

Annotazioni in tema di non negoziabilità del costo del personale negli appalti pubblici (ma perché prima era negoziabile?). E se il legislatore avesse ragione?
S. Usai (www.appaltiecontratti.it 1/9/2011)

Sono ormai numerose le annotazioni intorno al recente innesto legislativo in tema di costi del personale e della relativa non negoziabilità. Norma *orribilis*, da più parti ritenuta inapplicabile, soprattutto in relazione alla *smisurata* difficoltà sulla individuazione del minimo o dei minimi salariali del personale coinvolto nell'appalto.

La disposizione legislativa, come noto, è stata *ferocemente* aggravata considerato che, in un lodevole tentativo, la proposta di legge – come emerge dagli atti parlamentari – ne limitava l'ambito oggettivo/applicativo al solo criterio del prezzo più basso. Negli atti si legge infatti che ***“nella determinazione del prezzo più basso richiesto dalle amministrazioni pubbliche per l'assegnazione di una commessa di beni e di servizi, siano esclusi i costi relativi alle retribuzioni del personale, stimati sulla base dei livelli della contrattazione nazionale di riferimento, nonché i costi relativi agli adempimenti previsti per il rispetto delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”***. Un inciso a conclusione di rilevanti considerazioni in tema di occupazione e contratti di lavoro.

Da proposta peculiare, ad ambito limitato, la specifica è diventata generale coinvolgendo entrambi i criteri di aggiudicazione degli appalti sostanziandosi nell'innesto contenuto nell'articolo 81 piuttosto che nell'articolo 82 coma da proposta di legge.

La norma, semplificando, impone una consapevolezza della stazione appaltante del minimo salariale corrisposto al personale coinvolto nell'appalto. Operazione che dovrebbe riguardare i diversi profili coinvolti e il complesso delle ore lavoro. Minimo salariale e non una semplice media. Si è puntualmente rilevato che detta operazione – di individuazione del costo minimo – era già di per sé operazione *diabolica*, ora, per effetto della più recente legislazione (d.l.138/2011), sempre che sopravviva alla predisponenda, sofferta, conversione, l'operazione diventa praticamente impossibile.

Alla luce di quanto, semplificando, la norma impone di individuare un costo nel suo valore minimo/essenziale ma – tecnicamente – risulta complicato (forse impossibile) individuarlo con una certa precisione.

Ulteriore questione è quella che riguarda lo scorporo di questo costo dalla base d'asta. Sia che la stazione appaltante debba verificare o meno il costo del personale, sia che questo venga scorporato o meno, **rimane fermo che nella costruzione della base d'asta – intendo già prima di questa norma – una indagine sui costi andava fatta per forza**. Il RUP stabilisce la base d'asta e sa perfettamente in che modo questa si articola. Anzi, queste informazioni, a sommosso parere, sono

tranquillamente accessibili dai soggetti interessati a partecipare alla gara. Pertanto, anche *ante* norma in commento, i costi del personale (una media) così come le altre componenti della base d'asta, dovevano essere ben chiare al RUP. Anche perché, per tacer d'altro, senza detta consapevolezza risultava difficile effettuare le verifiche ma soprattutto il RUP non avrebbe avuto *presidio* della base d'asta finendo, questa, per essere determinata semplicemente con l'iscrizione in bilancio di una risorsa finanziaria, magari aggiornata ogni anno applicando una percentuale di aumento dei prezzi.

Oggi questa attività (la determinazione della base d'asta) deve essere più rigorosa, più seria (forse troppo) e deve avvenire attraverso riferimenti **difficili da reperire** (vuoi perché non esiste un contratto, vuoi perché si possono applicare contratti diversi, vuoi per le modifiche a livello aziendale, vuoi per agevolazioni di varia natura ecc.).

Ma la norma esiste. La norma esiste e non è stata corredata da alcuna intermediazione transitoria, come dovrebbe essere. Al riguardo appare opportuno **stigmatizzarne il grave difetto di completezza di una norma non corredata dalle specifiche applicative. Circostanza che costituisce autentica esimente da responsabilità.** Introdurre norme di tal fatta, praticamente inapplicabili o di complessa applicazione, ha l'effetto di **deresponsabilizzare** la p.a. con danni enormi agli appaltatori ed alle stesse stazioni appaltanti.

Oppure, se si preferisce, si può anche puntualizzare che una norma come quella in argomento, che si pone come autentico intervento chirurgico, non accompagnata da prescrizioni (e cautele) sull'uso **è solo un modo di trasferire su altri soggetti ogni problematica**: si individua l'esigenza (oggettiva necessità) e si trova (si ritiene di aver trovato) l'antidoto.

