

Brevi note sull'art.81 del D.Lgs. n.163/2006 come novellato
dal d.l. 70/2011 convertito in legge n.106/2011
(Leonardo Miconi)

1. Il recentissimo d.l. n.70 del 2011, convertito in legge n.106 del 2011, ha apportato modifiche significative al D.Lgs. n.163/2006 e, tra queste, si trovano le disposizioni introdotte con il comma 3-bis dell'art.81, rubricato "criteri di scelta dell'offerta migliore".

Il comma in questione prevede che le amministrazioni individuino **"l'offerta migliore al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale .."**

Di tale costo, evidentemente, si deve disporre in sede di gara per la formazione della graduatoria di merito dei concorrenti, da ricavarsi o con il criterio di aggiudicazione del "prezzo più basso" oppure con i metodi previsti dal dPR n.207/2010 qualora si faccia ricorso al criterio di aggiudicazione della "offerta economicamente più vantaggiosa" (cfr. rispettivamente artt.82 e 83 del D.Lgs. n.163/2006).

Il provvedimento in commento non ha operato alcun coordinamento con i restanti articoli deputati alla scelta dell'aggiudicatario - Capo V, Titolo I, della Parte II, del codice - e, in particolare, con l'art.87 del codice, disciplinante i criteri di verifica delle offerte anormalmente basse, articolo dove il legislatore ha confermato un comma (ancora con il numero 3) secondo cui **"non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi stabiliti dalla**

legge o da fonti autorizzate dalla legge”; i due commi, 3-bis dell’art.81 e 3 dell’art.87, hanno però le stesse finalità.

Ciò premesso, si pone un urgente interrogativo in ordine alle modalità con cui la stazione appaltante debba attuare la disposizione del comma 3-bis nei bandi prossimi alla pubblicazione o all’invio delle lettere d’invito; in sostanza, è necessario comprendere quale sia la via più corretta perché tale dato sia posto nella disponibilità della commissione giudicatrice della stazione appaltante e come questo debba essere armonizzato con il criterio di aggiudicazione prescelto per la individuazione dell’aggiudicatario.

2. La disposizione del co.3-bis in commento si giustifica ed opera indipendentemente dal co.3 dell’art.87: infatti, mentre quest’ultimo si applica solo ai casi per i quali debbano essere vagliati i giustificativi dell’offerta, perché al disopra della soglia di anomalia (cfr. art.86, co.1, del codice), oppure, qualora in base a elementi specifici l’offerta appaia anormalmente bassa (cfr. art.86, co.3, del codice), la disposizione del co.3-bis, dell’art.81, esplica in tutti casi i suoi effetti. In sostanza, essa ha sottratto la verifica dei livelli salariali minimi alla casualità della gara e alla discrezionalità valutativa della stazione appaltante, potendosi appunto arrivare o no alla verifica del costo del personale, rendendola invece sistematica.

Anzi, se si considera la scarsa attitudine delle stazioni appaltanti a mettere in discussione la congruità dell’offerta con la verifica dei giustificativi, tendenza viepiù confermata per effetto della re-introdotta facoltà ad opera del d.l. n.70 del 2011, fino al 31.12.2013, di prevedere nel bando la esclusione automatica negli

affidamenti fino alla soglia comunitaria di cui all'art.28 del D.Lgs. n.163/2006 (cfr. art. 253, co.20-bis, del codice), la norma rappresenta una misura molto incisiva per assicurare comunque la compatibilità delle offerte con gli obblighi contributivi di vario livello. La misura in realtà si inquadra coerentemente e apprezzabilmente nel tema più ampio della tutela dei lavoratori su cui ha molto insistito il dPR n.207/2010, laddove ha previsto la verifica dinamica del Durc dopo la stipula del contratto: ad ogni stato di avanzamento; a intervalli non superiori a sei mesi; nel caso di sospensione dei lavori.

3. Il punto più delicato del precetto recato nel co.3-bis, dell'art.81, si rinviene nell'interferenza con il criterio di aggiudicazione, dal cui esame però, può scaturire una prima indicazione operativa.

Si immagini di applicare il criterio di aggiudicazione del "prezzo più basso": l'ordinamento delle offerte (dalla migliore alla peggiore) si ottiene solo valutando l'elemento prezzo e dunque da questo si deve necessariamente detrarre il costo del personale. Si tratta però di stabilire se tale detrazione sia da effettuare prima o dopo l'applicazione del ribasso d'asta.

