



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 246 DEL 8 marzo 2017

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Abaco S.p.a.– Adesione della S.A. e della controinteressata Step S.r.l. - Concessione servizio di riscossione ordinaria e coattiva e dell'accertamento dell'imposta comunale sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni e del servizio di pubbliche affissioni per i seguenti Comuni aderenti alla S.U.A.: San Biagio di Callalta, Ponzano Veneto, Silea e Povegliano (per singoli lotti) – S.A. S.U.A. Comune di Treviso

PREC 62/17/S

Valutazione di congruità dell'offerta – costo del personale - affidamento a lavoratori autonomi – obbligo di motivazione

La ratio del sub procedimento di verifica dell'anomalia è quella di accertare la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità della proposta contrattuale, in maniera da evitare che l'appalto sia aggiudicato a prezzi eccessivamente bassi, tali da non garantire la qualità e la regolarità dell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento.

L'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, in assenza di specifici elementi idonei a dimostrare gli elementi tipici del subappalto (l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera o di un servizio), si configura quale contratto d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa. Nell'ipotesi di impiego di lavoratori autonomi, o a progetto, il compenso corrisposto deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito e deve tenere conto dei compensi normalmente erogati per analoghe prestazioni di lavoro autonomo.

In caso di verifica di congruità con esito positivo, l'iter logico seguito si desume dal rinvio alle giustificazioni fornite dall'offerta sottoposta a verifica, ove queste siano a loro volta plausibili e documentate e siano chiaramente condivise dall'amministrazione. Ciò non libera l'amministrazione dall'obbligo di motivazione, dovendo essa illustrare, anche sinteticamente, le ragioni per le quali ritiene di condividere i chiarimenti forniti.

Artt. 97 e 105, co. 3 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 13480 del 27 gennaio 2017, e successive memorie, la Abaco S.p.a. contesta l'affidamento del servizio in oggetto alla Step S.r.l. e riferisce che, in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta, la S.A. chiedeva alla citata Step le giustificazioni riguardanti in particolare: i costi del personale e di uso del locale adibito a recapito; i costi per lo smaltimento rifiuti; il preventivo di spesa per l'attività di installazione, manutenzione o sostituzione impianti e il dettaglio dei costi per la fornitura e l'installazione dei tabelloni. L'istante riferisce che, secondo i chiarimenti forniti dalla Step S.r.l., la voce "costo del personale impiegato" era da intendere in quota parte, in quanto l'operatore avrebbe svolto l'attività anche per altri lotti e altre commesse già in essere; che la voce spese generali comprendeva gli oneri di sicurezza e di smaltimento rifiuti, e che la Step non riteneva necessario un preventivo di spesa per l'attività di installazione, manutenzione o sostituzione impianti in quanto la manutenzione ordinaria rientrava nei costi del personale affissatore, mentre i restanti costi "sono già conosciuti alla scrivente in quanto rientrano quale parte integrante e costante del ciclo di interventi".

A seguito dei citati chiarimenti, la S.A. chiedeva ulteriormente alla Step S.r.l. di indicare la categoria del contratto collettivo del personale impiegato, nonché il livello dello stesso, e di specificare l'orario di apertura al pubblico del recapito. La ditta replicava che l'attività di recapito sarebbe stata affidata a lavoratori autonomi non dipendenti di Step e che sarebbe stata garantita la presenza di un incaricato della stessa con cadenza settimanale.

Con una terza richiesta la S.A. chiedeva nuovamente alla Step di indicare l'inquadramento contrattuale del personale adibito al recapito e l'orario di apertura dello stesso. La ditta replicava che solo dopo l'aggiudicazione essa avrebbe individuato il tipo di contratto, "che potrà essere di tipo subordinato, parasubordinato o autonomo" e specificava che il recapito avrebbe osservato un'apertura giornaliera di mezz'ora al mattino e mezz'ora al pomeriggio, più mezz'ora al sabato mattina, garantendo "una estensione degli orari in funzione delle necessità dell'utenza" per l'attività specifica di timbratura locandine e ritiro manifesti.

