

L'incomprensibile (o impossibile) compromesso tra gli articoli 11, comma 13 e 14, comma 14, del nuovo Codice dei contratti

(ma chi li ha scritti? Jimmy il Fenomeno, Bertoldo cacasenno, il generale Vannacci o comunque uno seduto sulla tazza del cesso in preda a convulsioni intestinali?) [1]

Art. 11. (Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore.

Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti)

1. Al personale impiegato nei lavori, servizi e **forniture** oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il **contratto collettivo nazionale e territoriale** in vigore per il **settore** e per la **zona** nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.
2. Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **indicano** il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1.
3. Gli operatori economici **possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato**, purché garantisca ai dipendenti **le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante** o dall'ente concedente.
4. Nei casi di cui al comma 3, **prima di procedere** all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico **individuato** si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110.
5. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **assicurano, in tutti i casi**, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto.

Art. 41. (Livelli e contenuti della progettazione)

14. Nei contratti di lavori e servizi, per **determinare l'importo posto a base di gara**, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della **sicurezza sono incorporati dall'importo assoggettato al ribasso**. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da **una più efficiente organizzazione aziendale**.



by ALTAN

A quasi centoventi giorni dall'entrata in vigore del nuovo Codice, dopo aver lanciato grida allarmate di dolore, prima con «ANAC: Nuovo Codice Appalti: a luglio contratti pubblici dimezzati! Ma che sorpresa, chi l'avrebbe mai detto?»

(in https://www.bosettiegatti.eu/info/commenti/llpp/20232023_manodopera.pdf poi con «Va tutto bene, madama la marchesa?»

(in https://www.bosettiegatti.eu/novita/2023_va_tutto_bene.pdf

ma anche con gli allarmi richiamati nelle autocitazioni delle quali ci scusiamo: «Il velleitario "principio" della determinazione del CCNL da applicare nel bando di gara, fonte di ennesima complicazione e contenzioso» e ancora «Congruità della manodopera: un labirinto dimostrativo senza parametri certi», del 2023, di Luigi Oliveri in

«<http://luigioliveri.blogspot.com>» e «Equo compenso e Codice Appalti, opportuno un chiarimento» nelle news del sito «Lavoripubblici.it» del 4 agosto 2023 nonché «Equo compenso e appalti: rischio corto circuito» ne «Il Sole 24 ore» del 5 agosto 2023, tutti rimasti inascoltati, [2] per cui ci vediamo costretti a tornare sugli stessi argomenti!

Proviamo a dire ancora qualcosa, partendo dall'articolo 11:

Dopo il comma 13 dell'articolo 11, non si parla più di "forniture"! Forse che nei contratti di fornitura i lavoratori sono senza contratto o sono pagati in nero?

Partendo dal comma 4 dell'articolo 11, in disparte:

- a) la presenza di più di 900 contratti collettivi nazionali censiti da INPS e CNL,
- b) l'estensione ai contratti territoriali e perché non anche ai contratti aziendali, che rendono impossibile orientarsi per gli umani sia al momento della redazione degli atti di gara che al momento della dichiarazione dell'offerente,
- c) la possibile contraddizione tra l'attività oggetto dell'appalto o della concessione e l'attività svolta dall'operatore economico anche (anche? E che vuol dire?) in maniera prevalente a cui devono riferirsi ambedue i contratti collettivi (quello originario indicato o forse meglio dire imposto dal bando e quello diverso o, meglio, alternativo, indicato dall'impresa ai sensi del comma 3 dello stesso articolo e che consente, a determinate condizioni, un ribasso del costo della manodopera (e perché non di costi di sicurezza come si vedrà oltre);

