

DELIBERA N. 393 del 19 maggio 2021

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da [OMISSIS] S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione e riscossione spontanea, sollecitata e coattiva della tassa rifiuti, dei canoni del servizio idrico integrato, della riscossione coattiva di tutte le entrate tributarie, patrimoniali e di ogni altra entrata comunale, dell'accertamento I.M.U. – TA.RI. e di gestione, accertamento e riscossione spontanea e coattiva dell'I.C.P., diritti sulle pubbliche affissioni, della TOSAP, gestione impianti delle pubbliche affissioni, del canone patrimoniale di concessione, autorizzazione o esposizione pubblicitaria ex art. 1, co. 816-847 della legge 160/2019 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 7.162.839,77 – S.A.: Provincia di Cosenza Servizio SUA per conto di Comune di Corigliano Rossano

PREC 103/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 83, d.lgs. n. 50/2016

Art. 50, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Requisiti di idoneità tecnica e professionale – Organico – Clausola sociale – Progetto di riassorbimento del personale – Principio di proporzionalità – Tutela della concorrenza – Partecipazione di PMI

Massima

Requisiti di capacità tecnica e professionale – Organico

La clausola del disciplinare di gara che prescrive la necessaria titolarità in capo al concorrente di un organico determinato deve essere predisposta nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza rispetto all'oggetto del contratto e deve lasciare margini di flessibilità organizzativa al concorrente, non potendo compromettere ingiustificatamente la partecipazione alla gara delle piccole e medie imprese.

Art. 83, d.lgs. n. 50/2016

Clausola sociale – Progetto di riassorbimento

Il progetto di riassorbimento integra una proposta contrattuale nella quale è rimesso all'autonomia imprenditoriale e organizzativa del concorrente individuare il personale riassorbibile con il relativo inquadramento secondo i CCNL.

Art. 50, d.lgs. n. 50/2016

Linee guida ANAC n. 13 (Delibera n. 114/2019)

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 maggio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere di precontenzioso prot. n. 29821 del 12/04/2021 con la quale l'operatore economico [OMISSIS] S.r.l. contesta la legittimità della documentazione di gara inerente la procedura in oggetto in quanto lesiva della concorrenza e preclusiva della partecipazione per le piccole e medie imprese in ragione del richiesto requisito di capacità tecnico-professionale inerente il possesso del personale in organico e in ragione del progetto di assorbimento richiesto in attuazione della clausola sociale; nello specifico, l'istante sottopone all'attenzione dell'Autorità i seguenti quesiti:

1) se sia legittimo l'art. 4.3, lett. j) del disciplinare di gara relativo a "*Requisiti di capacità tecnico-professionale art. 83, comma 1, lettera c) D.Lgs. n. 50/2016*" nella parte in cui richiede ai concorrenti di «*Avere nel proprio organico complessivo almeno n. 100 unità lavorative con contratto full time a tempo indeterminato di cui almeno un dirigente e n. 3 ufficiali di riscossione disciplinati dal C.C.N.L.*»; l'istante sostiene che tale requisito risulti sproporzionato rispetto all'oggetto del bando, alle attività di gara e alle dimensioni del Comune, violando gli artt. 30 e 83, commi 1 e 2, d.lgs. n. 50/2016 in quanto lesivo del principio di proporzionalità, di concorrenza e di massima partecipazione alle gare, impedendo la partecipazione alle piccole e medie imprese;

2) se sia legittimo l'art. 7. 2 del disciplinare di gara relativo alla "*Clausola sociale*" e al progetto di riassorbimento nella parte in cui prescrive che «*il concorrente dovrà garantire l'attuazione del proprio progetto di riassorbimento (parametrato alla complessiva spesa per il personale di € 413.041,15) che dovrà essere distribuito per una percentuale compresa tra il 32 e il 35% per il personale dell'area urbana Corigliano e per una percentuale compresa tra il 65 e il 68% per il personale dell'area urbana Rossano*» e se sia legittimo l'art. 13.1 del disciplinare di gara nella parte in cui prevede l'attribuzione di un punteggio compreso tra un minimo di 0 ad un massimo di 15 per il progetto di riassorbimento; l'istante sostiene che le clausole della documentazione di gara concernenti il progetto di riassorbimento limitino la libertà di impresa aggirando il divieto di un obbligo totale di riassunzione, in violazione dell'art. 50, d.lgs. n. 50/2016 e delle linee guida ANAC n. 13; inoltre, la previsione di un punteggio per tale profilo dell'offerta tecnica influirebbe notevolmente sull'offerta economica dei concorrenti;

3) se sia legittimo che la *lex specialis* di gara abbia previsto una decorrenza differita della concessione per l'area urbana di Rossano (01/01/2023), rispetto all'area di Corigliano, ciò che renderebbe impossibile la predisposizione di un'offerta tecnica ed economica consapevole e adeguata alle esigenze dell'impresa, anche con riferimento alla predisposizione del progetto di riassorbimento;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 33201 del 22/04/2021;

VISTE le memorie e la documentazione trasmesse dalle parti interessate;



