

Atto di segnalazione n. 2 del 19 marzo 2014

Disposizioni in materia di costo del lavoro negli appalti pubblici di cui all'art. 82, comma 3-bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera f), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

Sommario

Premessa

1. Esame della novella normativa
2. Criticità connesse all'interpretazione della norma
3. Conclusioni

Premessa

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nell'esercizio del potere di segnalazione al Governo ed al Parlamento di cui all'art. 6, comma 7, lett. f), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (nel prosieguo, "Codice"), intende formulare alcune osservazioni in merito all'applicazione della disposizione di cui al comma 3-bis dell'art. 82 del Codice, introdotto dal d.l. 21 giugno, n.69 (cd. "decreto del Fare"), convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

Secondo il citato comma 3-bis "il prezzo più basso è determinato 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, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro".

La finalità della norma è di assicurare che l'affidamento dei contratti pubblici avvenga nel pieno rispetto degli obblighi prescritti per la tutela dei diritti (retributivi e contributivi) dei lavoratori impiegati nell'esecuzione delle commesse pubbliche.

Analoga disposizione già in precedenza era stata inserita nel corpo del Codice all'art. 81, comma 3-bis, dal d.l. 13 maggio 2011. n. 70.

L'art. 81, comma 3-bis, in materia di offerta economicamente più vantaggiosa

era così formulato: "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".

La norma fu oggetto di consultazione nell'ambito del documento "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro", pubblicato sul sito internet dell'Autorità, per l'audizione pubblica del 29 settembre 2011. Poco dopo, la citata disposizione è stata abrogata dall'art. 44 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214

1. Esame della novella normativa

Come sopra anticipato, l'articolo 81, comma 3-bis, del Codice è stato, poi, abrogato proprio a causa dei rilevanti problemi applicativi che recava con sé. La norma attualmente riproposta, seppur in seno all'art. 82 del Codice, che disciplina il criterio del prezzo più basso, presenta due differenze sostanziali rispetto alla precedente.

- I. In primo luogo, la diversa collocazione della stessa all'interno dell'art. 82, rubricato "Criterio del prezzo più basso" (in luogo dell'art. 81) ne limita l'applicazione alle sole gare al prezzo più basso escludendo, pertanto, le gare realizzate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; d'altronde la stessa formulazione della norma, da questo punto di vista, non pone dubbi applicativi: "Il prezzo più basso è determinato al netto delle spese ...". Una simile impostazione potrebbe ritenersi coerente, peraltro, con il maggiore rischio di "stress" competitivo cui potrebbe, verosimilmente, essere esposto il costo del personale nelle gare da aggiudicarsi al prezzo più basso.
- II. In secondo luogo, la nuova norma impone che, per la determinazione del costo del personale si debba tener conto, non solo 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, ma anche "delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello", nella quale dovrebbero rientrare sia la contrattazione territoriale sia la contrattazione aziendale.

Al pari dell'art. 81, comma 3-bis, poi abrogato, il comma 3-bis dell'art. 82 potrebbe essere letto secondo due diverse interpretazioni, entrambe, tuttavia, foriere di rilevanti problemi applicativi.

- a. Una prima interpretazione è quella secondo cui la valutazione del prezzo debba avvenire scorporando il costo del personale dal resto delle voci indicate in sede di offerta dal concorrente. In tal modo la selezione dell'impresa aggiudicataria avverrebbe al minore prezzo offerto, detratti i

costi del personale e della sicurezza, che la stessa impresa dovrebbe indicare separatamente nella propria offerta. È evidente che un'applicazione della norma in questi termini avrebbe un effetto totalmente distorsivo sulle gare d'appalto. L'aggiudicazione, infatti, dovrebbe avvenire sulla base di un ribasso offerto relativamente a quote di prezzo differenti, derivanti dalla diversità delle stesse, a seguito dello scorporo delle somme relative agli oneri derivanti dal costo del personale, oltre che delle misure di sicurezza.

