

Divieto di ribasso sulla manodopera: riforma di facciata

Le modifiche al codice dei contratti del Decreto Sviluppo che impone di determinare l'offerta migliore al netto delle spese di personale non sono una novità, ma complicano le procedure

La non negoziabilità del costo della manodopera

L'articolo 81 del d.lgs 163/2006e, che individua i criteri per la scelta della migliore offerta, è stato arricchito con un recente innesto legislativo introdotto dalla legge n.106/2011 (provvedimento di conversione del decreto legge 70/2001 ma in questo non originariamente previsto) di un terzo comma *bis*.

Con il periodo in parola viene 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 annotato dalla dottrina, pone più di un problema pratico/operativo, primo fra tutti quello di stabilire a quale tipologia d'appalto si applichi e se questa nuova norma possa riguardare (o meno) anche le procedure semplificate ed in particolare i contratti esclusi e le acquisizioni in economia.

La disposizione, come si legge nelle schede di lettura del testo di conversione del decreto legge 70/2011, introduce un **“ulteriore criterio per la scelta dell'offerta migliore”**.

La prescrizione riguarderà in particolare soprattutto i lavori pubblici ed i servizi. In via residuale si può immaginare una applicazione limitata alle forniture (che prevedono anche l'installazione) salvo ipotizzare che in detto costo si debba includere quello di “fabbricazione” o addirittura quello di “consegna” (e quindi la manodopera utilizzata).

La sensazione, che emerge anche dalla lettura della proposta di legge del 14 giugno - su cui si tornerà - è che la norma cerchi di introdurre ulteriori cautele in relazione a quelle commesse a forte incidenza di manodopera al fine di evitare abusi e lavoro sottopagato.

In relazione all'applicabilità o meno alle procedure semplificate (ed in particolare agli appalti esclusi ma anche al cottimo fiduciario ed alle acquisizioni in economia in generale) occorre premettere che la risposta non può ritenersi condizionata dalla soluzione alla *querelle* se l'istituto della verifica dell'anomalia dell'offerta sia o meno obbligatoria per le procedure non ordinarie. Soprattutto in relazione al cottimo (ma questo vale anche per gli appalti esclusi), la più volte ribadita (in dottrina ma anche in giurisprudenza) affermazione secondo cui il procedimento di verifica della congruità **risulterebbe applicabile solamente per effetto di un esplicito richiamo contenuto nella lettera di invito (o in genere nella legge di gara) non riguarda affatto la problematica introdotta con il nuovo comma 3 bis**. Ciò al fine di sgombrare immediatamente il campo di analisi da una fuorviante pregiudiziale.

La (*pseudo*)problematica può essere tranquillamente risolta una volta che si ha riguardo ai superiori principi che la nuova disposizione - che comunque complica il procedimento contrattuale - tende a tutelare. L'esigenza sottesa alla introduzione di questo ulteriore criterio di individuazione dell'offerta migliore, deve essere posta in relazione con la necessità di impedire che le stazioni appaltanti stipulino contratti con imprese che alimentano il lavoro nero e/o non rispettano i vincoli contrattuali relativi al personale assunto.

Questa affermazione trova conforto anche nelle specificazioni contenute nel disegno di legge presentato il 14 giugno. Nella proposta si evidenziava come sia *“di tutta evidenza l'importanza di tale misura: attualmente, infatti, proprio le amministrazioni pubbliche, formulando richiesta di offerte economiche più competitive sul piano dei prezzi, rischiano di favorire e di premiare quelle imprese che operano una concorrenza sleale, improntata sul mancato rispetto dei contratti e delle disposizioni di legge”*. E' bene rilevare inoltre che il testo presentato prevedeva l'innovazione **per il solo criterio del prezzo più basso con conseguente modifica che avrebbe**

inciso sull' articolo 82 del codice. Il testo in argomento è stato invece – per esigenze di coerenza sistematica (forse!) - addirittura aggravato dalla disposizione legislativa licenziata che modifica l'articolo 81 con estensione della necessità dello “scorporamento” dei costi del personale **anche nel caso di appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.**

Per effetto di quanto, si può ritenere che la disposizione in argomento possa essere ricondotta nell'ambito di quelle esigenze superiori di interesse pubblico **intangibili alla stazione appaltante** e da cui questa non si può sottrarre. La considerazione, come annotato, vale ovviamente anche in relazione agli appalti esclusi dall'ambito oggettivo del codice degli appalti.

