DELIBERA N. 420 DEL 2 maggio 2018

Oggetto: Istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da _____OMISSIS_____– Procedura aperta ai sensi dell'articolo 63, comma 2, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016 per la fornitura in acquisto di 22 moduli di strutture prefabbricate e di un ulteriore modulo bagno, per la delocalizzazione dei negozi dei centri storici di Norcia e Cascia ai sensi delle ocdpc n. 408/2017 art. 3 e ocdpc n. 394/2016 art. 3, 5 e 6 – CIG 7090181A72 - Importo a base d'asta: 907.000,00 euro – S.A.: _____OMISSIS_____

PREC 77/18/F

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 98995 dell'8 agosto 2017, presentata da _____OMISSIS_____relativamente alla gara in epigrafe, con la quale veniva contestata la legittimità dell'operato della stazione appaltante che non aveva previsto nella *lex specialis* l'indicazione dei costi sulla manodopera ed aveva conseguentemente proceduto all'ammissione alla gara e all'aggiudicazione ad un concorrente che non li aveva indicati in sede di offerta;

VISTA la documentazione di gara, che prevede «*ai sensi dell'articolo 95, comma 10, de d.lgs. n. 50/2016, l'operatore economico deve indicare i costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*», senza fornire alcuna specificazione in merito all'indicazione dei costi della manodopera;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 20 febbraio 2018;

VISTA la documentazione in atti e, in particolare, le memorie delle parti;

VISTA, nello specifico, la posizione espressa dalla stazione appaltante che, richiamando quanto già rappresentato all'istante, ha chiarito che, nella gara in questione, «*la valutazione dell'anomalia dell'offerta ex articolo 97 è stata esplicitamente esclusa dalla disciplina di gara, in coerenza con quanto a tal fine previsto dall'ordinanza n. 394 del 19 settembre 2016 e dall'ordinanza n. 399 del 10 ottobre 2016 a firma del Capo del dipartimento della protezione civile*», secondo cui «*la stazione appaltante può verificare le offerte anomale ai sensi dell'articolo 97 del d.lgs. n. 50/2016, fermo restando quanto previsto dall'ultimo periodo del comma 6 del medesimo articolo, richiedendo le necessarie spiegazioni per iscritto*»; la stessa ha, altresì, precisato di aver applicato quanto previsto dalla *lex specialis,* che prevedeva la mancata determinazione della soglia di anomalia mediante il ricorso ai metodi di cui

Galleria Sciarra
Via Marco Minghetti, 10 - 00187 Roma

all'articolo 97, comma 2, in presenza di un numero di offerte ammesse inferiore a cinque, dal momento che avevano partecipato alla procedura quattro offerenti;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

VISTO il contenuto dispositivo dell'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, 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). 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 tale disposizione ha natura di norma imperativa, non derogabile dal bando e capace, all'occorrenza, di eterointegrarlo (TAR Calabria, 6 febbraio 2018, n. 332);

CONSIDERATO che appare irrilevante la circostanza che la *lex specialis* di gara non preveda specificatamente l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera, in ragione del fatto che tale obbligo discende direttamente dalla legge;

CONSIDERATO, altresì, che i costi della manodopera sono una componente essenziale dell'offerta economica e che la relativa omissione non è integrabile successivamente attraverso il soccorso istruttorio ex articolo 83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, poiché altrimenti si verificherebbe un'alterazione della *par condicio* e della concorrenza tra i partecipanti (TAR Lazio Latina, 23 febbraio 2018, n. 86; TAR Campania, ord. caut. 6 dicembre 2017, n. 1904; TAR Campania, 14 settembre 2017, n. 4384; TAR Umbria 22 gennaio 2018, n. 56);

CONSIDERATO che, relativamente alla questione dell'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, la giurisprudenza ha distinto il caso in cui nell'offerta presentata non sia stata specificata dettagliatamente la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri - c.d. carenza di ordine formale, sanabile - da quello in cui la stessa sia stata formulata senza considerare tali costi nel prezzo finale - c.d. carenza di ordine sostanziale, insanabile - (TAR Emilia Romagna 16 gennaio 2018, n. 43); CONSIDERATO che tale interpretazione, sempre con riferimento all'omessa indicazione degli oneri della sicurezza è stata richiamata anche dall'Autorità che, differenziando l'ipotesi della natura sostanziale o formale dell'eventuale integrazione dell'indicazione degli oneri, ha chiarito come «*nel primo caso, infatti, il soccorso istruttorio non potrebbe essere esperito, in quanto il concorrente, formulando un'offerta economica senza considerare gli oneri di sicurezza, nel sanare la propria offerta, apporterebbe una modifica sostanziale all'offerta medesima, in violazione dei principi generali in materia dei contratti pubblici. Nel secondo caso, invece, avendo il concorrente indicato un prezzo comprensivo degli oneri di sicurezza, senza tuttavia chiarirne l'importo, l'amministrazione*

Galleria Sciarra
Via Marco Minghetti, 10 - 00187 Roma

potrebbe procedere alla richiesta di integrazione mediante soccorso istruttorio, trattandosi di una specificazione formale di una voce, già prevista nell'offerta, ma non indicata separatamente» (delibera n. 226 del 1° marzo 2017);

RITENUTO che tale ragionamento logico-giuridico possa essere applicato anche alle ipotesi di mancata indicazione specifica dei costi della manodopera, consentendo all'operatore economico che non abbia indicato separatamente tali costi, ma che li abbia in ogni caso computati nell'offerta complessiva, di poterne dare la relativa specificazione, senza incorrere in un'integrazione dell'offerta economica, in violazione dell'articolo 83, comma 9;

CONSIDERATO che, in tal senso, si è espressa anche la giurisprudenza che ha precisato che, in assenza di una espressa previsione nella *lex specialis* di gara che richieda la puntuale indicazione del costo della manodopera, l'operatore che abbia comunque considerato tale costo nell'offerta economica complessiva inizialmente presentata possa fornire l'indicazione separata del costo della manodopera successivamente, a seguito di legittima richiesta di chiarimenti in tal senso da parte della stazione appaltante (TAR Lecce, ord. caut. 7 febbraio 2018, n. 73);

CONSIDERATO, quindi, che l'omesso scorporo dei costi della manodopera non rende automaticamente inammissibile l'offerta economica, potendo trattarsi di una carenza solo formale;

RITENUTO che, nel caso di specie, in cui la *lex specialis* non prevedeva espressamente l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera, 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 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;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che, qualora la *lex specialis* non preveda espressamente l'indicazione dei costi della manodopera, la stessa sia eterointegrata dal contenuto dispositivo di cui all'articolo 95, comma 10, e che conseguentemente, la stazione appaltante, in caso di mancata indicazione specifica di tali costi da parte del concorrente, sia tenuta a verificare la natura sostanziale o formale della relativa carenza, chiedendo all'operatore economico chiarimenti, a condizione che l'offerta resti invariata nel rispetto dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016.

Galleria Sciarra
Via Marco Minghetti, 10 - 00187 Roma

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 11 maggio 2018

Il segretario Valentina Angelucci

Galleria Sciarra
Via Marco Minghetti, 10 - 00187 Roma