CONSIDERATO che, nella memoria trasmessa, il Comune di Corigliano Rossano difende le scelte compiute richiamando a fondamento delle stesse l'intervenuta fusione dei due Comuni di Corigliano e Rossano che ha portato alla creazione di un comune con 74.896 abitanti e la complessità dell'oggetto della concessione in affidamento, concernente il servizio di gestione e riscossione spontanea, sollecitata e coattiva, di tutte le entrate tributarie comunali, cosicché non risulterebbe violato il principio di proporzionalità, come comproverebbe la precedente gara indetta dal Comune di Rossano con la quale si esigeva dagli operatori economici un organico di 50 unità lavorative di cui 1 dirigente e n. 3 ufficiali di riscossione; il Comune osserva anche come le piccole e medie imprese potrebbero partecipare in raggruppamento con altri operatori economici; con riferimento alla clausola sociale e al progetto di riassorbimento del personale, inserito tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica con l'attribuzione di un punteggio fino a 15 punti, l'amministrazione aggiudicatrice evidenzia la conformità delle relative prescrizioni del disciplinare all'art. 50, d.lgs. n. 50/2016 e alle linee guida dell'ANAC, in quanto esse non comprometterebbero la partecipazione delle imprese la cui organizzazione non consenta di assumere tutti i dipendenti impiegati nel precedente appalto né risulterebbero sproporzionate ove prevedono l'attribuzione di un punteggio fino a 15 punti (graduabile in base al progetto di riassorbimento) e tenuto conto del punteggio massimo previsto per l'offerta tecnica fino a 70 punti;

CONSIDERATO che, invece, nella memoria trasmessa, l'istante insiste nel sostenere l'illegittimità del requisito relativo all'organico (100 unità lavorative con contratto full time a tempo indeterminato di cui almeno un dirigente) in quanto lesivo della partecipazione delle piccole e medie imprese, favorendo i concessionari uscenti che ne sarebbero in possesso; inoltre, egli contesta la disciplina della clausola sociale e del progetto di riassorbimento previsto dal disciplinare in quanto in contrasto con le linee guida ANAC n. 13 e con la Relazione illustrativa ove l'Autorità ha ritenuto non opportuno inserire la valutazione del progetto di riassorbimento tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica; in particolare, ritiene vi sia stato un aggiramento del divieto di imporre un obbligo di riassorbimento del personale ove si prevede che il progetto sia parametrato alla spesa per il personale di euro 413.041,15, da distribuirsi in percentuali diverse sulle due aree di Corigliano e di Rossano; sotto un diverso profilo, l'art. 50 del Codice sarebbe violato nella parte in cui esclude l'applicazione della clausola sociale per le concessioni e gli appalti di servizi di natura intellettuale cui andrebbe ricondotta la concessione in affidamento (cita Cons. Stato, sez. V, n. 4098/2020 TAR Sicilia, Catania, sez. III, n. 2619/2019); il disciplinare sarebbe anomalo ove prevede come obbligatoria la presentazione del progetto di riassorbimento, consentendo al contempo di presentare un progetto con prevista spesa pari a zero; l'istante insiste nel contestare l'oggetto del contratto ove prevede un differimento delle prestazioni per l'area di Corigliano insieme a tipologie di prestazioni diverse;

CONSIDERATO che, come prescrive l'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti di capacità tecnica e professionale che devono essere «attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione»; ai sensi del comma 6, negli appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono «richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità»; le scelte compiute in ordine ai requisiti speciali di partecipazione devono essere rispettose del principio di proporzionalità e tali da garantire la più ampia partecipazione dei concorrenti (Cons. Stato, sez. V, 21/02/2020, n. 1329); in diverse occasioni, l'Autorità ha osservato che la stazione appaltante dispone di un ampio potere discrezionale nella scelta dei requisiti di partecipazione nei contratti di servizi e forniture, nel rispetto dei principi di proporzionalità, di attinenza e ragionevolezza e di rispetto del principio della libera concorrenza (tra le altre: ; delibera n. 348 del 27/04/2021; delibera n. 608 del 31/05/2017; delibera n. 794 del 19/07/2017; parere n. 164 del 23/10/2013);

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 50, d.lgs. n. 50/2016 «Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 (...);»;

CONSIDERATO che, come indicato dall'ANAC nelle Linee guida n. 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali", adottate con Delibera 13/02/2019, n. 114, «Per servizi di natura intellettuale, si intendono i servizi che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, come ad esempio il brokeraggio assicurativo e la consulenza. Tale condizione si verifica nei casi in cui, anche eventualmente in parallelo all'effettuazione di attività materiali, il fornitore elabora soluzioni, proposte, pareri che richiedono una specifica e qualificata competenza professionale, prevalente nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse. Il servizio, pertanto, non ha natura intellettuale per il solo fatto di essere prestato da personale soggetto all'obbligo di iscrizione in albi professionali»; inoltre, «Laddove l'oggetto del contratto comprenda in modo scindibile sia prestazioni afferenti ad attività assoggettate all'obbligo di previsione della clausola sociale, sia prestazioni non soggette a tale obbligo, la clausola sociale si applica limitatamente alle attività ricadenti nell'obbligo di previsione della clausola sociale»;

