



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.58 del 14/10/2014

PREC 185/14/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 Assocontact, Associazione Nazionale dei Contact Center e da Comune di Milano – “*Affidamento del servizio di contact center infoline 020202*” – Importo a base di gara euro 5.614.754,10 – S.A.: Comune di Milano

Associazione Nazionale dei Contact Center – Comune di Milano – Verifica di congruità del prezzo imposto a base d’asta – Verifica in astratto – Inammissibile – Corretta sede della verifica di congruità del prezzo di gara – Procedimento di verifica di anomalia dell’offerta – Verifica in concreto – Tutela della congruità del valore dell’appalto

- E’ infondata in quanto non sufficiente a fondare alcun giudizio attendibile la richiesta di verifica in astratto della congruità del prezzo imposto a base d’asta, per asserita errata valutazione dell’importo, in compressione del costo del lavoro stimato.
- L’art. 86 non è una norma sul procedimento di individuazione del prezzo a base d’asta, bensì una norma sulla congruità dell’offerta, ma allo stesso tempo appare la sede prescelta dal legislatore per la verifica in concreto della congruità del valore dell’appalto. La ricerca della concorrenzialità non può comprimere il limite posto dal rispetto sostanziale delle condizioni di lavoro, che peraltro sono in linea di principio analoghe per tutte le imprese concorrenti.

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006, depositata in data 27 maggio 2014, n. prot. 61411/14, reiterata con richiesta del 4 agosto 2014, n. prot. 87757, depositata successivamente alla intervenuta soppressione dell’Avcp ad opera dell’art. 19, comma 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, l’Associazione Nazionale dei Contact Center in Outsourcing (in seguito Assocontact) ha richiesto un parere di precontenzioso relativamente al bando di gara per l’affidamento del servizio di contact center “*Infoline 020202*” del Comune di Milano, contestando la legittimità di quest’ultimo, nella parte in cui dispone il valore posto a base d’asta



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dell'appalto. Afferma il richiedente, infatti, che l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe predisposto il suddetto bando di gara, operando una incongrua valutazione circa il valore da porre a base d'asta, imponendo in tal modo agli operatori eventualmente partecipanti un sacrificio economico tale da non permettere la copertura integrale del costo del lavoro diretto, né dei costi indiretti e dei costi generali di struttura.

Con nota di replica del 10 giugno 2014, prot. 66600, il Comune di Milano – depositando analoga istanza di parere di precontenzioso - ha allegato propria memoria, concernente la definizione della questione sottoposta all'Autorità.

L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, con nota 23 giugno 2014, prot. 71136, ha trasmesso la comunicazione di avvio del procedimento invitando gli istanti Assocontact e Comune di Milano, nonché i controinteressati operatori economici partecipanti alla gara Comdata SpA, Olisistem ITQ Consulting SpA e Visiant Contact Srl, a voler depositare memorie e documenti scritti in replica o ad integrazione entro i termini di Regolamento. In risposta, sia l'associazione istante, sia il Comune di Milano, sia i controinteressati hanno trasmesso documenti e memorie scritte.

Oggetto della controversia appare il bando di gara della Stazione appaltante, Comune di Milano, nella parte in cui fissa un valore a base d'asta asseritamente incongruo e inferiore ai costi diretti del lavoro necessari e sufficienti per garantire all'amministrazione aggiudicatrice il servizio richiesto, senza considerare l'incidenza dei costi indiretti e generali di struttura delle aziende di settore.

Con diffusa argomentazione tecnica, asserisce il richiedente che la base d'asta fissata ad € 0,45 al minuto (iva esclusa) è comprensiva non solo del costo del personale, ma anche di tutti i costi generali di impresa (costi di staff, affitto, collegamenti, formazione, tecnologia, etc) e che il costo necessario all'erogazione del servizio, calcolato ipotizzando una percentuale di abbattimento di gara considerata minima, pari al 10%, si collocherebbe intorno a una cifra non sostenibile e comunque tale da non garantire l'effettiva copertura del costo del lavoro (né diretto, né indiretto), né tantomeno gli ulteriori costi per lo svolgimento del servizio. Rammenta, peraltro, il richiedente che il tipo di servizio “*in entrata*” richiesto dal bando di gara (cd servizio *in bound*), secondo i più recenti orientamenti giurisprudenziali, recepiti da chiari orientamenti di circolari del Ministero del Lavoro, obbliga le imprese all'utilizzo di personale dipendente assunto con contratto di lavoro subordinato e non consente autonomia organizzativa e forme contrattuali flessibili e più economiche all'impresa. L'istante Assocontact richiama, in punto di diritto, numerose disposizioni del decreto legislativo 12 aprile 2006,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