Questo approccio viene costantemente ripetuto. Penso alla norma sulla velocizzazione dei pagamenti, la norma meno applicata dell'intero ordinamento giuridico, penso – prima dell'abrogazione - al problema delle giustificazioni preventive, secondo i giudici, esigibili tanto a pena di esclusione quanto quale mero onere collaborativo.

Se la norma esiste, sia che il ribasso sul costo del personale debba essere verificato sia che debba essere punito con l'esclusione, **la stazione appaltante deve avere una consapevolezza di quanto “costa” la manodopera coinvolta nell'appalto. Certo non lo potrà mai conoscere nel suo preciso ammontare (per quanto sopra evidenziato).**

Attraverso indagini di mercato, il RUP potrà stabilire un costo medio. Costo medio che è cosa diversa dal costo minimo. Ma che, nell'assurdità della disposizione, se si intende renderla operativa, per la stazione appaltante quel valore dovrebbe diventare un “*minus*” non assoggettabile a ribasso.

Ora, a ben vedere, **il problema della verifica in realtà non si pone. Sotto il profilo pratico, se la stazione appaltante precisa, sia pur con beneficio d'inventario (cosa comunque discutibile), che il costo non ribassabile è di 100, a pena di esclusione, quale (sciagurato) appaltatore presenterà una proposta più bassa?.**

Al più, se il prezzo è **più basso** di quello reale, tutti gli appaltatori sommergeranno di impropri e richieste di accesso, modifica ecc, la stazione appaltante. **Ma se questo è più alto, chi mai farà rimostranze? Il rischio dell'inserimento di un costo del personale più alto è una delle conseguenze possibili, uno degli effetti negativi di una previsione normativa incauta, perentoria, senza alcuna indicazione pratico/applicativa. Gli effetti di una prescrizione da completare o da censurare definitivamente. Un intervento chirurgico, come tanti altri, non andato a buon fine.**

Se si giunge a stabilire un costo del personale (solo indicativo, ma sicuramente più alto di quello di mercato), perché non incorporarlo? Perché non incorporarlo e sanzionare un tentativo di negoziarlo con l'esclusione dalla competizione? La circostanza probabilmente non si verificherà mai. Poi sotto il profilo pratico, la riflessione dottrinale (corretta) secondo cui l'esclusione senza verifica non ossequia le disposizioni comunitarie non è un problema della stazione appaltante. Non è neanche un problema del RUP.

Ma la semplificazione non consiste proprio in questo? Chi non rispetta la “regola” secondo cui il costo del personale non è ribassabile verrà estromesso dalla gara.

Il fatto è che questo, **verosimilmente**, non accadrà mai perché l'appaltatore accetterà di buon grado il *bonus in eccesso* indicato dalla stazione appaltante e non si sognerà di fare un ribasso che addirittura lo estrometterebbe dalla gara. Questi, è consapevole di quanto già dal momento in cui legge il bando di gara, **e allora perché dovrebbe arzigogolare sul costo del personale se questo non porta a nulla se non ad effetti negativi?**

Allora a queste condizioni, un probabile paradosso della norma, ribassare equivale ad un suicidio tecnico. Si pensi alla sequenza pratica: effettuato il ribasso, una volta rilevato dalla stazione appaltante questa provvede alla esclusione. L'operatore per la riammissione dovrebbe ricorrere. E se il giudice non accoglie la doglianza? Ma anche se l'accogliesse, con “ordine” alla stazione appaltante di fare le verifiche, e se poi non riuscisse a giustificare l'offerta o meglio, se la stazione appaltante non le ritenesse congrue?. Davanti ad una sequenza *massacrante*, è evidente che se il bando indica 100 come costo del personale, tutti necessariamente si adegueranno. Gli operatori agiranno solo se 100 è in realtà un valore inferiore rispetto del costo della manodopera e chiederanno un adeguamento alla stazione appaltante.

Un valore individuato (ripeto, non nella sua precisa consistenza perché ci sono troppe variabili) **perché**, con buona pace di tutti, **non scorporalo?**. Se il costo in argomento non viene scorporato, automaticamente è necessaria la verifica (salvo nel caso di appalto al ribasso con esclusione automatica). Ma la verifica presuppone che la stazione appaltante abbia consapevolezza dei costi del personale. Senza scorporo la norma si applica come se non fosse mai stata “partorita”. Se si scorpora, mi sembra inevitabile, i costi non sono negoziabili (prendere o lasciare). **Ma, si ripete, chi mai si sognerebbe di negoziare un vantaggio insperato, un autentico regalo?**.

E se il legislatore avesse ragione? Alla stazione appaltante si chiede di individuare il costo del personale, una volta individuato (nella sua dimensione più vicina possibile al salario minimo) questo non è negoziabile e quindi sta fuori dalla “vera” base d’asta. Chi tenta di negoziare il costo del personale (perché dovrebbe farlo?) è “fuori” dalla gara. E se fosse davvero così?

www.appaltiecontratti.it