

Il divieto di ribasso d'asta sul costo del lavoro¹

Avv. Patrizio Leozappa

Ringraziamenti e cenni introduttivi.

Ringrazio il Presidente, On.le Zamberletti, ed il Segretario generale, avv. Titomanlio, per avermi invitato a partecipare a questo interessantissimo convegno, col quale, come di consueto, l'IGI si propone di dare con la massima tempestività possibile prime coordinate di riferimento in ordine alle novità legislative dell'estate nella materia, in perenne divenire, dei contratti pubblici.

Le novità sono quest'anno portate, come è noto, dal d.l. 13 maggio 2011 n. 70 c.d. "decreto sviluppo" e dalla sua legge di conversione 12 luglio 2011 n. 106.

Sono in verità un po' meno grato agli organizzatori per il tema affidatomi, trattandosi di argomento oggettivamente complesso e controverso, sul quale si registrano primi commenti ed opinioni di segno tra loro anche opposto, che vanno da un estremo della qualificazione della novella in termini di assoluta e dirompente novità all'altro estremo della sua pratica inapplicabilità e comunque sostanziale irrilevanza.

Tale inusuale diversità di posizioni interpretative è certamente stimolata dalla ermeticità e indeterminatezza della norma, che necessita di ulteriori interventi legislativi laddove si ritenga non opportuno, come personalmente reputo, che in una siffatta materia possano trovare spazio interpretazioni più o meno latamente creative.

D'altro canto, sintomatica della complessità dell'argomento di discussione affidatomi, è la circostanza che l'AVCP, anche sul tema del "costo del personale", oltre che su quello delle "cause tassative di esclusione", ha ritenuto urgente ed indispensabile ricorrere alla consultazione delle amministrazioni e delle categorie interessate in ordine alle modalità applicative della nuova disposizione, al fine di offrire alcune indicazioni interpretative al riguardo.

Lo stesso titolo attribuito al tema oggetto del mio intervento, "*Il divieto di ribasso d'asta sul costo del lavoro*", è peraltro espressione della controversa varietà delle opzioni interpretative possibili della norma che mi accingo ad esaminare, dal momento che esso sintetizza una di tali posizioni e, anticipo qui, a mio parere, non quella più convincente.

¹ Relazione al Convegno IGI del 20 settembre 2011 su "*Il decreto – sviluppo è legge. Con modifiche, e quindi con problemi applicativi*".

Posso quindi concludere queste considerazioni preliminari, osservando che, coerentemente con il filo conduttore delle riflessioni che andrò ad esporre, volte a individuare i profili di criticità della novella sul costo del lavoro al fine di pervenire, per quanto possibile allo stato, a talune prime conclusioni sulle sue conseguenze applicative nel modo più coerente con la lettera della norma e la sua collocazione sistematica, riterrei che al titolo “*Il divieto di ribasso d’asta sul costo del lavoro*” andrebbe posto quanto meno un punto di domanda.

La norma.

Il comma 3-bis dell'art. 81 del Codice dei contratti pubblici, oggetto di queste considerazioni², è stato introdotto dalla legge, che ho già detto essere la n. 106 del 12 luglio 2011, di conversione del d.l. n. 70 del 2011 (c.d. “decreto sviluppo”), mediante aggiunta, al comma 2 dell’art. 4 del citato decreto legge, della lettera *i-bis*) recante la seguente disposizione “*L’offerta migliore 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 alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*”.

A quanto consta, la norma è stata introdotta con un emendamento, poi confluito nel maxi-emendamento sul quale è stata posta la fiducia, a firma dell'ex Ministro, On.le Cesare Damiano.

L'originario decreto legge non conteneva, quindi, prima della sua conversione in legge, la norma che oggi siamo a commentare. Il che pone un problema di diritto transitorio, che è bene subito affrontare.

Il comma 3 dell’art. 4 del decreto sviluppo, infatti, secondo il quale tutte le disposizioni di cui al comma 2 relative alle modifiche al Codice dei contratti pubblici si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto-legge (14 maggio 2011), è stato anche esso oggetto di modifica ad opera della legge di conversione, che ha circoscritto l’applicazione alle procedure di gara bandite dopo il 14 maggio 2011 delle sole disposizioni di cui alle lettere b), d), e-bis), i-bis), i-ter), l), dd) e ll) numero 1-bis) del comma 2 del d.l..

² Che sembra appropriato titolare “*La valutazione dell’offerta (anche) al netto dei costi del personale*”.

Così facendo, la legge di conversione ha finito per prevedere l'applicazione del nuovo comma 3-bis dell'art. 81 del Codice (introdotto, come detto, dalla inedita lettera *i-bis* dell'art. 4, comma 2, del d.l.) anche alle procedure di gara bandite nel periodo compreso tra il 14 maggio e il 13 luglio 2011, allorchè la norma in commento non era stata ancora concepita, con rilevanti dubbi di legittimità costituzionale, in caso di una sua improbabile applicazione *ante* legge di conversione e quindi retroattiva, che la autorevole presenza qui del Presidente Capotosti mi suggerisce di limitarmi a segnalare.

Così come lascio a Voi di considerare se effettivamente nella fattispecie ricorressero le straordinarie ragioni di necessità che l'art. 77 della Costituzione richiede quali presupposti indefettibili del ricorso alla decretazione di urgenza.

* * *

Passando all'esame della novella legislativa, va subito detto che la norma in questione non brilla certo per completezza ed esaustività delle disposizioni impartite. All'operatore residuano così ambiti di interpretazione troppo ampi che, allo stato e nel silenzio dei lavori preparatori, conducono a formulare conclusioni ed ipotesi applicative caratterizzate, a mio avviso, da *deficit* talvolta significativi di oggettività.

L'interpretazione letterale.