Anzi, per alcuni di questi richiederà un impegno particolare, si pensi alle peculiari categorie in cui la componente del personale ha una rilevanza fondamentale come il caso dei servizi sociali. Che la nuova norma abbia un ambito applicativo così esteso pare emergere dalle stesse considerazioni espresse dal gruppo di lavoro interregionale operante presso Itaca (Istituto per l'innovazione e la trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale) che, con le *“Prime indicazioni per l'applicazione delle modificazioni introdotte all'articolo 81 del codice”* ha sottolineato che la norma in commento avrebbe introdotto un *“nuovo principio generale, ossia quello della non negoziabilità del costo della manodopera”*.

Alcune difficoltà pratico/operative poste dalla norma

In sede di prima lettura si può sostenere, senza pretese di essere esaustivi, che la norma comporterà più di una difficoltà operativa per il RUP. Risolto il problema della sua applicabilità, rimane da definire come questa si atteggi concretamente in base al diverso criterio di aggiudicazione prescelto e, soprattutto, quali siano i compiti del RUP nel momento in cui individua (e propone al dirigente/responsabile del servizio) il prezzo a base d'asta.

Già le prime considerazioni espresse, autorevolmente, sulla norma e quindi quelle del gruppo di lavoro presso Itaca da un lato e la presa di posizione espressa dall'Autorità di Vigilanza, lasciano trapelare almeno due differenti *modus* applicativi. Entrambi, a ben vedere, legittimati dall'esiguo testo della prescrizione.

Letteralmente, da questa emerge che per il costo del personale si deve procedere come attualmente si opera per i costi della sicurezza i quali devono essere indicati separatamente dalla base d'asta con la precisa indicazione che si tratta di importi non soggetti a ribasso a pena di esclusione.

In realtà, a sommeso parere, non è così. Sui costi di sicurezza effettivamente l'appaltatore non può avere margine di azione.

Nel caso del costo del personale è evidente che questo varia in base alla organizzazione, eventualmente, anche suggerita/proposta in sede di partecipazione alla gara con la predisposizione di uno specifico progetto come accade (o può accadere) quando l'appalto deve essere aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La questione allora si risolve (forse!) individuando non tanto il costo complessivo della manodopera da utilizzarsi, proprio perché questa può variare a seconda della tecnologia utilizzata ed a seconda dell'organizzazione proposta, **ma con l'individuazione del costo orario** che andrà moltiplicato poi per le ore di lavoro/servizio e quindi rapportate al minimo salariale ⁽¹⁾.

Facile a dirsi più complicato a realizzarsi. E' chiaro che sotto il profilo pratico le difficoltà possono essere notevoli. E' sufficiente che i minimi salariali in realtà non siano tali (per l'esistenza di altro contratto) per “avvantaggiare” indebitamente l'offerente. L'operazione in argomento pertanto richiede una precisa individuazione del contratto collettivo applicabile e dei relativi minimi salariali da intendersi come soglia “incomprimibile” sotto alla quale non è possibile situarsi pena la violazione del contratto di lavoro.

¹ Da intendersi – come rilevato dal gruppo di lavoro più volte citato - 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 deve andare a mercato, nell'ambito del gioco concorrenziale (ossia l'offerta a ribasso) della gara”.

Quindi una operazione da farsi *ex ante* al momento della predisposizione degli atti della gara e della individuazione della base d'asta.

