

## **Parere n. 215 del 18 dicembre 2013**

### **PREC 193/13/S**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla cooperativa sociale Capodarco – “*Servizio di call center e back office*” – euro 27.000.000,00 – S.A.: Acea s.p.a.

**Gara per l'affidamento del servizio di call center – possibilità per l'appaltatore di localizzare l'attività all'estero – verifica dell'anomalia dell'offerta.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

Con bando pubblicato in data 1 giugno 2013, Acea s.p.a. ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento triennale del servizio di *call center e back office*, di importo complessivo presunto pari ad euro 27.000.000,00 da aggiudicarsi al prezzo più basso.

Il 27 giugno 2013 è pervenuta all'Autorità l'istanza della cooperativa sociale Capodarco, che contesta la legittimità della *lex specialis* di gara in relazione al profilo che di seguito si riassume. L'art. 6.2. del disciplinare tecnico, intitolato “*Sede e personale*”, dispone: “(...) E' fatto esplicito divieto all'appaltatore di delocalizzare in territorio extranazionale le attività oggetto del disciplinare tecnico, salva autorizzazione espressa del committente. Resta comunque inteso e convenuto tra le parti che, in caso di localizzazione in territorio extranazionale, l'appaltatore dovrà garantire il medesimo livello di servizio richiesto dal committente per ciascuna attività oggetto del presente disciplinare tecnico, con particolare riferimento alla padronanza della lingua italiana parlata e scritta da parte degli operatori e del personale dell'appaltatore incaricato dei rapporti con il committente. La reportistica da fornire da parte dell'appaltatore dovrà indicare esplicitamente la sede ove il servizio è stato svolto. Rimane fermo che non sarà possibile svolgere le attività oggetto del presente disciplinare tecnico in paesi non appartenenti all'Unione Europea, in ottemperanza al disposto del D.Lgs. n. 196/03 in materia di trattamento di dati personali”.

Secondo la cooperativa istante, la clausola determinerebbe un effetto distorsivo della gara, dal momento che nella formulazione delle offerte economiche il costo della manodopera assumerebbe un rilievo pressoché esclusivo, restando viceversa trascurabili gli oneri per le attrezzature di lavoro e le spese generali: al riguardo, il disciplinare tecnico parrebbe imporre un divieto alla localizzazione all'estero delle strutture operative ma, al contempo, consentirebbe in modo contraddittorio alla stazione appaltante di autorizzare la delocalizzazione del personale nella fase di esecuzione del servizio.

Il costo orario del personale risultante dalle tabelle ministeriali vigenti in Italia sarebbe circa tre volte superiore a quello calcolato per altri paesi europei. Secondo la cooperativa istante, ciò potrebbe indurre molte imprese concorrenti a formulare ribassi eccessivi ed inattendibili, confidando nella possibilità di ottenere, nella fase di esecuzione dell'appalto, l'autorizzazione al trasferimento all'estero delle strutture operative ed all'utilizzo di manodopera straniera. Verrebbe così compromessa la serietà del confronto concorrenziale, la *par condicio* e l'affidabilità dell'impresa selezionata con il criterio del prezzo più basso.

Acea s.p.a., formalmente avvisata dell'istruttoria con nota trasmessa dall'Autorità il 6 agosto 2013, ha comunicato di aver sospeso la procedura alla fase della pre-qualifica ed ha sinteticamente replicato alle censure della cooperativa Capodarco, precisando che i concorrenti dovranno formulare le offerte economiche sulla base dei costi applicabili per lo svolgimento del servizio in territorio italiano e che, in fase di esecuzione del contratto, è fatta salva la facoltà di autorizzare il trasferimento all'estero delle strutture operative, a condizione che l'appaltatore garantisca il

mantenimento di un identico livello qualitativo e, in particolare, la perfetta conoscenza della lingua italiana parlata e scritta da parte del personale impiegato.

### **Ritenuto in diritto**

La cooperativa sociale Capodarco chiede parere in ordine alla procedura negoziata indetta da Acea s.p.a. per l'affidamento triennale del servizio di *call center e back office*.

La *lex specialis* di gara, per il profilo qui controverso, deve giudicarsi legittima.

Secondo la sintetica descrizione contenuta nell'art. 4 del disciplinare tecnico, il servizio ha per oggetto "(...) la gestione in overflow di attività di contact center del committente, distribuite tra call center (inbound ed outbound) e back office, comprensive della gestione dell'overflow e dell'overtime del call center". L'affidatario, conformemente ai principi che regolano il contratto di appalto, è tenuto ad eseguire il servizio con la propria organizzazione di mezzi e di personale e con gestione a proprio rischio, attenendosi alle specifiche istruzioni impartite da Acea s.p.a. e nel rispetto degli *standard* qualitativi prescritti dal capitolato speciale.