Nell'attesa che l'Autorità di Vigilanza termini la consultazione che si è aperta proprio sul tema e che la giurisprudenza ci consegna i primi risultati applicativi, credo che qualche primo spunto utile per comprendere e valutare la portata degli effetti concreti della novella possa ricavarsi da una, sia pur necessariamente sintetica, interpretazione letterale del nuovo comma 3-bis dell'art. 81 del Codice dei contratti pubblici.

“La migliore offerta è determinata”

Rilevo allora innanzitutto che il legislatore del comma 3-bis utilizza un verbo diverso da quello delle altre disposizioni dell'art. 81, rubricato “*Criteri per la scelta dell'offerta migliore*” e nel quale vengono per l'appunto individuati i due criteri, quello del “prezzo più basso” e quello della “offerta economicamente più vantaggiosa”, attraverso i quali *selezionare* la migliore offerta:

- nel comma 1: “*Nei contratti pubblici (...), la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa*”;

- nel comma 2: “Le stazione appaltanti scelgono (...) quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta”.

Nel comma 3-bis, invece, la migliore offerta – dice il legislatore – viene *determinata*, utilizzando lo stesso verbo – determinare appunto – che l’art. 82 riserva, nell’ambito del criterio del prezzo più basso, alle modalità di individuazione del miglior ribasso rispetto al prezzo posto a base di gara.

Ci si deve quindi chiedere se questa differenza terminologica sia o meno significativa.

Da un punto di vista semantico, *selezionare* vuol dire effettuare una scelta, all’interno di un gruppo omogeneo, dell’elemento migliore o più adatto a certe finalità. *Determinare*, invece, vuol dire stabilire qualcosa con precisione, calcolare.

“Al netto”

In cosa consista, nel nostro caso, l’attività di calcolo, viene subito svelato dalla norma in commento: si tratta di una operazione di sottrazione. La migliore offerta è infatti “*determinata **al netto** delle spese relative al costo del personale*”. La norma impone quindi di procedere alla detrazione di un determinato valore, espressamente indicato nelle “*spese relative al costo del personale*”.

Da quale elemento deve essere sottratto il costo del personale?

La norma non lo dice espressamente, ma ciò sembra coerente con il fatto che il nuovo comma 3-bis è destinato ad essere applicato in caso di selezione della migliore offerta sia in base al criterio del prezzo più basso e sia in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Nel primo caso, l’offerta è solo economica e quindi non sussistono problemi interpretativi o applicativi. Nel secondo caso, in cui, come è noto, l’offerta del concorrente si articola in due componenti (tecnica ed economica), la sottrazione in questione va pur sempre operata dall’offerta economica, unica componente dell’offerta del concorrente in cui è possibile procedere allo stralcio di elementi economici, quali quelli relativi al costo del personale.

Il costo del personale dovrà quindi essere sottratto dall’offerta economica lorda del concorrente.

Il problema più rilevante, sul quale ci si soffermerà ulteriormente nel prosieguo, riguarda le modalità applicative di tale operazione di sottrazione. Le soluzioni ipotizzabili, in astratto, sono due:

- a) che la S.A. quantifichi, *ex ante* ed una volta per tutte, negli atti gara l'importo del costo del personale, costituente quindi, esattamente al pari di quanto accade per gli oneri della sicurezza, componente dell'offerta non soggetta al ribasso concorrenziale e da riconoscere *tel quel* all'aggiudicatario;
- b) che la S.A. espunga *ex post* dalle offerte economiche dei concorrenti i costi del personale da ciascuno di essi esposti, dopo averli valutati in base ai - e nei limiti dei - minimi salariali dei contratti collettivi indicati dai concorrenti.

Come vedremo, le conseguenze pratiche divergono sensibilmente.

“Altresì”

Occorre a questo punto chiedersi se:

- il comma 3-bis, proprio in ragione della sua collocazione all'interno dell'art. 81, abbia introdotto un terzo criterio di selezione della migliore offerta, diverso ed ulteriore rispetto a quello del prezzo più basso e della offerta economicamente più vantaggiosa e ad essi quindi alternativo;
- oppure se si tratti di una attività di valutazione aggiuntiva delle offerte che la Stazione appaltante è chiamata a compiere indifferentemente nell'ambito dell'utilizzo tanto dell'uno quanto dell'altro dei due criteri tradizionali di selezione, da ritenersi dunque in tal modo arricchiti, sotto il profilo procedimentale, di un ulteriore segmento.

In tale secondo senso sembra deporre la lettera della norma in commento, là dove, in particolare, fa uso dell'avverbio “altresì” in relazione all'attività di determinazione della migliore offerta, ad intendere, sembra di poter affermare, che la Stazione appaltante debba pervenire al risultato di selezionare la migliore offerta applicando, come in passato, il criterio del prezzo più basso ovvero della offerta economicamente più vantaggiosa prescelto, ma tenendo in considerazione il fatto nuovo che, rispetto al passato, ciò debba essere fatto al netto e non al lordo delle spese relative al costo del personale.

In altri termini, sembra di poter affermare che la novella legislativa non tocca i tradizionali criteri di selezione della migliore offerta, né affianca ad essi un *tertium genus*. L'interpretazione letterale induce a ritenere che la Stazione appaltante debba aggiungere alla consueta propria attività selettiva, anche una attività nuova e di tipo qualitativamente diverso, consistente in una scomposizione dell'offerta economica del concorrente e nella sottrazione dal relativo prezzo lordo del costo del personale.

“Valutato sulla base dei minimi salariali”

Nell'ultima parte della disposizione viene specificato che il costo del personale è *“valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione ...”*.

Il primo problema interpretativo che si pone riguarda il soggetto che compie la valutazione. Si tratta del concorrente o della stazione appaltante?