Secondo il gruppo di lavoro presso Itaca, la specificazione di un costo del personale individuato dalla stazione appaltante, **farebbe venir meno l' esigenza di attivare un procedimento di verifica nel caso in cui il costo proposto sia più basso rispetto a quello stabilito dalla stazione appaltante.**

Di parere diverso, come annotato sopra, sembrerebbe situarsi la posizione espressa dall'Autorità di Vigilanza ⁽²⁾ 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'Authority (mi sembra in modo più persuasivo) il recente innesto esplicita "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 rendano 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, – a sommosso parere - 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 ritenuto congruo dalla stazione appaltante **possa essere soggetta a verifica e non ad esclusione automatica.** Questa interpretazione – come rammenta l'AVCP - 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'AVCP, "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 consistente 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 la gara si sia svolta con la procedura dell'esclusione automatica.

La differente valutazione espressa, ovviamente semplificando ed in primissima lettura, pare fondata sulla rilevanza e sul significato del mantenuto comma 3 bis dell'articolo 86 del codice. Infatti – condivisibilmente –, a detta dell'Autorità di vigilanza, 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 ⁽³⁾".** Per il gruppo di lavoro Itaca invece, dalla modifica intervenuta con la legge 106/2011 deriverebbe che possa "ritenersi superato il disposto dei citati art. 86, comma 3-bis del Codice e 39, comma 3 del Regolamento nelle parti in cui presuppongono la conduzione di verifica dell'anomalia per la componente di costo della manodopera, in quanto il costo del personale non è più elemento di offerta e pertanto come non dovrà più essere sottoposto a verifica di congruità".

Intesa nel senso prospettato dall'Authority, **praticamente non cambia nulla (o quasi) rispetto al pregresso regime, se non una rinnovata esigenza di una attività propedeutica più dettagliata in sede di definizione della base d'asta in modo che sia ben chiara l'articolazione dei "costi" coinvolti, compreso il margine di utile dell'affidatario.**

² Anche in questo caso in sede di prima indicazione sull'interpretazione dell'articolo 81 comma 3 bis.

³ Lettera che è stata abrogata con la legge 106/2011 per effetto dell'innesto in commento.

La norma, tutt'altro che tendente a semplificare le procedure, pur corretta sotto il profilo *civico* e sociale – tra l'altro immediatamente operante - determinerà la necessità di adeguate indagini sui costi del personale e quindi una spendita di tempo relevantissima a discapito di altre procedure.

Chiosa sulla prima lettura

Come annotato, l'originaria proposta prevedeva un maggior rigore sull'aggiudicazione (espresso con la “nuova” prescrizione) solo nel caso venisse utilizzato il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso sulla base d'asta. E forse aveva un senso. Con un criterio *lapidario* come quello appena citato, l'appaltatore non ha nessun margine di offrire condizioni migliorative dell'appalto che si traducono (o dovrebbero tradursi) in altrettanti apporti qualitativi fondamentali per la stazione appaltante. Non solo in termini conoscitivi di nuove tecnologie ed organizzazioni di lavoro, ma anche sotto il profilo squisitamente tecnico della prestazione offerta.

L'utilizzo della prescrizione in commento nei confronti 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” dell'appaltatore rigoroso ed inappuntabile. Per questo, sembrano condivisibili le considerazioni espressa dall'Autorità di Vigilanza che sottolineano la necessità comunque di una verifica da parte della stazione appaltante che non potrà mai (a sommerso avviso) escludere automaticamente anche perché potrebbe accadere che l'appaltatore disponga di una organizzazione produttiva *eccellente* da far “dubitare” legittimamente (anche il giudice amministrativo eventualmente adito) dei calcoli espressi – e posti a base di gara – da parte del RUP.

Infine, una ulteriore annotazione: ma siamo sicuri che la norma sia nuova? La circostanza che siano sopravvissute norme che impongono comunque una verifica, si pensi al comma 3 *bis* art. 86 e comma 3 dell'articolo 87 del codice, induce ad affermare che forse non è cambiato niente rispetto al pregresso regime giuridico, salvo pensare peculiari applicazioni che avrebbero un effetto paralizzante sulle procedure di gara ed aumento dei contenziosi.

Stefano Usai