In questo caso, quindi, lo strumento per verificare il rispetto della normativa sul costo del personale è individuabile nell'istituto della verifica di congruità dell'offerta, condotta dalla s.a. ai sensi dell'art. 86, comma 3 del Codice.

- b. Una seconda interpretazione è quella secondo cui, effettivamente, il costo del personale, come quello relativo alla sicurezza, debbano essere determinati ex ante nel bando di gara dalla stazione appaltante, per sottrarli al confronto competitivo. Tale orientamento interpretativo sconta le criticità evidenziate anche nella Nota di Lettura n. 13 del 2013 della Camera dei Deputati "A.S. 974: "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia". In essa, a pag. 104 si legge: "Al riguardo, per i profili di stretta competenza, si rileva che l'esclusione di fatto dalla determinazione del prezzo più basso di alcuni fattori di costo, sembra ridurre i potenziali spazi di contenimento dei prezzi di aggiudicazione degli appalti, con possibili riflessi sui saldi di finanza pubblica".

2. Criticità connesse all'interpretazione della norma

Qualora si interpretasse la norma secondo l'ipotesi da ultimo prospettata *sub b)*, si riproporrebbero, *mutatis mutandis*, le stesse criticità affrontate dall'Autorità nel documento di consultazione sul Bando tipo, sopra richiamato, tranne quelle specificamente avanzate in ordine alle caratteristiche precipue del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cui era, all'epoca, riferita la novella normativa che, invece oggi è esclusivamente rivolta al criterio del prezzo più basso. In sintesi:

1. la difficoltà e, in certi casi, l'impossibilità per la stazione appaltante di conoscere l'effettivo costo del personale. Infatti la disposizione sembra essere riferita al costo orario, stabilendo che non può essere inferiore al minimo salariale, mentre il costo complessivo (che è quello che dovrebbe scorporarsi *ex ante*) dipende anche dal tempo di impiego del personale e questo dalla natura della prestazione e dalla organizzazione dell'impresa, elementi che variano da concorrente a concorrente e che, pertanto, la stazione appaltante non può conoscere esattamente *ex ante*;
2. in alcuni lavori e in alcuni servizi, l'eccessiva incidenza del costo del personale, determinerebbe la sottrazione al ribasso di una quota rilevante di prezzo, con la conseguenza che il rilancio competitivo avverrebbe su una quota molto ridotta dello stesso e le imprese presenterebbero ribassi maggiori al crescere della loro produttività;

3. infatti, un conto è il costo del personale unitario (orario, settimanale, mensile o comunque periodico in relazione ai diversi contratti di lavoro), altro è il costo complessivo, dato dalla somma dei prodotti tra i costi unitari dei singoli lavoratori, per il tempo impiegato da ciascuno di essi. Il primo costo (unitario), pur con tutte le difficoltà legate all'effettiva conoscenza dei CCNL applicati con riferimento alle specifiche lavorazioni e/o servizi, può essere predeterminato in misura più o meno ragionevole (tenendo conto, comunque, delle difficoltà connesse alla diversità dei contratti applicati dalle aziende pur dello stesso settore; alla diversità dei minimi salariali in ragione della dimensione aziendale e delle specificità della contrattazione aziendale, difficilmente nota *ex ante* alla s.a.); il secondo può essere frutto solo di mere ipotesi che prescindono dalla reale organizzazione dell'impresa che poi si aggiudicherà l'appalto, dalla disponibilità dei suoi mezzi, dalla logistica e dalle modalità costruttive dalla stessa impiegate;
4. Proprio in ragione di quanto espresso al punto 3, la predeterminazione del costo complessivo del personale, stante tutte le difficoltà illustrate, rischia di diventare un sovrapprezzo erogato all'aggiudicatario, in taluni casi, ovvero, per le ipotesi di eventuale sottostima operata dalla stazione appaltante, una penalizzazione. In entrambe le ipotesi si avrebbe l'effetto contrario a quello che la norma si prefigge di realizzare. Nel primo caso (costo sovrastimato) si avrebbe il fondato rischio di premiare le imprese meno efficienti dal punto di vista organizzativo che possono contare su prezzi di aggiudicazione particolarmente alti, ovvero l'impresa potrebbe compensare con la voce di prezzo percepito a titolo di costo del personale i ribassi (eccessivi) offerti sulle restanti voci di prezzo, a danno del primo, vanificando così gli effetti attesi dal provvedimento; nel secondo caso (costo sottostimato) verrebbe corrisposto all'impresa un importo da imputare alla voce costo del personale non sufficiente a coprire l'effettivo impiego della manodopera che la propria organizzazione d'impresa esigerebbe per la realizzazione di un determinato appalto;
5. la norma, inoltre, così interpretata, sarebbe, di fatto, difficilmente applicabile a tutti quei servizi e quelle forniture non riconducibili alla logica del servizio ad alta intensità di manodopera (si pensi ai servizi assicurativi, bancari, alla fornitura di farmaci o di dispositivi medici o di attrezzature informatiche); normalmente, in questi casi, gli importi posti a base di gara sono individuati ai sensi dell'articolo 89, comma 1, del Codice con riferimento al miglior prezzo di mercato dal quale, tuttavia, è praticamente impossibile desumere il costo del personale;
6. nei lavori, per di più, si avrebbero grandi difficoltà a conciliare l'applicazione della norma, in termini di scorporo *ex ante* del costo del personale, con il criterio dell'offerta a prezzi unitari. Al riguardo, la dottrina e gli operatori del settore, hanno considerato la suddetta norma utile esclusivamente per la fase di verifica della stessa offerta ai fini di determinare la congruità di quanto esposto dal concorrente in ordine al costo del personale;

7. la difficile applicazione della norma nella fase di determinazione della base d'asta, mediante lo scorporo del costo del personale (oltre che del costo della sicurezza), potrebbe ingenerare nelle stazioni appaltanti una spinta verso l'ingiustificato utilizzo esclusivo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la quale non trova applicazione la disposizione del comma 3-bis dell'art. 82 del Codice, riferita al solo criterio del prezzo più basso. Il che, peraltro, potrebbe rilevare anche sotto il profilo dell'irragionevolezza della statuizione normativa, nella misura in cui la stessa tutela del costo del personale non viene apprestata laddove il criterio di aggiudicazione prescelto fosse quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
8. Sussistono anche problemi di coordinamento con l'articolo 118, comma 4, del Codice, laddove è previsto che «L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento. L'affidatario corrisponde gli oneri della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso». Nulla si dice, invece, circa la non ribassabilità del costo del personale.
9. Anche l'interpretazione sub a), come già sopra illustrato, renderebbe, di fatto, la norma praticamente inapplicabile, stante l'impossibilità di valutare le offerte sulla base di componenti non omogenee ed uniformi, se si rimettesse alla libera decisione dei concorrenti lo scorporo del costo del personale.

3. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni esposte, l'Autorità ritiene che la disposizione in parola non possa trovare applicazione senza incorrere nelle criticità prospettate nonché senza ingenerare gli effetti distorsivi del mercato sopra rappresentati; a ciò si aggiunga, inoltre, la necessità di salvaguardare anche il principio dell'autonomia imprenditoriale, in perfetta coerenza con il diritto comunitario, di cui tiene conto lo stesso articolo 55 della direttiva 2004/18 (recepito negli artt. 87 e 88 del Codice), laddove, sostanzialmente, ammette giustificazioni in relazione ad elementi che influenzano il costo "complessivo" del personale e tutela il solo costo "unitario".

Ferma restando, pertanto, la tutela da assicurare al rispetto di quest'ultimo, il costo complessivo del personale, per ciascun concorrente, è da ritenere che si determini in base alla reale capacità organizzativa d'impresa che è funzione della libera iniziativa economica ed imprenditoriale (art. 41 Cost.) e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate *ex ante*.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 19 marzo 2014
Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio il 19 marzo 2014
Per il Segretario: Rosetta Greco