Poco fa si è detto che una simile attività compete alla S.A., ma non può negarsi che, astrattamente, il silenzio sul punto della norma potrebbe legittimare a sostenere che si tratti di una *“valutazione”* che spetta al concorrente, accedendo ad un'interpretazione della disposizione secondo la quale al concorrente sarebbe in tal modo imposto, sin dalla fase di formulazione dell'offerta economica, il rispetto dei minimi salariali, quale mezzo necessario al fine di formulare la migliore offerta.

Può obiettarsi, ad una simile opinione, che il contesto in cui è inserita la norma riguarda la fase di selezione dell'offerta migliore. Una fase temporalmente e logicamente distinta e per vero assai distante da quella in cui l'offerta è stata formulata dal concorrente. Una fase, questa della selezione, di competenza senza dubbio esclusiva della S.A.. E, d'altro canto, altre sono le norme che già impongono al concorrente di non violare i minimi salariali, come vedremo.

La tesi quindi non persuade.

Posto che la valutazione a cui si riferisce la norma deve essere condotta dalla Stazione appaltante, resta da chiarire in cosa consista una simile attività di valutazione e se la relativa ampiezza possa spingersi sino al risultato di far individuare alla stessa S.A., nell'ambito della offerta di ciascun concorrente ed in forza delle spese relative ai costi del personale indicate dal concorrente medesimo, quella parte di costo del personale che, in quanto effettivamente riferita ai minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, debba essere sottratta all'offerta economica al fine di pervenire alla selezione della migliore offerta *“al netto”* di tali costi, in applicazione del nuovo comma 3-bis.

“Sulla base dei minimi salariali”

Quello che la norma chiaramente stabilisce è che la valutazione deve essere compiuta sulla base *“dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore ...”*.

I minimi salariali previsti nei CCNNLL, infatti, rappresentano un dato notorio, di cui la Stazione appaltante è certamente a conoscenza.

Ma tale dato, di per sé, non è sufficientemente significativo. Risulta infatti pur sempre necessario che il concorrente fornisca ulteriori ed imprescindibili elementi:

- il numero complessivo di risorse umane preventivate, in base alla propria organizzazione produttiva, come idoneo all'esecuzione della prestazione richiesta dalla stazione appaltante;
- la tipologia e la qualifica di ciascuna risorsa;
- il contratto collettivo nazionale o aziendale di riferimento;
- il tempo di impiego di ciascuna risorsa.

Solo in questo modo la Stazione appaltante sarà in grado di “valutare”, e quindi in sostanza di quantificare, le “spese relative al costo del personale”.

Se l'ammontare (ossia il dato meramente numerico) delle “spese relative al costo del personale” viene indicato direttamente dal concorrente nella propria offerta economica, unitamente a tutti gli elementi necessari per verificare la correttezza di tale quantificazione, la “valutazione” demandata alla Stazione appaltante si sostanzierebbe in un “controllo”.

A questo punto occorre chiedersi se il controllo a cui si fa riferimento debba riguardare il rispetto dei minimi salariali.

Tale verifica, come noto, è disciplinata dall'art. 86, comma 3-bis del Codice dei contratti pubblici, norma non toccata dalla novella che si è limitata ad abrogare la lettera g) del comma 2 dell'art. 87 del Codice, relativa all'elemento di giustificazione delle offerte sospette di anomalia rappresentato dal costo del lavoro.

Il vigente art. 86, comma 3-bis del Codice, invece dispone che sin “*Nella predisposizione delle gare di appalto*” e quindi indipendentemente dall'eventuale sub-procedimento di verifica della anomalia (fattispecie che infatti viene tenuta affatto distinta da quella antecedente e necessaria di “predisposizione delle gare”), gli “*enti aggiudicatori 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 comparativamente più rappresentativi ...”.

La norma posta dal comma 3-bis dell’art. 86 stabilisce pertanto che il costo del lavoro deve “*risultare congruo*” rispetto all’entità ed alle caratteristiche delle prestazioni oggetto d’appalto sin dalla “*predisposizione delle gare di appalto*” e dunque nei relativi atti costituenti la *lex specialis* di gara. E la congruità viene accertata attraverso le tabelle predisposte dal Ministero del lavoro, elaborate sulla base della contrattazione collettiva nazionale.

Gli elementi della verifica ex art. 86, comma 3-bis, sembrano pertanto i medesimi di quelli ora indicati dall’art. 81, comma 3-bis.

Sembrano.

In realtà:

- all’art. 86, comma 3-bis la norma si riferisce al “costo del lavoro”,
- mentre all’art. 81, comma 3-bis la norma si riferisce al “costo del personale”.

I due riferimenti non sembrano coincidere. Senza entrare nel dettaglio, il primo sembra contenere il secondo.

Così come non coincidono i termini di paragone attraverso cui valutare il rispetto dei minimi inderogabili:

- da un lato abbiamo le tabelle predisposte dal Ministero del Lavoro,
- dall’altro lato abbiamo i contratti collettivi nazionali.

Ma c’è un argomento di ordine sistematico che sembra risolutivo. Nella fase procedimentale disciplinata dall’art. 81, la Stazione appaltante è chiamata a selezionare la migliore offerta. Nella fase disciplinata dall’art. 86, invece, la Stazione appaltante è chiamata a verificare il rispetto di taluni parametri (tra cui quello del costo del lavoro), al fine di accertare che l’offerta non risulti anomala, ricorrendo beninteso il presupposto per dare ingresso alla verifica di congruità delle offerte quale declinato, a seconda del criterio di aggiudicazione prescelto, da uno dei primi tre commi dell’art. 86.

Si potrebbe ipotizzare che, per effetto della novella in commento, la seconda tipologia di verifica sia stata anticipata alla fase di selezione della migliore offerta.

