

## **FIASO – Federazione Italiana Aziende Sanitarie e Ospedaliere**

### **Consultazione on line. Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro**

#### **Audizione presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture del 29 settembre 2011**

##### **Premessa**

La legge 12 luglio 2011, n.106 di conversione del D.L. 70/2011, ha introdotto il comma 3-bis dell'art.81 del D. Lgs. 163/2006, che recita:

«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».

Nella modifica apportata all'articolo 81 del Codice degli Appalti, le principali difficoltà interpretative e applicative vengono ravvisate nella disciplina dei criteri per la scelta della migliore offerta.

Lo stesso documento in consultazione dall'AVCP sottolinea alcune problematiche oggettive che si profilano nell'applicazione della disposizione introdotta in sede di conversione.

Tali difficoltà hanno generato il disorientamento degli addetti nella predisposizione degli atti per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

In particolare, la disposizione normativa impone che l'aggiudicazione avvenga 'al netto' del costo del personale comprensivo degli oneri di sicurezza.

Nel documento di consultazione “prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro”, l'Autorità di Vigilanza ha fornito due differenti interpretazioni della nuova norma.

Una prima interpretazione, particolarmente stringente, investe la Stazione Appaltante nella fase progettuale della gara ed, in analogia con quanto già avviene per i costi della sicurezza, per definire il costo del personale da non assoggettare a ribasso.

La seconda interpretazione offerta dall'AVCP alla modifica introdotta dal comma 3bis viene così formulata:

«*omissis*...

Pertanto, anche alla luce delle criticità sopra evidenziate, occorre valutare se la norma non sia interpretabile nel senso che essa impone sempre alle stazioni appaltanti e alle imprese, qualora il tipo di commessa lo consenta come nel caso dei lavori e di alcuni tipi di servizi, di accertare la congruità delle offerte sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative e produttive effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera. Questa conclusione trova il proprio fondamento nella stessa disposizione, dal momento che affermare che l'offerta migliore (l'offerta aggiudicataria) è 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” sembra significare che le offerte dei concorrenti (ed in particolare quella del concorrente risultato aggiudicatario) non possono essere giustificate sulla base di un mancato rispetto dei livelli e dei minimi contrattuali del personale necessario, come del resto prevede l’articolo 87, comma 3 del Codice, non modificato; di conseguenza, il ribasso offerto può essere giustificato da un’organizzazione imprenditoriale più efficiente e dall’impiego di attrezzature che rendano il lavoro della manodopera più produttivo, tutelando al contempo il costo del personale. Questa interpretazione trova fondamento anche alla normativa comunitaria (articolo 55 della direttiva 2004/18/CE) secondo cui «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». Tale disposizione è stata recepita negli articoli 87 e 88 del Codice. Alla luce di queste considerazioni la disposizione di cui al comma 3-bis dell’articolo 81 del Codice potrebbe essere interpretata come atta a sancire l’obbligo di effettuare la verifica della congruità del costo del lavoro su due piani: 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 la gara si sia svolta con la procedura dell’esclusione automatica. »

In sintesi questa ipotesi comporta solamente il controllo sull’aggiudicatario e sulla congruità del proprio sistema di gestione del personale. Quindi è in carico all’aggiudicatario l’onere di fornire documentazione e dati ad hoc per illustrare la propria situazione nei confronti del personale impiegato.

### **Osservazioni sull’impatto normativo**

L’attuale previsione normativa pone alcuni problemi interpretativi su un piano generale, operativo e applicativo.

Sul piano generale occorre considerare questioni collegate alla natura della gara d’appalto in particolare sotto un profilo concorrenziale, ovvero che:

1. la normativa già prevede l’evidenziazione di una quota di oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso, derivanti da DUVRI1. Quindi se gli oneri di sicurezza compresi nel costo del personale sono da considerare ‘generalì’ di impresa iscritti nel DUVRI<sup>1</sup>, ciò comporterebbe l’impossibilità di giustificare tali importi in sede di aggiudicazione. Anche questi importi diventerebbero non soggetti a ribasso, con un’ulteriore quota dell’appalto sottratta al confronto concorrenziale;
2. la norma non appare impostata sui principi comunitari in materia, in base ai quali il costo del lavoro va valutato nell’ambito del sub-procedimento di verifica di congruità dell’offerta. Sulla questione anche la giurisprudenza interna<sup>2</sup> ha, finora, precisato come le tabelle ministeriali in materia siano derogabili, in quanto rappresentano valori medi di riferimento;
3. l’insistenza sullo scorporo del costo del lavoro pare snaturare la figura dell’appalto quale prestazione autonoma con obbligo di risultato. In questa prospettiva, il lavoro rappresenta uno dei costi imprenditoriali, e non una intermediazione di manodopera.

Sul piano operativo, l’applicazione normativa comporterebbe un pesante aggravio gestionale.

Anche sulla base di autorevoli lavori in materia<sup>3</sup>, verrebbe a profilarsi in gara una doppia gestione di valori economici presentati in quanto a:

- costo del personale, oltre a sicurezza ‘generale’, escluso dal confronto (come già previsto per gli oneri per la sicurezza da DUVRI);
- valore che rappresenta il vero e proprio oggetto di offerta economica (cioè il costo totale dell’appalto meno le due voci di cui sopra).

Come già sottolineato dall’AVCP, la disposizione si presta a rilevanti difficoltà sul piano applicativo, che meritano ulteriori considerazioni:

1. in modo del tutto legittimo, le ditte concorrenti possono applicare CCNL diversi tra loro. L’obbligo di scorporre in bando importi differenziati comporta uno studio dei livelli economici di tutti i possibili comparti di contrattazione interessati. Non è praticabile una via alternativa perché comporterebbe vincolarsi ad uno specifico comparto di contrattazione, con lesione della concorrenza;
2. la quantificazione del costo del personale dipende sia dall’organizzazione produttiva dell’impresa (produttività del personale), che dalla natura delle prestazioni offerte. Appare di difficile praticabilità una determinazione ‘a priori’ del costo del personale in particolare nelle gare ad offerta economicamente più vantaggiosa;
3. margini di discrezionalità nelle valutazioni resterebbero ineliminabili nella fase ex ante in cui manca un fondamentale elemento informativo: l’offerta. Il rischio di quantificare tale importo resterebbe comunque in carico alla stazione appaltante, nel caso in cui questa non risulti essere corrispondente ad una voce effettiva di costo. Sotto questo punto di vista, l’eventuale sopravvalutazione del costo del personale da parte del fornitore, scorporato dalla base di gara, pone il rischio di produrre un arbitrario e ingiustificato incremento della spesa pubblica. Potrebbe infatti rivelarsi vantaggioso per il fornitore iscrivere un surplus tra la stima del costo del lavoro ex ante e il costo reale del lavoro (spread sul costo del lavoro);
4. negli appalti ad alta intensità di lavoro, l’applicazione nella fase ex ante comporta l’esclusione dal confronto concorrenziale di interi settori caratterizzati da valori di manodopera superiori all’80% dell’importo dell’appalto (ad esempio i servizi di pulizia, help desk, vigilanza, ecc.) . Il rischio è di rendere inefficaci le procedure di gara;
5. negli appalti e forniture non riconducibili a servizi ad alta intensità di lavoro, si pongono rilevanti problemi: come, ad esempio, nel caso di una possibile quantificazione di costo per forza lavoro incluso in forniture di farmaci o dispositivi medici fabbricati negli USA o in Cina.

### **Osservazioni sulla prima interpretazione dell’ACVP**

La prima interpretazione offerta dall’Autorità risulta piuttosto stringente e rischia di lasciare inalterate diverse questioni prima formulate nelle osservazioni sull’impatto normativo. Il confronto concorrenziale in sede di gara per appalti - in particolare, quelli ad alta intensità di manodopera (quali a titolo esemplificativo i servizi di pulizia, i servizi di help desk, ecc.) – risulterebbe ridotto ad importi molto bassi. Occorre, inoltre, tenere presente che il carattere generale ed omnicomprensivo di questa norma non considera che le ditte concorrenti possano in diversi casi applicare – del tutto legittimamente – CCNL diversi tra loro (con conseguenti problemi di equiparazione ed eventuale interferenza sul piano della concorrenza).

Altra necessaria considerazione riguarda gli appalti da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. In tal caso il costo del personale dipende anche dalla tipologia di

proposta progettuale presentata dai fornitori, i quali - a fronte di un identico costo orario del personale

- - possono formulare una soluzione che comporta un costo complessivo del personale differente, sulla base di un differente tempo di impiego del personale dovuto a fattori diversi quali, a titolo di esempio, attrezzature utilizzate ed organizzazione dell'impresa,

Per quanto concerne poi i contratti di fornitura beni, risulta quasi impossibile in fase di progettazione stabilire il costo del personale per una serie di motivi tra i quali:

- a) chiarire l'esatta configurazione di natura di costo del personale (costi amministrativi, indiretti, di manutenzione etc..)
- b) conoscenza dei vari settori e delle strategie commerciali ed aziendali delle società che, di fatto, la stazione appaltante non possiede

## **Conclusioni**

FIASO si associa a quanto sostenuto dall'AVCP rispetto alla difficoltà di scorporo dei costi del personale dal valore dell'offerta aderendo alla seconda interpretazione espressa dall'AVCP sulla normativa.

FIASO auspica che venga confermato l'avviso già espresso dall'AVCP di continuare, di fatto, a svolgere valutazioni sul costo del lavoro nella fase ex post - cioè in quella di valutazione dell'offerta - in una prospettiva che giustifichi la sostenibilità dell'offerta nel suo complesso.

FIASO paventa il rischio di paralisi operativa che potrebbe appalesarsi in assenza di chiarimenti e linee guida applicative che possano mettere le stazioni appaltanti in condizioni di applicare concretamente la novella.

FIASO ritiene percorribile quindi la seconda interpretazione fornita dall'Autorità di Vigilanza in attesa che il Legislatore dia al più presto precise disposizioni in merito all'applicazione della modifica introdotta dal comma 3bis.

-----

1 Documento Unico per la Valutazione Rischi da Interferenze. Rappresenta un obbligo in materia di sicurezza del lavoro, introdotto dall'art. 26 del Testo Unico sulla sicurezza del lavoro, il D. Lgs. n. 81/2008 che ha codificato in un unico testo quanto disposto da varie normative e che riprende il disposto contenuto nell'art. 7 del D.Lgs. 626/94, sostituendolo.

2 Ad esempio si veda Consiglio di Stato sez. VI 21/7/2010 n. 4783.

3 Gruppo di lavoro ITACA "Costo del personale e sicurezza nella selezione delle offerte negli appalti - Prime indicazioni elaborate dal Gruppo di lavoro interregionale sui contratti presso ITACA", 18/7/2011, reperibile in [www.itaca.org](http://www.itaca.org).