n. 163 sul calcolo del valore stimato degli appalti pubblici in particolare l'art. 10, comma 3, lett. b), nonché l'art. 29, e – più in particolare – gli artt. 86, 87 e 89 che recitano, in tema di anomalia delle offerte, che *“nella predisposizione delle gare di appalto (...) gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture”* (art. 86, comma 3 bis), e anche che *“non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge”* (art. 87, comma 3). Deduce, pertanto, il richiedente che dal quadro normativo richiamato *“emerge la particolare attenzione posta dal legislatore al costo del lavoro e agli oneri di sicurezza, ed infatti le stazioni appaltanti sono chiamate a porre particolare attenzione, nella predisposizione delle gare di appalto. Tutto ciò premesso, rilevata la non congruità del prezzo a base d'asta fissato nel Bando di gara per l'appalto di servizi del Comune di Milano, Infoline 020202, l'associazione istante domanda all'Autorità di pronunciare un parere in ordine alla congruità del prezzo a base d'asta fissato nel Bando per l'affidamento del suddetto servizio”*.

Con la propria nota di richiesta di parere, il Comune di Milano – dopo aver rappresentato lo stato del procedimento di gara, attualmente sospeso prima dell'apertura delle offerte tecniche – offre argomentazioni tecniche in merito alla correttezza della base d'asta e all'adeguatezza del valore prescelto in relazione ai parametri di mercato; sostiene, a tal riguardo, che la questione non viola l'applicazione della disciplina lavoristica, ma attiene all'efficientamento del servizio e alla organizzazione aziendale, scorrettamente rappresentata da Assocontact. A tal fine, il Comune di Milano - per dimostrare la sostanziale correttezza e adeguatezza del valore posto a base d'asta del proprio appalto di servizi - offre un quadro comparativo con i corrispettivi riconosciuti all'accordo quadro di analogo oggetto stipulato da Consip.

Intervengono, altresì, nel procedimento con proprie memorie gli operatori economici partecipanti alla gara e controinteressati Olisistem Itqconsulting Spa e ATI Visiant Contact Srl, Fastweb Spa e Present Spa. Con nota 4 luglio 2014, n. 75574, rappresenta il concorrente Olisistem Itwconsulting Spa di aver partecipato a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di analoghi servizi indette da altre stazioni appaltanti con base d'asta di entità comparabile; di ritenere la base d'asta congrua, come d'altra parte sarebbe dimostrato dalla partecipazione alla procedura selettiva di più concorrenti; e di ritenere inopportuno fornire ulteriori dettagli in ordine alla formulazione dell'offerta per riservatezza



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

commerciale. Con nota del 3 luglio 2014, n. 752616, si astiene da considerazioni di merito l'ATI Visiant Contact Srl, Fastweb Spa e Present Spa.

Seguono ulteriori controrepliche dei soggetti istanti con ampie argomentazioni tecniche in merito alla corretta o scorretta adozione dei parametri adottati, per l'individuazione del costo orario dell'operatore telefonico. Non si ravvisano in detti atti nuove argomentazioni giuridiche.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all'esame dell'Autorità riguarda la procedura di gara indetta dal Comune di Milano, con Determinazione dirigenziale 23 gennaio 2014, n. 3, e bandita in data 5 febbraio 2014, pubblicato in G.U.R.I. successivamente prorogata nei termini per la presentazione delle offerte. L'istante Assocontact lamenta l'illegittimità del bando nella parte in cui è valutato l'importo posto a base d'asta dal Comune di Milano. In particolare, il richiedente impugna il bando domandando un parere che ne accerti l'incongruità della valutazione in concreto e la violazione delle disposizioni del Codice sul calcolo del valore stimato degli appalti pubblici (art. 10, comma 3, lett. b), nonché art. 29, e – in particolare – gli artt. 86, 87 e 89 nella parte in cui dettano disposizioni sulla valutazione del valore economico dell'appalto nel procedimento di predisposizione delle gare di appalto e sulla violazione dei trattamenti salariali minimi inderogabili per legge (art. 86, 87, 89).

Riconosciuta preliminarmente la legittimazione delle associazioni di categoria a proporre istanze di parere precontenzioso (Parere di Precontenzioso n. 126 del 28 novembre 2007), la presente richiesta deve essere dichiarata infondata per le seguenti motivazioni.