Ma al di là del fatto che l’art. 86 non è stato modificato dal decreto sviluppo e che quindi il comma 3-bis dell’art. 86 è pienamente in vigore e va dunque

applicato, ci si deve chiedere se la “*valutazione*” del costo del personale sulla base dei “*minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore*” svolga la funzione di tutelare la inderogabilità di tali minimi, ovvero se la *ratio* dell’art. 81, comma 3-bis non vada ricercata altrove.

La risposta presuppone la descrizione dei riflessi applicativi della norma in esame e quindi sarebbe prematura in questa fase.

“*La contrattazione collettiva nazionale*”

Una ultima notazione, sempre di natura interpretativa, riguarda il richiamo operato dalla norma in commento unicamente alla contrattazione collettiva nazionale.

Come noto, la contrattazione collettiva nazionale non si applica ai contratti a progetto.

La circolare del Ministero Lavoro n. 1 dell’8 gennaio 2004 ha infatti stabilito che, stante il contenuto dell’art. 63 del D.Lgs. n. 276 del 2003 (“*Il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito, e deve tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto*”), non possono essere utilizzate con riguardo ai lavoratori a progetto le disposizioni in materia di retribuzioni stabilite nella contrattazione collettiva per i lavoratori subordinati.

In tal caso, da un lato vi è che il concorrente non sarebbe tenuto a rispettare i minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva (come pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza: “*Nel caso di appalto di servizi, ove una impresa partecipante alla gara dichiara di volersi avvalere di lavoratori a progetto, non può farsi 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; è pertanto illegittimo il provvedimento con il quale una impresa partecipante ad un appalto di servizi è stata esclusa dalla gara perché il costo del personale indicato nella offerta non è stato ritenuto congruo, nell’assunto che le retribuzioni dovute alle unità lavorative assunte con contratto di lavoro “a progetto” non potevano essere inferiori ai minimi salariali previsti nel C.C.N.L. del settore commercio, applicato dalla impresa stessa ai lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato.*”, Cons. Stato, 25 novembre 2010, n. 8229), e, dall’altro, la Stazione appaltante non potrebbe valutare (e quantificare) il costo del personale facendo applicazione dei CCNNL.

Sembrerebbe più ragionevole ritenere che, ogni qualvolta il concorrente si avvalga di lavoratori a progetto, l'elemento sulla cui base valutare il costo del personale sia il compenso pattuito tra le parti.

D'altro canto, secondo la giurisprudenza sopra indicata, il controllo sulla congruità della retribuzione dei contratti a progetto va condotto in base al parametro della proporzionalità del corrispettivo rispetto alla quantità e qualità del lavoro (*“l'art. 8 del D.M. n. 289 del 2000, che impone il rispetto delle norme in materia di lavoro e previdenza, può considerarsi violato solo se sia stato accertato che la retribuzione corrisposta ai lavoratori a progetto sia stata non proporzionata alla quantità e qualità del lavoro , tenuto conto dei compensi previsti per il lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto.”*, Cons. Stato, 25 novembre 2010, n. 8229)

* * *

All'esito della sintetica esegesi letterale della norma, soffermiamoci ora sui suoi

RIFLESSI APPLICATIVI

1. Come abbiamo visto, la norma tace sulle concrete modalità attraverso le quali la Stazione appaltante, in sede di individuazione della migliore offerta, dovrebbe sottrarre i costi del personale dall'offerta economica lorda dei concorrenti.

In astratto, le soluzioni prospettabili sono due. Entrambe, va detto, prive di adeguato supporto normativo e dunque frutto di una interpretazione integratrice della norma:

- a) ragionando in analogia con i costi per la sicurezza, la Stazione appaltante dovrebbe quantificare, in anticipo ed autonomamente, i costi del personale da sottrarre a qualsiasi offerta economica;
- b) in alternativa, sarebbe il concorrente a dover indicare tutti gli elementi di costo del personale da impiegare → la Stazione appaltante, attraverso l'applicazione dei minimi salariali indicati nei CCNNL, valuterebbe (e quantificherebbe) le spese relative al costo del personale → per poi procedere alla sottrazione di tale importo dall'offerta economica lorda.

Analizziamo in dettaglio ciascuna delle due tesi.

a) Tesi della quantificazione in anticipo dei costi del personale

Secondo questa prima tesi, essenzialmente propugnata dal gruppo di lavoro interregionale “Codice contratti” operante presso ITACA, in apposito documento redatto allo scopo di fornire prime indicazioni per l'applicazione della disposizione in commento, la norma si riferirebbe a costi del personale che

la Stazione appaltante dovrebbe autonomamente stimare in sede di predisposizione degli atti di gara ed indicare *ex ante* sin dal bando.

Si tratterebbe quindi di una stima, in generale per così dire tendenzialmente *standardizzata* e in qualche caso riferita ad un *operatore medio convenzionale*, applicabile indistintamente a tutti i concorrenti ed alle relative offerte ed indipendente dalla tipologia di gara e dal suo oggetto. Siffatti costi del personale non possono essere diversi da quelli indicati dalla Stazione appaltante, sono pertanto sottratti al ribasso d'asta e vengono pagati all'aggiudicatario integralmente, al pari dei costi per la sicurezza.

Per quanto riguarda gli appalti di soli lavori, detta stima potrebbe più precisamente essere condotta assumendo a riferimento i prezzi unitari che molto spesso esplicitano il costo della manodopera per ciascuna singola prestazione, rendendo quindi possibile ottenere l'importo della manodopera complessiva dell'appalto.

Con riguardo agli appalti aventi ad oggetto la progettazione e l'esecuzione di lavori, potrebbe invece farsi utile rinvio al quadro di incidenza della manodopera previsto dall'art. 39 del DPR n. 207 del 2010, con riferimento al livello di progettazione esecutiva, secondo cui: *“Il quadro di incidenza della manodopera è il documento sintetico che indica, con riferimento allo specifico contratto, il costo del lavoro di cui all'articolo 86, comma 3-bis, del codice. Il quadro definisce l'incidenza percentuale della quantità di manodopera per le diverse categorie di cui si compone l'opera o il lavoro”*.

