

“MOLTO RUMORE PER NULLA”

UNA POSSIBILE INTERPRETAZIONE DELL’ART. 81, COMMA 3-BIS, DEL CODICE INTRODOTTO DELLA LEGGE 12 LUGLIO 2011, N. 106, DI CONVERSIONE DEL DECRETO LEGGE 13 MAGGIO 2011, N. 70

Come già esposto in altro lavoro, con la legge 12 luglio 2011, n. 106, di conversione del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 recante “Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l’economia”, il legislatore ha dato un fulgido esempio di come complicare la vita agli addetti ai lavori, siano essi stazioni appaltanti che operatori economici, rispettivamente in sede di predisposizione delle gare e di presentazione delle offerte. In particolare, il presente lavoro vuole approfondire l’ormai famigerata novella riguardante la previsione che l’aggiudicazione avvenga al netto del costo del personale, oltre agli oneri di sicurezza (non si capisce se quelli “generali” o quelli del “piano di sicurezza” o del “DUVRI”), con conseguente apparente impossibilità di giustificare tali importi, avendo lo stesso legislatore abrogato il corrispondente elemento di esemplificazione nell’elenco delle giustificazioni ammissibili.

Vediamo, dunque, la novella qui incriminata. L’art. 4, comma 2, lettera i-bis), del d.l. n. 70/2011, come inserita dalla legge di conversione n. 106/2011, prevede che all’articolo 81 del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), dopo il comma 3, è aggiunto il seguente:

“3-bis. 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 delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”.

Conseguentemente, l’art. 4, comma 2, lettera i-ter), del d.l. n. 70/2011, come inserita dalla legge di conversione n. 106/2011, prevede che all’articolo 87, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), la lettera g), relativa all’elemento di giustificazione delle offerte sospette di anomalia rappresentato dal costo del lavoro, viene abrogata (*g. il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei 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*).

Si ribadisce innanzitutto, che il legislatore non può aver dimenticato di coordinarsi con i pacifici principi comunitari in materia che restano ovviamente vigenti (v. art. 55 della direttiva 2004/18/CE: *“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. Dette precisazioni possono riguardare in particolare: [...] d) il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione [...]*), in base ai quali **il costo del lavoro va valutato nell’ambito del sub procedimento di verifica di congruità dell’offerta**, con la precisazione anche, da parte della

giurisprudenza, che le tabelle ministeriali in materia non sono inderogabili, ma rappresentano più semplicemente dei valori medi di riferimento.

Volendo approfondire quest'ultimo aspetto, si riportano di seguito i punti salienti delle considerazioni di diritto espresse dal T.A.R. Lazio, Sezione II ter, nella sua sentenza n. 11239 del 17.11.2009.

Secondo il Tribunale Amministrativo, costituisce giurisprudenza consolidata sul punto (per tutte, Cons. St., sez. V, n. 2835/2008 e TAR Sicilia, sede Catania, sez. III, n. 2315/2008) il fatto che gli importi relativi al costo del personale rilevati dai decreti ministeriali costituiscono soglie significative per la ricerca delle anomalie delle offerte, in relazione alle quali i concorrenti hanno la possibilità di dimostrare in concreto qualunque circostanza (di diritto e di fatto) che permetta la riduzione dei costi (nella parte derogabile). Del resto, è noto che le tabelle ministeriali si compongono di voci derogabili ed inderogabili dove la parte derogabile (in particolare, quella fiscale e previdenziale) è connessa al particolare regime connesso alla natura giuridica del soggetto che partecipa alla gara, al quale possono essere riconosciute agevolazioni che permettono di ridurre i costi connessi al lavoro dipendente. In ogni caso, è compito della stazione appaltante verificare la validità delle giustificazioni fornite dalle imprese che presentino un'offerta che si discosti dalle predette tabelle ministeriali.