Sempre a proposito dell'articolo 11, ai commi 3 e 4, presi alla lettera, sembra che le verifiche della suddetta dichiarazione di equivalenza delle tutele sia demandata alla stazione appaltante prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione, quindi a giochi fatti (buste aperte, giudizi tecnici ed economici noti e verbalizzati, esclusioni già disposte sia per cause ex articoli 94 e 95 del Codice che per mancato superamento della soglia di sbarramento

dell'offerta tecnica [3] e, in definitiva, con graduatoria già formata, anche se "ballerina" fino all'aggiudicazione (il solo momento nel quale si dovrebbe cristallizzare ex articolo 108, comma 12, del Codice). Inoltre:

- a) al comma 3, come potrà rischiare l'offerente sulla condizione imprescindibile di un contratto che garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante, senza che nei contratti collettivi, qualunque essi siano, si possano individuare tutte le tutele ("tutte", quindi non solo retributive e contributive, ma anche assistenziali, sociali, pari opportunità, ferie, riposi, malattie, turn over, occupazione di lavoratori diversamente abili e le altre tutele che si possono definire immateriali)?
- b) al comma 4 non manca un'altra contraddizione: "prima" di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti acquisiscono la dichiarazione dell'operatore economico individuato; ma anteriormente all'aggiudicazione non esiste un operatore economico individuato, semmai solo un operatore economico primo in graduatoria e non escluso per anomalia dell'offerta;
- c) ai commi 4 e 5 come potrà la Stazione appaltante (leggasi RUP e i suoi ausiliari, se nessuno di loro è un giuslavorista) verificare e assicurarsi (in tutti i casi, dice il comma 5), che le condizioni di cui alla precedente lettera a), al cui rispetto l'offerente si è impegnato formalmente non con la presentazione dell'offerta ma solo prima dell'aggiudicazione (rendendo evanescente una potenziale dichiarazione mendace)?

Possiamo ora affrontare il nocciolo della questione, ossia l'articolo 41, comma 14:

- a) premesso che anche qui, come già all'articolo 11 per i contratti collettivi, non si parla di "forniture" per lo scorporo del costo della manodopera! Forse perché la manodopera impiegata non è degna di protezione?
- b) il comma consente che una più efficiente organizzazione aziendale possa giustificare un ribasso che pare riferirsi e sia invocabile sia per il costo della manodopera che per i costi (plurale) della sicurezza qualunque essa sia, la sicurezza da PSC ovvero quella che da decenni non è mai stata assoggettata a ribasso oppure quella dei costi aziendali i quali, da sempre, sono inclusi nell'importo delle prestazioni di lavori o di servizi comunque soggetti allo stesso unico ribasso di gara, questo malgrado le elucubrazioni espresse in diversi manuali e istruzioni regionali, dove per qualcuno vanno incluse nelle spese generali, quindi *naturaliter* soggette a ribasso (sempre che si riesca a separarli da queste), qualcuno le indica come importo autonomo non vincolante ai fini del raffronto con la dichiarazione degli offerenti (già di per sé assurda e incomprensibile) di cui all'articolo 95, comma 10, del decreto legislativo n. 50 del 2015, oggi articolo 108, comma 9, del nuovo Codice.

Ci si chiede se, in applicazione dell'articolo 11, comma 3, qualora l'offerente dichiari di applicare e si impegni ad applicare un differente contratto collettivo, perché non abbia anche il diritto di giustificare un ribasso sul costo della manodopera che derivi da agevolazioni retributive o contributive riconosciute dal CCNL da lui dichiarato, come da agevolazioni riconosciute dalla legge (che, per loro natura, non possono essere ignorate) ma, a questo punto, perché non ritenere idonee e invocabili le agevolazioni riconosciute dallo stesso CCNL dichiarato dall'offerente, se pertinenti, anche per giustificare un ribasso sui costi della sicurezza (quali essi siano).

Sempre sul comma 14, ai periodi primo e secondo, se per determinare l'importo posto a base di gara la stazione appaltante deve individuare nel bando i costi della manodopera e poi i costi della manodopera e i costi della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso: quale sarà l'importo a base di gara e, con precisione, quale l'importo

soggetto a ribasso? Considerato che i due importi riguardano concetti quantitativi non coincidenti. Al terzo periodo «*Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale*» è fortemente equivoco: cosa significa ribasso complessivo dell'importo (complessivo di quale importo, quello a base di gara prima o dopo lo scorporo dei costi della manodopera e della sicurezza? E perché ribasso derivante da una più efficiente organizzazione aziendale, da verificare obbligatoriamente a posteriori in occasione della verifica di congruità delle offerte sintomatiche di anomalia ai sensi dell'articolo 110, che costringe a tradurre in ribasso (percentuale?) i minori costi della manodopera (e forse anche della sicurezza), quindi in misure difficilmente comparabili con costi che nelle dimostrazioni, per avere un senso, saranno espressi mediante importi in cifra assoluta e non in percentuale? E quale ribasso entrerà in gioco per il calcolo della soglia di anomalia ai fini dell'esclusione automatica ex art. 54 (confinato ai soli appalti sottosoglia con il criterio del prezzo più basso) o per la formazione della graduatoria per l'aggiudicazione in tutti gli altri casi, quello complessivo anteriore allo scorporo dei costi non ribassabili o quello applicato (direttamente) ai soli importi scorporati perché di norma non ribassabili, ma ribassati se ricorre l'ipotesi del comma 14, terzo periodo?

Concludendo, non si può nascondere la curiosità di vedere gli autori delle norme in commento a redigere la sezione del bando di gara che espone le previsioni in materia di articolo 41^[4] e calcolo del ribasso o dei ribassi e a redigere un modello testuale (o un modello da piattaforma telematica) per chiedere la formulazione coerente e comprensibile delle offerte e poi di vedere gli offerenti capire come rispondere!

Very Gourmand: per interventi articolati in Lotti o che, seppure in un unico Loto, comprendono attività tra loro radicalmente diverse (si pensi a un facility management che di solito comprende lavori edili, idraulici, elettrici, di fognatura, di gestione del verde o dell'energia, di rimozione rifiuti ecc.) che sarebbe arbitrario ricondurre ad un unico CCNL o individuare un'attività prevalente, si dovranno prevedere più contratti collettivi, più importi a base di gara, più importi dei costi della manodopera, più ribassi di gara ecc.? Distinti per ogni lotto o per ogni attività pertinente, moltiplicando i problemi già illustrati?

Infine, un'ultima ciliegina sulla torta, tanto per non farci mancare niente:



quanto alla manodopera, ci si mette anche la giustizia amministrativa con un carico da novanta, così in sintesi «*Il DURC non basta. Anche se il costo della manodopera è sopra la soglia di incidenza minima individuata dal DURC, esso non può ritenersi automaticamente e per ciò solo congruo*» (Consiglio di Stato, sez. V, 01.09.2023, n. 8128), compreso il DURC "di congruità", che ha l'efficacia di uno spaventapasseri in un campo minato e che all'infuori dell'edilizia e delle gestioni CAPE non pare esistere)

e poi, anche se non ancora inoppugnabili e riferite al Codice abrogato del 2016: (Consiglio di Stato, sez. V, 09.06.2023, n. 5665): «*No al soccorso istruttorio per i costi della manodopera*» (T.A.R. Campania, sezione V, 1° settembre 2023, n. 8128) e ancora «*La mancata verifica sui costi della manodopera può essere una mera irregolarità procedimentale*», quindi sanabile? (T.A.R. Brescia, Sez. I, 24 luglio 2023, n. 624)

Ebbene, dopo aver soddisfatto le demagogie del sindacato (che di appalti ha sempre capito ben poco) e dei "Cinque Stelle" (che hanno sempre capito ben poco di qualunque cosa), urge rimedio, purtroppo insperabile visto che a Roma, come già detto, sono occupati da cose più importanti che non sembra tolgano il sonno agli italiani.

Ma se il lettore è arrivato fin qui forse può sopportare ancora alcune righe.

Il sistema commentato non distingue tra appalti e concessioni, così dimostrando l'effetto Dunning-Kruger che ha colpito il legislatore nel trattare allo stesso modo due ambiti ontologicamente diversi; ebbene, come si farà a determinare il Costo della manodopera nelle concessioni, dove non è determinabile nemmeno un valore (o un corrispettivo) e dove all'importo complessivo concorre un Costo della manodopera solo indirettamente, essendo il primo influenzato da molteplici fattori (impiego del capitale di rischio, costo del capitale di debito, platea degli utenti potenziali, occupancy e altri fattori aleatori come la propensione all'assunzione del fantomatico rischio di mercato o di domanda, i tassi di autoproduzione e di autoconsumo di beni e servizi rispetto alla loro esternalizzazione ecc. e in ogni caso instabili per una durata di solito pluriennale del contratto).

Da alcune parti sono giunte due ipotesi di soluzione radicale, con l'illusione che il rasoio di Occam potesse bypassare le strettoie del sistema:

1. l'invocazione di un futuro "salario minimo garantito" che avrebbe facilitato le modalità di determinazione del costo della manodopera e del suo eventuale ribasso;
2. il ricorso all'articolo 108, comma 5, del nuovo Codice (già articolo 95, comma 7, del Codice abrogato) con la previsione di una competizione limitata ai soli criteri qualitativi, mantenendo un prezzo o costo fisso intangibile, che avrebbe sottratto a qualsiasi problema applicativo sia il costo della manodopera che il suo ribasso.

Purtroppo, nessuna delle due soluzioni ipotizzate è praticabile:

1. la prima, in disparte che in Italia un salario minimo garantito vedrà la luce quando saranno istituite linee regolari di autobus tra la terra e la luna, perché in ogni caso la Stazione appaltante o Concedente dovrà comunque esporre l'iter logico seguito per raggiungere un valore a base di gara, ribassabile o meno non rileva purché vero o almeno verosimile, iter logico che non può prescindere da un'analisi di tutti i costi, quindi anche del costo della manodopera;
2. la seconda, perché oltre all'inconveniente del possibile contrasto con l'articolo 41 della Costituzione e con i principi comunitari in materia di concorrenza, da un lato la Stazione appaltante o Concedente non potrebbe esimersi dal definire un importo (senza il quale non può esistere un procedimento di scelta del contraente) all'interno del quale deve essere individuato il Costo della manodopera, almeno per capire se si tratta di un «contratto ad alta intensità di manodopera» come definito dall'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1 del Codice. Definizione a sua volta equivoca perché il 50 per cento dell'importo dei corrispettivi non è facile da individuare almeno nelle concessioni dove il concetto di corrispettivo è a dir poco aleatorio.

¹ Sicuramente li avrebbero scritti meglio i due miti del buon senso italiano: l'operaio Cipputi o la casalinga di Voghera.

² Comprensibile, perché a Roma avrebbero dovuto ascoltare, visto che sono troppo occupati col ponte di Messina, il raddoppio del tunnel del Monte Bianco, il blocco navale, l'abrogazione delle accise sui carburanti (ops, le ultime due questioni sono state risolte), il piano Mattei, il presidenzialismo, le elezioni europee e altre amenità che certo non fanno perdere il sonno agli italiani?

³ Soglia di sbarramento alla quale mai nessun codice ha fatto cenno ma che è entrata stabilmente nella logica, nella prassi corrente e nella giurisprudenza.

⁴ Non a caso anche ANAC tace sul punto e nel Bando-tipo n. 1/23 di ANAC glissa e si guarda bene dal proporre una soluzione, limitandosi (ai primi tre commi del paragrafo 3, al secondo comma del paragrafo 9, alla lettera c) del primo comma del paragrafo 17 e al secondo comma del paragrafo 23, " facoltativo") a vere banalità senza alcun contributo interpretativo o un qualche chiarimento.