Da un lato, il tenore letterale del comma 3-bis non esclude l'applicazione del ribasso d'asta al costo del personale: prescrive solo la formazione della graduatoria delle offerte senza considerare le spese del costo del personale valutato sulla base dei minimi salariali ecc. Infatti, in ipotesi, il concorrente potrebbe assumere nell'offerta tariffe orarie del personale più elevate dei minimi; in tal caso, la stazione appaltante, potrebbe accettare il costo del personale al netto del ribasso, ma dovrebbe tassativamente verificare che

nell'offerta siano salvaguardati i minimi salariali. Inoltre il costo del personale è formato anche da una quota di "spese generali" necessarie alla gestione amministrativa e contabile del personale stesso, quota sulla quale ben può applicarsi il ribasso d'asta.

Decisamente più semplice sarebbe la soluzione di prevedere la individuazione del costo del personale a cura del concorrente, in forma disaggregata nella busta economica, senza sottoporlo a ribasso d'asta, anche qualora la stessa offerta non sia formulata attraverso un ribasso percentuale.

Qualora invece sia utilizzato il criterio di aggiudicazione della offerta economicamente più vantaggiosa, la formazione della graduatoria (dalla migliore alla peggiore) è ricavata con l'applicazione dei noti metodi (aggregativo compensatore o multi criteri – multi obiettivo, ecc.) dopo la valutazione di un insieme di elementi (cfr. art.83 del codice), tra i quali sempre il prezzo dietro cui il concorrente è disposto ad eseguire il contratto (a tale prezzo è associata una legge di assegnazione di un punteggio). Dunque tale legge deve essere applicata al valore di offerta economica depurato dal costo del personale (sempre qualora esso sia formulato dal concorrente) così operando in perfetta simmetria con il criterio del prezzo più basso.

4. Da quanto precede, è facile arguire che la questione si sposta su quale soggetto sia deputato a stimare il costo del personale. Cioè l'eventualità che tali spese siano indicate direttamente dalla stazione appaltante in analogia a quanto accade per gli oneri della sicurezza: quindi esse figurino tra le somme a base di

gara non soggette a ribasso d'asta in analogia all'art.86, comma 3-bis, del D.Lgs. n.163/2006.

Gli argomenti contrari a tale tesi sembrano forti e numerosi. La stazione appaltante dovrebbe elaborare negli atti del progetto a base di gara uno specifico elaborato nel quale siano indicate le maestranze e le risorse tecniche di vario livello, sostituendosi così alle prerogative di autonomia dell'operatore di predeterminare la organizzazione delle lavorazioni e, in definitiva, quali e quante maestranze in ragione dei tempi contrattuali ecc. A ben riflettere, si dovrebbero predeterminare anche quali mezzi d'opera si dovranno e potranno impiegare, avendo stabilito le qualifiche e il numero delle maestranze o degli apparati tecnici e amministrativi. Oppure, ponendoci dalla parte del concorrente/aggiudicatario, questi si troverebbe a calibrare, per quanto possibile, le dotazioni di attrezzature e mezzi d'opera in ragione della prefissata dotazione di personale per adempiere all'obbligazione di eseguire il contratto nel tempo e nelle quantità fissate.

In tale ottica, si comprende, la ricaduta del co.3-bis, dell'art.81, diverrebbe pernicioso per l'autonomia dei concorrenti, fino a intaccare i principi della libera concorrenza di cui al comma 2 del DLgs. n.163/2006: l'appaltatore non sarebbe in grado di curare la propria organizzazione per competere sul mercato e così sarebbe violato il principio della "effettiva concorrenza" declamato nel 46° considerando della direttiva CEE 2004/18.

In breve, la proposta del costo da parte del corrente, dovrebbe essere considerata un esito logico dello studio dell'offerta nel suo complesso,

segnatamente se si considera la tendenza sempre più accentuata di delegare al concorrente l'onere della progettazione definitiva o definitiva ed esecutiva (o anche preliminare nella finanza di progetto); progettazione, dunque, quale sede più consona alle valutazioni dei costi e soprattutto della manodopera, dipendendo questa da una visione generale ed armonica della prestazione. Mentre, probabilmente, se si riguardasse il problema in ragione della procedura di selezione dei concorrenti oppure della tipologia del contratto, in luogo del solo criterio di aggiudicazione, si arriverebbe a soluzioni troppo complesse: nelle fattispecie ex art.53, co.2, lett.a), sia la stazione appaltante a proporre il costo del personale; nelle lett. b) e c), il concorrente. Con disparità di condizioni degli operatori, laddove per gli appalti di sola esecuzione godrebbero di una ridotta autonomia.