Inoltre, il Consiglio di Stato, sezione V, nella sentenza 23/6/2011 n. 3807, ha evidenziato l'importanza dell'elemento "costo del lavoro", che travalica l'ambito della gara di appalto in riferimento al quale è apprezzato ai fini della congruità dell'offerta presentata, atteso che esso ha in realtà riguardo ai valori fondamentali di solidarietà, uguaglianza e libertà che si rinvergono nel principio di retribuzione adeguata e sufficiente di cui all'articolo 36 della Costituzione: l'indagine sulla sua congruità deve pertanto necessariamente coinvolgere non solo e non tanto gli aspetti logico-formali dell'offerta e delle sue giustificazioni, quanto piuttosto il concreto substrato materiale e organizzativo della struttura dell'impresa aggiudicataria, onde accertare e verificare che effettivamente il costo del lavoro indicato nell'offerta sia obiettivamente (e non solo soggettivamente) idoneo ad assicurare il pieno rispetto dei valori e dei principi costituzionali sopra indicati.

Appare evidente, quindi, che la novella introdotta dalle legge di conversione del cd. "decreto sviluppo" se male interpretata ed applicata risulta a rischio di infrazione comunitaria, in quanto in termini europei **non si può scorporare a priori un costo del personale e della sicurezza generica non assoggettabili a giustificazioni**. Inoltre, sul piano operativo appare di assai difficile gestione una sorta di base di gara "doppia" composta da:

1. il costo del personale + gli oneri della sicurezza "generica" (relativi agli oneri di sicurezza interni all'impresa) + gli oneri della sicurezza "specifici" (relativi direttamente all'appalto: piano di sicurezza e DUVRI): su tale importo complessivo non ci sarebbe confronto concorrenziale (in pratica come già avviene oggi per gli oneri della sicurezza "specifici");
2. le altre componenti di costo afferenti l'appalto: solo su tale importo ci sarebbe un'offerta economica e, quindi, confronto concorrenziale.

Varie considerazioni e interrogativi sono possibili su tale pericolosa interpretazione:

- le imprese concorrenti possono in diversi casi applicare – del tutto legittimamente – **CCNL diversi** tra loro, pur operando nel medesimo settore o comparto merceologico; inoltre, occorre considerare anche l'articolo 8 del recentissimo decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 che attribuisce alla contrattazione aziendale il potere di **derogare ad ogni norma di legge o di contrattazione collettiva nazionale**: come si può "scorporare" nel bando di gara un

importo unico a priori valevole per tutti i casi e per tutte le imprese candidate o concorrenti alle gare?

- le imprese godono di **agevolazioni fiscali, contributive e previdenziali** legate a fattori contingenti non di certo facilmente quantificabili (si pensi alle percentuali INAIL o INPS, agli sgravi contributivi per determinate agevolazioni di carattere sociale, etc): come è possibile individuare tutte queste variabili e riportarle in bando un importo unico a priori valevole per tutti i casi e per tutte le imprese candidate o concorrenti alle gare? Oppure vanno del tutto ignorate?
- la quantificazione del costo del personale (e non parliamo della sicurezza “generica”, che resta oggettivamente un mistero insondabile per le stazioni appaltanti essendo problema del tutto interno degli operatori economici) dipende anche e soprattutto, qualitativamente e quantitativamente, dalle **prestazioni offerte**. Pertanto, appare impossibile una determinazione “a priori” del costo del personale, specie quando la qualità del personale offerto entra nel gioco dell’offerta economicamente più vantaggiosa; oppure questa valutazione deve essere fatta per valori unitari (costo orario per profilo) e per tutte le possibili soluzioni operative (si pensi alla valutazione di un team di progetto: ovvio che gli operatori possono decidere se puntare sulla qualità delle risorse offerte oppure dare maggior importanza al dato economico offrendo risorse di basso profilo)? Stesse considerazioni in tutti quei casi in cui la stazione appaltante premia la componente tempo, ove tale speditezza dipenderà essenzialmente da un maggior ricorso alle risorse professionali interne e, quindi, ad un maggior costo del personale: come è possibile gestire una tale variabile?
- non tutti gli appalti, specie quelli di fornitura, sono riconducibili alla logica del contratto di appalto con presenza di **manodopera direttamente coinvolta**: ci si domanda, con quali modalità, e con quale senso concreto, sarà possibile applicare la disposizione letta in questo modo, quando si tratta dell’aggiudicazione di una fornitura seriale di farmaci o di dispositivi medici o di apparecchiature informatiche (magari fabbricate negli USA o in Giappone)?

A questo punto, appare chiaro come sia **impossibile interpretare la norma nel senso che la stessa pone l’obbligo per le stazioni appaltanti di indicare ex ante nel bando di gara, oltre agli oneri per la sicurezza specifica, anche il costo del personale e gli oneri per la sicurezza generica**. Di conseguenza, preso atto della grande confusione creatasi e dei tanti bandi di gara recentemente pubblicati basati su tale pessima interpretazione, occorre urgentemente un intervento del legislatore per chiarire la reale portata della novella. Nel frattempo, si riporta di seguito una **diversa interpretazione**, nella speranza di aiutare le molte stazioni appaltanti in difficoltà.

Innanzitutto, al fine di apportare maggior chiarezza, si ricorda che alla luce della normativa vigente, i **costi relativi alla sicurezza**, nell’ambito di un contratto pubblico, si distinguono in:

- costi della sicurezza “specificata” (costi diretti), necessari per l’eliminazione dei rischi da interferenze, che derivano dalla stima effettuata nel Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC), ai sensi dell’art. 100 del d.lgs. n. 81/2008 e s.m.i., secondo le indicazioni dell’allegato XV ed in particolare del punto 4;

- costi della sicurezza “generica” (costi indiretti), afferenti l’esercizio dell’attività svolta da ciascuna impresa (rischi propri dell’appaltatore), strumentali all’esecuzione in sicurezza delle singole lavorazioni ma non riconducibili agli oneri stimati previsti al punto 4 dell’allegato XV del d.lgs. n. 81/2008, quali i dispositivi di protezione individuali (D.P.I.), la sorveglianza sanitaria, la formazione dei lavoratori, ecc., contenuti nella quota percentuale prevista nel regolamento attuativo dei contratti pubblici, ossia quali quota-parte delle spese generali (art. 32 del D.P.R. n. 207/2010, come indicato nel richiamo ai contenuti delle spese generali afferenti l’impresa – precedente art. 34 del D.P.R. n. 554/1999).

Solo per i primi la stazione appaltante è tenuta ad effettuare una stima e ad indicarli nei bandi di gara, procedendo ad una loro quantificazione sulla base delle misure individuate nei documenti di progetto (PSC o analisi della stazione appaltante quando il PSC non sia previsto).

Tale stima dovrà essere congrua, analitica, per singole voci, riferita ad elenchi prezzi standard o specializzati (come previsto nell'Allegato XV del d.lgs. n. 81/2008). Questi costi devono essere tenuti distinti dall'importo soggetto a ribasso d'asta in quanto rappresentano la quota da non assoggettare a ribasso, ai sensi dell'art. 131, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006. Di conseguenza, tali costi non sono soggetti ad alcuna verifica di congruità essendo stati quantificati e valutati a monte dalla stazione appaltante e, pertanto, congrui per definizione.

I costi per la sicurezza "generica" afferenti all'esercizio dell'attività svolta da ciascuna impresa, invece, dovranno essere indicati dal singolo operatore economico nella propria offerta e saranno sottoposti alla verifica di congruità, rispetto all'entità e alle caratteristiche del lavoro, ai sensi dell'art. 86, comma 3 bis, del d.lgs. 163/2006. Tale quota di costo, rappresentata dalla percentuale di cui all'art. 32 del D.P.R. n. 207/2010 (Nuovo regolamento d'attuazione del Codice dei contratti pubblici), quale componente del costo sicurezza proprio dell'appaltatore, potrà essere utile sia all'offerente nel momento in cui deve formulare la sua offerta e quindi proporre un ribasso congruo, sia alla stazione appaltante la quale, nel dover adempiere alla verifica della congruità dell'offerta, è tenuta a valutare la congruità anche della quota di costo destinato alla sicurezza da parte dell'appaltatore.

Per quanto sopra ne deriva che il vigente art. 32 del D.P.R. n. 207/2010, nell'indicare, all'interno delle componenti costituenti l'analisi prezzi, una ipotetica quota percentuale attinente le spese relative alla sicurezza, intende comprendere unicamente i costi afferenti la sicurezza per le attività svolte da ciascuna impresa, costi soggetti a verifica di congruità ai sensi del citato art. 86, comma 3 bis del codice dei contratti pubblici, nell'ambito delle quote previste nelle spese generali.

