

PSR14-20
Campania



Fondo europeo agricolo
per lo sviluppo rurale:
l'Europa investe
nelle zone rurali



a cura del GRUPPO APPALTI ADG-FEASR REGIONE CAMPANIA

in collaborazione con **Sviluppo Campania**

L'omesso pagamento del contributo ANAC è sanabile mediante soccorso istruttorio Quando non sia stato previsto come causa di esclusione nei documenti di gara per l'affidamento di servizi e forniture

Con le sentenze Consiglio di Stato, sez. V, 07 settembre 2020, n.5370 e TAR Calabria – sezione staccata di Reggio Calabria, 15 settembre 2020, n. 543, il Consiglio di Stato ed il TAR Calabria si sono pronunciati in merito alle conseguenze derivanti dal tardivo pagamento del contributo per il funzionamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, imposto ai concorrenti delle procedure di gara (art. 1, comma 67, l. 266/2005 come richiamato dal Codice dei Contratti pubblici (art. 213, comma 12, d.lgs. 50/2016).

In merito, l'orientamento giurisprudenziale prevalente riteneva che la sanzione dell'esclusione dalla gara per l'omesso pagamento del contributo ANAC nel termine di presentazione delle offerte derivasse direttamente ed obbligatoriamente dalla legge, che ha espressamente qualificato il versamento del contributo come condizione di ammissibilità dell'offerta. Di conseguenza l'istituto del soccorso istruttorio era ritenuto idoneo a sanare solo la mancata dimostrazione del pagamento del contributo ANAC, al quale però doveva necessariamente essersi provveduto prima della scadenza del termine perentorio per la presentazione delle offerte.

Tuttavia, le sentenze in commento hanno rilevato la non conformità di tale orientamento ai principi di trasparenza e parità di trattamento allorché il disciplinare delle gare per l'affidamento di servizi e forniture non abbia espressamente prescritto, a pena di esclusione, l'assolvimento dell'obbligo di pagamento del contributo ANAC. In tal caso, la stazione appaltante



dovrebbe ammettere la partecipazione del concorrente che abbia provveduto, seppur tardivamente, al versamento dovuto.

Si consolida, in questo modo, il filone giurisprudenziale originato dall'affermazione da parte della Corte di Giustizia Europea, proprio con riguardo all'omesso versamento del contributo ANAC, che "il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali

circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice" (CGUE, 2 giugno 2016, C27/15 – sentenza "Pippo Pizzo").



È online il nuovo sito
psrcampaniacomunica.it

Cause da esclusione e Valutazione dell'anomalia dell'offerta: nuova sentenza del Consiglio di Stato

Costo del lavoro, "monte ore" e modalità di comunicazione dell'esito della verifica di anomalia dell'offerta. Questi gli argomenti trattati con l'aiuto di una sentenza del Consiglio di Stato ([n. 6987 del 2020 del 13 novembre 2020](#)).

Si parla di affidamento del servizio di gestione dei parcheggi a pagamento per conto di un Comune. A presentare ricorso la società seconda classificata che lamenta alcune violazioni della società poi risultata vincitrice.

Tabella ministeriale incompleta sul costo del lavoro

La società che ha proposto ricorso lamenta la presentazione in sede di verifica di anomalia dell'offerta, da parte della società risultata vincitrice, di una tabella ministeriale sul costo del lavoro incompleta che, quindi, darebbe luogo a un'omissione o falsità informativa con effetto escludente. Per i giudici, non è così. Come recentemente posto in risalto dall'Adunanza Plenaria - si legge nella sentenza - le omissioni dichiarative o falsità, ossia quelle che in particolare interessano i requisiti di cui all'articolo 80 del decreto legislativo 50 del 2016, devono riguardare "informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici" ed essere finalizzate "all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione". Per questo, "l'informazione omessa o infondata deve essere rilevante ai fini dell'adozione di decisioni in ordine all'ammissione ed esclusione dei concorrenti, ovvero all'aggiudicazione della gara, e non può che riguardare evidentemente la vita, la condizione e l'attività dell'impresa interessata ed eventualmente dei soggetti ad essa legati".