Il principale motivo di impugnazione fonda il suo asserto – e la conseguente argomentazione sulla incongruità del calcolo del valore - sulla ragione di una presunta, ma indimostrata, ipotesi di ribasso almeno al 10% da parte degli operatori economici partecipanti alla gara. Tale valutazione in via ipotetica non è sufficiente a fondare un giudizio di incongruità del prezzo a base d'asta prescelto. Né pare idonea a giustificare una critica sull'operato dell'amministrazione. Appare, invero, fisiologico che la maturazione dell'esperienza in determinati settori caratterizzati dalla omogeneità delle prestazioni richieste e dalla ripetitività del servizio conduca progressivamente le stazioni appaltanti a muovere verso una sempre migliore approssimazione del prezzo a base d'asta a quello di prezzo di mercato. Pare opportuno rilevare, in tal senso, che la delibera del Comune di Milano – pur nell'affermata esigenza di riduzione dei costi di gestione - afferma di ricavare la formulazione dell'importo a base d'asta



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dall'osservazione di precedenti appalti per la gestione del servizio medesimo del 2009, successivamente prorogato, ma anche rivisitato sotto il profilo organizzativo, strumentale e strutturale (Deliberazione della Giunta comunale n. 2564 del 13 dicembre 2013, p. 4).

Si osserva, peraltro, che alla gara – anche tenuto conto dell'entità dell'appalto e del servizio - hanno partecipato un numero non del tutto irrilevante di operatori economici. A tal riguardo, non si può non tenere conto delle pur succinte memorie depositate da questi soggetti, in particolare ove si afferma che *“la scrivente società ritiene la base d'asta congrua come in effetti è dimostrato dalla partecipazione alla procedura selettiva di più concorrenti?”* (Memoria Olisistem Itqconsulting Spa). Anche se le percentuali di ribasso proposte dai partecipanti non sono ancora note e, dunque, non si può - allo stato - conoscere quale sia il ribasso effettivo che si rivelerà utile all'aggiudicazione della gara, la semplice partecipazione di tre imprese consente, allo stato attuale, di poter affermare che sussista un indice – anch'esso solo presuntivo – della presenza di un mercato astrattamente sostenibile alle condizioni date.

Evidentemente, non può essere sostenuto in senso assoluto che la partecipazione di alcune imprese alla gara attesti la presenza di mercato “sostenibile”. Sussistono, infatti, alcuni limiti che comunque devono essere rispettati. E', infatti, vero che *“sussiste una stretta correlazione fra la qualità delle prestazioni, da intendersi come equilibrio del sinallagma contrattuale tra le parti, e l'importo stimato a base d'asta, che, se non remunerativo, comporta l'alterazione dell'equilibrio economico delle prestazioni stesse. La sottostima della quotazione di una voce di prezzo incidente in modo significativo nel quadro economico dell'intervento, determina un ostacolo nei confronti degli operatori economici. Il livello dei ribassi proposti in precedenti appalti della S.A. non può da solo provare la correttezza sostanziale delle scelte tecnico economiche, tenuto conto della primaria esigenza delle imprese a conquistare lavoro, per motivi di sopravvivenza economica e di qualificazione?”* (Parere di Precontenzioso n. 126 del 28 novembre 2007).

D'altra parte occorre prendere atto che, allo stato attuale della legislazione vigente, tali limiti possano emergere in via indiretta solo in concreto e *a posteriori*, in sede di valutazione di anomalia dell'offerta, ove viene valutata la congruità del punto di incontro tra domanda e offerta. Afferma, infatti, la giurisprudenza che *“Nelle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 86, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli appalti), in materia di anomalie concernenti il costo del lavoro devono considerarsi anormalmente basse le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva, costi medi che costituiscono non parametri inderogabili, ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta, con la conseguenza che è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva” (Cons. Stato Sez. V, 24 luglio 2014, n. 3937, T.a.r. Lazio - Roma, II ter, n. 1819/2012). A titolo di esempio, non è escluso che possano in tale sede essere sanzionate non soltanto circostanze quali pratiche commerciali scorrette (condotte abusive escludenti, prezzi predatori, pratiche di *dumping*).