L'istante Abaco S.p.a. lamenta l'incongruenza e illogicità delle giustificazioni sopra descritte e contesta che la Commissione di gara le abbia ritenute "adeguate ed esaurienti". L'istante ritiene infatti che il costo del personale non possa essere considerato "pro quota", e che la scelta, posticipata al momento dell'aggiudicazione, del tipo di contratto da applicare al personale di sportello, non consente di indicarne nel piano economico e finanziario il relativo costo. Abaco ritiene inoltre che, prevedendo il disciplinare il divieto di qualsiasi forma di subaffidamento, l'attività di recapito debba essere svolta direttamente dall'affidatario, e rileva altresì che anche l'eventuale "estensione degli orari in funzione delle necessità dell'utenza" produce un aumento di costo, non indicato, e che appare insufficiente asserire che i costi di installazione e sostituzione "sono già conosciuti alla scrivente" senza stimarne il costo.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Infine Abaco contesta che sia stato attribuito il punteggio massimo all'articolazione oraria offerta da Step, che la precisava poi solo in sede di giustificativi, solo perché la *lex specialis* non prevedeva un'attribuzione del punteggio parametrata all'articolazione oraria ma si limitava a prevedere il massimo di 10 punti all'apertura giornaliera.

Con nota prot. n. 17894 del 2 febbraio 2017, la Stazione Unica Appaltante Comune di Treviso comunicava il proprio preventivo assenso al parere di precontenzioso, e con successive memorie evidenziava che le modalità di gestione del servizio descritte dalla Step S.r.l. erano state ritenute coerenti in quanto garantite dalla sede operativa già esistente mediante call center, posta elettronica, internet e mediante il recapito istituito nei singoli comuni, e specificava che tale recapito “è il luogo dove poter rintracciare un incaricato o consegnare il materiale pubblicitario, e non un ufficio del concessionario, mentre la modalità di gestione spetta al concessionario stesso”. Precisava inoltre che i singoli capitolati non prevedevano indicazioni precise sul tipo di personale da impiegare, e pertanto vi era libertà di scelta, fermo restando il divieto di subappalto. Infine, il costo per la installazione, manutenzione o sostituzione impianti “è stato ritenuto attendibile tenuto conto della vetustà degli impianti”.

Con nota prot. n. 21341 del 9 febbraio 2017, la Step S.r.l. aderiva al procedimento di precontenzioso ed esprimeva, innanzi tutto, che la *lex specialis* non prescriveva nel dettaglio gli orari di apertura del recapito, ma si limitava a prevederne l'apertura giornaliera, e che tale recapito era da intendere come servizio accessorio. Affermava inoltre che l'utilizzo di lavoratori autonomi non esclude la responsabilità diretta del concessionario e che comunque essa non costituisce subappalto, in quanto, ai sensi dell'art. 105, co. 3 d.lgs. 50/2016, “non si configurano come attività affidate in subappalto: a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi”. Precisava infine che la propria offerta prevede un notevole abbattimento dei costi e l'ottimizzazione dei carichi di lavoro e che il personale impiegato è utilizzato anche per altre gestioni già in essere, e per tale motivo il relativo costo è da intendere “pro quota”, in quanto esso “è una quota parte del costo complessivo dell'operatore, che svolgerà le attività anche per i restanti lotti e le altre commesse del territorio provinciale”.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la congruità dell'offerta presentata dalla Step nella gara in oggetto, alla luce delle giustificazioni presentate.

