

## A VOLTE RITORNANO

### Il prezzo d'appalto al netto del costo del personale e della sicurezza

La legge 9 agosto 2013, n. 98, <sup>(1)</sup> di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), <sup>(2)</sup> in vigore dal 21 agosto, ha riesumato un cadavere che sembrava morto e sepolto.

Si ricorderà che in sede di conversione in legge dell'ultimo decreto Tremonti (governo Berlusconi IV) <sup>(3)</sup> venne introdotto un emendamento che, con l'aggiunta della lettera i-bis) all'articolo 4, comma 2, integrava l'articolo 81 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici) con un comma 3-bis, del seguente tenore «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**».

Si ricorderà pure che tutto il sistema degli appalti pubblici rimase bloccato per qualche mese, data la indiscutibile ambiguità (in realtà "incomprensibilità") della disposizione. Non mancarono immediate critiche, anche autorevoli, alla nuova norma, della quale si occuparono sia ITACA («Costo del personale e sicurezza nella selezione delle offerte negli appalti», linee-guida del 18 luglio 2011, ancora consultabili sul relativo sito web) che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP, «Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro» – Audizione del 29 settembre 2011). A riprova della confusione ingenerata dalla predetta norma si rammenta solo che:

- a) ITACA, con un lavoro certosino, seppur basato su valutazioni empiriche, intendeva distinguere nella analisi tra le componenti "costo del personale", costo per la "sicurezza aziendale" e quelle rimanenti, sottraendo al ribasso di gara le prime due componenti, suggerendo altresì un meccanismo complicatissimo nel caso (frequente) in cui l'offerta fosse redatta mediante la "lista" di cui all'articolo 119, del d.P.R. n. 207 del 2010; la conclusione fu un tentativo di rispettare la lettera della norma ma, data che quest'ultima era cervellotica e quindi inapplicabile per come scritta, nemmeno ITACA poteva offrire una soluzione soddisfacente, limitandosi ad aumentare le complicazioni attuative;
- b) la AVCP, con un difficile quanto pregiato e ragionevole esercizio di equilibrismo, concluse che, tutto sommato non era cambiato un granché, nel senso che il costo del personale e il costo delle misure per la "sicurezza aziendale" dovevano avere il carattere di congruità in sede di predisposizione delle

<sup>1</sup> Pubblicata sulla G.U. n. 194 del 20 agosto.

<sup>2</sup> Cosiddetto "decreto del fare" anche se non si è mai capito "del fare cosa" visto che, continuando la tradizione inaugurata dal governo Monti, si tratta di molto fumo e poco arrosto.

<sup>3</sup> Legge 12 luglio 2011, n. 106, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70.

gare e superare il giudizio di congruità in sede di verifica delle offerte anormalmente basse ma erano oggetto dell'offerta complessiva; tuttavia suggeriva agli operatori di rifarsi alle linee-guida di ITACA che, come visto, concludevano per una soluzione del tutto diversa.

Non pare inutile precisare che per costo della "sicurezza aziendale" si intendono i costi per la sicurezza specifici propri dell'impresa (che prescindono dalle condizioni del singolo cantiere o, meglio, del singolo appalto), di cui all'articolo 26, comma 3, quinto periodo, <sup>(4)</sup> e comma 6, del decreto legislativo n. 81 del 2008, incardinati all'interno dei prezzi unitari quali una delle componenti di questi oppure quale parte delle spese generali, sostanzialmente i costi del Documento di valutazione dei rischi (DVR). In parallelo tali costi sembrano disciplinati anche dagli articoli 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, secondo periodo, del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Non c'è invece mai stata e continua a non esserci discussione sugli "oneri di sicurezza" connessi al singolo appalto, di cui all'articolo 26, comma 3, primi quattro periodi, commi 3-ter e 5, dello stesso decreto legislativo n. 81 del 2008, cioè i costi del Piano di sicurezza e coordinamento (PSC) per i lavori e i costi del Documento unico di valutazione dei rischi da interferenze (DUVRI) per i servizi e le forniture. In parallelo tali oneri sembrano disciplinati anche dagli articoli 86, comma 3-ter, 87, comma 4, primo periodo, e 131, del decreto legislativo n. 163 del 2006. Questi ultimi oneri non sono mai stati soggetti a ribasso, sono oggetto di appositi elenchi dei prezzi unitari e computi metrici estimativi e continuano ad essere ontologicamente diversi dalle prestazioni (di lavori, servizi e forniture) vere e proprie.