L’AVCP ha in altre occasioni affermato la necessità che la stazione appaltante effettui un’attenta verifica in ordine alla congruità del prezzo alla luce della necessità di rispettare i parametri normativi e di tutela dei lavoratori impiegati, anche sotto il profilo del costo del lavoro (Parere di precontenzioso 9 febbraio 2011, n. 28). In merito, è stato affermato che *“la scelta legislativa mira a tutelare la par condicio dei concorrenti, atteso che la garanzia del rispetto del costo del lavoro determinato dalla contrattazione collettiva di categoria, ovvero delle imprese che esercitano l’attività dedotta in gara e che sono potenziali partecipanti alla medesima, non consente a ciascun operatore di individuare liberamente il contratto collettivo da applicare, ma rappresenta un unico criterio di riferimento per tutti i concorrenti. Le suddette tabelle ministeriali, tuttavia, pongono delle regole di azione della p.a. ai fini della corretta predisposizione dei bandi di gara, nonché della valutazione delle soglie di anomalia delle offerte dei partecipanti a gare d’appalto, e non si propongono, invece, di determinare una misura del costo del lavoro rilevante agli effetti degli appalti pubblici in via autoritativa, quale intervento regolatorio sui prezzi a fini amministrativi (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 novembre 2002 n. 6415, TAR Lombardia, Brescia, sentenza 23 ottobre 2007 n. 915, TRGA Trentino Alto Adige, Trento sentenza 23 giugno 2008 n. 154)”*.

Pare, dunque, che a partire dal caso di specie possa affermarsi di più. Si può, infatti, sostenere che il nesso tra costo del lavoro ed effetti distorsivi della concorrenza sia biunivoco: è bensì vero che il controllo di anomalia è volto in via diretta a tutelare le condizioni di concorrenza del mercato e, tuttavia, pare anche chiaro che la ricerca della concorrenzialità non può comprimere il limite posto dal rispetto sostanziale delle condizioni di lavoro, che peraltro sono in linea di principio analoghe per tutte le imprese concorrenti. In questo senso, afferma la giurisprudenza che nella valutazione del discostamento dell’offerta dal costo del lavoro riconosciuto in tabelle ministeriali – residui una discrezionalità della stazione appaltante, pur sempre da valutare nel caso concreto in sede di controllo dell’offerta anormalmente bassa (*ex multis*, Parere di precontenzioso 10 novembre 2011, n. 203, Parere 16 giugno 2010, n. 119, T.A.R. Sicilia Palermo, III, 16 luglio 2014, n. 1882))

Si osservi, a tal riguardo, che appaiono inconferenti i richiami normativi evidenziati dal richiedente Assocontact. Invero, non pare che il Codice detti alcuna disposizione sul procedimento di fissazione del prezzo da parte della stazione appaltante, limitandosi – nella disciplina della verifica delle offerte



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

anomale – a disporre che *“le stazioni appaltanti sono tenute a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro”* (art. 86). Appare invero discutibile la conclusione a cui, pur acutamente proposta, giunge il richiedente là dove asserisce in sostanza la portata precettiva per la stazione appaltante di tale disposizione. In altri termini, da un'interpretazione sistematica della norma appare evidente che l'art. 86 non è una norma sul procedimento di individuazione del prezzo a base d'asta, bensì una norma sulla congruità dell'offerta. Si deve ritenere, infatti, che la conseguenza - nel caso di un bando con prezzo incongruamente determinato - consisterà nella gara deserta o in offerte non seriamente sostenibili. *“Nelle gare d'appalto, ai sensi degli artt. 86-87 del d.lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti), la verifica della congruità di un'offerta potenzialmente anomala ha natura globale e sintetica, vertendo questa sulla serietà, o meno, dell'offerta nel suo insieme e, a tal fine, l'impresa chiamata a dimostrare la non anomalia della propria offerta deve in sostanza dimostrare la corrispondenza tra il prezzo offerto in gara ed il punto minimo di equilibrio economico dell'affare che è collegato alla somma di tutti i fattori di costo, contrattualmente rilevanti, che sono stati posti a base dell'elaborazione del suo "business plan" (Cons. Stato, IV, 29 aprile 2014, n. 2220, T.a.r. Veneto - Venezia, I, n. 1652/2011).*

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che la verifica di congruità del prezzo posto a base d'asta, stanti le vigenti disposizioni di legge, deve essere operata in concreto e *a posteriori* dalla Stazione appaltante;
- che la valutazione di anomalia dell'offerta tiene conto del giusto equilibrio tra la promozione della concorrenza e la legittima compressione del costo del lavoro;
- che la valutazione di anomalia dell'offerta si pone, indirettamente, a tutela della congruità del valore dell'appalto, con riguardo al rispetto dei contratti collettivi di lavoro e delle tabelle ministeriali.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 ottobre 2014

Il Segretario Maria Esposito