Si premette necessariamente che, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza (Cons. Stato sez. III 9 dicembre 2015, n. 5597) «La scelta dell'Amministrazione di attivare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è ampiamente discrezionale e può essere sindacata, in conseguenza, davanti al giudice amministrativo solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto. Le valutazioni sul punto devono essere compiute dall'Amministrazione in modo globale e sintetico, con riguardo alla serietà dell'offerta nel suo complesso e non con riferimento alle singole voci dell'offerta (Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2662; Cons. St., sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274; in tal senso anche Parere di precontenzioso n. 84 del 10 aprile 2014).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

La ratio del sub procedimento di verifica dell'anomalia è, pertanto, quella di accertare la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità della proposta contrattuale, in maniera da evitare che l'appalto sia aggiudicato a prezzi eccessivamente bassi, tali da non garantire la qualità e la regolarità dell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento.

Detto ciò, per quanto riguarda il punteggio relativo agli orari di apertura del recapito, si osserva che il Capitolato di gara dei singoli lotti si limitava ad attribuire 0 punti all'offerta di apertura del recapito solo al mattino, 5 punti all'apertura mattino e pomeriggio e 10 punti a chi offrisse anche l'apertura al sabato, senza specificare la durata dell'apertura stessa. E perciò non appare sindacabile per irragionevolezza l'attribuzione del punteggio pieno alla ditta Step che aveva offerto l'apertura sia la mattina, compreso il sabato, sia al pomeriggio, anche se in sede di richiesta di chiarimenti aveva specificato che tale apertura avrebbe avuto la durata di mezz'ora.

Per ciò che concerne le doglianze relative al costo del personale impiegato, si osserva preliminarmente che già con Atto di segnalazione n. 2 del 19 marzo 2014 l'Autorità ha evidenziato la necessità di salvaguardare il principio dell'autonomia imprenditoriale. Ferma restando, pertanto, la tutela da assicurare al rispetto del costo "unitario", il costo complessivo del personale per ciascun concorrente si determina in base alla reale capacità organizzativa d'impresa che è funzione della libera iniziativa economica ed imprenditoriale (art. 41 Cost.).

Anche la giurisprudenza ha evidenziato che la valutazione del costo del lavoro, in sede di verifica della congruità dell'offerta, consente alla stazione appaltante di verificare il rispetto dei minimi salariali inderogabili, sui quali non sono ammesse giustificazioni, ma nello stesso tempo di dare spazio alla valutazione di efficienze organizzative dell'impresa, che conducono alla scelta dell'offerta realmente "economicamente più bassa". (Cons. Stato sez. III 10 febbraio 2016 n. 589).

Nel caso di specie, i capitolati dei singoli lotti prevedono (art. 7) che il Concessionario dovrà istituire nell'ambito del territorio comunale, un recapito per l'affidamento dell'attività gestionale ed esecutiva, per ricevere commissioni e manifesti, riscuotere i diritti e curare l'affissione, e che il personale agirà sotto la diretta responsabilità del Concessionario; inoltre «il personale dell'affidatario impiegato per lo svolgimento delle attività oggetto del presente capitolato agirà sotto la diretta ed esclusiva responsabilità dell'affidatario medesimo. La società affidataria dovrà disporre di personale e mezzi adeguati a garantire il regolare e corretto funzionamento delle attività, attraverso l'impiego delle necessarie figure professionali, obbligandosi ad applicare, nei confronti dei lavoratori dipendenti, le condizioni previste dai contratti collettivi di lavoro di categoria» (art. 15). Si prevede altresì che «è assolutamente vietato di cedere o subappaltare il servizio assunto» (art. 17).