Ci si rende conto che non contribuisce alla chiarezza il comma 3-ter dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006, introdotto dall'articolo 8, comma 1, della legge n. 123 del 2007, che recita «3-ter. Il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta» senza alcuna altra specificazione; ma, per economia generale si deve passare oltre.

A parte l'inapplicabilità della norma, i danni furono limitati perché qualche mese dopo, in dicembre, con il cosiddetto decreto salva-italia, quando il governo Monti sembrava fare miracoli (prima di entrare in uno stato di coma permanente fino alle dimissioni) la norma fu soppressa. <sup>(5)</sup>

La predetta disciplina continuava ad essere applicata negli appalti della Regione Umbria, in quanto tale ente, con l'articolo 23 della legge regionale 21 gennaio 2010, n. 3, attuato con la deliberazione della Giunta Regionale n. 569 del 7 giugno 2011, imponeva un procedimento simile a quello che un mese dopo sarà suggerito da ITACA, anche se con metodologie ancora più complesse rispetto alle indicazioni di ITACA, coinvolgendo le aliquote delle spese generali dedicate alla sicurezza e altre amenità. Non risulta però che la disciplina umbra, peraltro riservata al solo comparto dei lavori pubblici e limitatamente a quelli di interesse regionale, abbia avuto una diffusa applicazione pratica (complici la crisi economica e la stretta sulle disponibilità economiche delle amministrazioni) né, a maggior ragione, un approfondimento in sede giurisdizionale.

---

<sup>4</sup> Come novellato dall'articolo 32, comma 1, lettera a), della legge n. 98 del 2013.

<sup>5</sup> Con l'articolo 44, comma 3, della legge n. 214 del 2011, di conversione del decreto-legge n. 201 del 2011.

Nel già complesso mondo degli appalti recentemente si stava consolidando, dopo molte sofferenze, una giurisprudenza quasi univoca sugli argomenti trattati che, semplificando al massimo, pur in presenza di ambiguità e orientamenti controversi, può essere sintetizzata come segue: <sup>(6)</sup>

- a) il “costo del personale” è una componente essenziale dell’importo a base d’asta, deve essere congruo in sede di predisposizione delle gare e superare il giudizio di congruità in sede di verifica delle offerte anormalmente basse; tuttavia esso è liberamente valutabile (e ribassabile) dal concorrente, seppure nel rispetto assoluto dei minimi salariali e degli obblighi contributivi; deve essere indicato, almeno come incidenza, negli atti tecnici progettuali (articolo 39, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010);
- b) il costo per la “sicurezza aziendale” è una componente essenziale dell’importo a base d’asta, deve essere congruo in sede di predisposizione delle gare e superare il giudizio di congruità in sede di verifica delle offerte anormalmente basse; tuttavia anch’esso è liberamente valutabile (e ribassabile) dal concorrente, seppure nel rispetto del DVR; deve essere indicato negli atti tecnici progettuali (articolo 32, comma 4, lettera o), del d.P.R. n. 207 del 2010 e articolo 86, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 163 del 2006), ma deve altresì essere indicato esplicitamente dal concorrente in sede di offerta (articolo 87, comma 4, secondo periodo, del decreto legislativo n. 163 del 2006, in forza dell’affermazione: «*Nella valutazione dell’anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, **che devono essere specificamente indicati nell’offerta** e risultare congrui rispetto all’entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture*»); <sup>(7)</sup> si precisa che sul punto il richiamo a “servizi e forniture”, con l’omissione dei “lavori” ha lasciato indifferente la giurisprudenza, in base all’assunto che trattandosi di materia di elevato valore sociale e tutela costituzionale, non può che essere applicata anche ai lavori;
- c) gli “oneri per la sicurezza” veri e propri (da PSC per i lavori, da DUVRI per forniture e servizi) non soggetti all’offerta, sempre e comunque da indicare in sede di gara ma sottratti sia al ribasso sia a qualsiasi valutazione di merito da parte dell’offerente (salvi i casi di gare particolari).

Ora, con la legge n. 98 del 2013 tutto potrebbe essere rimesso in discussione. Per iniziativa del deputato Cesare Damiano (già non indimenticabile ministro del lavoro nel governo Prodi II e recidivo, in quanto autore dell’emendamento del 2011 illustrato in precedenza), la “nuova” disciplina è stata reiterata con l’introduzione del comma 7-bis all’articolo 32 del decreto-legge convertito che, a sua volta, ha aggiunto il comma 3-bis all’articolo 82 del decreto legislativo n. 163 del 2006; quest’ultimo ora recita: «**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**

<sup>6</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 19 gennaio 2012, n. 212 e 3 ottobre 2011, n. 5421; T.A.R. Lombardia, Brescia, 8 maggio 2013, n. 442 e 11 giugno 2013, n. 565; Consiglio di Stato, Sez. V, 19 luglio 2013, n. 3929, 23 luglio 2010, n. 4849 e 29 febbraio 2012, n. 1172; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 18 ottobre 2012, n. 992.

<sup>7</sup> Anche se in taluni casi è stata ammessa la regolarizzazione postuma, ex Consiglio di Stato, Sez. III, 4 ottobre 2012, n. 5203; T.R.G.A. Trento, 13 aprile 2013, n. 123; mentre per contro, in altri casi sono stati ritenuti non soggetti a ribasso nemmeno i costi di sicurezza aziendali, ex Consiglio di Stato, Sez. III, 3 luglio 2013, n. 356 e 15 luglio 2011, n. 4330.

*misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro».*

In disparte l'introduzione *«delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello»* aggiunta con un sub-emendamento dell'ultimo minuto, che qui non rileva più di tanto e della quale si parlerà oltre, le differenze tra la norma del 2013 e quella del 2011 sono due:

- a) "il prezzo più basso" contro "l'offerta migliore"; a parte la differenza lessicale, il significato non dovrebbe mutare, a meno che tale differenza sia legata indissolubilmente con quanto esposto alla seguente lettera b);
- b) la collocazione del nuovo comma nell'articolo 82, rubricato *«Criterio del prezzo più basso»* contro la collocazione precedente nell'articolo 81, rubricato *«Criteri per la scelta dell'offerta migliore»*; quindi mentre nel 2011 la norma era riferita ad entrambi i criteri dell'offerta (sia del prezzo più basso che economicamente più vantaggiosa), oggi è riferita alla sola offerta del prezzo più basso.

Quanto alla differenza sub. a), quale significato dare alle due espressioni utilizzate nei due momenti storici diversi? L'offerta migliore era senz'altro l'espressione più appropriata, anche se imperfetta; oggetto della disciplina non era l'offerta migliore in quanto tale, bensì tutte le offerte in competizione; diversamente opinando l'offerta migliore, rigorosamente passata al vaglio del rispetto dei minimi salariali e dei costi di sicurezza aziendali, poteva ottenere una posizione favorevole in graduatoria influenzata da altre offerte non rispettose del dettato normativo (ed escluse dall'esame della correttezza delle componenti di costo). L'espressione "prezzo più basso" è fuorviante, dal momento che in una gara con il criterio dell'offerta di prezzo non è raro che il prezzo più basso non sia quello dell'aggiudicatario (bensì quello dell'offerta esclusa in quanto anormalmente bassa, sia in automatico che in seguito a verifica di congruità in contraddittorio); a maggior ragione in una gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il prezzo più basso spesso non è il prezzo offerto dall'aggiudicatario, essendo l'offerta complessiva fortemente e doverosamente influenzata dal valore attribuito alla parte tecnica dell'offerta stessa.

L'espressione più corretta avrebbe dovuto essere *«Le offerte sono determinate ...»* oppure *«Il prezzo offerto è determinato ...»*, ma tant'è, questa è la minestra che ha passato il convento.

