata mediante soccorso istruttorio trattandosi di un elemento essenziale dell'offerta economica, in ragione del consolidato orientamento giurisprudenziale al riguardo;

VISTA la memoria del controinteressato che, a sostegno della legittimità della propria aggiudicazione, adduceva l'oggettiva impossibilità di indicazione dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza aziendale nell'offerta economica sulla Piattaforma MEPA evidenziando come la stessa amministrazione, come indicato nei verbali, aveva segnalato al gestore della Piattaforma telematica MEPA problematiche riscontrate nell'utilizzo del Portale, nonché rappresentava di aver inviato «*in data 4 luglio 2022, alla ASL una significazione a mezzo piattaforma telematica MEPA in cui rilevava che "all'atto della generazione dell'OFFERTA ECONOMICA di sistema non vi è possibilità di inserire i seguenti costi: i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali, pena l'esclusione dalla gara così come riportato alla pagina 10 della lettera di invito, né tantomeno è possibile allegare un ulteriore documento contenente tali costi"»;* trattandosi dunque di oggettiva impossibilità sarebbe legittimo il soccorso istruttorio concesso in ossequio agli orientamenti giurisprudenziali sul punto;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità di un provvedimento di aggiudicazione disposto nei confronti di un concorrente che 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 e al quale, unitamente ad altri concorrenti, è stato concesso il soccorso istruttorio da parte dell'amministrazione in merito alla indicazione di tali oneri;

CONSIDERATO che per quanto concerne la 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, 8 aprile 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 (cfr. in tal senso, *ex multis,* ANAC delibera n. 788 del 1 dicembre 2021);

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; cfr. in tal senso, *ex multis,* ANAC delibera n. 788 del 1 dicembre 2021);

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; cfr. in tal senso, *ex multis,* ANAC delibera n. 788 del1 dicembre 2021);

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; cfr. in tal senso, *ex multis,* ANAC delibera n. 788 del 1 dicembre 2021);

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. 7 del 12 gennaio 2022; n. 788 del 1 dicembre 2021; n. 227 del 16 marzo 2021; 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'amministrazione ha dichiarato di aver riscontrato problematiche sulla piattaforma MEPA, anche inerenti l'indicazione dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza aziendale che avevano interessato cinque dei sei concorrenti in gara;

RITENUTO che, in considerazione dei richiamati orientamenti interpretativi, la scelta dell'amministrazione di procedere al soccorso istruttorio possa trovare ragion d'essere nella rappresentata impossibilità di indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendale nella documentazione da parte di cinque dei sei concorrenti in gara, la cui esclusione avrebbe reso non possibile un effettivo confronto concorrenziale, rimanendo in gara un unico operatore;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il provvedimento di aggiudicazione adottato dall'amministrazione sia conforme ai principi generali e alla disciplina in materia di contratti pubblici;

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 novembre 2022

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente