

## Parere n. 56 del 11/03/2010

Protocollo PREC 189/09/S

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da PUBLIACQUA S.p.A. - Procedura negoziata per l'affidamento del servizio di somministrazione lavoro - Importo a base d'asta: euro 1.000.000,00 - S.A.: PUBLIACQUA S.p.A.

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### Considerato in fatto

In data 4 novembre 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la PUBLIACQUA S.p.A., in considerazione delle contestazioni mosse dall'impresa concorrente Obiettivo Lavoro S.p.A., ha chiesto, in relazione alla procedura negoziata in oggetto, un pronunciamento in ordine all'operato della Commissione di gara, che ha ritenuto di ammettere alla fase della negoziazione per il miglioramento del prezzo offerto due società concorrenti (Gi Group S.p.A. e Metis S.p.A.) dopo aver proceduto ad un riallineamento delle loro offerte economiche per epurare la componente "costo del lavoro" di elementi estranei al CCNL di riferimento - che avrebbero dovuto essere, viceversa, oggetto di fatturazione separata, secondo le indicazioni della *lex specialis* - considerando ciò perfettamente compatibile con le regole della concorrenza.

Nello specifico la stazione appaltante ha rappresentato che il disciplinare di gara, ai fini della formulazione dell'offerta economica, stabiliva che i concorrenti avrebbero dovuto compilare un modello nel quale indicare tre distinti elementi: - le tariffe lorde orarie, ovvero il "costo del lavoro", comprendenti alcune tassative voci, con la specificazione che le voci di costo non comprese sarebbero state oggetto di separata fatturazione e liquidazione da parte della stazione appaltante; - il costo/rivalsa dell'agenzia (c.d. "margine di agenzia"); - le "tariffe orarie complessive" risultanti dalla somma del "costo del lavoro" e del "margine di agenzia". Il punteggio economico di 70 punti, riservato all'offerta economica, sarebbe stato assegnato all'impresa offerente "il prezzo più basso in considerazione del minor costo di agenzia" (disciplinare di gara, pag. 11) attraverso una formula matematica, indicata sia nel bando che nel disciplinare, la quale attribuisce - come evidenziato dalla stessa stazione appaltante - "il punteggio maggiore al minor costo di agenzia offerto, senza che a nulla rilevi, ai fini di tale punteggio, la retribuzione del lavoratore". Il bando prevedeva, altresì, che, all'esito della formazione della graduatoria provvisoria, la stazione appaltante avrebbe avviato una negoziazione con le migliori tre offerte presentate.

In sede di apertura delle offerte economiche è emerso un diverso e alquanto notevole "costo del lavoro" - rispetto a quello previsto dal CCNL - offerto dalle partecipanti agenzie, per cui la Commissione di gara ha proceduto a verificare la correttezza dei conteggi effettuati, formulando a tal fine apposite richieste di chiarimento alle imprese concorrenti. Al riguardo la stessa stazione appaltante ha riferito che tale verifica ha messo in luce casi di errori di calcolo e casi in cui i concorrenti avevano inserito voci inerenti il corrispettivo di agenzia nei costi di retribuzione dei lavoratori con la "finalità di voler mantenere bassa la quotazione di agenzia su cui veniva attribuito il punteggio, così alterando la par condicio dei partecipanti", con la paradossale conseguenza, comunque, che il punteggio più alto, stante il ruolo decisivo svolto per la sua attribuzione dal minor costo di agenzia offerto, sarebbe stato attribuito ad agenzie che avevano offerto un prezzo orario (comprensivo di costo del lavoro e margine di agenzia) complessivamente più alto (ad es. Gi Group: Costo del lavoro II° livello € 15,49 + Margine di agenzia II° livello € 1,01 = tariffa oraria totale € 16,50 punteggio offerta economica 70; Obiettivo Lavoro: Costo del lavoro II° livello € 14,95 + Margine di agenzia II° livello € 1,414 = tariffa oraria totale € 16,365 punteggio offerta economica 49,764).

Rilevata tale anomalia, la stazione appaltante procedeva a determinare d'ufficio l'importo corretto del costo del lavoro e conseguentemente a conformare il suddetto costo offerto da due delle ditte partecipanti (Gi Group S.p.A. e Metis S.p.A.), riallineandolo d'ufficio a quello individuato. All'esito, la stazione appaltante medesima ha formato la graduatoria provvisoria risultante ed ha invitato le prime tre agenzie a migliorare l'offerta.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, sul fatto come sopra descritto, che non è in discussione, l'impresa controinteressata Obiettivo Lavoro S.p.A. ha fondato la propria contestazione della legittimità dell'operato della Commissione di gara, lamentando l'avvenuta violazione degli artt. 2, 83 e 206 del D.Lgs. n. 163/2006, sulla base delle seguenti considerazioni.

Il disciplinare di gara stabiliva (a pag. 11) che il punteggio più alto andasse assegnato all'agenzia che avesse offerto "il prezzo più basso in considerazione del minor costo di agenzia", mentre la Commissione di gara ha ritenuto di dover valutare, ai fini dell'attribuzione del punteggio economico, il solo elemento dell'offerta economica costituito dal "margine di agenzia" e non, come avrebbe dovuto, la tariffa oraria complessiva offerta, con ciò facendo un'applicazione distorta delle prescrizioni del disciplinare di gara. E' evidente, infatti, ad avviso dell'impresa Obiettivo Lavoro S.p.A., che al fine di verificare quale fosse l'agenzia meno costosa, considerato che il costo del lavoro era oggetto di offerta da parte dei concorrenti (e non predeterminato in gara) era necessario valutare il prezzo complessivo offerto (ossia la c.d. tariffa complessiva oraria) e non il solo "margine di agenzia", quale unico elemento dell'offerta economica. Ed anche a voler ritenere che letteralmente il disciplinare di gara imponesse di valutare solo il "margine di agenzia", un siffatto criterio di valutazione dell'offerta non può che essere ritenuto illegittimo, in quanto lo stesso, proprio perché è basato sulla valutazione di uno solo dei due elementi economici proposti dal concorrente, non è idoneo a selezionare l'offerta realmente più conveniente. Ed infatti proprio approfittando della inidoneità di tale criterio alcune agenzie concorrenti hanno offerto un basso margine di agenzia e indicato un costo del lavoro nettamente superiore (come risultato dalle stesse verifiche della stazione appaltante) così da "recuperare" in sede di rimborso del costo del lavoro il basso margine di agenzia offerto e, in tal modo, le stesse hanno ottenuto un punteggio economico alto pur proponendo alla stazione appaltante un prezzo complessivo maggiore di altre concorrenti come la controinteressata.

Né vale addurre in contrario - ad avviso della Obiettivo Lavoro S.p.A. - il fatto che la stazione appaltante si sia determinata a riallineare d'ufficio il "costo del lavoro", proprio al fine di ovviare al paradosso sopra rilevato, in quanto ciò ha comportato una indebita modifica dell'offerta economica dei concorrenti, come altrettanto priva di pregio si rivela la circostanza che si sia di fronte ad una procedura negoziata, poiché ciò non esimerebbe dal rispetto dei principi generali regolanti le procedure ad evidenza pubblica più complesse.

Il fatto poi che, in materia di somministrazione di lavoro, la Presidenza del Consiglio abbia imposto alle stazioni appaltanti, con l'evocata circolare n. 9 dell'1 agosto 2007, di individuare esattamente il "costo del lavoro", non smentisce l'assunto di illegittimità predetto, in quanto con detta circolare si è voluto soltanto richiamare l'attenzione sul fatto che tale individuazione deve essere, com'è agevole intendere, fatta negli atti di gara dalle stesse amministrazioni appaltanti, in quanto funzionale ad una corretta valutazione dell'offerta economica presentata dai concorrenti, e non di certo nelle fasi successive della procedura di gara, come è accaduto nel caso di specie.

### **Ritenuto in diritto**

Al fine di definire la questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto appare dirimente la circostanza che il disciplinare di gara, ai fini della formulazione dell'offerta economica, stabilisce che i concorrenti siano tenuti ad indicare tre distinti elementi tra loro interagenti, al fine di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa: - le tariffe lorde orarie, ovvero il "costo del lavoro", comprendenti alcune tassative voci (con la specificazione che le voci di costo non comprese sarebbero state oggetto di separata fatturazione e liquidazione da parte della stazione appaltante); - il costo/rivalsa dell'agenzia (c.d. "margine di agenzia"); - le "tariffe orarie complessive" risultanti dalla somma del "costo del lavoro" e del "margine di agenzia".

Pertanto, stante l'inequivoca previsione della *lex specialis* sul punto, la stazione appaltante, in presenza di una clausola con la quale si era autovincolata, qualificando i tre distinti elementi da indicare quali requisiti indispensabili ai fini della regolarità dell'offerta, non poteva concedersi margini di discrezionalità non consentiti, modificando d'ufficio le offerte di due delle concorrenti, relativamente all'elemento tariffe lorde orarie, al fine di renderle conformi ad un importo dalla stessa successivamente individuato come corretto, in violazione del principio di immutabilità delle offerte.

In tal modo, infatti, è stato alterato a posteriori il "costo del lavoro" - ossia uno dei tre elementi essenziali di valutazione stabiliti dalla *lex specialis* - risultato notevolmente alto, al fine di allinearlo a quello individuato *ex post* d'ufficio, sicché, la valutazione delle offerte ha finito col basarsi unicamente sul c.d. "margine di agenzia", giungendo paradossalmente a premiare l'agenzia che ha offerto un prezzo orario complessivo (comprensivo, cioè, del "costo del lavoro" e del "margine di agenzia") più alto. Tale operazione è, peraltro, avvenuta dopo l'apertura delle offerte tecniche ed economiche di tutti i partecipanti alla gara, in contrasto palese con la *par condicio* dei concorrenti.

Meritano pertanto condivisione i profili di censura configurati dall'impresa Obiettivo Lavoro S.p.A., che si sostanziano nella dedotta violazione dei principi di *par condicio* dei concorrenti e di imparzialità dell'azione amministrativa, nonché nella palese contraddittorietà dell'operato della Commissione giudicatrice con il disciplinare di gara, anche alla luce della copiosa giurisprudenza amministrativa in materia di valutazione dell'offerta economica e di immodificabilità delle offerte (cfr. *ex multis*: Consiglio di Stato sez. VI, 3 giugno 2009, n. 3404 cit.; sez. V, 27 settembre 2004, n. 6302; sez. IV, 11 aprile 2006, n. 2021), nonché dei pareri resi in argomento da questa stessa Autorità (cfr., fra i tanti, pareri n. 88 del 10 settembre 2009 e n. 34 del 27 settembre 2007).

Peraltro, è stato più volte affermato in giurisprudenza che l'integrazione ammissibile in sede di gara su richiesta della stazione appaltante - allo scopo di far prevalere la sostanza sulla forma - si rivela finalizzata unicamente ad ottenere precisazioni in ordine alla documentazione prodotta, in vista della sanatoria di eventuali irregolarità formali, mentre una tale facoltà non può estendersi al caso in cui le perplessità rilevate riguardino l'offerta tecnica ed economica, perché altrimenti verrebbe ad essere violato il principio della *par condicio* dei concorrenti mediante la modificazione postuma dell'offerta, con conseguente inammissibile incidenza sulla sostanza e non più solo sulla forma (cfr. *ex multis* : TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 6/2/2008 n. 90; Consiglio di Stato, sez.V, 11/12/2007 n. 6403; TAR Lombardia, Brescia, sez.II, 27/5/2009, n. 1073).

Non è consentito, infatti, specificare, rettificare o precisare e, sostanzialmente, cambiare, gli elementi negoziali costitutivi dell'offerta, tanto più ove siano già noti i contenuti delle altre offerte, in quanto l'accettazione di nuove condizioni costituisce manifesta e grave violazione dei principi di trasparenza dell'azione amministrativa e di rispetto della *par condicio* tra i concorrenti (TAR Toscana, Firenze, sez. I, 30/5/2006 n.2572).

Nella procedura di gara in oggetto la violazione dei menzionati principi è risultata plateale, seppure al dichiarato scopo di porre rimedio alle distonie rappresentate.

In base a tutto quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della Commissione di gara non è conforme alla *lex specialis* e ai principi in materia di contratti pubblici.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 Marzo 2010