



DELIBERA N. 396

30 luglio 2024

Oggetto

Istanza SINGOLA presentata dalla (...). - Affidamento diretto (contratti sottosoglia) per l'indagine di mercato con contestuale acquisizione di preventivi per la conclusione di un accordo quadro per l'affidamento del servizio di manutenzione delle lampade votive e servizi accessori all'interno dei cimiteri del Comune di (...) - Importo: euro: 118.153,02 (inclusi € 969,02 di oneri della sicurezza non suscettibili di ribasso) - S.A.: (...) – (...)

UPREC-PRE-0184-2024-S-PREC

Riferimenti normativi

Art. 48, co. 4 del d.lgs. 36/2023

Art. 50, co. 1 lett. b) del d.lgs 36/2023

Art. 108, co. 9 del d.lgs 36/2023

Parole chiave

Appalto pubblico -- servizi – procedura - affidamento diretto sottosoglia – obbligo indicazione costi della manodopera - sussistenza

Massima

Appalto pubblico -- servizi – procedura - affidamento diretto sottosoglia – obbligo indicazione costi della manodopera - sussistenza

Alla luce delle evidenze del dettato normativo di riferimento, non rilevandosi le esplicite deroghe richieste dall'art. 48, co. 4 del d.lgs 36/2023, si deve necessariamente ritenere sussistente anche per gli affidamenti diretti ex art. 50, co.1 lett. b) l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera, ex art. 108, co. 9 del d.lgs 36/2023.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 30 luglio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 67942 del 17.6.2024, con la quale l'o.e. (...) ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso in merito alla sussistenza dell'obbligo di indicare, in caso di affidamento diretto disciplinato dall'articolo 50, comma 1, lett. b) del D.lgs. 36/2023, i costi della manodopera applicando le previsioni dell'articolo 108, comma 9, del medesimo D.lgs. 36/2023;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 69524 del 19.6.2024;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalla parte e dalla stazione appaltante;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità verte in via principale sulla applicabilità del menzionato art. 108, co. 9 del d.lgs 36/2023 anche nel caso di affidamento diretto c.d. sottosoglia ex art. 50, co. 1 lett. b), come nel caso di specie per un importo pari a € 118.153,02;

PRESO ATTO che, al fine di esaminare correttamente la vicenda, occorre preliminarmente precisare che ai sensi dell'art. 108, co. 9 del vigente Codice è previsto che *"Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale"*. Tale previsione secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza determina che *"l'indicazione separata dei costi aziendali della sicurezza e della manodopera è funzionale alla salvaguardia di interessi di rilevanza superindividuale, tra cui la tutela dell'occupazione e delle condizioni di lavoro, e, con riferimento specifico allo svolgimento della gara, mira, da una parte, a consentire al partecipante la possibilità di formulare un'offerta consapevole con riferimento a tali significative voci di costo, e, dall'altra, a permettere alla stazione appaltante di procedere alla verifica della congruità del costo del lavoro"* (cfr. TAR Lazio sez. II bis, sent. n. 3422 del 28.2.2023). In funzione di ciò pertanto *"L'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023 prevede espressamente che nelle offerte economiche presentate per l'aggiudicazione di pubblici appalti l'operatore economico concorrente è tenuto ad indicare, sotto espressa comminatoria di esclusione dal procedimento selettivo, i costi della manodopera"*, con la conseguenza che *"l'omessa specifica indicazione dei costi della manodopera nell'offerta economica determina l'obbligo della stazione appaltante di escludere l'offerente dalla gara, trattandosi di una ipotesi di esclusione espressamente prefigurata e quindi coerente con il principio di tassatività delle cause di esclusione degli operatori economici"* (TAR Calabria – Catanzaro, sez. II, sent. n. 665 del 22.4.2024);

PRESO ATTO inoltre che, la previsione dell'art. 50, co. 1 lett. b), va esaminata congiuntamente a quanto disposto dall'art. 48 del medesimo d.lgs 36/2023, segnatamente il comma 1, che sancisce che *"L'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II"* e il comma 4, secondo cui *"Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice"*, prevedendo che, a differenza di quanto



avveniva sotto il previgente d.lgs. 50/2016, salvo la presenza di una espressa deroga, al c.d. sottosoglia si applica l'intera disciplina ordinaria e non soltanto quella di cui agli artt. 49 – 55;

RILEVATO quanto sopra, giova parimenti evidenziare che, se il previgente art. 95 co. 10 del d.lgs 50/2016 espressamente scartava l'obbligo dell'indicazione dei costi della manodopera per gli affidamenti diretti ex art. 36 co. 2 lett. a) del d.lgs 50/2016, tale onere di indicazione dei costi da parte dell'o.e. non risulta, invece, espressamente escluso, né dall'art. 108 del d.lgs 36/2023, né invero da altre previsioni del Codice. Viceversa, sia il vigente art. 108 che il previgente 95, invece, escludono espressamente l'onere di indicazione dei costi della manodopera per *"forniture senza posa in opera"* e per i *"servizi di natura intellettuale"*;