Quanto all'autonomia, negli appalti caratterizzati da una forte incidenza della manodopera (per lo più di servizi ma anche di molti lavori), la veste dell'appaltatore potrebbe finanche trasformarsi, inaccettabilmente, con quella di *nudus minister* risultando alterata o ridotta la sua capacità imprenditoriale; riduzione accettabile nei riguardi della sicurezza sia perché essa non è un elemento costitutivo dell'offerta, sia per la assoluta marginalità degli oneri imposti in tale comparto.

Tornando al punto in esame, si aprirebbe un altro delicato interrogativo: anche qualora la stazione appaltante fosse pervenuta a valutare con riferimento ad un "operatore medio convenzionale", l'entità del costo del personale riguardo al contratto da eseguire, difficilmente potrebbe evitare di accertare in modo

capillare la corresponsione di quanto dovuto al personale, dovendo esigere le prove degli avvenuti pagamenti. Del resto per il subappaltatore è richiesta la fatturazione quietanzata e, segnatamente, l'art.5, del DPR n.207/2010, indica al responsabile del procedimento la procedura da seguire per liquidare, quietanzare, notificare, ecc. in caso debba esercitarsi il potere sostitutivo a fronte del ritardato o omesso pagamento delle retribuzioni dei dipendenti da parte dell'appaltatore; con una attività amministrativa certamente gravosa per il numero, di solito, molto elevato di appaltatori riuniti o consorziati, subappaltatori e sub-contraenti coinvolti nei singoli contratti.

Una ulteriore questione si pone in riferimento al Durc: le valutazioni dell'incidenza del personale necessario a eseguire un contratto e le somme corrisposte a titolo previdenziale e assicurativo, dovrebbero essere rese note dalla stazione appaltante all'ente preposto al rilascio della certificazione previdenziale, al fine di assicurare "a monte" gli adempimenti contributivi in capo all'operatore. Forse una tale misura, eviterebbe l'onere di riscontrare l'avvenuta spesa: se infatti l'operatore sarà fedele con le contribuzioni, vuol dire che ha utilizzato il personale cui si riferisce il costo comunicato, salvo gli aggiornamenti in corso di esecuzione del contratto.

5. Non è di poco momento la difficoltà di individuare attendibilmente il costo del personale, indipendentemente dal soggetto deputato alla valutazione. Come noto infatti (cfr. artt.32 e 163 del DPR n.207/2010) il DPR n.207 del 2010, riproducendo le medesime norme del DPR n.554/99, ha definito le modalità di formazione del computo metrico attraverso l'analisi dei prezzi unitari. Infatti, per

l'importante fine di individuare correttamente l'aggiudicatario, non si possono accettare valutazioni generiche, o vagamente di tipo statistico, cui sono adusi taluni soggetti pubblici o privati nelle dichiarazioni agli enti previdenziali ecc.; piccole variazioni possono ora modificare la graduatoria di merito.

A mente dei citati articoli, si inizia la calcolazione del prezzo unitario dai listini ufficiali della manodopera (oltre che dei materiali e dei noli) e si aggiunge una aliquota tra il 10 e il 17 % di spese generali e un utile convenzionale del 10 %, il tutto ragguagliato alle quantità scaturenti dal progetto (le "incidenze" sono desumibili sia da vecchie norme, sia, più correttamente, dalla letteratura in tema di prezziari). Sommando la manodopera dei singoli prezzi unitari, si giunge ad una valutazione complessiva del costo del personale (cui va aggiunta una certa aliquota di s.g. come detto) perfettamente armonizzata con i dati del progetto. Il punto però, come noto, è che non tutti i prezzi sono desunti nella prassi dalle relative analisi - anzi queste sono ancora marginali - potendosi e dovendosi invece attingere dai prezzi di mercato in cui la quota afferente la mano d'opera (e la sicurezza) risulta implicita e quindi opaca.