Secondo questa prima linea interpretativa, l'effetto principale della novità legislativa è che i costi del personale verrebbero stabiliti d'imperio dalla Stazione appaltante.

Le conseguenze di tale posizione sono che:

- i costi del personale verrebbero in tal modo equiparati agli oneri della sicurezza al fine di escluderli dal ribasso d'asta;
- il confronto concorrenziale verrebbe in tal modo ad esplicitarsi sull'offerta netta, ossia sull'offerta relativa al costo dei materiali, dei noli a caldo e a freddo, delle attrezzature e delle spese generali, oltre che sull'utile di impresa.

Una tale tesi si presta a diverse osservazioni critiche:

- Il presupposto principale su cui essa si fonda è la conoscibilità da parte della S.A. in anticipo dei costi del personale, evidentemente per tutte le tipologie di appalto;

- ciò può tuttavia ritenersi vero solo (ma in realtà neanche sempre) per gli appalti di lavori (senza progettazione) da aggiudicare in base al prezzo più basso, in cui l'elenco prezzi consente di fare una stima sufficientemente esaustiva del costo del personale. Negli appalti di progettazione ed esecuzione di lavori, ma soprattutto negli appalti di servizi e forniture, non sembra possibile che la S.A. sia nelle condizioni di fare una stima anticipata ed attendibile dei costi del personale, per la risolutiva ragione che ogni impresa organizza i propri fattori produttivi in modo autonomo e sensibilmente diverso da caso a caso. Ragionare diversamente, d'altro canto, significherebbe eliminare o quanto meno comprimere l'autonomia negoziale dei concorrenti, i quali devono restare liberi di stabilire il numero e la qualificazione del personale da impiegare in relazione alle dotazioni di attrezzature e mezzi d'opera di cui dispongono, in ossequio ai principi cardine, comunitario e nazionale, della "effettiva concorrenza" di cui al 46° considerando della direttiva CEE 2004/18 e di libera concorrenza di cui all'art. 2, comma 1, del Codice dei contratti pubblici;
- tra l'altro, molti prezzi unitari sono opachi e non rendono evidente l'incidenza della manodopera. E quando mancano i prezzi unitari, ci si riferisce, ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice, ai migliori prezzi di mercato, che notoriamente non esplicitano la manodopera; ciò è di norma vero per molti servizi (quelli di progettazione ed informatici, ad es.) e per le forniture (che possono essere prodotte anche all'estero);
- la tesi non tiene conto, inoltre, di quelle circostanze che possono incidere sul costo del lavoro e che del tutto legittimamente consentono a determinate imprese di scendere sotto i minimi salariali (agevolazioni fiscali, contributivi e previdenziali; sgravi; l'utilizzo di lavoratori a progetto, che non sono assoggettati ai CCNNL, etc.). In tali ipotesi, pertanto, la Stazione appaltante, oltre a trattare in modo uguale situazioni differenti, in concreto sottrarrebbe dall'offerta lorda un importo maggiore di quello reale, distorcendo la concorrenza e modificando la graduatoria;
- è molto difficile (se non impossibile) che le SA conoscano le modalità con le quali le imprese che operano nei tre settori (lavori, servizi e forniture) organizzano i propri fattori produttivi: se possono non conoscerle, è quindi illogico che una norma imponga loro addirittura di fissare una soglia e di considerarla inderogabile;
- logicamente prima ancora che giuridicamente, la quantificazione del costo del personale dovrebbe conseguire alla definizione dell'oggetto del contratto da affidare nel suo complesso e dunque seguire e non precedere

la elaborazione della progettazione, viepiù considerando la tendenza sempre più consolidata delle stazioni appaltanti a demandare ai concorrenti l'onere dello sviluppo della progettazione ai suoi più alti livelli di dettaglio o addirittura a partire dalla fase preliminare come nella finanza di progetto.

Oltre che nei presupposti, la tesi si rivela infondata anche nelle conseguenze:

- la novella in vero non prevede affatto, così come a chiare lettere fa invece l'art. 86, comma 3-ter per il costo relativo alla sicurezza, che i costi del personale non possano essere soggetti a ribasso d'asta. Né vi sono altre disposizioni del Codice in tal senso. Ne consegue che è priva di fondamento normativo l'equiparazione dei costi del personale ai costi della sicurezza ai fini della sottrazione al ribasso d'asta dei primi in analogia ai secondi;
- se le S.A. fossero tenute a stabilire *ex ante* ed in modo fisso ed invariabile la misura del rimborso dei costi del personale per ogni singolo appalto, si produrrebbe un effetto disincentivante allo sviluppo della produttività delle imprese;
- sottraendo al ribasso d'asta la componente dell'offerta relativa al costo del lavoro (oltre che della sicurezza), il confronto concorrenziale tra le imprese si svolgerebbe su una percentuale anche di molto ridotta del costo complessivo ed anzi tanto più ridotta quanto maggiore è l'intensità del lavoro nella commessa, con l'effetto di incentivare le imprese a presentare ribassi maggiori al crescere della loro produttività, come rilevato dall'AVCP nel suo Documento di consultazione, in modo incoerente con l'obiettivo di contrasto al lavoro irregolare che il legislatore della novella sembrerebbe essersi prefisso.

Né va trascurato, infine, il fatto che l'art. 81, co. 3-bis, allo stato, non risulta applicabile ai settori speciali, dal momento che l'art. 206 del Codice, in difetto di intervento da parte della novella, continua a richiamare i soli commi 1 e 3 dell'art. 81 e non anche dunque il comma 3-bis, a differenza di quanto accade per il divieto di assoggettare a ribasso d'asta gli oneri della sicurezza, pacificamente applicabile ai settori speciali in forza del richiamo operato dall'art. 206 all'intero art. 86 del Codice.

Chiarito come il divieto di ribasso d'asta sul costo del lavoro in realtà non trovi affermazione esplicita nella novella in esame, mi sia consentito dubitare, alla luce di una rapida (e di sicuro incompleta) prima ricognizione normativa, che risulti necessario introdurre per via interpretativa un simile divieto.

Il rispetto della congruità del costo del lavoro è infatti attualmente sufficientemente garantito dalle seguenti disposizioni del solo Codice dei contratti pubblici:

- Art. 86, comma 3-bis: *“(...) gli enti aggiudicatori 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*
- Art. 87, comma 3: *“Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge”*).
- Art. 118, comma 6-bis: *“Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare, il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori è verificata dalla Cassa edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentativo per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali”*.

Un effetto disincentivante rispetto alla tendenza ad incidere sui costi del lavoro deriva, inoltre, da:

- L'art. 38, comma 1, lettera “e”: sono esclusi dalle gare coloro *“che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultati dai dati in possesso dell'Osservatorio”*;
- L'art. 38, comma 1, lettera “i”: sono esclusi dalle gare coloro *“che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali”*

In definitiva:

- se la finalità della novella fosse stata quella di tutelare i minimi salariali ed imporre alla Stazione appaltante un controllo preventivo e tassativo su tale elemento, ci sembra di poter dubitare che la formulazione della norma risulti coerente rispetto ad un tale fine;
- la norma si limita infatti ad imporre alle S.A. di sottrarre dal prezzo lordo i costi del lavoro e ciò al dichiarato fine di determinare – con una

valutazione di cui si è detto da effettuare nell'ambito dell'applicazione dei tradizionali criteri di selezione – la migliore offerta;

- se lo scopo fosse stato quello di controllare il rispetto dei minimi salariali, la formulazione della norma sarebbe stata diversa: avrebbe espressamente richiesto ai concorrenti di esplicitare i costi del personale ma soprattutto avrebbe espressamente previsto, in coerenza con il neo introdotto principio della tassatività delle cause di esclusione, la sanzione dell'esclusione dalla gara per le offerte che avessero violato i minimi salariali inderogabili.

La tesi, quindi, postula un forte snaturamento del senso letterale della disposizione e produce effetti che, dal punto di vista sistematico, non paiono congruenti e logici.

b) Tesi della quantificazione *ex post*, in base alle indicazioni fornite dal concorrente.

Gran parte delle difficoltà riscontrate nell'analisi della prima tesi vengono risolte ipotizzando che la valutazione (e quantificazione) dei costi del personale rappresenti il risultato, non già di una stima operata in anticipo dalla Stazione appaltante, ma di un calcolo che essa è chiamata ad effettuare sulla base delle indicazioni fornite da ciascun concorrente. Costoro, in sostanza, dovrebbero indicare nella loro offerta, oltre al prezzo lordo, ogni elemento utile affinché, attraverso l'applicazione dei minimi salariali previsti nei diversi CCNNL, la Stazione appaltante possa pervenire alla quantificazione dei costi del personale.

Quali sono questi elementi? Di certo:

- il numero e la qualificazione delle risorse umane da impiegare;
- i CCNNL di riferimento;
- il tempo di impiego di ciascuna risorsa;
- qualsiasi altro elemento che incida sui costi del personale ed in particolare eventuali agevolazioni fiscali, contributive e previdenziali legate a fattori contingenti.

In tal modo:

- la Stazione appaltante conoscerebbe con esattezza l'importo destinato dal concorrente alla copertura dei costi del personale;

- si eviterebbe di incidere sull'autonomia negoziale di ciascun concorrente, dal momento che non vi sarebbe una fissazione d'imperio e generalizzata dei costi del personale da parte della SA;
- si risolverebbero i problemi connessi alla difficoltà (e per certi versi impossibilità) per la S.A. di conoscere tutti i possibili fattori e le situazioni di incidenza sul costo della manodopera, specialmente se dipendenti da variabili contingenti;
- l'ammontare del costo del personale non sarebbe presuntivo e frutto di una stima, ma reale ed effettivo, così che la sua detrazione dal prezzo lordo non produrrebbe effetti distorsivi.

Si obietterà che la prima tesi, nel prevedere un divieto di ribasso sui costi del personale, finisce col garantire in maniera più efficace i diritti dei lavoratori, perché sarebbe consequenziale a tale opzione interpretativa l'applicazione della sanzione dell'esclusione dalla gara in caso di ribasso. In base alla seconda tesi, invece, la Stazione appaltante si limiterebbe ad utilizzare i minimi salariali solo come una sorte di moltiplicatore per quantificare il costo totale del personale.

Va tuttavia rammentato che, in assenza di una espressa previsione normativa che riconnetta l'esclusione dalla gara alla violazione dei minimi ed in attesa della tipizzazione delle cause di esclusione da parte dei bandi tipo la cui approvazione spetta all'AVCP, dovranno valere i principi elaborati sino ad ora dalla giurisprudenza, secondo i quali la violazione dei minimi tabellari non comporta l'esclusione automatica dalla gara, ma l'obbligo di avviare un contraddittorio con il concorrente, il quale deve essere messo in condizioni di spiegare, in conformità alla normativa comunitaria e segnatamente all'art. 55 della direttiva 2004/18/CE, se ricorre qualcuno dei presupposti che legittimamente consentono di derogare ai minimi tabellari (Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4847: *“Nelle gare di appalto, il mancato rispetto nelle offerte dei minimi tabellari del costo del lavoro, o, in mancanza, dei valori indicati dalla contrattazione collettiva, non determina l'automatica esclusione dalla gara delle offerte stesse, ma costituisce un importante indice di anomalia, che dovrà essere poi verificata attraverso un giudizio complessivo di remuneratività. Pertanto, nel caso in cui nell'offerta di una impresa, il costo del lavoro indicato risulti inferiore a quello minimo stabilito dal CCNL di categoria, la stazione appaltante non può ritenere inammissibile a priori qualsiasi tipo di giustificazione, ma deve ammettere le giustificazioni relative al costo del personale presentate dall'aggiudicataria senza procedere all'esclusione automatica della stessa dalla gara, in ossequio ai principi di diritto comunitario in materia di libera concorrenza”*).

2. A questo punto si pone il secondo e più rilevante problema applicativo: come si valuta l'offerta economica e come si perviene ad individuare la migliore offerta?

Abbiamo visto che la Stazione appaltante, dopo aver utilizzato il criterio di selezione indicato nel bando, è chiamata a compiere una ulteriore operazione: sottrarre il costo del personale dall'offerta economica lorda.

Il rilievo è di estrema importanza, ma sembra sottovalutato: l'avverbio "altresì" ci impone di considerare l'operazione in esame come aggiuntiva ed ulteriore a quella di selezione vera e propria.

Il funzionamento applicativo, quindi, dovrebbe essere indagato sia che si utilizzi il prezzo più basso, sia che si utilizzi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Peraltro, indagare le modalità con cui questa operazione può essere condotta ci aiuterà a capirne lo scopo.

I primi commentatori della norma, anche quelli che hanno aderito alla seconda tesi (quella secondo cui i costi del personale sono computati in base ai dati forniti da ciascun concorrente), non hanno esitato a concludere che il prezzo netto (ossia quello che risulta dalla sottrazione dei costi del personale dal prezzo lordo) rappresenterebbe l'unico elemento economico in base al quale aggiudicare la gara.

La tesi non persuade, anche per ragioni connesse alle conseguenze pratiche che ne deriverebbero:

a) la Stazione appaltante, infatti, dovrà corrispondere al concorrente aggiudicatario il prezzo lordo, non quello netto, atteso che di certo il costo del lavoro non può restare a carico dell'appaltatore; il che già dovrebbe condurci ad escludere che l'offerta migliore possa essere individuata in base al solo prezzo netto;

b) d'altro canto la lettera della norma – lo abbiamo visto – è chiara nel prevedere che si tratta di un elemento che si aggiunge ("altresì") ai criteri selettivi tradizionali.

Conferme in tal senso possono trarsi dall'esame della seguente situazione esemplificativa:

- il concorrente A propone il prezzo lordo più alto, ma il prezzo netto più basso;

- il concorrente B propone il prezzo lordo più basso, ma il prezzo netto più alto.

A chi deve essere aggiudicata la gara (o chi deve essere attribuito il punteggio economico più alto)?

Secondo i primi commenti, la migliore offerta dovrebbe essere individuata in base al solo prezzo netto più basso. Il che, nel caso di specie, significherebbe aggiudicare la gara al concorrente A, ma comporterebbe per la Stazione appaltante il pagamento di un prezzo lordo più alto, con buona pace delle più ovvie ragioni di buon senso, prima che giuridiche.

Ma se l'aggiudicazione avvenisse in favore del concorrente B (che nell'esempio ha offerto il prezzo lordo più basso), la disposizione introdotta dalla novella legislativa verrebbe sostanzialmente frustrata.

Come si vede, una soluzione unitaria, che pretenda di applicare un criterio unico, si rivelerebbe irragionevole.

L'esempio induce a ritenere che la novella legislativa, nell'introdurre l'obbligo di sottrarre dall'offerta lorda il costo del personale, abbia reso la valutazione economica una operazione non più automatica o, se vogliamo, meramente quantitativa. La stazione appaltante, infatti, sembra essere chiamata a contemperare la valutazione economica classica (quella in base alla quale l'offerta economica migliore è quella lorda più bassa), con quella che impone di valutare anche il prezzo al netto dei costi del personale.

Ciò significa che, per gli appalti da aggiudicare con l'offerta economicamente più vantaggiosa, il punteggio per l'offerta economica potrebbe essere suddiviso in due sub-elementi, uno riferito all'offerta lorda e l'altro all'offerta netta, in analogia a quanto accade per l'attribuzione del punteggio tecnico. Si tratterà quindi di stabilire una legge di assegnazione del punteggio che, in coerenza con la novella, risulti premiare l'offerta netta senza però, mi sembra di dover aggiungere, rendere irrilevante l'offerta lorda.

Ma come andrà considerata l'offerta netta?

Si ipotizzi il caso di due offerte che espongano lo stesso prezzo lordo, ma diversi costi del personale. Prima dell'entrata in vigore della novella, il punteggio economico (o il collocamento in graduatoria, in caso di gara al prezzo più basso) sarebbe stato il medesimo.

Oggi evidentemente no. Ma in che modo occorre differenziare i due concorrenti? Chi dei due dovrebbe essere avvantaggiato? Quello che espone costi più alti, o viceversa?

La norma stabilisce che l'offerta migliore è quella che si determina, fra l'altro, sottraendo le spese per il costo del personale. Maggiori sono tali spese, minore risulta l'offerta netta.

Pertanto, se vale lo stesso criterio utilizzato per il prezzo lordo, all'offerta netta più bassa corrisponde il punteggio più alto.

Tra i due concorrenti, quindi, dovrebbe risultare favorito quello che espone costi più alti, perchè risulta avere un prezzo netto più basso.