Tale quota, tuttavia, non rappresenta un costo della sicurezza da sottrarre dal ribasso, secondo le previsioni dell'art. 131 del d.lgs. n. 163/2006, ma un costo che il progettista è tenuto ad indicare separatamente nel Quadro Economico di progetto rispetto alla quota attinente l'esecuzione dei lavori (ai sensi dell'ex art. 17 del D.P.R. n. 554/1999, ora art. 16 del D.P.R. n. 207/2010).

Al contrario tali oneri della sicurezza "generica", essendo già compresi nel prezzo unitario della singola lavorazione, sono contenuti nel costo dell'opera, risultando, come sopra già richiamato, secondo i disposti della normativa in vigore, un "di cui" delle spese generali stesse.

Ciò premesso, il punto di partenza della interpretazione che qui si propone è che in nessuna parte la novella dispone in modo incontrovertibile che il prezzo a base di gara debba essere in qualche modo "pulito" della componente economica afferente il solo costo del personale e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (azione peraltro impossibile per quanto sopra esposto).

Pertanto, la prima conseguenza è che **la stazione appaltante non dovrà effettuare alcun calcolo o artificio contabile per determinare a priori un costo del personale o della sicurezza generica** non avendo la legge in alcuna parte stabilito tale incombenza e per il semplice fatto che la stazione appaltante non può in alcun modo conoscere tale importo se non in termini del tutto ipotetici o di semplice stima.

Ciò posto, per uscire dalla confusione creatasi intorno alla citata novella, anche grazie ai contributi di molta dottrina, occorre leggere la nuova disposizione alla luce degli altri articoli del codice che si occupano di verifica delle offerte anomale e di costo del lavoro e oneri di sicurezza.

Innanzitutto, l'art. 87, comma 3-ter, del Codice dispone che *“Il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d’asta”* (comma introdotto dall’articolo 8, comma 1, legge n. 123 del 2007); questa norma non è stata modificata dal “decreto sviluppo” e, di conseguenza, appare evidente che **solo questa componente economica dovrà essere individuata dalla stazione appaltante a priori** per poi, successivamente, essere interamente corrisposta all'appaltatore. Se anche le componenti “costo del personale” e “oneri della sicurezza generica”, oltre agli “oneri di sicurezza specifica dell’appalto”, non devono essere soggette a ribasso d’asta il legislatore del “decreto sviluppo” lo avrebbe espressamente previsto in tale parte del codice, ma così non è stato.

In buona sostanza, gli oneri della sicurezza da non sottoporre a ribasso d’asta sono solo quelli afferenti il piano di sicurezza ed il DUVRI e non certo quelli relativi alla sicurezza “generica”, che resta oggettivamente un mistero insondabile per le stazioni appaltanti essendo problema del tutto interno degli operatori economici, allo stesso modo della componente “costo del personale”, con caratteristiche di determinazione del tutto soggettive e non generalizzabili o stimabili con precisione.

Dunque, si può affermare che **il comma 3-bis dell’art. 81 è norma destinata unicamente agli operatori economici**, i quali nel formulare la loro offerta economica dovranno evidenziare dettagliatamente i costi del loro personale e della sicurezza generica, sulla base della contrattazione collettiva di riferimento e di tutte le restanti componenti che rappresentano delle variabili assolutamente soggettive e non certo generalizzabili per tutti gli operatori economici interessati alla procedura di gara: tipologia di lavoratori coinvolti nell’appalto, contrattazione collettiva o aziendale di riferimento, inquadramento professionale, percentuali INPS, INAIL, Cassa edile applicabili, sgravi contributivi o fiscali particolari (ad es. per alcune cooperative), tipologie contrattuali che godono di riduzioni contributive e fiscali (ad es. per i lavoratori disabili o in mobilità), misure di sicurezza aziendali, etc..

Resta inteso che l’individuazione della soglia di anomalia sarà comunque fatta considerando l’offerta economica nel suo complesso, ovvero comprensiva anche delle spese di personale e degli oneri della sicurezza “generica”.

