

Roma, 9 settembre 2011

Circolare n. 185/2011

**AL SIG. PRESIDENTE
CONFSERVIZI MARCHE
A TUTTI GLI ASSOCIATI**

**AL SIG. PRESIDENTE
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI**

**E A TUTTI GLI ALTRI
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'
- LORO SEDI -**

**OGGETTO: LA VALUTAZIONE DEL COSTO DEL PERSONALE AI FINI DELLA SCELTA
DELL'OFFERTA MIGLIORE IN GARA – PRIME INDICAZIONI OPERATIVE.**

Facendo seguito a reiterate segnalazioni degli abbonati, si ritiene opportuno fornire prime indicazioni operative in merito alla applicazione delle disposizioni contenute all'art. 81, comma 3-bis, d.lgs. 163/06, introdotte dall'art. 4, comma 2, lett. i-bis, del d.l. 70/11, convertito in legge 106/11 (cfr. ns. Circ. n. 180/11).

Come è noto, con la nuova disposizione è stato puntualizzato che l'offerta migliore, a cui aggiudicare l'appalto "è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro".

La norma, come già sottolineato in sede di primo commento (circ. n. 180 cit.), solleva problemi di carattere pratico/operativo, primo fra tutti quello di stabilire a quale tipologia di appalto la stessa si applichi e se trovi operatività anche in relazione alle procedure negoziate e nel sistema di esecuzione in economia.

A tal proposito, si ritiene innanzitutto che la prescrizione riguardi principalmente i lavori pubblici ed i servizi. In via residuale, poi, se ne può immaginare una applicazione limitata alle forniture (che prevedono anche l'installazione), salvo ipotizzare che nel costo del personale si debba includere anche quello di "fabbricazione" del bene o addirittura quello di "consegna" (e quindi la manodopera utilizzata).

Occorre ricordare infatti che le forniture, ai sensi dell'articolo 3, comma 9, del d.lgs 163 cit. sono contratti aventi "per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti"; dunque, si tratta di contratti di compravendita o noleggio o leasing di "beni" e prodotti "finiti" e reperiti sul mercato.

In buona sostanza, nel caso dell'acquisto di un bene, la prestazione richiesta al contraente non è la lavorazione del prodotto, ma la cessione della proprietà del prodotto, verso il corrispettivo di un prezzo.

Alla base, dunque, dell'acquisto, locazione o noleggio di mezzi non vi è un progetto che ne preveda la lavorazione, ma solo l'identificazione delle specifiche tecniche del bene da acquisire. Insomma, non è dato conoscere in alcun modo il processo produttivo e, di conseguenza, l'incidenza del costo del lavoro, evidentemente connessa alla quantità di prodotti realizzata (peraltro, molto spesso il fornitore è un rivenditore e non il produttore diretto del bene).

Né pare possibile scorporare dal prezzo del prodotto il costo della consegna, considerando che la messa a disposizione del prodotto al compratore è una specifica obbligazione del venditore che fa parte del prezzo; senza tralasciare il caso in cui il venditore si avvale, per la consegna, di corrieri e, dunque, dovrebbe essere noto il costo di un subcontraente della filiera e l'incidenza del costo del lavoro di questo, nell'ambito della diversa incidenza del costo complessivo della produzione.

Solo nel caso di contratto "misto" di fornitura e posa in opera o installazione – come precisato - l'articolo 81, comma 3-bis, del Codice dei contratti potrebbe dunque assumere rilevanza. In questo caso, infatti, è possibile in astratto scorporare il costo effettivo del personale chiamato all'installazione o posa del bene.

Se, tuttavia, queste attività fossero già comprese nel prezzo *standard* offerto sul mercato, potrebbe ammettersene solo lo "scorporo", finalizzato alla verifica della congruità, tenuto conto che la S.A. non avrebbe strumenti utili a determinare l'incidenza di tali attività su prezzi di mercato connessi esclusivamente alla capacità organizzativa del produttore.

In relazione, invece, all'applicabilità o meno della disposizione indagata nelle procedure "semplificate", si ritiene che la problematica possa essere risolta avuto riguardo ai superiori principi che la novella tende a tutelare.