Appare del tutto rispondente ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e libertà di stabilimento che alla gara siano ammesse a partecipare imprese europee (cfr. l'art. 34, primo comma, lett. f-bis del Codice dei contratti pubblici, che ammette la partecipazione alle pubbliche gare degli "operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi") e che, in ogni caso, alle imprese concorrenti nazionali sia consentito di localizzare, in tutto o in parte, la struttura operativa ed il personale preposto al servizio in altro paese dell'Unione Europea.

L'art. 6.2. del disciplinare tecnico, nella parte in cui subordina la localizzazione all'estero del *call center* alla preventiva autorizzazione della stazione appaltante, non attribuisce a quest'ultima un'insindacabile discrezionalità né confina tale eventualità alla sola fase di esecuzione dell'appalto, come mostra di ritenere la cooperativa istante.

In primo luogo, secondo la formulazione testuale della clausola, deve certamente anticiparsi alla fase della gara la possibilità, per i concorrenti, di dichiarare l'intenzione di collocare in tutto o in parte all'estero i mezzi aziendali ed il personale dipendente e di richiedere, a tal fine, l'autorizzazione preventiva della stazione appaltante.

La valutazione della domanda di autorizzazione, proveniente dal concorrente fin dalla presentazione dell'offerta ovvero dall'appaltatore dopo la stipula del contratto e nel corso dell'esecuzione del servizio, è rimessa alla stazione appaltante, la quale potrà legittimamente denegarla soltanto in relazione alle specifiche esigenze descritte nello stesso disciplinare tecnico (garanzia dei livelli qualitativi del servizio per ciascuna attività, garanzia della padronanza della lingua italiana scritta e parlata da parte degli operatori del *call center*), sulla base di un giudizio prognostico correlato alle concrete modalità di organizzazione del servizio all'estero.

In tale contesto, è ben possibile (ed in sé legittimo) che un'impresa concorrente o aggiudicataria decida di stabilire in altro paese UE la sede operativa del servizio allo scopo di ridurre i costi per la retribuzione del personale.

Quanto alla valutazione dell'anomalia dei ribassi offerti in gara, Acea s.p.a. dovrà attenersi ai principi ed alle regole comunemente affermate circa l'esame delle giustificazioni, nel rispetto della procedura disciplinata dagli artt. 86-ss. del Codice dei contratti pubblici.

In termini generali, l'Autorità ha avuto modo di affermare che è legittimo il procedimento di verifica dell'anomalia all'esito del quale la stazione appaltante ritenga complessivamente congrua ed attendibile l'offerta presentata dall'aggiudicataria, sulla base di giustificazioni che investono l'offerta nella sua globalità e nella considerazione cumulativa di tutte le sue componenti unitariamente considerate (A.V.C.P., parere 27 giugno 2012 n. 110). La verifica sull'anomalia mira infatti a tutelare, da un lato, l'interesse della stazione appaltante ad individuare un contraente che abbia formulato l'offerta sulla base di elementi oggettivi e ben ponderati, che ne assicurino la compatibilità con il primario obbiettivo dell'esecuzione della prestazione a regola d'arte, e mira altresì a tutelare, dall'altro, l'interesse imprenditoriale dell'operatore economico a sfruttare tutte le

particolari situazioni favorevoli per risultare aggiudicatario dell'appalto (A.V.C.P., parere 6 giugno 2012 n. 92).

Tra le situazioni imprenditoriali favorevoli, che consentono di offrire un ribasso superiore a quello degli altri concorrenti, può rientrare anche la collocazione all'estero della principale sede aziendale ovvero della struttura operativa mediante la quale la prestazione sarà eseguita. In tal caso, il concorrente sarà onerato di dimostrare il rispetto dei trattamenti salariali minimi obbligatori, per lo stato europeo nel quale si svolgerà l'attività, cosicché la verifica di congruità dell'offerta economica da parte della stazione appaltante non potrà che riguardare i costi della manodopera propri del luogo di svolgimento dell'attività.

In conclusione, sulla base degli atti e dei documenti pervenuti, è avviso di questa Autorità che Acea s.p.a. potrà autorizzare la localizzazione del *call center* in altro paese dell'Unione Europea fin dalla fase di selezione dell'affidatario e che l'eventuale valutazione dell'anomalia dell'offerta economica potrà tenere conto, tra l'altro, dei costi inferiori per la manodopera secondo i trattamenti salariali minimi in vigore in altri paesi UE.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che, nell'ambito della gara in epigrafe, Acea s.p.a. abbia legittimamente previsto la possibilità, per l'appaltatore, di localizzare all'estero la struttura operativa del *call center*.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 gennaio 2014

Il Segretario Maria Esposito