Dunque, la novella in esame non comporta, anche se scritta male ed interpretata peggio, che la componente “costo del personale” e “sicurezza generica” debba sfuggire a qualsivoglia controllo; infatti, l’art. 86, comma 3 bis, prevede che *“Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell’anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, 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, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei 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”* (comma introdotto dall’articolo 1, comma 909, lettera a), della legge n. 296/2006, poi così sostituito dall’articolo 8, comma 1, della legge n. 123/2007).

Alla luce di quanto sopra, appare coerente il fatto che il decreto sviluppo abbia eliminato la lettera g) del comma 2 dell'art. 87 del Codice, ciò in quanto mera ripetizione del citato art. 86, comma 3 bis. Inoltre, per una più coerente ed ordinata esposizione delle norme, il legislatore del decreto sviluppo avrebbe dovuto abrogare anche il comma 3 dell'art. 87 del Codice, che prevede che *“Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge”*, o meglio ancora avrebbe dovuto spostare tale inciso nel citato art. 86, comma 3 bis. In buona sostanza, la confusione è totale se non drammatica ed ancora una volta si assiste ad un intervento del legislatore fatto nella più assoluta ignoranza della contrattualistica pubblica senza la minima cognizione e rispetto della difficile vita lavorativa degli Uffici gare di stazioni appaltanti ed operatori economici.

A questo punto per non paralizzare, come in realtà sta avvenendo in questi ultimi due mesi, il mercato dei pubblici appalti (settore fondamentale dell'economia che rappresenta circa il 15-20% del PIL), nonché al fine di non procedere con l'indizione di procedure di gara completamente errate da parte di alcune stazioni appaltanti, come purtroppo si assiste ormai quotidianamente, ferma restando la necessità di doverose spiegazioni da parte del Governo e delle Autorità preposte, si ritiene percorribile la seguente interpretazione e lettura del combinato disposto degli articoli 81, 86, 87 e 88 del Codice, anche alla luce dell'art. 55 della direttiva 2004/18/CE:

- 1) la stazione appaltante fissa l'importo a base di gara evidenziando solo gli oneri della sicurezza “specifici” (piano di sicurezza e DUVRI) non soggetti a ribasso, senza “nettare” le componenti costo del personale ed altri oneri di sicurezza “generici”;
- 2) gli operatori economici presentano l'offerta al “netto” del costo del personale e degli altri oneri di sicurezza “generici”, ai sensi dell'art. 81, comma 3-bis, evidenziandoli comunque nella stessa offerta;
- 3) la stazione appaltante tiene conto dell'intera offerta così prodotta ai fini dell'aggiudicazione e della determinazione della soglia di anomalia, sulla base del fatto che la parola “altresì” non ha introdotto un terzo criterio di aggiudicazione ma vuole molto più semplicemente costringere gli operatori economici ad evidenziare fin da subito la componente costo del personale ed oneri della sicurezza generici;
- 4) se necessario, la stazione appaltante procederà alla verifica della congruità delle offerte sospette di essere anormalmente basse, ivi compresa la verifica relativa al costo del personale e degli altri oneri di sicurezza “generici” evidenziati dagli operatori economici.

Se così non fosse, ci troveremo di fronte ad offerte non confrontabili (costo del personale e sicurezza generici sono elementi dell'offerta economica assolutamente soggettivi) e salterebbe di conseguenza lo spirito della stessa gara d'appalto. Tuttavia, la lettura dell'insieme coordinato delle norme chiamate in causa può diramare la nebbia fittissima presente nelle valli desolate degli Uffici gare ... come solo la fresca e piacevole brezza della logica giuridica può fare!

In conclusione, per dirla con il poeta, “molto rumore per nulla”! Si continuerà ad operare come sempre, con la differenza che ora il **legislatore confusionario** ha semplicemente voluto enfatizzare l'importanza di tale rilevante componente socio-economica prevedendone una obbligatoria evidenziazione da parte dei concorrenti alle gare d'appalto nella formulazione delle relative offerte.

Con buona pace dei tanti studiosi e fini giuristi di ITACA e AVCP.

Massimo Urbani (*)

(*) Responsabile dell'Ufficio Amministrazione, gare e contratti del DIGITPA.

Le opinioni espresse sono di esclusiva responsabilità dell'autore e non sono attribuibili all'Ente di appartenenza (agosto 2011).