Si può ritenere, infatti, che la disposizione possa essere ricondotta nell'ambito di quelle esigenze superiori di interesse pubblico della stazione appaltante, da cui questa non si può sottrarre, indipendentemente dalla procedura di scelta del contraente individuato nel singolo caso concreto.

Tale considerazione vale ovviamente anche in relazione alle procedure negoziate e ai cottimi fiduciari, nonché nell'ipotesi di appalti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti. Anzi, per alcuni di essi richiederà un impegno particolare, tenuto conto, ad esempio, delle tipologie di prestazioni in cui la componente del personale assume rilevanza fondamentale, come nel caso dei servizi sociali.

Quanto alle modalità di applicazione della norma, allo stato si ritiene possano assumere rilievo specifico le prime indicazioni fornite in merito dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (ns. circ. n 182/11).

Innanzitutto, da una prima lettura della disposizione, sembrerebbe emergere l'indicazione che per il costo del personale debba procedersi in analogia ai costi della sicurezza, i quali devono essere indicati separatamente dall'importo a base d'asta, con la precisa indicazione che si tratta di importi non soggetti a ribasso.

Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

Al riguardo, si deve precisare che in nessuna parte la novella dispone che il corrispettivo posto a base di gara debba essere, in qualche modo, “depurato” della componente relativa al costo del personale.

Pertanto, si ritiene che **la stazione appaltante non debba effettuare alcun calcolo per determinare, a priori, il costo puntuale del personale**, non avendo la legge in alcuna parte stabilito tale incombenza e per la semplice considerazione che la stazione appaltante non può in alcun modo conoscere tale importo, **se non in termini del tutto ipotetici o di semplice stima.**

D'altronde, va precisato che, mentre per i costi di sicurezza l'appaltatore non può avere alcun margine di azione, nel caso del costo del personale – invece – esso può sicuramente variare in funzione dell'organizzazione della forza lavoro, eventualmente anche proposta in sede di partecipazione alla gara, con predisposizione di uno specifico progetto (ad esempio, quando l'appalto è aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

La questione allora potrebbe risolversi individuando non tanto il costo complessivo della manodopera, proprio perché quest'ultima può variare a seconda della tipologia utilizzata e dell'organizzazione proposta, quanto piuttosto mediante l'individuazione del costo orario che andrà moltiplicato per le ore di lavoro/servizio in rapporto ai minimi salariali¹.

E' evidente che, sotto il profilo pratico, le difficoltà possono essere notevoli. E' sufficiente che i minimi salariali non siano tali (per l'esistenza di più contratti di riferimento) per “avvantaggiare” indebitamente l'offerente. L'operazione pertanto richiederebbe una precisa individuazione del CCNL applicabile e dei relativi minimi salariali da intendersi come soglia “incomprimibile”, sotto la quale non è possibile collocarsi, pena la violazione del contratto di lavoro.

In ogni caso, si tratta di una operazione da eseguire preventivamente al momento della predisposizione degli atti della gara e della individuazione della base d'asta, senza tuttavia necessità di specifica indicazione di detto costo nella *lex specialis*.

Tale indicazione è confermata anche dall'Autorità di Vigilanza, secondo cui l'obiettivo del legislatore di “contrastare” il lavoro nero “verrebbe perseguito in modo più efficace verificando il rispetto della normativa sulla manodopera, nella fase di esecuzione delle commesse”. Secondo l'A.V.C.P. la norma chiarisce “che le offerte dei concorrenti (ed in particolare quella del concorrente risultato aggiudicatario) non possono essere giustificate sulla base di un mancato rispetto dei livelli e dei minimi contrattuali del personale necessario, come del resto prevede l'articolo 87, comma 3 del Codice, **non modificato**; di conseguenza, **il ribasso offerto può essere giustificato da un'organizzazione imprenditoriale più efficiente e dall'impiego di attrezzature che rendono il lavoro della manodopera più produttivo, tutelando al contempo il costo del personale**”.