CONSIDERATO che, come indicato nelle Linee guida n. 13, «l'applicazione della clausola sociale non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. Il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore. Tale principio è applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale (contratto collettivo, Codice dei contratti pubblici)»; anche il Cons. Stato, sez. V, 2/11/2020, n. 6761, recentemente, ha ribadito l'orientamento consolidato secondo cui la clausola sociale deve essere formulata e intesa «in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario», anche perché solo in questi termini «la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255)»;

CONSIDERATO che, come riportano le Linee guida ANAC n. 13, «La stazione appaltante prevede, nella documentazione di gara, che il concorrente alleggi all'offerta un progetto di assorbimento, comunque denominato, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico)»;



RITENUTO che la previsione in sé della clausola sociale di cui all'art. 7.2 del disciplinare di gara sia conforme all'art. 50, d.lgs. n. 50/2016 vista la complessità dell'oggetto della concessione in affidamento, che ricomprende una pluralità di attività, non riconducibili a sole attività di natura intellettuale, ma includendo prestazioni di natura diversa concernenti la complessiva attività di gestione e riscossione di tutte le entrate tributarie del Comune di Corigliano Rossano, fermo restando che la quota percentuale di attivazione della clausola sociale deve essere effettivamente relativa al personale che non svolge attività di natura intellettuale; inoltre, in conformità ai principi della normativa di settore, come riportati nelle linee guida ANAC n. 13, il disciplinare di gara prevede che l'appaltatore dovrà dare attuazione alla clausola sociale, coinvolgendo prioritariamente le unità lavorative già dipendenti dai precedenti gestori «purché il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa e con le specifiche esigenze tecnico-organizzative e di manodopera, anche curando la loro formazione ed integrazione nei nuovi processi lavorativi»;

RITENUTO, invece, che la clausola del disciplinare che impone la titolarità di un organico a tempo pieno e indeterminato, in numero pari a 100 dipendenti, non sia conforme ai principi di proporzionalità e di tutela della concorrenza, compromettendo la partecipazione delle piccole e medie imprese; la giurisprudenza ha considerato che l'organico, richiesto come requisito di partecipazione a una gara, pur costituendo una struttura minima funzionale per garantire la presenza dell'impresa sul mercato, deve essere «*strumento duttile, implementabile anche per tempi limitati, onde consentire il raggiungimento di scopi particolari e transeunti*» (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24/07/2017, n. 3649), caratteristiche che non appaiono presenti nel requisito di partecipazione richiesto per la gara in esame se si considerano tutti gli altri requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti dal disciplinare all'art. 4.3 riferiti all'esperienza pregressa e tenuto conto del progetto di riassorbimento del personale impiegato nel precedente contratto che gli operatori economici devono presentare, anche se compatibilmente con la propria organizzazione di impresa (il progetto di riassorbimento nel disciplinare di gara è parametrato alla complessiva spesa per il personale di € 413.041,15 da distribuire per una percentuale compresa tra il 32 e il 35% per il personale dell'area urbana Corigliano e per una percentuale compresa tra il 65 e il 68% per il personale dell'area urbana Rossano); tanto più che il progetto di riassorbimento, che deve essere obbligatoriamente trasmesso dai concorrenti, è stato inserito tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica con l'attribuzione di un punteggio massimo fino a 15 punti, ciò che determina un'evidente posizione di privilegio in sede di partecipazione alla gara per le imprese di grandi dimensioni che, oltre ad essere in possesso dell'organico richiesto, possono anche garantire il totale riassorbimento del personale impiegato nel precedente contratto; inoltre, si segnala che, nella relazione illustrativa alle linee guida n. 13 (recanti la disciplina delle clausole sociali), l'Autorità ha evidenziato l'inopportunità di inserire la valutazione del progetto nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attesa «la difficoltà di definire criteri di valutazione del "progetto di riassorbimento" che rispondono ai requisiti di cui all'articolo 95, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, ripresi dalle Linee guida n. 2 - Offerta economicamente più vantaggiosa, e il rischio che criteri di valutazione dell'offerta basati sul numero dei lavoratori che saranno ri-assorbiti in applicazione della clausola sociale possano essere di ostacolo a processi di efficientamento dell'operatore entrante»;

RITENUTO che, fermo restando che è rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante di stabilire i tempi di esecuzione delle prestazioni, la richiesta dell'organico appare illogica anche rispetto alla circostanza che nell'area di Rossano l'avvio dell'esecuzione delle prestazioni avverrebbe nel 2023 come da capitolato di gara;

RITENUTO, pertanto, in base alle considerazioni sopra riportate, che le prescrizioni del disciplinare di gara relative all'organico minimo richiesto e al progetto di riassorbimento inserito tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica presentino elementi di non proporzionalità e adeguatezza rispetto all'oggetto del contratto e siano lesive della concorrenza e, in particolare, della partecipazione alla gara di piccole e medie imprese,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le prescrizioni del disciplinare di gara relative all'organico minimo richiesto e al progetto di riassorbimento inserito tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica siano contrarie alla normativa di settore.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio 24 maggio 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente