

PARERE N. 76 del 13 maggio 2015

PREC 129/14/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dalla Manpower Group Solution S.r.l. – Procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara per l'affidamento del servizio di assistenza e sorveglianza alle prove concorsuali indette dalla Banca d'Italia – Importo a base di gara euro:196.000,00. S.A.: Banca d'Italia.

Costo del personale – prezzo offerto – verifica congruità dell'offerta. Ragionevolezza del criterio di aggiudicazione.

La determinazione del costo complessivo del personale spetta al singolo concorrente in base alla reale capacità organizzativa di impresa che è funzione della libera iniziativa economica e imprenditoriale e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate *ex ante*; lo strumento per verificare il rispetto della normativa sul costo del personale è individuabile nell'istituto della verifica di congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 86, comma 3 d.lgs. 163/2006; rientra nella discrezionalità della stazione appaltante l'individuazione del criterio di aggiudicazione più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto.

Art. 81; art. 82, comma 3-bis; art. 86, comma 3, d.lgs. 163/2006.

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 49645 del 28.4.2014 presentata dalla Manpower Group Solution S.r.l. relativamente alla procedura per l'affidamento del servizio di assistenza e sorveglianza alle prove concorsuali indette dalla Banca d'Italia;

VISTI in particolare i quesiti formulati in ordine al presunto contrasto previsto all'art. 4 della lettera di invito (*aggiudicazione sulla base del prezzo totale più basso offerto*) con l'art. 82, comma 3-bis d.lgs. 163/2006; alla mancata individuazione preventiva dei costi del personale da parte della stazione appaltante con improprio ricorso allo strumento della verifica dell'anomalia dell'offerta; alla irragionevolezza del criterio di aggiudicazione dell'appalto prescelto nonché alla inammissibilità dell'offerta dell'impresa aggiudicataria in quanto in contrasto con gli obblighi imposti dalla lettera di invito;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 26.5.2014;

VISTE le controdeduzioni inoltrate dalla stazione appaltante in data 6 e 26.6.2014 con le quali ribadisce la correttezza del proprio operato;

VISTE le ulteriori memorie presentate dalla società istante in data 17e 23.6.2014 a sostegno delle proprie pretese e con le quali contesta le argomentazioni fornite dall'amministrazione procedente;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del d.lgs. 163/2006;

CONSIDERATO che con riferimento ai profili di criticità sollevati in tema di costo del personale, giova richiamare quanto già evidenziato dall'Autorità con atto di segnalazione n. 2 del 19.3.2014 circa una più corretta interpretazione sostanziale dell'art. 82, comma 3-bis d.lgs. 163/2006, interpretazione di recente ripresa dal TAR Piemonte, Sez. I, Sentenza del 6.2.2015, n. 250 laddove si chiarisce che lo scorporo del costo del personale dall'importo del prezzo offerto ai fini della valutazione in gara del prezzo più basso non può essere effettuato *ex ante* dalla stazione appaltante in quanto si determinerebbero plurime criticità quali ad esempio il rischio di un sovrapprezzo erogato all'aggiudicatario ovvero una penalizzazione. Se invece lo scorporo dovesse essere effettuato in sede di valutazione dell'offerta, mediante decurtazione dal prezzo complessivo offerto dal concorrente sia del costo del personale che degli oneri della sicurezza aziendali, si determinerebbe un effetto distorsivo sulla procedura dal momento che l'aggiudicazione dovrebbe avvenire sulla base di un ribasso offerto relativamente a quote di prezzo differenti con l'ulteriore possibile conseguenza di aggiudicare la gara in favore di un'offerta più onerosa di altre che finirebbe per risultare la più bassa solo per aver quantificato un maggior costo del personale. Il Tribunale Amministrativo ritiene, pertanto, che l'importo da utilizzare per il confronto competitivo tra i concorrenti è il totale del prospetto di offerta, risultante dalla sommatoria dei prezzi unitari offerti, cui sono aggiunti i costi del personale e gli oneri della sicurezza aziendali;

CONSIDERATO pertanto che la determinazione del costo complessivo del personale spetta al singolo concorrente in base alla reale capacità organizzativa di impresa che è funzione della libera iniziativa economica e imprenditoriale e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate *ex*

ante;

TENUTO CONTO altresì di quanto ribadito con pareri di precontenzioso n. 15/2014 e 26/2014 anche con riferimento all'obbligo della stazione appaltante di verificare il rispetto della normativa sul costo del personale mediante lo strumento della verifica di congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 86, comma 3 d.lgs. 163/2006. Nel caso in esame risulta che l'offerta presentata dall'aggiudicataria, in considerazione dell'entità del ribasso offerto, sia stata sottoposta a verifica di congruità;

CONSIDERATO inoltre che relativamente alla questione circa la presunta irragionevolezza del criterio di aggiudicazione (quello del prezzo più basso) adottato dalla stazione appaltante giova richiamare quanto espresso dall'Autorità con Determinazione n. 7/2011- Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture nonché quanto disposto dall'art. 81 d.lgs. 163/2006. Infatti, risulta che le stazioni appaltanti sono vincolate a scegliere il criterio di aggiudicazione in relazione a fattori oggettivamente riconducibili alle caratteristiche specifiche del contratto e alla valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. Tali appaiono i punti di riferimento e i soli vincoli alla discrezionalità nella scelta del criterio di aggiudicazione cui le stazioni appaltanti devono soggiacere e devono tenere presenti nella preparazione della strategia di gara e nelle finalità da raggiungere con le procedure espletate. Ne consegue che, in generale, soltanto nel caso in cui sia ritenuto possibile e opportuno che l'appaltatore partecipi, in sede di offerta, al processo ideativo del servizio o della fornitura, è necessario utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che consente di valutare l'apporto qualitativo del concorrente (in tal senso vedasi parere di precontenzioso n. 219/2013);

RITENUTO che nel caso di specie, la stazione appaltante ha evidenziato che in considerazione della natura delle prestazioni oggetto del contratto, la cui organizzazione e direzione è del tutto rimessa alla amministrazione procedente, non sussistevano margini per la formulazione di un'offerta tecnica;

TENUTO CONTO infine che la doglianza sollevata in ordine all'inammissibilità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria in relazione all'utilizzo, al fine del reperimento delle figure professionali dei capi settore degli addetti, di collaborazioni occasionali ex art. 61 d.lgs. 163/2006, in quanto in contrasto con il contenuto della lettera di invito (paragrafo 1) laddove prevede «... per lo svolgimento dell'incarico l'impresa utilizzerà unicamente personale assunto alle proprie dipendenze ovvero, limitatamente alle figure professionali dei capi settore e degli addetti, regolarmente somministrato da altra impresa autorizzata ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 276/2003», sembra trovare soluzione da una lettura combinata della lettera di invito con quanto stabilito dall'art. 3 dello schema di contratto allegato alla stessa, sulla base di un distinguo tra le figure dei referenti e quelle dei capi settore e degli addetti, con riferimento alla differente natura delle attività da essi svolte. Infatti, il richiamo all'utilizzo di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, appare riferibile ai soli referenti per i quali è stato richiesto espressamente che gli stessi siano dipendenti della società,

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la determinazione del costo complessivo del personale spetti al singolo concorrente in base alla reale capacità organizzativa di impresa che è funzione della libera iniziativa economica e imprenditoriale e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate *ex ante*; che lo strumento per verificare il rispetto della normativa sul costo del personale è individuabile nell'istituto della verifica di congruità dell'offerta; che rientra nella discrezionalità della stazione appaltante l'individuazione del criterio di aggiudicazione più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 19 maggio 2015

Il Segretario Maria Esposito