Si ripropone pertanto la stessa difficoltà procedurale emersa allorché si è fatto fronte alla necessità di scorporare l'incidenza della sicurezza da mantenere al di fuori del ribasso di gara: vari algoritmi di successo furono proposti (regioni Lombardia e Campania) per desumere la detta incidenza, fino ad arrivare ai diffusi prezziari dedicati alla sicurezza.

Allo stato, ed in attesa di analoghe metodologie e riflessioni sul punto, l'unica via sembra quella di utilizzare anche analisi *ex post* dei prezzi, in grado di sezionare i

valori di mercato presi a riferimento dalle stazioni appaltanti e di estrarre l'incidenza della manodopera. In tal modo però, si carica il concorrente di un onere non secondario nella fase di preparazione dell'offerta, onere che ha già portato, con un decreto correttivo del codice, a omettere l'obbligo dei giustificativi in sede di offerta se non nella fase di accertamento della congruità, qualora necessari, rispetto alla originaria formulazione del codice dei contratti pubblici.

6. Una soluzione al riparo dalle obiezioni passate in rassegna, almeno di alcune, sembra essere praticabile come nell'esempio seguente, richiedendo al concorrente o al candidato di formulare - salvo documentare nel seguito della procedura - a fianco del valore dell'offerta (al netto degli oneri di sicurezza), anche il corrispettivo presunto del costo del personale.

Qualora sia adottato il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, sarà sufficiente organizzare una tabella come nel seguito o simile, i cui valori della manodopera (da circa il 40 al 70% del valore complessivo) sono meramente indicativi per la costruzione dell'esempio:

Base di appalto = 10.000.000,00						
Nr. (1)	Offerta (O) (2)	Ribasso (3)	Costo del personale (Cp) (4)	Incidenza di Cp su O (5)	(O - Cp) (6)	Ribasso al netto di CP (7)
1	9.500.000,00	5,00	3.600.000,00	62,11	5.900.000,00	41,00
2	9.100.000,00	9,00	4.000.000,00	56,04	5.100.000,00	49,00
3	8.700.000,00	13,00	5.100.000,00	41,38	3.600.000,00	64,00
4	8.200.000,00	18,00	2.000.000,00	75,61	6.200.000,00	38,00
5	8.000.000,00	20,00	3.500.000,00	56,25	4.500.000,00	55,00
6	7.950.000,00	20,50	2.900.000,00	63,52	5.050.000,00	49,50

Base di appalto = 10.000.000,00						
Nr. (1)	Offerta (O) (2)	Ribasso (3)	Costo del personale (Cp) (4)	Incidenza di Cp su O (5)	(O - Cp) (6)	Ribasso al netto di CP (7)
7	7.900.000,00	21,00	4.200.000,00	46,84	3.700.000,00	63,00
8	7.800.000,00	22,00	2.800.000,00	64,10	5.000.000,00	50,00
9	7.700.000,00	23,00	4.000.000,00	48,05	3.700.000,00	63,00
10	7.600.000,00	24,00	3.500.000,00	53,95	4.100.000,00	59,00
11	8.650.000,00	13,50	3.500.000,00	59,54	5.150.000,00	48,50

I valori da prendere in considerazione per l'aggiudicazione sono determinati dall'offerta al netto del costo del personale (colonna 6). Si può osservare che il valore del ribasso netto da considerare ai fini della aggiudicazione, è ben superiore a quello dell'offerta nel suo complesso (colonna 7). Ove ad esempio si faccia ricorso alla esclusione automatica, l'aggiudicazione cade a favore della offerta n.10, la medesima offerta che sarebbe rimasta aggiudicataria con la norma previgente. Risultato questo non generalizzabile (soglia di anomalia 60,80 %; offerte accantonate 63 %, 63 %, 64%). In assenza di esclusione automatica, l'aggiudicazione sulla base dei ribassi netti (colonna 7) cade a favore dell'offerta n.3 (qualora superi la valutazione di congruità).

Confrontando le incidenze relative del costo del personale nei due casi (colonna 5), con o senza esclusione, si osserva che l'aggiudicazione sembra premiare la tendenza a prevedere costi del personale più alti: anche questo, si deve avvertire, non è un elemento generalizzabile e tantomeno elevabile a strategia di gara.

Analoga tabella può essere impostata qualora l'offerta sia richiesta non attraverso un ribasso su un importo a base di appalto, ma con il sistema "a prezzi unitari" o del ribasso sull'elenco dei prezzi a base di appalto (cfr. art.82 del D.Lgs. n.163/2006).