Quindi, non può essere preso in considerazione l'aver trasmesso, in sede di giustificativi, una tabella ministeriale sul costo della manodopera che, scrivono i giudici, "afferisce non già a informazioni inerenti alla vita e situazione individuale dell'operatore economico, eventualmente rilevanti a fini ammissivi, escludenti o selettivi, ma è un atto pubblico (peraltro non richiesto all'operatore) non inerente alla situazione del concorrente, e in sé liberamente consultabile dalla stazione appaltante". E non rileva, dunque, nemmeno il fatto che la società risultata vincitrice, abbiamo ommesso alcuni dati dalla tabella ministeriale, "atteso che spettava comunque alla stazione appaltante reperire tali (pubblici) dati tabellari".

Riduzione del monte ore e costo della manodopera

Infondato anche il ricorso sulla questione della presunta e illegittima riduzione del monte ore offerto dalla società risultata vincitrice, che avrebbe ridotto il numero di ore settimanali per lavoratore dall'ammontare previsto in sede di offerta, pari a 25, a quello - pari a 19 - assunto ai fini della valutazione di anomalia dell'offerta. Secondo i giudici, invece, "il calcolo sulla sostenibilità di tale costo va eseguito moltiplicando il costo orario medio per il monte delle ore effettivamente prestate dai lavoratori, non già per il numero di ore teoriche contrattuali".

Per questo, è stato ritenuto congruo il numero delle ore e il costo indicato dalla società risultata vincitrice.

Anomalie e comunicazione degli esiti della verifica di anomalia dell'offerta

Secondo la società che ha fatto ricorso, la comunicazione di eventuali anomalie va fatta in seduta pubblica. In realtà non è così, spiegano i giudici del Consiglio di Stato. "La mera comunicazione degli esiti della verifica di anomalia e l'eventuale successiva proposta di aggiudicazione non presentano intrinseche ragioni di trasparenza che ne rendono necessario lo svolgimento in seduta pubblica, come avviene invece per l'apertura delle buste contenenti le offerte - si legge nella sentenza -. Per tali ragioni l'inosservanza della prescrizione formale della lex specialis, che pure prevede la seduta pubblica, risulta in realtà priva di rilievo sostanziale, non incidendo in alcun modo sul contenuto degli atti impugnati: come posto in risalto dalla giurisprudenza, infatti, la mancata comunicazione formale in seduta pubblica [...] dell'esito della verifica di anomalia (con la conseguente aggiudicazione provvisoria) non costituisce un vizio capace di inficiare la procedura, né da tale mancanza può essere derivato alcun danno all'appellante che ha avuto modo, anche a seguito delle comunicazioni effettuate dall'amministrazione, di far valere le sue ragioni nei confronti delle valutazioni effettuate dall'amministrazione". In ogni caso, la decisione di non effettuare la seduta pubblica era stata stabilita dalla commissione che aveva stilato il relativo verbale inviato a tutti tramite PEC. In conclusione, l'appello è stato respinto.



La rilevanza della determina a contrarre

La determina a contrarre è un **atto adottato** dalle stazioni appaltanti **prima dell'avvio della procedura di affidamento** di un contratto pubblico, con il quale esse manifestano la propria **volontà a stipulare il contratto**.

La mancata ottemperanza o pubblicità della determina a contrarre può avere risvolti negativi per l'appaltatore? Ebbene sì, come chiarisce in parte il T.A.R. Piemonte, Torino, sezione II, con la **sentenza 12 novembre 2020, n. 720**.

Il ricorrente contestava il tipo di procedura utilizzata dalla stazione appaltante (confronto tra preventivi con affidamento diretto *ex art. 36 co.2 lett. B del codice dei contratti*, o procedura negoziata *ex art. 1 co.2 D.L. 76/2020*) e soprattutto il fatto che la lettera di invito non contenesse il riferimento alle recenti norme applicabili nel periodo emergenziale e quindi non si dovesse applicare *ex lege* l'esclusione automatica.

Il giudice ha confutato il ragionamento del ricorrente evidenziando che, seppur la lettera di invito ribadisse in modo non del tutto appropriato, il riferimento all'art. 36 del Codice dei Contratti *"tuttavia, la lettera di invito richiamava esplicitamente la determinazione dirigenziale n.412/2020 dell'Ufficio Tecnico comunale (Determina a contrarre, ndr) la quale era consultabile sul sito dell'amministrazione nella sezione dedicata trasparenza; tale determinazione, come visto, richiamava tanto il D.Lsg n.50/2016 quanto il D.L. 76/2020"*.

Costi della manodopera, verifica di congruità e immodificabilità dell'offerta economica

Sentenza del TAR Toscana n. 1473 del 20 novembre 2020 (rif. art. 83, comma 9 del D.lgs. n. 50/2016)

Il motivo del ricorso al TAR. Il caso riguarda un bando di gara da aggiudicarsi con l'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV), nel cui disciplinare era stato specificato che i partecipanti avrebbero dovuto indicare, oltre al ribasso percentuale della base d'asta, anche la stima dei costi aziendali relativi alla salute e alla sicurezza sui luoghi di lavoro e i costi della manodopera. La società aggiudicataria ha proposto un'offerta economica complessiva di 188.375,36 euro, ma questa offerta è stata rettificata ad euro 188.289,02 ritenendola il RUP congrua, affidabile e variata di importo modesto.

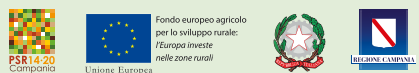
Le modifiche all'offerta. Per il ricorrente, la società risultata vincitrice andrebbe esclusa per aver modificato la propria offerta in sede di verifica di congruità dell'offerta stessa, sia con riferimento al saldo, che alle voci di manodopera e sicurezza. Infatti, l'importo complessivo indicato nei giustificativi è diverso da quello indicato in offerta e frutto del ribasso. Il RUP ha ritenuto la modifica "irrelevante" e non ha proceduto all'esclusione dalla gara consentendo la revisione dell'offerta economica.

La sentenza. Per i giudici, non valgono le giustificazioni addotte dal RUP. È vero, dicono, *"che il saldo complessivo è variato di importo modesto"*, ma ciò non toglie che *"si modifica la manifestazione finale della volontà negoziale"*.



Ecco perché il ricorso va accolto e la gara annullata".

Costituisce principio cardine del diritto degli appalti pubblici, quello della **immodificabilità dell'offerta durante la gara**; si legge, infatti, all'articolo 83 del Codice dei contratti che *"non è consentito il soccorso istruttorio e non sono possibili integrazioni e regolarizzazioni con riferimento all'offerta economica e all'offerta tecnica"*. Eventuali chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante e, tanto più, la richiesta di giustificazioni ai fini della verifica di anomalia, *"non possono che aver riguardo all'offerta come formulata in gara, senza che siano possibili aggiustamenti o modifiche di quanto dichiarato in sede di gara"*. La violazione del divieto di modificazione dell'offerta *"non può che avere come esito l'esclusione del concorrente dalla gara, avendo egli modificato l'offerta originaria e non essendo chiara quale sia la volontà delle parti, se quella espressa in sede di offerta economica o quella manifestata in sede di giustificativi dell'anomalia dell'offerta"*.



PSR14-20 Campania NEWSLETTER APPALTI

N.01 - FEBBRAIO 2021

a cura del GRUPPO APPALTI
ADG-FEASR REGIONE CAMPANIA

Salvatore Capezzuto
Giuseppe Castaldi
Maurizio Cinque
Marcello Murino
Dora Renzuto

in collaborazione con



Informativa realizzata in periodo emergenza
Covid-19 dagli Uffici di comunicazione
dell'Autorità di Gestione del PSR Campania

VICINI ANCHE DA LONTANO

www.agricoltura.regione.campania.it

psrcomunica@regione.campania.it

psr@pec.regione.campania.it

canale YouTube PSR Campania

PSRcomunica

ISCRIVITI ALLA
NEWSLETTER ONLINE

Nell'ambito delle attività di comunicazione e informazione sul PSR poste in essere dalla Regione Campania, rientrano questa newsletter e PSRComunica. Ad entrambe è possibile iscriversi compilando il form al link agricoltura.regione.campania.it/PSR_2014_2020/mailling.html.