



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 757 DEL 5 settembre 2018

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Appalti di Vincenzo Tinaglia e C. S.a.s./Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento – Lavori di rifacimento della pavimentazione del reparto UTIC e sistemazione reparto di cardiologia del P.O. di Agrigento — Importo a base di gara: euro 171.802,76 - S.A.: Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento

PREC 160/18/L

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 61492 del 12 luglio 2018 (e al successivo prot. n.68674 del 6 agosto 2018 per regolarizzazione della sottoscrizione da parte del legale rappresentante della stazione appaltante), la società Appalti di Vincenzo Tinaglia e C. S.a.s e l'Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento hanno congiuntamente sottoposto all'Autorità la valutazione della legittimità dell'esclusione dalla gara in epigrafe dell'operatore economico istante per mancata indicazione nell'offerta economica dei costi di sicurezza aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro previsti dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 e richiesti, a pena di esclusione, dalla lettera d'invito.

L'operatore economico escluso sostiene che la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche se richiesta dalla lettera d'invito, non costituisce motivo di esclusione e può essere sanata tramite il soccorso istruttorio. La stazione appaltante è di avviso contrario ritenendo che in tale ipotesi la sanatoria apporterebbe modifiche sostanziali all'offerta economica, in violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici.

A seguito dell'avvio dell'istruttoria con nota prot. n. 64202 del 20 luglio 2018, le parti non hanno prodotto altre memorie o documentazione a supporto di quanto dedotto con l'istanza.

Ritenuto in diritto

La questione verte sulla sanabilità tramite soccorso istruttorio della mancata indicazione nell'offerta economica degli oneri di sicurezza aziendali nel caso particolare in cui la legge di gara prevede l'obbligo di dichiararli a pena di esclusione.

Come noto, il tema della mancata indicazione dei costi di sicurezza aziendali è attualmente oggetto di un contrasto giurisprudenziale vertente sull'interpretazione e l'applicazione del combinato disposto dell'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016 e dell'art. 83, d.lgs. n. 50/2016

Il nuovo Codice ha introdotto una specifica disposizione in merito ai costi aziendali prevedendo, nell'art. 95, comma 10, che nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Con tale disposizione il legislatore ha inteso porre fine ai contrasti insorti nel preesistente assetto normativo. Nel vigore del precedente Codice la giurisprudenza amministrativa e numerose pronunce di questa Autorità si erano già ampiamente occupate della questione giungendo alla conclusione della legittimità dell'esclusione del concorrente che non avesse indicato i costi di sicurezza, pur se non



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

espressamente richiesti dalla *lex specialis* (cfr. in tal senso, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 9/2015).

Al fine di armonizzare la portata di tale decisione con i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza 2 giugno 2016, C-27/15), che ritiene che una condizione di partecipazione alla gara possa determinare l'automatica esclusione dell'offerta senza il previo esercizio del soccorso istruttorio solo "ove tale condizione non sia espressamente prevista dai documenti di gara e possa essere individuata solo con una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale"; e che "i principi dell'obbligo di trasparenza e della parità di trattamento e di proporzionalità ostano all'esclusione di un offerente per l'inosservanza dell'obbligo di indicare separatamente i costi aziendali per la sicurezza; si ritiene legittimo concedere all'offerente un termine per adempiere detto obbligo e regolarizzare la propria omissione attraverso l'istituto del soccorso istruttorio con sanzione" (CGUE, Sez. VI, 10 11 2016, in C-140/16, C-697/15 e C-162/16), il Consiglio di Stato, nell'Adunanza Plenaria n. 19/2016 e nell'Adunanza Plenaria n. 20/2016, ha chiarito che «per le gare bandite anteriormente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, 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».

Secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato, gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta, la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto solo nel caso in cui si contesta al concorrente di aver formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo", in quanto andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza.

Laddove, invece, non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifichi la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale ma solo formale. In questa ipotesi, il soccorso istruttorio – almeno nei casi in cui l'amministrazione abbia ingenerato nei concorrenti un affidamento circa la non sussistenza dell'obbligo di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza non prevedendolo negli atti di gara – è doveroso, perché esso non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo in una specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente.

Tali principi, sicuramente validi per le gare bandite anteriormente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, sono stati ritenuti applicabili anche alle gare bandite sotto il vigore del nuovo Codice alla luce dei principi enunciati e ribaditi della Corte di Giustizia (v. in tal senso Delibera ANAC n. 27/2017, TAR Sicilia, Catania, sez. III, sent. n. 3217/2016 e TAR Lombardia, Brescia, sez. II, sent. n. 912/2017).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In particolare, viene precisato che il disposto di cui all'articolo 83, comma 9, del d.lgs n. 50/2016, che esclude l'applicabilità della procedura di soccorso istruttorio per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale «afferenti all'offerta tecnica ed economica», dopo l'intervento della Corte di Giustizia con la sentenza del 10 novembre 2016 debba essere contemperato con le esigenze considerate nella pronuncia, ovvero la necessità, in applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, di una intermediazione/contraddittorio con l'appaltatore, che potrebbe aver presentato comunque un'offerta comprensiva degli oneri senza averla però dettagliata. Ne consegue che l'esclusione del concorrente non possa essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato dalla stazione appaltante, nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio, a regolarizzare l'offerta.

Tuttavia, come evidenziato nel parere di precontenzioso n. 1098 del 25 ottobre 2017, le richiamate pronunce «sono fondate su due presupposti indefettibili: il primo è che la legge di gara non abbia espressamente previsto alcun obbligo di separata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale e il secondo è che non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale».

Nel caso in esame, la lettera d'invito prevedeva espressamente l'obbligo di indicazione nell'offerta, a pena di esclusione, di “gli oneri aziendali relativi all'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro” (art. 2) e il modulo MEPA per la redazione dell'offerta economica recava un apposito spazio per l'indicazione dei costi di sicurezza aziendali che, nel caso dell'offerta della società Appalti di Vincenzo Tinaglia e C. S.a.s, non è stato compilato.

Non pare pertanto che possa sostenersi che l'amministrazione abbia ingenerato nei concorrenti un affidamento circa la non sussistenza dell'obbligo di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza, obbligo che, anzi, è stato esplicitato in modo evidente e facilmente comprensibile.

Secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, una simile previsione della lettera d'invito, in quanto clausola esecutiva di una norma di legge anche nelle sue conseguenze espulsive, «costituisce un elemento essenziale e non ambiguo dell'offerta economica non rimediabile per il suo carattere con il soccorso istruttorio, andando altrimenti ad incidere *sulla par condicio*» (Consiglio di Stato, 12 marzo 2018, n. 1555).

Inoltre, per quanto consta, non risulta che la stazione appaltante abbia avuto modo, nel corso della procedura di gara, di prendere cognizione dell'esistenza e/o congruità, nell'ambito dell'offerta economica, dei costi di sicurezza aziendali, così da escludere che sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale.

Ne consegue che, in base ai principi sopra menzionati, nel caso in esame la stazione appaltante non avrebbe potuto esperire il soccorso istruttorio (*cf.*, in termini, pareri di precontenzioso n. 1098 del 25 ottobre 2017 e n. 479 del 23 maggio 2018 e Consiglio di Stato, 12 marzo 2018, n. 1555).

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- l'esclusione dalla gara di Appalti di Vincenzo Tinaglia e C. S.a.s. è conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 settembre 2018

Il Segretario Maria Esposito