La soglia delle offerte "anormalmente basse" ex dell'art.86, co.1, del DLgs. n.163/2006, deve essere valutata sulla base della offerta complessiva compreso il costo del personale, laddove il costo del personale è da considerare inscindibile dai restanti costi ai fini della congruità dell'offerta per l'equilibrio che vi deve essere tra le varie componenti del costo. Circostanza precisabile nel bando o nella lettera d'invito (si dovrebbe ragionare diversamente se il costo del personale fosse desunto da valutazioni poste a base di gara).

Anche nel criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, per rispettare il precetto recato nella novella, si avrà cura di assegnare il punteggio, con la legge in concreto prescelta, al valore netto O – Cp (colonna 6). Per evitare che anche in questo criterio si possa alterare la valutazione delle due soglie dei 4/5, superate le quali le offerte sono da considerare anormalmente basse (cfr. art.86, co.2, D.Lgs. n.163/2006), si deve prendere in considerazione l'offerta economica nel suo intero.

Naturalmente, in relazione al procedimento di individuazione dell'aggiudicatario, sono fatte salve le valutazioni sulla congruità dell'offerta per la parte esulante il costo del personale, nonché del medesimo corrispettivo indicato per il costo del personale, alla luce dell'art.86, co.3, del D.Lgs. n.163/2006. In altre parole, la stazione appaltante potrà sempre sindacare la congruità anche della parte

affidente il costo del personale, qualora sia indotta a ciò da elementi specifici. Appare invece dubbia la validità di una verifica di congruità svolta solo su di una parte dell'offerta (solo spese del personale o solo parte restante), senza considerarla nella sua interezza.

7. Infine, anche se l'art.81, co.3-bis ha valore circoscritto alla fase di scelta dell'aggiudicatario, sarebbero da considerare ulteriori aspetti, in parte accennati, legati alla esecuzione del contratto, con particolare riferimento ai lavori. Infatti, il contratto, qualunque sia stata l'origine del costo del personale, conosce oramai tale dato e, quindi, per il principio di trasparenza e di coerenza con le richiamate misure di controllo dinamico del Durc nel nuovo regolamento, non può più trascurarlo nella fase di esecuzione.

La disaggregazione delle voci di costo della manodopera dovrà essere svolta sia in riferimento alle lavorazioni comprese nelle categorie scorporate, da eseguire a cura di soggetti eventualmente riuniti in associazione temporanea, sia nelle parti delle categorie prevalente e scorporate da eseguire in regime di subappalto. I compensi per la manodopera afferenti i subappalti e sub-contratti vanno trasferiti *tout-court*. Senza trascurare i noli a caldo, per la cui manodopera va parimenti garantito il rispetto dei minimi salariali.

Sembra inoltre necessario, per attendere alle finalità del co.3-bis, art.81, un aggiornamento della manodopera impiegata, almeno in sede di emissione del certificato di ultimazione dei lavori (se non in ogni sal) e la comunicazione della stazione appaltante all'ente certificatore, delle spettanze per manodopera comunicate dall'operatore (Ufficio provinciale del lavoro); ciò consentirebbe un

migliore esercizio del “potere sostitutivo” conferito al responsabile del procedimento dal citato art.5, del dPR n.207/2010, prima della emissione del certificato di collaudo, potendo ancora disporre, in tale fase del procedimento, della rata di saldo e delle ritenute.

E inoltre, per evitare la disparità di trattamento tra contratti e subappalti ai fini della salvaguardia dei minimi salariali, il 20 % di cui all’art.118 del Dlgs. n.163/2006, quale massima differenza tra i prezzi unitari del contratto e del subappalto, dovrebbe essere riferito ai rispettivi importi al netto dei minimi salariali.

Infine è da presumere una incidenza della norma anche sulla certificazione dei lavori eseguiti. Infatti i modelli B e B.1 del dPR n.207/2010 potrebbero essere facilmente implementati con una sezione sul personale impiegato nelle diverse lavorazioni, per conferire alla certificazione la massima attendibilità e rispondenza con l’eseguito, ecc.

Sullo sfondo, anche l’art.132 del D.Lgs. n.163/2006, laddove si dovranno inquadrare le varianti con variazioni di manodopera o solo di manodopera. □