Occorre osservare in proposito che, con particolare riferimento alla possibilità di impiegare lavoratori autonomi, quali ad esempio quelli a progetto, la giurisprudenza (Cons. Stato sez. V 25 novembre 2010 n. 8229) ha chiarito che «ad essi non sono applicabili né direttamente né indirettamente i contratti collettivi che disciplinano il lavoro subordinato, né è loro applicabile il principio costituzionale di retribuzione sufficiente, che riguarda esclusivamente il lavoro subordinato, sicché il lavoro a progetto risulta esclusivamente disciplinato dalle norme dettate dal codice civile in materia di lavoro autonomo e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dalle norme speciali di cui al d. lgs. n. 276 del 2003, che prevedono che, fatta salva la applicazione di accordi collettivi più favorevoli, il compenso corrisposto deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito e debba tenere conto dei compensi normalmente erogati per analoghe prestazioni di lavoro autonomo». E' stata quindi evidenziata l'erroneità del ricorso ai minimi tabellari previsti con la contrattazione collettiva dei lavoratori subordinati per verificare la congruità dei costi previsti per la retribuzione dei lavoratori a progetto. E' stato specificato che «il rispetto delle norme in materia di lavoro e previdenza sarebbe stato violato solo se fosse stato accertato che la retribuzione corrisposta fosse stata non proporzionata alla quantità e qualità del lavoro eseguito dai propri collaboratori, tenuto conto dei compensi previsti per il lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto». La medesima pronuncia non accoglieva inoltre la presunta assimilazione al subappalto di manodopera dell'impiego di lavoratori a progetto.

La giurisprudenza infatti, già nella vigenza del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che all'art. 118 espressamente escludeva il subappalto per "l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi", aveva inteso tale previsione come ricognitiva di un principio già esistente, per cui, in assenza di specifici elementi idonei a dimostrare gli elementi tipici di tale istituto (l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera o di un servizio), si configurava un contratto d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa (Cons. Stato Sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2943).

Ciò premesso, si osserva che, nel caso di specie, a fronte delle richieste di chiarimenti da parte della S.A. riguardanti la tipologia contrattuale applicata al personale di recapito, la concorrente Step replicava che la scelta su tale aspetto sarebbe stata effettuata dopo l'aggiudicazione. Analogamente, emerge che la Step non riteneva necessario un preventivo di spesa per l'attività di installazione, manutenzione o sostituzione impianti «in quanto quelle di manutenzione ordinaria rientrano nei costi del personale affissatore dedicato, mentre gli altri sono già conosciuti alla scrivente in quanto rientrano quale parte integrante e costante del ciclo di interventi».

Nonostante la genericità e indeterminatezza delle riportate giustificazioni, che non sembrano evidenziare tutte le voci di costo richieste, la S.A. riteneva le spiegazioni «adeguate ed esaurienti, in quanto danno sufficiente affidamento sull'idoneità dell'offerta a garantire il corretto adempimento del contratto di cui trattasi, dimostrandone la congruità».

Al riguardo si rammenta che, in caso di verifica di congruità con esito positivo, l'iter logico seguito è arguibile dal rinvio alle giustificazioni fornite dall'offerta sottoposta a verifica, ove queste siano a loro volta plausibili e documentate (Cons. stato, sez. V, 8 luglio 2008 n. 3406) e siano chiaramente condivise dall'amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2009 n. 2384). Ciò comunque «non libera l'amministrazione dall'obbligo di motivazione ex art. 3 l. n. 241/1990, dovendo essa illustrare, anche sinteticamente, le ragioni per le quali ritiene di condividere i chiarimenti forniti, chiarendo sommariamente quegli aspetti che fanno ritenere i chiarimenti plausibili e fondati» (TAR Lazio Roma sez. I 16 novembre 2010 n. 33472).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Pertanto, nel caso di specie, appare quanto meno necessario che l'iter logico seguito dalla S.A. ai fini del giudizio di congruità sia esplicitato, in particolare con riferimento alle voci di costo che non appaiono giustificate con sufficiente chiarezza.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- la tipologia contrattuale prescelta per il personale deve essere espressa a seguito della richiesta di chiarimenti, in modo da consentire alla S.A. di verificare, anche nell'ipotesi di impiego di lavoratori autonomi, o a progetto, che il compenso corrisposto sia proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito e tenga conto dei compensi normalmente erogati per analoghe prestazioni di lavoro autonomo;
- il giudizio di congruità espresso dalla S.A. nel caso di specie non appare adeguatamente motivato, con particolare riferimento alle voci di costo non sufficientemente dettagliate.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 marzo 2017

Il Segretario Maria Esposito