L'ipotesi consente di supporre che lo scopo della norma non sia tanto quello di escludere i costi del personale dalla logica dei ribassi (giacchè comunque il prezzo lordo, in cui certamente sono inclusi i costi del personale, è assoggettato a ribasso), quanto piuttosto quello di aggiungere un meccanismo valutativo che, depurando l'offerta lorda dei costi del personale, faccia emergere il vero margine di utile dell'impresa concorrente.

Solo quel margine, infatti, rappresenta la porzione di offerta economica realmente disponibile per il confronto concorrenziale. La parte relativa ai costi del personale, invece, viene sì considerata (per l'ovvia ragione che la S.A. alla fine pagherà il prezzo lordo), ma al contempo viene anche, per così dire, esclusa al fine di far emergere il reale ribasso o meglio resa ininfluenza al fine di pervenire alla individuazione della migliore offerta, in base al nuovo angolo di visuale imposto dal novello comma 3-bis dell'art. 81.

Si faccia l'ipotesi di due concorrenti che espongono il medesimo costo del personale. Appare evidente che la Stazione appaltante dovrà preferire il concorrente che espone il prezzo lordo più basso, ossia colui che ha compresso in misura maggiore la parte disponibile di offerta economica (ossia quella che risulta al netto dei costi del personale).

Conclusioni.

In molti commenti si afferma che la novella avrebbe escluso i costi del personale dal ribasso d'asta e che ciò rappresenterebbe una misura a tutela del lavoro, sotto il profilo del contrasto al lavoro nero ed irregolare.

Non esiste, però, una disposizione analoga a quella dell'art. 86, comma 3-ter per i costi del personale.

D'altro canto, la tutela dei minimi salariali è un obiettivo fondamentale che l'ordinamento si prefigge di conseguire in fasi diverse da quella della selezione della migliore offerta e più propriamente in fase di esecuzione delle prestazioni, oggi altresì per mezzo di strumenti innovativi quali ad esempio quelli previsti

dall'art. 196 del nuovo regolamento (dPR 207/10), recante “*Disposizioni in materia di documento unico di regolarità contributiva in sede di esecuzione dei lavori*”.

Sembra più corretto, allora, limitarsi al dato letterale e concludere che la norma abbia inteso introdurre un nuovo modo di considerare e valutare l'offerta economica: non più solo in senso quantitativo, ma anche in senso qualitativo, attraverso una scomposizione della stessa in elementi omogenei (i costi del personale da un lato, gli utili e le spese generali dall'altro).

Siccome i costi del personale vengono tenuti fuori, nell'ambito del confronto concorrenziale, dalla fase di selezione della migliore offerta, può ritenersi che venga enfatizzata la componente dell'offerta riconducibile alla insindacabile disponibilità dell'imprenditore.

Ed è certamente vero che ciò si riflette positivamente sui lavoratori, ma solo quale effetto indiretto della novella, perchè la Stazione appaltante non è chiamata da essa a selezionare la migliore offerta in base alla verifica del rispetto dei minimi salariali inderogabili. Questo compito, lo si ribadisce, esula dalla fase di selezione della migliore offerta.

La Stazione appaltante si limita a tenere fuori dalla competizione per la migliore offerta economica (almeno in una delle due fasi) la componente dei costi del personale, in modo da disincentivare il concorrente che, per accaparrarsi la commessa, fosse disposto ad esporre costi del personale inferiori ai livelli salariali minimi.

Una situazione, quest'ultima, di cui la Stazione appaltante è certamente in condizione di avvedersi in fase di esecuzione, in cui il controllo sui costi del lavoro non manca. Ma si tratterebbe di un controllo oramai intempestivo.

Ecco allora che, per evitare in radice una simile situazione, la componente dei costi del personale viene – non già eliminata del tutto, perchè comunque concorre a formare il prezzo lordo che la stazione appaltante sarà tenuta a pagare – ma se non altro fortemente depotenziata.

In ciò senza dubbio perseguendo finalità esplicitamente riconducibili alla tutela del lavoro.

Resta tuttavia una perplessità.

Riprendendo l'esempio dei due concorrenti che hanno esposto il medesimo prezzo lordo, ma costi del personale diversi, si è detto che la preferenza andrebbe a chi ha indicato costi del personale maggiori. Chiediamoci a questo punto da quali ragioni potrebbe derivare un maggior costo del personale.

L'ipotesi più semplice è che il concorrente indichi una maggiore quantità di personale o che, a parità di risorse, sopporti per esse un costo del lavoro maggiore.

Ma quest'ultimo potrebbe anche dipendere dall'utilizzo di personale più qualificato.

Nel primo esempio, in effetti si potrebbe ritenere che la misura avrebbe prodotto un effetto latamente favorevole per i lavoratori. Nel secondo, la medesima conclusione non sarebbe più così immediata.

Non solo. È notorio che il mercato si evolve alla ricerca di processi produttivi sempre più efficienti, al fine di abbattere i costi ed aumentare il margine di profitto. In questa dinamica è altrettanto notorio che le risorse umane rappresentano il costo che l'evoluzione tende ad assottigliare, a tutto vantaggio delle macchine o di metodi più efficienti di produzione.

Ebbene, di fronte all'esempio di prima, nulla esclude che il concorrente favorito, ossia colui che abbia esposto un maggior costo del personale a parità di prezzo lordo, sia quello che in realtà è per così dire meno al passo coi tempi o che abbia investito di meno nei processi produttivi. La Stazione appaltante, quindi, si troverebbe ad aggiudicare la gara ad un imprenditore che organizza i propri fattori produttivi in modo meno efficiente.

Ma soprattutto credo non si possa omettere di considerare il possibile effetto disincentivante che verrebbe a prodursi su scala globale: quale imprenditore avrebbe più interesse a implementare ed accrescere l'efficienza dei propri fattori produttivi, se questo sforzo non si traducesse poi in un beneficio nelle gare per l'affidamento dei pubblici appalti?

Vi ringrazio dell'attenzione.