

Note di aggiornamento alla luce delle modifiche introdotte al d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. decreto sviluppo 2011) dalla legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106

L'offerta al netto delle spese relative al costo del personale

La legge 12 luglio 2011, n. 106 di conversione del decreto sviluppo ha introdotto l'art. 81, c. 3-bis del Codice dei contratti pubblici ai sensi del quale *«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».*

Il primo problema che tale disposizione determina è quello di chiarire se si tratti di un ulteriore criterio di aggiudicazione, che si aggiunge ai due criteri summenzionati (o rappresenta una variabile di essi), oppure se sia un criterio di valutazione delle offerte economiche presenti in entrambi i predetti criteri e che quindi obblighi il concorrente a presentare l'offerta economica oltre che al lordo delle spese relative al costo del personale, al netto di esse.

Invero neppure i lavori preparatori risolvono tale aspetto, così che solo la prassi applicativa sarà in grado di apprezzarne l'effettiva portata.

La sintassi della disposizione in commento, inoltre, nell'*incipit* per cui *«l'offerta migliore è altresì determinata»* non consente di enucleare i limiti di doverosità di tale ulteriore scrutinio posto che l'avverbio «altresì», specie considerando la collocazione della disposizione di seguito a quelle relative agli altri criteri di aggiudicazione, è tale da poter essere indifferentemente interpretato come «in aggiunta» ovvero come «in alternativa».

Nell'attuale fase di prima applicazione ed in attesa dell'autorevole contributo dell'Autorità per la vigilanza che dovrà comunque confrontarsi sul tema in sede di predisposizione dei bandi-tipo, riteniamo di doverci attenere ad un criterio interpretativo prudenziale, ipotizzando che si tratti di un criterio valutativo.

Altre ipotesi interpretative, seppure a loro modo apprezzabili, che vedono in questa disposizione una sostanziale assimilazione degli elementi in esame ai costi per la sicurezza e quindi riducono gli stessi elementi ad un costo da corrispondere all'affidatario in termini standardizzati e predeterminati, non ci convincono pienamente, mancando nella specie una norma corrispondente a quella dettata, per gli oneri della sicurezza, dall'art. 131, c. 3 del Codice per il quale *«i relativi oneri vanno evidenziati nei bandi di gara e non sono soggetti a ribasso d'asta».*

E ciò ancorché l'effetto del divieto, o per meglio dire nel caso in esame, dell'irrelevanza del ribasso, sia di fatto il medesimo.

A nostro avviso, secondo l'interpretazione cautelativa cui si faceva cenno, la disposizione in commento dovrebbe essere letta nel senso che, ai fini dell'aggiudicazione (e quindi anche dell'eventuale scrutinio di anomalia dell'offerta) la sola offerta economica rilevante sia quella espressa al netto delle spese relative al costo del personale dovendosi, peraltro, ritenere che il concorrente sia onerato, anche se solo a fini di verifica dell'attendibilità della sua offerta, ad esprimere l'offerta economica anche al lordo.

Quanto ai *«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 alle *«misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro»*, che rappresentano gli elementi di valutazione del costo del personale ai sensi della disposizione in commento, va evidenziato che tale previsione è destinata a determinare notevoli problemi sia nei contratti misti di lavori e forniture e lavori e servizi - nei quali si assiste ad una pluralità di tipologie di operatori economici tutte egualmente

ammissibili e quindi una predeterminazione ad opera della *lex specialis* di tali elementi appare se non impossibile, quantomeno forzata – sia in quel particolare tipo di appalto misto che è rappresentato dall'appalto c.d. integrato di prestazioni di progettazione ed esecuzione dei lavori. In quest'ultima ipotesi una palese forzatura della disposizione in esame si rinviene nell'omologazione di tutto il personale a quello dipendente, mentre invece i lavoratori a progetto, che pure possono concorrere alla progettazione, non sono soggetti all'applicazione dei contratti collettivi.

Si ritiene, pertanto, che tali elementi possano essere esposti direttamente dall'offerente salvo verifica da parte della stazione appaltante.

Alla stregua delle osservazioni che precedono, allora, laddove si concluda nel senso che la disposizione in commento introduca un criterio conformativo della valutazione delle offerte economiche (indipendente quindi dal criterio di aggiudicazione utilizzato) dovranno coerentemente adattarsi ad esso i contenuti delle offerte economiche.

Un'ultima notazione si rende necessaria per i settori speciali posto che il decreto sviluppo non ha, sul punto, innovato alle norme applicabili le quali, per l'art. 81 del Codice, sono limitate dall'art. 206 del medesimo Codice ai commi 1 e 3 con conseguente esclusione nel nuovo comma 3-bis.

Per i soggetti operanti nei settori speciali, quindi, il criterio in esame non sarebbe applicabile, il che rafforza ulteriormente l'ipotesi da noi sostenuta per cui non si tratti di oneri prededotti dalla base di gara come accade per quelli della sicurezza previsti dall'art. 131 del Codice che è, invece, disposizione applicabile anche ai settori speciali.

Per tali soggetti, quindi, continua ad applicarsi, in tutte le sue conseguenze, quanto previsto dall'art. 86, c. 3-bis ai sensi del quale *«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».*