La puntualizzazione finisce con il rendere necessario, al solo fine collaborativo e non a pena di esclusione, la richiesta da parte della stazione appaltante delle giustificazioni preventive, con espresso riferimento anche e soprattutto al costo del personale, in modo che una offerta che presenti un costo della “manodopera” inferiore al minimo

¹ Da intendersi come costo tutelato in quanto comprensivo degli oneri sociali e contributivi, e come tale da intendersi al netto di spese generali ed utile di impresa, in quanto questi ultimi rappresentativi, al contrario, della quota di costo che assoggettabile al gioco concorrenziale della gara.

Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

ritenuto congruo dalla stazione appaltante **possa essere soggetta a verifica e non ad esclusione automatica**. Questa interpretazione – come rammenta l’Autorità – trova fondamento anche nella *“normativa comunitaria (articolo 55 della direttiva 2004/18/ CE) secondo cui se per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l’amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell’offerta in questione”*, disposizione recepita negli articoli 87 e 88 del Codice.

In questo senso, prosegue l’Organo di Vigilanza, *“la disposizione di cui al comma 3-bis dell’articolo 81 del Codice potrebbe essere interpretata come atta a sancire l’obbligo di effettuare la verifica della congruità del costo del lavoro su due piani: una prima fase consiste nella verifica della produttività presentata dal concorrente; una seconda fase consistente nella verifica del livello e del numero del personale necessario per garantire la produttività presentata e nella verifica dei corrispondenti minimi salariali previsti nella giustificazione”*.

Tale verifica andrebbe fatta sempre sull’aggiudicatario, anche nel caso in cui la gara si svolga con la procedura dell’esclusione automatica, in conformità alle previsioni del comma 3- bis dell’art. 86 del Codice.

Ed infatti, ad avviso dell’Autorità, in sede di verifica dell’anomalia, **alla stazione appaltante si impone comunque di “valutare il rispetto del costo del lavoro, atteso che è rimasto in vigore l’art. 86, co. 3-bis, del Codice, di cui l’art. 87, co. 2, lett. g) era mera ripetizione”**².

Nel senso prospettato dall’A.V.C.P., in sostanza, la novella rafforzerebbe solo l’esigenza in capo al soggetto appaltante di svolgere una attività propedeutica in sede di definizione dell’importo a base d’asta, finalizzata ad una migliore articolazione dei *“costi”* in concreto coinvolti nell’appalto.

In definitiva, è verosimile ritenere che la norma, ancorché corretta sotto il profilo sociale, presupponendo la necessità di adeguate indagini sui costi del personale, comporti una spendita di tempo maggiore nella predisposizione degli atti di gara, e ciò vieppiù nell’ipotesi in cui la gara sia aggiudicata con il criterio dell’O.E.V..

E’ lapalissiano che l’utilizzo della prescrizione in commento nel caso del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sempre che non vengano introdotti adeguati correttivi e/o strumenti operativi immediati, potrebbe avere per effetto quello di paralizzare la *“creatività”* dei concorrenti.

Volendo riassumere, sinteticamente, le considerazioni svolte, in attesa di opportuni chiarimenti ad opera delle Autorità istituzionali, si può prospettare la seguente lettura di massima della norma:

² L’art. 86, comma 3 bis, prevede che *“nella predisposizione delle gare si appalto e nella valutazione dell’anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatari 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. Ai fini del presente comma il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione”*.

Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

- 1) la stazione appaltante stabilisce l'importo a base di gara, evidenziando solo gli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, senza "scorporare" formalmente la componente costo del personale;
- 2) la stazione appaltante stima, comunque, un costo del personale presunto, sulla base della tipologia di prestazioni oggetto di esecuzione e dei "minimi salariali" del settore di riferimento;
- 3) a titolo collaborativo e non a pena di esclusione, la S.A. può richiedere agli operatori la presentazione di giustificazioni preventive con riferimento al costo del personale;
- 4) gli operatori economici presentano l'offerta al "netto" del costo del personale, ai sensi dell'art. 81, comma 3 - bis, con la produzione (eventuale) di giustificativi;
- 5) se necessario, la stazione appaltante procede alla verifica della congruità delle offerte sospette di anomalia, ivi compresa la verifica relativa al costo del personale.

* _ * _ * _ * _ * _ *

Si resta a disposizione e si porgono cordiali saluti.

MV/FL

Avv. Francesco Lilli
(responsabile del servizio)