Quanto alla differenza sub. b), quale significato dare (se c'è) a tale diversa collocazione? Un'ipotesi è che tale diversa collocazione sia frutto di un tardivo e inutile pudore: una delle critiche sollevate a suo tempo dalla AVCP consisteva nella illogicità della predeterminazione nel bando dei costi del personale e della sicurezza aziendale nelle gare con l'offerta economicamente più vantaggiosa, dove le modalità operative (costruttive nei lavori, di specialità dei servizi e delle forniture) potevano (in realtà spesso "dovevano") mutare anche notevolmente in sede di gara in modo non prevedibile economicamente dalla stazione appaltante, sconvolgendo le previsioni dei costi del personale e della sicurezza aziendale che invece erano sottratti al ribasso (ovvero sottratti alla autonoma valutazione imprenditoriale del concorrente, ancorché sempre sindacabili dalla stazione appaltante in sede di verifica), per non parlare degli appalti di progettazione e realizzazione <sup>(8)</sup> o delle concessioni, <sup>(9)</sup> dove nemmeno l'oggetto del

---

<sup>8</sup> In particolare quelle ex appalto-concorso di cui all'art. 53, comma 2, lettera c), del d.lgs. n. 163 del 2006.

contratto può essere determinato con certezza in fase di bando. La critica della AVCP era pienamente condivisibile, anzi, era anche troppo benevola; ma su questi aspetti critici si tornerà più avanti.

Se questa fosse la spiegazione, la risposta sarebbe un rimedio più grave dell'errore. Se la tutela dei lavoratori, sotto il duplice profilo della giusta retribuzione e della sicurezza e salute, è un valore costituzionalmente rilevante e irrinunciabile (articoli 36, 41, secondo comma, 117, secondo comma, lettera o), e terzo comma, periodo terzo e settimo, Cost.), non si comprende perché la tutela si dovrebbe avere solo per i contratti affidati con il criterio del prezzo e non per quelli affidati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Peraltro il prezzo, determinato con uno dei metodi cui all'articolo 82 (ribasso sull'importo, ribasso sull'elenco prezzi unitari o ribasso determinato mediante offerta di prezzi unitari o "lista") è pur sempre un elemento determinante dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In altri termini la condizione che il nuovo comma sia collocato sotto la rubrica dell'articolo 82, non pare togliere nulla alla sua astratta applicabilità generalizzata.

Possiamo quindi stabilire un primo punto fermo: come conseguenza delle argomentazioni che precedono, a prescindere dall'espressione usata e dalla collocazione del nuovo comma, la disciplina riguarda la formazione del prezzo qualunque sia il criterio adottato per l'offerta e qualunque sia l'ambito contrattuale (lavori, servizi e forniture).

Venendo al merito della questione, non è inutile ribadire le critiche alla norma già avanzate nel 2011. Non si può confondere il costo del personale inteso come costo "unitario" (orario, settimanale, mensile o comunque periodico in relazione ai diversi contratti di lavoro) con quello inteso come costo "complessivo" (il "monte" salari e stipendi pagabile e pagato per un determinato contratto pubblico). In ambedue i casi, quando si parlerà di "costo", questo si intenderà sempre comprensivo degli oneri previdenziali e assicurativi (cosiddetti "oneri riflessi") e, ovviamente, al netto delle spese generali e dell'utile d'impresa.

Il primo costo (unitario) in apparenza è facilmente predeterminabile: esso è dato appunto dai minimi salariali definiti dai CCNL, dalle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e dagli oneri riflessi. Si tratta di dati reperibili, seppure con alcune difficoltà, ma non decisivi: innanzitutto in un appalto non è affatto detto che il personale risponda ad un solo CCNL; a mero titolo di esempio: non sono poche le imprese impiantistiche che in luogo del contratto degli edili hanno quello dei metalmeccanici; i minimi salariali all'interno dello stesso CCNL sono diversi per gli artigiani, per le PMI, per le cooperative; divergono in relazione all'anzianità del singolo lavoratore e in relazione alla qualifica o categoria. Se poi aggiungiamo le voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello, le cose si complicano ulteriormente: per contrattazione integrativa di secondo livello (cosiddetta "decentrata") si intende sia la contrattazione territoriale che la contrattazione aziendale; come si possa individuare preventivamente la retribuzione "minima" in un mercato aperto all'intero territorio nazionale (in realtà addirittura sovraeuropeo) senza sapere chi concorre, richiede veramente una fantasia

---

<sup>9</sup> *Articoli 30 e 143 e seguenti, nonché articolo 153 del d.lgs. n. 163 del 2006, fattispecie alle quali oggi si devono aggiungere gli articoli 160-bis (leasing) e 160-ter (contratto di disponibilità).*

sovrumana, dato che i concorrenti possono disporre di contrattazioni aziendali e territoriali necessariamente non omogenee. Per quanto ci si ingegni ad individuare un costo unitario del personale “congruo” in astratto, questo non sarà mai (e si ripete “mai”) il costo unitario sostenuto nella stessa misura da ciascun concorrente. E ancora, per minimi salariali si possono intendere anche i minimi “stipendiali” dovuti a personale impiegatizio o tecnico, o in un appalto di servizi software o di progettazione si può ignorare il costo del personale visto che non si tratta di salario ma di stipendio?

Per sovrappiù si noti che la sintassi del nuovo comma è a suo modo ambigua: se si intendeva che i minimi salariali sono quelli definiti dal CCNL e dalle voci retributive della contrattazione integrativa, i due elementi dovevano essere congiunti con una “e” e non disgiunti con la virgola; in altre parole il comma così com’è scritto (il prezzo è determinato “al netto” dei minimi salariali, delle voci retributive della contrattazione decentrata e delle misure di sicurezza) può essere letto in due modi:

- un prezzo scomposto in due blocchi: da una parte il coacervo unitario dei minimi salariali da CCNL, delle voci retributive della contrattazione integrativa e delle misure di sicurezza (come se appartenessero al novero del costo del personale), dall’altra tutto il resto (materiali, noli, trasporti, spese generali, utile d’impresa); <sup>(10)</sup>

- un prezzo scomposto in quattro blocchi separati: i minimi salariali da CCNL, le voci retributive della contrattazione integrativa, le misure di sicurezza e, infine, tutto il resto.

Riteniamo che debba essere violentata la lingua italiana e che, aldilà dell’uso che ne ha fatto il legislatore, la scomposizione sia invece tripartita: il coacervo unitario dei minimi salariali da CCNL e delle voci retributive della contrattazione integrativa; le misure di sicurezza (autonome rispetto al costo del personale) e infine tutto il resto. Solo questa lettura, per quanto sia una forzatura della sintassi, ha un senso compiuto.

Comunque fingiamo per un momento, altrimenti non se ne esce, che il costo “unitario” del personale, sia determinabile sulla base di previsioni apprezzabilmente vicine alla realtà. Questo è l’unico elemento di costo degno di tutela, in quanto riguarda effettivamente la dignità e i diritti del lavoratore.

Il secondo costo (complessivo) è invece una vera incognita e non potrebbe essere diversamente. E’ vero che può essere stimato con una certa accettabile approssimazione in sede di preventivazione, ma da qui ha renderlo fisso, inderogabile e non soggetto al ribasso, ce ne corre. E’ noto che il costo complessivo (semplificando al massimo) è dato dalla somma dei prodotti tra i costi unitari dei singoli lavoratori, per il tempo impiegato da ciascuno di essi. Parafrasando Bogart si può dire “è la produttività, bellezza”.

L’organizzazione imprenditoriale, le capacità professionali dei lavoratori, le dotazioni in attrezzature, la tempestività nella disponibilità dei materiali, la logistica, le modalità costruttive, la distanza del cantiere (gli oneri di mensa e di trasferta fanno o non fanno parte dei contratti integrativi?) non influenzano il costo “unitario” ma influenzano significativamente il costo “complessivo”. Ne consegue

---

<sup>10</sup> *Ma siamo sicuri che nei noli e nei trasporti non ci sia una componente di costo del personale? O non sono degni di tutela operatori meccanici e autisti; ma anche nei materiali, rispettato il salario minimo dei montatori, non sono degni di tutela quelli che fabbricano i mattoni o i pannelli solari, o quelli che producono i tondini a 100 km dal cantiere?*

che la predeterminazione del costo complessivo del lavoro sottraendolo al ribasso sarà spesso un sovrapprezzo ingiustificato a favore delle imprese o, in caso magari meno diffusi, una loro punizione ingiustificata. <sup>(11)</sup>

Questa sarà la situazione normale. Essa peggiorerà (come già anticipato a suo tempo dalla AVCP) nelle gare da espletare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: quale utilità può avere (se non a mero titolo statistico o indicativo) individuare un costo del personale se non si conoscono l'entità e la portata delle varianti progettuali (in genere miglioramenti) che saranno proposte dai concorrenti e quali riflessi avranno sul maggiore o minore utilizzo di personale.

Se poi passiamo dalle offerte economicamente più vantaggiose cosiddette facoltative, per intenderci quelle utilizzabili nelle gare di cui all'articolo 53, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo n. 163 del 2006, alle offerte economicamente più vantaggiose cosiddette obbligatorie, per intenderci quelle inevitabili nelle gare di cui all'articolo 53, comma 2, lettera c), nelle gare di concessione di servizi (articolo 30), concessione di costruzione e gestione (articoli 143 e seguenti), finanza di progetto (articoli 153 e seguenti), leasing in costruendo (articolo 160-bis) o contratti di disponibilità (articolo 160-ter), allora la nuova norma svela la sua completa idiozia. Si tratta di gare a base delle quali di solito vi è solo un progetto preliminare o, in altri casi, uno studio di fattibilità o semplici linee guida; tutti atti all'interno dei quali la determinazione del costo del personale è faccenda da aruspici.

Non a caso il giudice amministrativo, in caso di appalto-concorso <sup>(12)</sup> ha concluso per l'ammissione del concorrente che ha indicato, nell'offerta economica, un importo relativo agli oneri per la sicurezza (addirittura quelli intangibili del PSC, di norma fissi e insensibili al ribasso) inferiore rispetto a quello indicato nel bando di gara, nel caso in cui «... *il valore indicato dallo stesso bando non poteva che essere indicativo, in quanto correlato al progetto preliminare redatto dalla stessa Amministrazione; trattandosi di oneri economici variabili in grado di concorrere alla definizione dei concreti oneri contrattuali esposti nell'offerta nell'importo corrispondente alla sua effettiva portata, scaturente dai contenuti dei progetti definitivo ed esecutivo redatti dalle concorrenti e non nella misura riportata dall'amministrazione nel progetto preliminare*». <sup>(13)</sup>

Del resto come individuare il costo "complessivo" del personale e della sicurezza aziendale, ma nemmeno degli oneri di sicurezza, e se gli atti di gara ammettono che il manufatto possa essere in calcestruzzo in opera o prefabbricato in legno lamellare, opzioni che rendono inutile anche un PSC tra gli atti a base di gara. Ma non è necessario richiamare tali casi, essendo l'incertezza rilevante anche nelle gare con l'offerta di solo prezzo; basti pensare:

- a) all'articolo 118, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, che prescrive al concorrente di accettare inderogabilmente il prezzo a corpo posto a base di gara e di formulare l'offerta tenendo conto di

---

<sup>11</sup> Molto dipenderà dalla stima fatta in sede progettuale, cioè se approfittando dell'elevata aleatorietà del sistema, sarà adottato un costo complessivo più elevato o più ridotto.

<sup>12</sup> Oggi appalto integrato complesso ex articolo 53, comma 2, lettera c), del d.lgs. n. 163 del 2006.

<sup>13</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2949 e Sez. V, 17 settembre 2008, n. 4378.

voci e relative quantità che ritiene eccedenti o mancanti;

- b) all'articolo 119, comma 5, dello steso d.P.R. n. 207 del 2010, che prescrive al concorrente sia di integrare le quantità, che di sopprimere o aggiungere voci che ritiene rispettivamente superflue o mancanti, rispetto alla previsione posta a base di gara.

Ebbene, in ambedue i casi il costo complessivo del personale "effettivo" non potrà che divergere, anche sensibilmente, rispetto a quello che la Stazione appaltante ha determinato e dichiarato intangibile. E che dire dei contratti "a misura" dove il costo complessivo del personale è per sua natura legato indissolubilmente alle quantità effettivamente eseguite (e non a quelle preventivate in progetto); sarebbe necessario allora, per tenere insieme il sistema, che da ciascun prezzo unitario fosse scorporata la quota relativa al costo del personale.

Infine la disposizione parrebbe aver modificato implicitamente anche l'articolo 118, comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006, laddove è riportato 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»* dovrebbe ora leggersi *«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 **al netto del costo del personale.** L'affidatario corrisponde **il costo del personale e** gli oneri della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso»*.

Tutte le argomentazioni in tema di costo del personale possono essere ripetute esattamente negli stessi termini anche per i costi della sicurezza "aziendali", per cui su questi è superfluo dilungarci, se non per dire che non avrebbe più senso l'articolo 87, comma 4, secondo periodo del decreto legislativo n. 163 del 2006, infatti la disposizione *«Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture»* sarebbe posta nel nulla. Infatti sarebbe inutile valutare i costi della sicurezza in sede di anomalia e farli indicare "specificatamente" nell'offerta, se sono già predeterminati a monte dalla Stazione appaltante, quindi congrui per definizione e intangibili da parte dell'offerente.

Verrebbe da ridere per non piangere: il nuovo comma 3-bis è introdotto dall'articolo 32 del decreto del fare, è rubricato *«Semplificazione di adempimenti formali in materia di lavoro»*; se non è un'ironia del legislatore, c'è una certa coerenza, visto che ormai da anni ogni volta che si parla di "semplificazione" è noto che nella realtà si tratta sempre di maggiori complicazioni, spesso inutili e cervelotiche.

Quali conclusioni trarre alla fine, se non le stesse che furono in qualche modo prospettate nel 2011, ovvero le uniche due vie percorribili che, seppure ambedue contrastanti con la lettera della norma, possono avere un qualche significato.

Resta ferma la necessità di individuare, in modo empirico ma ragionevole, l'entità del costo



complessivo del personale e l'entità dei costi per la sicurezza aziendale, quali componenti del prezzo (cosa non nuova in quanto già prevista dalle norme citate all'inizio a prescindere dal comma 3-bis) e di esporla negli atti (computo metrico estimativo, capitolato speciale d'appalto).

La prima via, che chiameremmo del "**non è cambiato nulla**", sostanzialmente ricalcando quanto affermato dalla AVCP nell'atto indicato all'inizio: ritenere che la disposizione si faccia carico di uno solo dei due elementi (costo unitario e tempo impiegato), quello del costo unitario, stabilendo che non può essere inferiore al minimo salariale.

Il ribasso offerto dal concorrente è fatto sull'importo (o sui prezzi unitari o mediante i prezzi unitari della "lista"), ma ricomprende il costo del personale e delle misure di sicurezza aziendali, trattandosi di componenti direttamente dipendenti dall'organizzazione dell'impresa (AVCP: «... *l'esecuzione di una stessa prestazione può comportare fra due imprese la necessità di impiegare manodopera per un tempo diverso a causa di una differente organizzazione produttiva o di una diversa attrezzatura impiegata ...*»). E' rinviato alla verifica in contraddittorio l'esame della congruità delle offerte per accertare se rispettino i minimi salariali e le misure di sicurezza aziendali, con il solo onere per il concorrente di indicare l'incidenza di questi ultimi già nell'offerta (in applicazione del già visto articolo 87, comma 4, secondo periodo, del decreto legislativo n. 163 del 2006, dove impone che tali costi «... *devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui ...*»). Questa soluzione potrebbe essere avvalorata dal fatto che si parla di prezzo "al netto" del costo del personale, espressione diversa da quella utilizzata per gli oneri di sicurezza (da PSC o da DUVRI) dove si parla di oneri "non soggetti a ribasso". La soluzione tutela il rispetto dei minimi salariali e parrebbe anche coerente con il rispetto dell'autonomia imprenditoriale, anch'essa un valore tutelato, oltre che conforme al diritto comunitario, dato che l'articolo 55 della direttiva 2004/18 ammette le giustificazioni in relazione ad elementi che influenzano il costo "complessivo" del personale e tutela solo il costo "unitario" (si veda la direttiva Bolkestein nella versione Gebhardt).

Tuttavia tale soluzione ha un difetto: come applicarla alle gare con l'esclusione automatica o alle gare dove l'aggiudicatario non risulta formalmente anomalo in base alle soglie di cui all'articolo 86, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 163 del 2006 (casi nei quali la verifica in contraddittorio non è prevista). La AVCP non si è nascosta tale difficoltà e infatti suggerisce di verificare la congruità delle offerte, sotto il profilo del costo del personale e delle misure di sicurezza aziendale, anche nel caso dell'esclusione automatica (ovviamente per le offerte rimaste in gara) e anche per le offerte che non risultano anormalmente basse. Ecco che la soluzione, che di primo acchito sembra semplice, fa scadere la procedura in una lungaggine senza fine (e forse anche senza costrutto).

La seconda via, che chiameremo del "**è cambiato tutto**" consiste nel sottrarre al ribasso il costo del personale e le misure di sicurezza, così come normalmente preventivate, ancorché non tarate sui concorrenti (cosa che come abbiamo visto è impossibile), bensì rispondenti a criteri di ragionevolezza nella determinazione della quantità alle quali applicare il costo "unitario" del personale. Tali due importi, scorporati dall'importo complessivo e resi non soggetti a ribasso quale condizione unica e identica per tutti i concorrenti, non modificherebbe il meccanismo di aggiudicazione (quindi salverebbe la possibilità

di esclusione automatica ove ammessa e la verifica in contraddittorio per le sole offerte anormalmente basse). Non sarebbe necessario verificare la congruità dell'offerta dell'aggiudicatario (se non nei casi di non applicazione dell'esclusione automatica) dal momento che il costo del personale e delle misure di sicurezza aziendali sarebbero congrue per definizione, essendo state predeterminate dalla stazione appaltante e ritenute congrue sin dall'origine.

Tuttavia, condizione essenziale affinché il sistema funzioni, è dare la possibilità al concorrente, in sede di verifica in contraddittorio, di giustificare un eventuale minor costo "complessivo" della manodopera e un minor costo delle misure di sicurezza, mediante idonee e esaurienti dimostrazioni della loro congruità; quindi costi non erodibili in sede di ribasso ma erodibili in sede di giustificazioni. Si può obiettare che così operando è come ammettere un ribasso "indiretto" sul costo del personale e della sicurezza "aziendale", cioè ammettere che il concorrente pur lasciando invariati formalmente tali costi (sottratti all'offerta), offra un maggior ribasso nell'ottica di un successivo risparmio sugli stessi costi. L'osservazione ha un suo pregio, tuttavia soccombe a fronte di una opposta considerazione: se non si ammettessero giustificazioni sul costo del personale <sup>(14)</sup> significherebbe intromettersi indebitamente e arbitrariamente all'interno dell'oggettività dell'offerta, fino al paradosso di "costringere" un concorrente a soccombere in una gara solo perché è obbligato ad accettare un compenso per il costo del personale superiore a quello che effettivamente e legittimamente egli è tenuto a sostenere.

Un effetto collaterale del sistema è dato dal sistema di calcolo della cauzione definitiva previsto dall'articolo 113, comma 1, del decreto legislativo n. 163 del 2006. E' ovvio che il ribasso utilizzato per calcolare l'incremento della percentuale della cauzione non sarebbe più il ribasso offerto ma il ribasso virtuale ottenuto riparametrando il ribasso offerto sui soli costi ribassabili all'intero importo dei lavori comprensivo del costo del personale e dei costi di sicurezza aziendale.

In realtà ci sarebbe una terza soluzione (la migliore): che, in un insperato barlume di resipiscenza, reiterata la norma, sia reiterata presto anche la sua soppressione.

---

<sup>14</sup> Ancora si ribadisce: del costo del personale "complessivo" e non del costo "unitario".