CONSIDERATO quanto sopra, alla luce delle evidenze del dettato normativo di riferimento, non rilevandosi le esplicite deroghe richieste dall'art. 48, co. 4 del d.lgs 36/2023, si deve necessariamente concludere nel senso di ritenere sussistente anche per gli affidamenti diretti di cui all'art. 50, co. 1 lett. b) del d.lgs 36/2023 l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera, ex art. 108, co. 9 del d.lgs 36/2023. Tali conclusioni peraltro appaiono già condivise dalla più recente giurisprudenza formatasi sulla questione (cfr. TAR Calabria – Catanzaro, sez. I, sent. n. 958 del 17.6.2024), basata sull'assenza di una espressa deroga all'onere di indicazione dei costi, come pure dal parere MIT n. 2398 del 26 febbraio 2024;

RILEVATO inoltre che, anche se non espressamente prevista nella documentazione di riferimento, *"La disposizione contenuta nell'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023 riveste natura imperativa per cui si impone, mediante il principio dell'eterointegrazione prefigurato dall'art. 1339 c.c., nei confronti degli atti di gara che risultino lacunosi ovvero che contengano previsioni contrarie. Pertanto, la mancata previsione nella lex specialis dell'obbligo di indicazione specifica dei costi per la manodopera nell'offerta economica non impedisce l'applicazione della disposizione che lo impone, in quanto la lacuna nella disciplina di gara viene colmata mediante il richiamato principio dell'eterointegrazione, come da consolidato insegnamento giurisprudenziale"* (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 18 ottobre 2023, n. 9078/2023), con l'effetto che, come sempre osservato dalla giurisprudenza, tale obbligo dichiarativo sussiste anche a prescindere da una espressa previsione in tal senso della lex specialis (T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, sent. 20 maggio 2022, n. 6531/2022);

CONSIDERATO pertanto che, alla luce di quanto sopra, non convincono i rilievi della stazione appaltante vertenti, da un lato, sulla assenza della natura di gara della procedura in esame con le connesse esigenze di semplificazione e, dall'altro, sulla condotta dei partecipanti nella medesima procedura. Con riferimento al primo passaggio, infatti, nonostante le invocate esigenze di semplificazione tipiche dell'affidamento diretto, giova evidenziare che quanto osservato in precedenza sulla natura dell'obbligo dell'indicazione dei costi della manodopera assume una rilevanza generale, attesa la finalità di tutela delle condizioni di lavoro che ne costituisce la relativa ratio, circostanza che deve in ogni caso ritenersi prevalente ed applicabile a tutte le procedure disciplinate dal Codice non espressamente escluse. Con riferimento invece alle modalità di presentazione dei costi della manodopera da parte dell'istante e, parimenti, dell'omessa indicazione degli stessi da parte degli altri concorrenti, queste rappresentano circostanze di fatto la cui valutazione, tuttavia, esula dalle competenze della scrivente Autorità ed in ogni caso ininfluenti sull'emanazione del parere, purtuttavia si evidenzia che la stazione appaltante avrebbe avuto, comunque l'onere di comparare le offerte in modo omogeneo, tenendo conto dell'obbligo di scorporo della manodopera da parte di tutti i concorrenti;

RILEVATO quanto sopra, si osserva che la condotta della stazione appaltante non appare conforme alla disciplina di settore, pertanto, per effetto della omessa indicazione dei costi della manodopera da parte



degli oo.ee. controinteressati, alla luce della espressa natura espulsiva della sanzione prevista dal legislatore per tali casi ex art. 108, co. 9 del d.lgs 36/2023, essa dovrà procedere in tal senso, anche tenuto conto del fatto che avendoli indicati uno degli operatori concorrenti non sembra sussistere l'impossibilità materia di una loro indicazione, presupposto indefettibile per l'attivazione del soccorso istruttorio a tale fattispecie (cfr. il recente TAR Sicilia, del 18 marzo 2024, n.1071).

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione e nei limiti del sindacato della scrivente Autorità, che:

- l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di riferimento in particolare le previsioni degli artt. 48, co. 4 e 108, co. 9 del d.lgs 36/2023;
- conseguentemente la carenza della indicazione dei costi della manodopera anche in caso di affidamenti diretti ex art. 50 co. 1 lett. b) del d.lgs 36/2023 determina la applicabilità della sanzione espulsiva dalla gara da parte della stazione appaltante;

Ai sensi dell'art. 220, comma 1 del Codice, qualora la Stazione appaltante non intendesse conformarsi al parere dovrà comunicare, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che potrà proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 agosto 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente