

APPALTI AGGIUDICATI AL PREZZO PIU' BASSO DOPO L'EMANAZIONE DELLA L. 106/11: PRIMI TENTATIVI PER ARGINARE IL FENOMENO DEI RIBASSI ECCESSIVI NELLE GARE D'APPALTO (II^ PARTE)

dell'Avv. Gianluca Piccinni

1. Premessa; 2. Costo del lavoro, fisso ed inderogabile a seguito dell'introduzione del nuovo comma 3-bis all'art. 81 del Codice; 3. Reintroduzione "a tempo" del sistema di esclusione automatica delle offerte anomale per gli appalti sotto soglia (art. 253 del Codice, co. 20 bis del Codice).

Premessa

La conversione in legge (L. 12/07/2011, 106), con modifiche, del "decreto sviluppo", successivamente alla pubblicazione del nostro precedente articolo sul fenomeno dei ribassi eccessivi nelle gare di appalto, ci impone di completare l'analisi, sia pur sinteticamente, con le novità che il legislatore ha inteso apportare per tentare di arginare e risolvere tale annoso problema.

1. *Costo del lavoro, fisso ed inderogabile a seguito dell'introduzione del nuovo comma 3-bis all'art. 81 del Codice.*

Uno dei principali correttivi che il legislatore ha inteso apportare al Codice per "colpire" le imprese senza scrupoli che si aggiudicavano gli appalti con ribassi anomali mediante l'utilizzo del "lavoro nero", è stata l'introduzione del comma 3 bis dell'art. 81 del Codice, norma di immediata applicazione per tutte le procedure di gara (aperte, ristrette e negoziate), in tutti i settori e per qualunque importo, sia per gli affidamenti a corpo che a misura, sia con il criterio del prezzo più basso che con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'art. 81 del Codice risulta, attualmente, così riformulato:

"1. Nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

"2. Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in

relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta."

3. Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto.

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 significative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro».

Inoltre, la L. 106/2011, all'art. 4, comma 2 punto i-ter, ha previsto l'abrogazione del comma 2, lettera g) dell'art.87, che prevedeva l'ammissibilità delle giustificazioni in materia di costo del lavoro.

La *ratio* della norma è quella di equiparare il valore della manodopera al costo della sicurezza (art. 86 co. 3 ter del Codice) per rendere tale costo non negoziabile e non soggetto a ribasso.

E' di tutta evidenza – si legge nella proposta di legge – l'importanza di tale misura: attualmente infatti proprio le amministrazioni pubbliche [...] rischiano di favorire e di premiare quelle imprese che operano una concorrenza sleale, improntata sul mancato rispetto dei contratti e delle disposizioni di legge".

In precedenza, la definizione del costo della manodopera andava effettuata nella fase di

progettazione, mediante l'utilizzo di voci di costo da indicare esplicitamente negli elaborati di progetto (specificatamente per i lavori la stima di manodopera era condotta attraverso il "Quadro di incidenza della manodopera", nonché la quota di sicurezza da non sottoporre a ribasso derivante dagli studi specifici definiti – DUVRI e/o PSC).

Nella successiva fase di valutazione dell'anomalia delle offerte, la Commissione richiedeva altresì la verifica di congruità di tali voci, fornendo i parametri di riferimento da utilizzarsi, per la conduzione della verifica, per il solo costo del lavoro.

In particolare, in fase di verifica di congruità dell'offerta, l'Amministrazione doveva «valutare che il valore economico fosse adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza» e ciò avveniva mediante il rinvio alle tabelle ministeriali.

Con la nuova disciplina, dunque, deve ritenersi superato quanto disciplinato dall'39, comma 3 del Regolamento nelle parti in cui presuppone di assoggettare a verifica di congruità la componente di costo della manodopera, in quanto il costo del personale non costituisce più un elemento dell'offerta e pertanto non va assoggettato a giudizio di anomalia.

Considerare, come fa il legislatore, il costo della manodopera come un costo fisso oltre a prestare il fianco a non poche perplessità, in quanto si tratta di un dato non agevolmente determinabile a priori per tutte le tipologie di appalto, rischia di esporre l'Italia a procedure di infrazione per l'evidente contrasto con i principi di derivazione comunitaria che restano ovviamente vigenti.

In particolare, il contrasto potrebbe verificarsi con l'art. 55 della direttiva 2004/18/CE che testualmente dispone: "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 dei valori medi di riferimento (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. II ter, 11239/2009, Cons. St., sez. V, n. 2835/2008) Inoltre, il Consiglio di Stato, 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.

Come spesso ci ha abituati negli ultimi tempi il legislatore, la nuova previsione ha alimentato (ed alimenta tuttora) notevoli dubbi e perplessità interpretative che possono riassumersi in due posizioni prevalenti.

Secondo una parte della dottrina, la stazione appaltante dovrebbe indicare ex ante nel bando di gara l'importo del costo del lavoro da valutarsi come fisso ed incompressibile e quindi non dovrebbe essere assoggettabile a ribasso.

Di conseguenza, l'importo complessivo posto a base di gara dovrebbe essere suddiviso in tre parti: una parte pari al costo del lavoro (tempo previsto per esecuzione del lavoro moltiplicato per i minimi salariali), una parte pari al costo della sicurezza ed una parte pari al costo dei materiali, dei noli a caldo e a freddo, delle attrezzature e delle spese generali, nonché all'utile delle imprese.

Poiché il legislatore, come abbiamo visto, con riferimento alle prime due parti non consente

ribassi, ne deriva che il confronto concorrenziale si svolgerebbe su una ridotta percentuale del costo complessivo (solo sulla terza), con l'effetto di incentivare le imprese a presentare ribassi maggiori al crescere della loro produttività; tali ribassi non sarebbero verificabili in alcun modo, se non con riferimento al costo dei materiali, dei noli a caldo e a freddo, delle attrezzature e delle spese generali, nonché all'utile.

I disagi sarebbero ancora maggiori qualora venga utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che di per sé implica la presentazione da parte delle imprese di proposte progettuali o di proposte migliorative del progetto posto a base di gara.

Sul piano pratico la determinazione del costo del personale in fase di indizione dei bandi di gara pone ulteriori notevoli problemi operativi in relazione a talune tipologie di appalti (approvvigionamento di beni prodotti all'estero, i servizi di progettazione, i servizi informatici, i servizi assistenziali, forniture sanitarie) per i quali è assai difficile stabilire *ex ante* l'entità della manodopera utilizzabile. Discorso diverso va fatto con riferimento ai lavori pubblici perché in tal caso è possibile dedurre il costo del personale, in fase di progettazione, sulla base delle analisi dei prezzi in base alle quali si redigono gli elenchi prezzi ed in base alle disposizioni contenute nel comma 3 dell'articolo 39 del d.P.R. n. 207/2010 in merito alla "tabella della incidenza della manodopera".

E' altresì evidente come la quantificazione del costo del personale dipenda anche, qualitativamente e quantitativamente, dalle prestazioni offerte nella proposta progettuale qualora la gara si svolga sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio considerato da molti come il migliore per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche. Se per costo del personale si intende la somma complessiva dei corrispettivi pagati al personale per eseguire una prestazione qualsiasi sia la sua natura (lavoro, servizio o fornitura), esso è ancorato a due elementi: il costo orario del personale ed il numero di ore per cui è utilizzato. La disposizione, però è assai carente sul punto perché si fa carico di indicare uno solo dei due elementi, quello del costo orario, stabilendo che non può essere

inferiore al minimo salariale. Del resto, il tempo di impiego del personale dipende dalla natura della prestazione e dall'organizzazione dell'impresa. L'esecuzione di una stessa prestazione, quindi, può comportare fra due o più imprese la necessità di impiegare manodopera per un tempo diverso a causa di una differente organizzazione produttiva e/o di una diversa attrezzatura impiegata.

Inoltre, siffatta interpretazione verrebbe a configgere con i principi di libera concorrenza tutelati dalla nostra Costituzione e dalla normativa comunitaria (cfr. considerando 46 della Dir. CEE) in quanto i concorrenti verrebbero limitata la propria autonomia di determinare l'organizzazione interna del lavoro e delle maestranze dovendosi uniformare al parametro predeterminato e fisso stabilito dalla stazione appaltante.

In particolare, le maggiori perplessità derivano dal fatto che:

- per quantificare il costo del personale l'Amministrazione è tenuta ad indicare essa stessa il numero delle unità per singola qualifica da inserire nel progetto, sicché si avrebbe come paradosso che è la stessa stazione appaltante, e non più il concorrente, a predisporre una parte rilevante dell'offerta dell'impresa;

- si limita in modo significativo l'originalità dell'offerta, pregiudicando la possibilità per il concorrente di proporre soluzioni innovative;

- la stazione appaltante, non avendo al suo interno le professionalità e le competenze specifiche di settore, al fine di poter ovviare a detta carenza, sarebbe costretta a ricorrere alle consulenze esterne con conseguente lievitazione dei costi e notevole aumento dei tempi di indizione delle gare;

- l'Amministrazione potrebbe, in sede di determinazione del costo del lavoro, sovrastimare o sottodimensionare l'entità del personale necessario con il rischio di un sensibile aggravio di spesa ovvero di una minor efficienza del servizio;

- i costi del personale sono notevolmente variabili in ragione del fatto che la retribuzione dovuta varia da unità ad unità per effetto di benefici economici, anzianità, scatti, indennità ad personam etc.);

Il fondamento di tale teoria si basa su un duplice aspetto: da un lato, l'introduzione del

co. 3 bis dell'art. 81 che prevede il costo del lavoro come fisso ed inderogabile e, dall'altro, l'abrogazione della norma che prevedeva giustificazioni in merito al costo del lavoro e alla sicurezza. La contestuale abrogazione dell'art. 87, comma 2, lett. e) e g), può voler significare una sola cosa: la verifica dei costi minimi del personale e di sicurezza vada anticipata, dalla fase di anomalia, alla fase di determinazione del prezzo a base di gara e di offerta dei concorrenti.

La seconda interpretazione, ritenuta preferibile dall'Autorità dei LLPP, è quella che ritiene che il co. 3-bis dell'articolo 81 è norma bifasica che sancisce, cioè, l'obbligo di effettuare la verifica della congruità del costo del lavoro in due momenti diversi: 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 in cui la gara si sia svolta con la procedura dell'esclusione automatica.

Inoltre, occorre considerare che non è stata apportata alcuna modifica al secondo periodo del co. 3-bis dell'articolo 86 del Codice, il quale prevede che il costo del lavoro è quello determinato periodicamente in apposite tabelle del Ministro del lavoro e della previdenza sociale e, quindi, fa riferimento ai minimi salariali. Il comma 3-bis dell'articolo 81, invece, rinvia ai minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore. Dunque, in sede di verifica dell'anomalia, la Commissione di gara è comunque tenuta a 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), ora abrogato, costituiva una mera riproduzione.

Altra disputa riguarda gli effetti dell'obbligo di indicazione ex ante del costo orario minimo non ribassabile □ in linea di principio possibile senza alterazione della normale dinamica competitiva □ e indicazione ex ante del costo non ribassabile del lavoro nel suo complesso. Quest'ultima ipotesi non può prescindere dalla identificazione ex ante, da parte della stazione appaltante, di una struttura

organizzativa tipo, con un numero determinato di addetti e di un determinato livello di produttività ipotizzato di quella teorica organizzazione, con la conseguenza che □ ai fini della valutazione delle offerte □ non essendo il costo complessivo del lavoro ribassabile, viene sottratta al mercato la possibilità pratica e concreta di competere sull'ottimizzazione organizzativa e sull'incremento della produttività, senza salvaguardia reale degli obblighi contributivi e retributivi. E' ovvio che la stazione appaltante non potrà comunque imporre un'organizzazione al concorrente, ma è altrettanto ovvio che laddove l'organizzazione teorica ipotizzata dalla stazione appaltante non corrisponda a quella reale, poiché il costo complessivo del lavoro non andrebbe soggetto a ribasso, il concorrente in grado di garantire quel particolare servizio (giacché è soprattutto nei servizi e, in particolare, in quelli integrati e complessi che il problema risulta evidentissimo) con un'organizzazione più snella e, quindi, meno costosa, si vedrebbe comunque attribuito d'ufficio un costo del lavoro non ribassabile più alto di quello reale, con inevitabile alterazione anche delle altre componenti dell'offerta.

Di contro, ove la stazione appaltante avesse ipotizzato un'organizzazione più snella di quella reale, l'imprenditore si dovrebbe confrontare con un costo del lavoro non ribassabile inferiore a quello effettivo e potrebbe essere incoraggiato a pratiche elusive per poter rimanere competitivo sul mercato.

Ove si aderisse all'interpretazione fornita dall'Avcp si finirebbe con l'attribuire una valore innovativo piuttosto ristretto alla portata della novella. Infatti, il principale elemento di novità rispetto all'attuale assetto consisterebbe nella circostanza che la verifica del costo del lavoro dovrebbe essere effettuata dalla stazione appaltante anche nel caso in cui non si rinvenissero offerte anomale ovvero in tutti i casi di esclusione automatica delle offerte che, come noto, il Decreto Sviluppo consente in via generalizzata per tutti gli appalti sottoglia sino al 2013.

Non solo, l'ipotesi suggerita dall'Autorità secondo la quale l'espressione "costo del personale" andrebbe intesa come costo orario, che non può essere inferiore al minimo salariale, senza tener conto del numero delle ore

lavorative necessarie per effettuare l'opera, dipendendo le stesse dall'organizzazione dell'impresa, non sembrerebbe avere una effettiva portata innovativa rispetto alla disciplina previgente, così come interpretata dalla giurisprudenza.

Viceversa, rispetto alle modalità di determinazione del costo del lavoro, delle due interpretazioni sembra essere più convincente quella secondo la quale per costo del personale si deve intendere il costo complessivo, determinato moltiplicando il costo orario (valutato sulla base dei minimi salariali) per il numero delle ore lavorative necessarie per eseguire le lavorazioni previste nell'appalto. Tale costo andrebbe indicato nel bando di gara quale valore non ribassabile, analogamente a quanto avviene per i costi della sicurezza. Di conseguenza, il ribasso verrebbe effettuato e giustificato esclusivamente in relazione agli altri elementi che compongono i prezzi, quali i materiali, i trasporti, noli, attrezzature, spese generali ed utili.

Ciò in quanto maggiormente aderente al dettato letterale della norma; infatti, l'espressione "al netto delle spese relative al costo del personale" e l'equiparazione di tale costo a quello della sicurezza farebbero pensare alla volontà del legislatore di sottrarre al ribasso il valore complessivo del costo del personale.

Così facendo si riuscirebbe a contenere i ribassi eccessivi e a contrastare più efficacemente la concorrenza di imprese scarsamente organizzate e che si avvalgono di lavoro nero per aggiudicarsi gli appalti.

3. Reintroduzione "a tempo" del sistema di esclusione automatica delle offerte anomale per gli appalti sotto soglia (art. 253 del Codice, co. 20 bis del Codice).

La seconda novità, peraltro meramente confermativa di quanto già previsto nel decreto sviluppo, riguarda l'introduzione del comma 20 bis all'art. 253 del Codice.

Con tale aggiunta, il legislatore ha reintrodotta il sistema di esclusione automatica in caso di ribassi anomali, stabilendo che: "Le stazioni appaltanti possono applicare fino al 31/12/2013 le disposizioni di cui agli art. 122, comma 9, e 124, comma 8, per i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria di cui all'art. 28".

In forza di tale disposizione sarà consentito alle stazioni appaltanti, fino al 31 dicembre 2013, di esercitare la facoltà di prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte anomale per tutte le gare di importo inferiore alla soglia comunitaria.

In altre parole, l'operatività della facoltà già prevista dagli artt. 122, comma 9, e 124 comma 8, del Codice è stata estesa a tutti gli appalti sotto soglia e non è più limitata agli appalti di importo inferiore o pari a 1 milione di euro.

La novità, ovviamente, riguarda solo gli appalti da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso ed è significativa del fatto che una maggiore azione di contrasto con il dilagante fenomeno dei ribassi anomali si ha con la rievocazione dei sistemi del passato.

L'esclusione delle offerte sospettate di anomalia sarà dunque automatica ma non potrà essere esercitata qualora il numero dei concorrenti sia inferiore a 5.

Tale modifica diventa di fondamentale importanza per l'economia dei lavori pubblici, visto che il criterio del prezzo più basso e del massimo ribasso aveva portato il mercato delle gare di appalto a ribassi che sfioravano il 50% con evidenti ripercussioni sia sulla qualità dei lavori e sul buon esito degli stessi e sia sull'economia ed i bilanci delle imprese.

Vedremo se anche questo deterrente, tratto dall'esperienza del passato, sarà utile alla mitigazione dei ribassi e se sarà il caso di introdurlo anche per gli appalti sopra soglia.